



ISSN 2684-057x

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 1. Número 1. Junio de 2020

Buenos Aires

Argentina



ISSN 2684-057x

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 1. Número 1. Junio de 2020

Buenos Aires

Argentina

## **Equipo editorial**

### **Director**

Alfonso Santiago (Universidad Austral, Argentina)

### **Director ejecutivo**

Andrés A. Arla (Universidad Austral, Argentina)

## **Consejo editorial**

Manuel José García-Mansilla (Universidad Austral, Argentina)

Juan B. Etcheverry (Universidad Austral, Argentina)

Ignacio E. Alterini (Universidad Austral, Argentina)

Pedro Rivas Palá (Universidad de La Coruña, España/Universidad Austral, Argentina)

## **Comité científico**

John Finnis (Oxford University, Reino Unido)

Lawrence Solum (Georgetown University, Estados Unidos)

Alberto B. Bianchi (Universidad Católica Argentina/Universidad Austral, Argentina)

Rafael Navarro Valls (Universidad Complutense de Madrid, España)

Verónica Rodríguez Blanco (Surrey University, Reino Unido)

Guillermo J. Yacobucci (Universidad Austral, Argentina)

Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Pedro Serna (Universidad de La Coruña, España)

Andrés Ollero Tassara (Universidad Rey Juan Carlos, España)

Juan Carlos Cassagne (Pontificia Universidad Católica Argentina/Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Isabel Trujillo (Università Degli Studi di Palermo, Italia)

Juan Cianciardo (Universidad de Navarra, España)

Alfonso F. Miranda Campoamor (Universidad Complutense de Madrid, España)

María Carmelina Londoño (Universidad de La Sabana, Colombia)

Jaime Rodríguez Arana Muñoz (Universidad de La Coruña, España)

Raúl Madrid Ramírez (Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile)

Frida M. Armas Pfitzer (Universidad de Buenos Aires/Universidad Austral, Argentina)

Sergio Díaz Ricci (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina)

Encarnación Fernández Ruíz Gálvez (Universidad de Valencia, España)

Néstor P. Sagüés (Universidad de Buenos Aires/Universidad Católica Argentina/Universidad Austral, Argentina)

Carlos I. Massini Correas (Universidad de Mendoza, Argentina)

Armando S. Andruet (Universidad Católica de Córdoba, Argentina)

Eduardo Sodero (Universidad del Litoral, Argentina)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires/Universidad Católica de Salta, Argentina)

Pablo Luis Manili (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **Equipo técnico**

Lucila Scibona (edición, corrección, diagramación)

### **Asistentes editoriales**

María Isabel Negre y Claudia Saleme

## **Revista Jurídica Austral**

ISSN 2684-0537

<https://ojs.austral.edu.ar/>

[revistajuridicaaustral@austral.edu.ar](mailto:revistajuridicaaustral@austral.edu.ar)

Tel.: 011-5239-8000/Cel -WP: 11-3431-8370

## **Universidad Austral**

Facultad de Derecho

Sede Bs. As.: Cerrito 1250 (C1010AAZ), CABA

Sede Pilar: M. Acosta 1611 (B1629WWA), Pilar

Buenos Aires, Argentina

# PRESENTACIÓN

Inspirándonos en la clásica definición de Alfonso X, El Sabio, podemos describir a la universidad como la búsqueda apasionada y compartida de la verdad, para enriquecernos con ella y transmitirla a los demás. Verdades científicas y verdades humanas que nos brindan ciencia y sabiduría para avanzar en el siempre desafiante camino de la vida personal y comunitaria.

Si las fuerzas y capacidades de los animales dependen de su musculatura, las propias de las personas humanas se hallan en la riqueza de su mundo interior, en el cultivo de sus facultades espirituales. Allí radican, en última instancia, sus ideas, conocimientos, ideales, convicciones y amores que las movilizan y les dan sentido a su conducta y a su entera existencia. Las personas y las instituciones sociales nos enriquecemos cuando nos nutrimos de los nuevos, fundados y profundos conocimientos, doctrinas, teorías y propuestas que se generan en nuestras universidades.

Por lo tanto, la tarea de investigación es clave en todo proyecto universitario consistente. Afirmaba, en este sentido, Guillermo Humboldt, fundador a comienzos del siglo XIX de la Universidad de Berlín: “Quien enseña ha de investigar y enseñar a investigar”. Esta consigna fundamental guió la transformación de la universidad alemana moderna y, desde allí, irradió su influencia en las más destacadas universidades del mundo.

Los nuevos descubrimientos y estudios, frutos de la tarea de investigación universitaria, siendo personales no son individuales, sino que tienen una dimensión social, están llamados a ser también compartidos y disfrutados por los demás.

Ello hace imprescindible la existencia de instrumentos que los transmitan y difundan, de ventanas abiertas a través de las cuales se comuniquen al exterior, de puentes que nos conecten con otros mundos personales, vitales e institucionales. Con esta finalidad, se publican libros y revistas científicas como esta que hoy estamos presentando.

La Revista Jurídica Austral nace con el propósito de difundir en el mundo académico nacional, regional y global las investigaciones de muy destacados juristas de esos ámbitos, de modo que se difundan esos conocimientos, se susciten profundos diálogos académicos y avancemos juntos en la siempre apasionante e inacabable búsqueda en común de la verdad; en nuestro caso, especialmente en el ámbito del derecho.

Publicar es siempre poner a prueba y en discusión las propias ideas e investigación, contrastarlas con otras posturas y pareceres en un diálogo que siempre es fecundo y provechoso para todos.

Con la publicación, las ideas adquieren autonomía y vida propia y llegan a lugares insospechados para su autor, suscitando ecos impensados, enriqueciendo biografías desconocidas.

Si en esa misión de búsqueda permanente de la verdad jurídica pudiéramos señalar un norte que nos oriente y guíe en nuestra tarea universitaria, afirmaríamos que ese faro es el principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden moral, jurídico y político, tanto a nivel nacional como internacional. Esta es la luz que a diario inspira nuestro trabajo en la Universidad Austral y también de este naciente proyecto de la Revista Jurídica Austral.

Todos estos aspectos forman parte de la mágica misión de esta revista universitaria, cuyo primer número hoy estamos presentando, cuando nuestra Universidad se encamina a celebrar sus primeros treinta años de vida. Estamos seguros de que la puesta en marcha de la Revista Jurídica Austral es un hito en la historia de la Facultad de Derecho, que ya cuenta con más de cuatro mil graduados.

Queremos agradecer especialmente a los miembros del Consejo de Dirección de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, de modo especial a su decano, Manuel García-Mansilla, por haber acogido con tanta generosidad nuestra propuesta de poner en marcha esta nueva iniciativa que contribuye a enriquecer nuestro proyecto universitario y por haber confiado en nosotros para llevarla adelante. También a los destacadísimos integrantes de nuestro Comité Científico, procedentes de diversos ámbitos jurídicos, igual que a los miembros del Consejo Editorial y a todos los autores y árbitros de este primer número, que con tanta generosidad y seriedad han respondido a nuestra convocatoria. En este agradecimiento, incluimos también al Equipo Técnico que ha posibilitado la edición de la RJA, sin olvidarnos de quienes contribuyeron desde el comienzo brindándonos sus consejos y transmitiéndonos su experiencia en la publicación de investigaciones científicas, en particular a la Dra. Marita Grillo y al Dr. Francisco Albarello, miembros de la Facultad de Comunicación de la Universidad Austral.

Buenos Aires, junio de 2020

**Mag. Andrés Arla**  
Director ejecutivo

**Académico Dr. Alfonso Santiago**  
Director

# ÍNDICE

## Artículos de investigación

- 9 *Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad  
**Manuel José García-Mansilla**
- 91 El *hábeas corpus* federal en los Estados Unidos. Su principal diferencia de fondo con nuestro sistema  
**Alberto B. Bianchi**
- 169 El *rule of law* como idea de sociedad  
**Francesco Viola**
- 187 El valor de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de las OC-21/14 y 23/17. (El “canto del tero” u “Otro ladrillo más en la pared de la doctrina del ‘control de convencionalidad’”)  
**Alfredo M. Vítolo**
- 219 Los estados de excepción y las situaciones que habilitan su declaración. Un estudio desde el derecho comparado  
**Juan Santiago Ylarri**
- 275 La satisfacción de la legítima en el Código Civil español. Panorama jurisprudencial  
**Manuel Espejo Lerdo de Tejada**
- 303 *Legal Design Thinking*, visuales en los contratos y su validez legal  
**José A. Vega Sainz**
- 319 Protección jurídica de los productos de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad intelectual  
**Michelle Azuaje Pirela**
- 343 El arbitraje laboral en los Estados Unidos  
**Sebastián Sirimarco**
- 365 Los precios de transferencia y la valoración en aduana. Comentarios a la Guía de la OMA Versión 1.0 (junio 2015)  
**Horacio Félix Alais**

## Resenciones

- 417 *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo* de Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla  
**María Gabriela Ábalos**

## Sobre los autores

427

## Normas editoriales

431



# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

---





# MARBURY V. MADISON Y LOS MITOS ACERCA DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD\*

---

**Manuel José García-Mansilla**

Facultad de Derecho, Universidad Austral  
MGarciaMansilla@austral.edu.ar

**Recibido:** 1/4/2020

**Aceptado:** 11/5/2020

*A page of history is worth a volume of logic.*  
Oliver Wendell Holmes<sup>1</sup>

## Resumen

Este trabajo propone revisar ciertos mitos acerca del rol que habrían tenido tanto el *Chief Justice* John Marshall como su decisión en el fallo *Marbury v. Madison* en relación con el origen del control judicial de constitucionalidad.

**Palabras clave:** *Marbury v. Madison*, John Marshall, control judicial de constitucionalidad, constitución, deber judicial.

## *Marbury v. Madison* and the myths about judicial review

### Abstract

This article proposes a review of certain myths about the alleged role that both *Chief Justice* John Marshall and his decision at *Marbury v. Madison* had in connection with the origins of judicial review.

**Key words:** *Marbury v. Madison*, John Marshall, judicial review, constitution, judicial duty.

---

\* Agradezco a Alberto F. Garay, Alberto B. Bianchi, Antonio María Hernández, Carlos Laplacette, José Sebastián Elías, Alfonso Santiago, Ignacio Colombo Murúa, Pedro Caminos, Juan Bautista Etcheverry, Jerónimo Lau Alberdi, Iván Vigani, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo, quienes leyeron borradores de este trabajo y me hicieron valiosos comentarios, críticas y sugerencias. Por supuesto, soy el único responsable de los errores que el trabajo pueda tener.

1 *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345, p. 349 (1921).

## 1. Introducción

John Marshall no inventó el control judicial de constitucionalidad. 1803 tampoco fue el año en el que por primera vez un tribunal ejerció el control de constitucionalidad de una ley federal en los Estados Unidos. La Suprema Corte estadounidense no se “autoasignó” (ni, mucho menos, “usurpó”) esa facultad en el caso *Marbury v. Madison*.<sup>2</sup> Y la *judicial review* no es un ejemplo de “creación” pretoriana de sus jueces (que tampoco esperaron más de cincuenta años para declarar inconstitucional, por segunda vez, una ley del Congreso en el también famoso caso *Dred Scott v. Sanford*).<sup>3</sup> Sin embargo, esto es lo que, con mayor o menor énfasis, se suele enseñar año tras año en muchas facultades de derecho, no solo en la Argentina, sino en varios países del mundo. Así es que a través de un proceso mecánico de repetición, tanto el rol de John Marshall como el del caso *Marbury v. Madison* renuevan el estatus de verdades indiscutibles en relación con los orígenes del control judicial de constitucionalidad en el constitucionalismo moderno. Pero se trata, lisa y llanamente, de un conjunto de mitos y errores históricos que conviene revisar de raíz.

La fuerza de lo que, en conjunto, podríamos llamar “el mito de *Marbury*”, con sus diversas variantes o modulaciones, es evidente. Cualquiera que repase diversas obras jurídicas publicadas en castellano, sean tanto clásicas como modernas, podrá encontrar frases como estas:

«*Marbury v. Madison*» es la decisión más importante del derecho constitucional americano y, sin duda, un fallo que ha influido en nuestro derecho constitucional y en todo el sistema de control de constitucionalidad. Establece la autoridad para el Poder Judicial de revisar la constitucionalidad de los actos de los poderes Legislativo y Ejecutivo. A pesar de que la Constitución guarda silencio sobre si los tribunales federales tienen esta autoridad, esta competencia ha existido prácticamente sin disputa desde que el *Chief Justice* Marshall diera su opinión en el caso *Marbury* en 1803. (Sola, 2001, p. 187)

[L]a competencia judicial para comprobar la constitucionalidad de la legislación emitida por el Congreso apareció en la joven República [estadounidense] durante el primer cuarto del siglo XIX, y fue una consecuencia de los esfuerzos del *Chief Justice* John Marshall para extender la jurisdicción federal. Los jueces se convirtieron de esta manera en un verdadero tercer poder; fenómeno este sin precedente histórico [...]. (Loewenstein, 1964, p. 310)<sup>4</sup>

---

2 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

3 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

4 Según Loewenstein (1964), se trataría de un “derecho de los tribunales” que habría sido “asumido, usurpado o implícitamente otorgado” (p. 308).

Desde entonces, desde esa capital sentencia de 1803, la *judicial review*, entendida como control judicial sobre la constitucionalidad de las leyes, va a desarrollarse y va a concluir siendo una pieza central del sistema [...]. ¿Cómo explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente en una competencia, la de *judicial review*, que no ha sido atribuida expresamente por la Constitución, sino propiamente “usurpada”, o al menos, *autoatribuida*? (García de Enterría, 2006, p. 135)<sup>5</sup>

El leading case «Marbury c/ Madison», del año 1803, ha sido el antecedente inmediato en Estados Unidos de la doctrina de la supremacía y del control constitucionales, y con su ejemplaridad suscitó el seguimiento o imitación dentro y fuera de Estados Unidos. De allí se trasplantó a nuestro derecho. (Bidart Campos, 2005, p. 336)<sup>6</sup>

Luego de *arrogarse* la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejercitó con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de *Dred Scott v. Sanford* [...]. (Bidegain, 1994, p. 127)<sup>7</sup>

Montesquieu –a todo evento, el ideólogo de la división de poderes– decía en *El espíritu de las leyes* (LIV, XI, Cap. VI) que los jueces eran *la bouche qui prononce* [sic] *les paroles de la loi*: “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza de ésta ni su rigor”. Marshall, en cambio, da vuelta el paradigma, *inventa* lo que hoy conocemos como “activismo” judicial y afirma enfáticamente que son los jueces los que deben decir qué cosa es la ley. (Arballo, 2003, p. 848)<sup>8</sup>

Lo realmente notable de este fallo desde el punto de vista político es cómo la Corte renunció a ejercer un posible poder en un caso concreto –en una situación en la que el mismo Marshall estaba involucrado ¡puesto que él había emitido las comisiones [de designación de jueces de paz] como Secretario de Estado de Adams!–, dado que de lo contrario hubiera generado un conflicto de poderes del que seguramente habría salido debilitada, pero a través de un argumento que implicaba *autoasignarse* un poder mucho más general, permanente y profundo. (Nino, 2004, pp. 663-664)<sup>9</sup>

---

5 Énfasis agregado.

6 Bidart Campos (2005) destaca que el control de constitucionalidad cobró “vigencia sociológica” a través de “fuente judicial” (p. 337).

7 Énfasis agregado.

8 Énfasis agregado. Arballo (2003) advierte que “tanta insistencia en el poder de la Corte (que ésta, en verdad, se *autoarrogaba*) era en realidad una advertencia a los otros poderes que trascendía el asunto que se estaba decidiendo” (p. 849). Énfasis agregado.

9 Énfasis agregado.

«*Marbury v. Madison*» es –sin lugar a duda– el caso más famoso del constitucionalismo moderno, y todos los profesores de derecho constitucional nos referimos a él para explicar el *nacimiento* del control judicial de constitucionalidad sobre los actos de los poderes políticos del Estado. (Amaya, 2017, p. X)<sup>10</sup>

Los ejemplos con citas similares podrían multiplicarse (probablemente, por cientos). Y es que la historia oficial, de ribetes míticos, es francamente seductora: la Constitución de los Estados Unidos, se afirma, no contemplaba la *judicial review*. Frente a un conflicto por la designación de los llamados “jueces de la medianoche”,<sup>11</sup> que dejaba a la Suprema Corte estadounidense en una difícil encrucijada política, el *Chief Justice* Marshall inventó la *judicial review*. Y lo hizo ¡a pesar de no ser abogado! Con esa jugada política y jurídica magistral, Marshall permitió al tribunal salir airoso de la encerrona a la que había sido sometido por el presidente Thomas Jefferson. El nuevo Presidente había dado señales de que no iba a acatar la eventual decisión de la Corte de hacer cumplir con la entrega de la designación formal de William Marbury como juez de paz firmada por el presidente saliente, John Adams, horas antes de abandonar el cargo. Y mucho más importante que eludir a Jefferson fue que su sentencia permitió que los jueces federales se autoasignaran una facultad constitucional decisiva que no estaba expresamente reconocida en la Constitución de 1787, pero que, sin embargo, terminaría siendo la clave de bóveda del sistema constitucional de cuño estadounidense.<sup>12</sup> Tan radical fue la contribución de Marshall a través de la creación de la *judicial review* en 1803 que, por prudencia, la Corte tuvo que esperar más de medio siglo para poder volver a ejercer su función más importante. Y, cuando lo hizo, ayudó a desatar la Guerra Civil norteamericana con el infame caso *Dred Scott*.

La repetición de esta verdadera fábula histórica, especialmente por gran parte de la doctrina en el ámbito hispano parlante,<sup>13</sup> tiene varias explicaciones. Me

---

10 Énfasis agregado. Amaya (2017) aclara, sin embargo, que sería incorrecto sostener que la *judicial review* nació “a partir del genio de Marshall” (p. 1).

11 Los pormenores del caso pueden consultarse en Hobson (1996, pp. 47-58).

12 Por todos, ver Sola (2001, pp. 189-192).

13 Entre las excepciones, destaco a Linares Quintana y a Bianchi. Linares Quintana (1978) recopila antecedentes estatales y federales sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos y advierte, ya en 1978, que “muchos comentaristas han señalado la falta de originalidad del pronunciamiento judicial recaído en el caso *Marbury v. Madison*” (p. 381). De forma similar, Bianchi (1992) advertía años después que la sentencia de Marshall no era original: “Si bien no caben dudas que la decisión de Marshall en ‘*Marbury*’ marca un hito decisivo en la historia del control judicial de constitucionalidad, no menos cierto es, también, que no se trata de una elaboración enteramente original” (p. 62).

limitaré a exponer las dos que creo pueden ser las más importantes. Por un lado, se trata de una postura que durante casi todo el siglo XX, si bien con diversos matices, adquirió el carácter de historia oficial y ortodoxa en los Estados Unidos. La mayoría de los estudios clásicos en la materia repetían una explicación que parecía indiscutible en el mundo anglosajón.<sup>14</sup> Más allá de la duda que podría asaltar, por ejemplo, a cualquiera que leyera *El Federalista* N° 78 de Alexander Hamilton publicado en 1788, lo cierto es que la doctrina estadounidense sostuvo durante gran parte del siglo XX esta historia prácticamente sin excepciones. Por el otro, los numerosos estudios académicos que fueron cuestionando y corrigiendo estos errores históricos que forman parte del mito de *Marbury*, especialmente los publicados durante los últimos veinte años en los Estados Unidos, no han tenido la necesaria difusión y atención en los países de habla hispana.<sup>15</sup>

En este trabajo intentaré exponer esos cuestionamientos doctrinarios al mito de *Marbury*, así como analizar su impacto en el ámbito académico estadounidense. Para poner en contexto la importancia de esta doctrina, hoy mayoritaria, voy a estructurar el trabajo en cuatro partes. En la primera, necesariamente más extensa, haré una revisión de las evidencias históricas que permiten cuestionar de raíz el mito de *Marbury*. En la segunda, explicaré en qué contexto nacieron la leyenda y los mitos alrededor de *Marbury v. Madison*. En la tercera, haré una referencia a las revisiones y críticas que se hicieron al mito desde distintas ópticas en los Estados Unidos, en especial durante los últimos veinte años. En la cuarta parte, explicaré por qué creo que es tan importante corregir la historia oficial que nutre el mito de *Marbury* en cuanto a los orígenes del control judicial de constitucionalidad. Finalmente, daré mis conclusiones.

## 2. Desmitificando a *Marbury v. Madison*

### 2.1. John Marshall no inventó el control judicial de constitucionalidad

A pesar de la pretendida autoría de Marshall, las referencias anteriores a 1803 acerca del deber de los jueces federales de declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso que contradigan la Constitución, lejos de ser escasas, son

---

14 Entre otros, ver Bickel (1962, p. 1) (“[T]he institution of the judiciary needed to be summoned up out of the constitutional vapors, shaped and maintained; the Great Chief Justice, John Marshall was there to do it and did. If any social process can be said to have been ‘done’ at a given time and by a given act, it is Marshall’s achievement. The time was 1803; the act was the decision in the case of *Marbury v. Madison*”).

15 Entre las excepciones en cuanto a la difusión y análisis de algunos de esos trabajos académicos modernos, ver, entre otros, Ahumada Ruiz (2006), Fernández Segado (2011) y Laplacet (2016).

abrumadoras. Muchos años antes de que el gran *Chief Justice* se sentara a escribir su sentencia en *Marbury v. Madison*, los principales hombres públicos más influyentes en los Estados Unidos, en especial convencionales constituyentes, jueces y abogados, ya habían defendido ese rol por parte del Poder Judicial en numerosas oportunidades, tanto de forma pública como privada. Y lo hicieron con argumentos tan o más elaborados que los del propio Marshall. Sin pretensión de exhaustividad, destaco las siguientes:

### 2.1.1. James Iredell

Emigró desde Inglaterra a los Estados Unidos a los 17 años. Luego de estudiar derecho de forma privada, tuvo una destacada actuación en el estado de Carolina del Norte, en donde no solo ejerció la profesión, sino que ocupó diversos cargos públicos, incluidos los de juez en la Corte Superior estatal, *Attorney General* y compilador y revisor de las leyes del estado de Carolina del Norte. Iredell tuvo también una activa participación en la Convención de Carolina del Norte que intentó ratificar la Constitución en 1788.<sup>16</sup> Posteriormente, sería designado por el presidente George Washington como *Justice* de la Suprema Corte el 8 de febrero de 1790. Ejerció ese cargo hasta su muerte, el 20 de octubre de 1799.

A pesar de su juventud, Iredell fue uno de los líderes intelectuales de la revolución en Carolina del Norte y un abogado de renombre en los Estados Unidos. Ya en septiembre de 1783, definía a la república como una forma de gobierno en la que “la Ley es superior a cualquiera o a todos los individuos, y la Constitución es superior incluso a la Legislatura, y de la cual los jueces son los guardianes y protectores” (Iredell, 1783, citado en Higginbotham, 1976, pp. 446-451).<sup>17</sup>

En 1786, defendió a Elizabeth Cornell Bayard en un conocido caso ante la Suprema Corte estatal. Allí, planteó la inconstitucionalidad de una ley local de 1785 que ordenaba desechar sumariamente los reclamos judiciales para intentar recobrar la propiedad en casos de confiscación bajo las Confiscation Acts de 1777 y 1779. Ambas leyes permitían al Gobierno local quitarles todos los bienes a personas consideradas como leales al imperio británico y venderlas a un

---

16 Cfr. Connor (1912, p. 236).

17 La definición de la forma republicana de gobierno y el rol de los jueces está en la página 449, donde también defiende la permanencia en el cargo y la protección del salario de los jueces como mecanismos para garantizar su independencia. La traducción al castellano de la cita original en inglés es propia, al igual que todas las traducciones incluidas en este trabajo.

tercero como método para solventar los costos de la guerra de independencia. Sin embargo, la constitución de Carolina del Norte establecía concretamente que toda controversia legal relacionada con la propiedad debía ser decidida mediante el juicio por jurados, al que se consideraba sagrado e inviolable.<sup>18</sup> Samuel Cornell, el padre de la reclamante, sabiendo las consecuencias de la ley debido a su lealtad a Gran Bretaña, había legado a sus hijas todo su patrimonio antes de huir del estado de Carolina del Norte. A pesar de ello, las autoridades locales le confiscaron todos los bienes legados a una de sus hijas, Elizabeth, y se los vendieron a Spyres Singleton, un conocido político local. Con la ayuda de Iredell, Cornell Bayard inició una demanda para recuperar los bienes confiscados. Pero la ley estatal de 1785, contradiciendo directamente la constitución local, impedía que el reclamo fuera decidido a través del juicio por jurados. Los jueces se enfrentaban así a un obstáculo legislativo, teóricamente insalvable para considerar el caso.

La Suprema Corte estatal decidió demorar el estudio del planteo de inconstitucionalidad, previendo la posibilidad de que la legislatura local revisara la ley. Iredell aprovechó esa demora y publicó un artículo en los periódicos locales explicando que la ley era inconstitucional porque violaba la Constitución de Carolina del Norte de 1776. El artículo en cuestión, titulado “To the public”, fue publicado el 17 de agosto de 1786 (McRee, 1858, pp. 145 y ss.). Allí, Iredell hizo una defensa pública del control judicial de constitucionalidad y, entre otras cosas, sostuvo:

No he vivido tan poco tiempo en el Estado, ni con tan poco interés sobre sus preocupaciones, como para olvidar la ansiedad extrema que nos agitaba a todos al formar la constitución, una constitución que considerábamos como la base fundamental de nuestro gobierno, inalterable, salvo por el mismo alto poder que la estableció, y que por lo tanto debíamos deliberar sobre ella con la mayor precaución, porque si contenía algún principio malvado, el gobierno formado bajo ella debía ser aniquilado antes de que el mal pudiera ser corregido. Por supuesto, había que considerar cómo imponer restricciones a la legislatura, que aunque la dejaran libre para todos los propósitos útiles, fueran al mismo tiempo

---

18 La sección XIV de la Declaración de Derechos de la Constitución de Carolina del Norte del 17 de diciembre de 1776 establecía: “That in all controversies at law, respecting property, the ancient mode of trial by jury is one of the best securities of the rights of the people, and ought to remain sacred and inviolable (The Constitution of North Carolina, adopted December 17, 1776; and the amendments thereto, submitted to the people by the convention which assembled at Raleigh, June 4, 1835; together with an ordinance for carrying the same into effect” (J. Gales & Son, Raleigh, 1835, p. 4).



una salvaguarda contra el abuso del poder ilimitado, en el que no se podía confiar, sin el peligro más inminente, para cualquier hombre o cuerpo de hombres en la tierra. (McRee, 1858, pp. 145-146)

Iredell recordó que los revolucionarios estadounidenses aborrecían la omnipotencia legislativa del parlamento británico y explicó que:

el poder de la Asamblea está limitado y definido por la constitución. Es una *criatura* de la constitución. [...] El pueblo ha elegido ser gobernado bajo tales y tales principios. No ha elegido ser gobernado, ni prometió someterse a ningún otro; y la Asamblea no tiene más derecho a ser obedecida en otros términos, que el que podría tener cualquier otro poder en la tierra a gobernarnos; porque hemos acordado tanto ser gobernados por el Diván Turco como por nuestra propia Asamblea General, únicamente bajo unos términos expresamente prescriptos. Hay consecuencias que parecen tan naturales, y de hecho tan irresistibles, que no observo que hayan sido mayormente cuestionadas. El gran argumento es que, aunque la Asamblea no tiene *derecho* a violar la constitución, si lo hace *de hecho*, el único remedio es, o una humilde petición para que se derogue la ley, o una resistencia universal del pueblo. Pero mientras tanto, su norma, sea cual fuere, debe ser obedecida como una ley; porque el poder judicial no debe atreverse a cuestionar el poder de una norma de la Asamblea. (McRee, 1858, pp. 146-147)<sup>19</sup>

Luego de rechazar ambas posiciones, Iredell planteó:

queda por averiguar si el poder judicial tiene alguna autoridad para interferir en tal supuesto. Entiendo que el deber de ese órgano en todos los casos es decidir de acuerdo con las *leyes del Estado*. Supongo que no se negará que la constitución es una *ley del Estado*, que es la *ley fundamental*, y que es inalterable por la legislatura, que deriva todo su poder de ella. Una ley de la Asamblea puede derogar otra ley de la Asamblea. Por esta razón, la ley posterior debe ser obedecida, y no la anterior. Una ley de la Asamblea no puede derogar la constitución, ni parte alguna de ella. Por esa razón, una ley de la Asamblea, inconsistente con la constitución, es nula y no puede ser obedecida, sin desobedecer a la ley superior a la que estábamos previa e irrevocablemente obligados. Los jueces, por lo tanto, deben tener el cuidado de que cada ley de la Asamblea que pretendan imponer esté autorizada por la constitución ya que, de lo contrario, corren el riesgo de actuar sin autoridad legal. Este no es un poder usurpado o discrecional, sino uno que inevitablemente resulta de la naturaleza de su cargo, ya que son jueces *en beneficio de todo el pueblo*, no *meros servidores de la Asamblea*. (McRee, 1858, p. 148)<sup>20</sup>

---

19 Énfasis en el original.

20 Énfasis en el original.

A instancias de Iredell, en *Bayard v. Singleton*,<sup>21</sup> en mayo de 1787, la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional la ley de 1785 y ordenó que el caso prosiguiera y fuera decidido mediante un juicio por jurados conforme lo previsto en la Constitución estatal de 1776. Luego de resaltar la importancia de las obligaciones derivadas del juramento al asumir el cargo de juez, así como los deberes inherentes a la función judicial, el tribunal expuso lo siguiente:

Que, según la Constitución, cada ciudadano tenía indudablemente el derecho a una decisión sobre su propiedad mediante un juicio por jurados. Por eso, si la Legislatura pudiera quitarle este derecho y exigirle que enfrente una condena sobre su propiedad sin un juicio, podría con la misma autoridad requerir que le quiten la vida sin un juicio por jurados, y que deba ser condenado a morir, sin la formalidad de ningún juicio en absoluto: que si los miembros de la Asamblea General pudieran hacer esto, podrían con la misma autoridad, no solo convertirse en los Legisladores del Estado de por vida, sin más elecciones del pueblo, sino a partir de allí transmitir la dignidad y autoridad de la legislación a sus herederos varones para siempre. Pero que estaba claro que ninguna ley que pudieran aprobar podría derogar o alterar la Constitución de manera alguna, porque si pudieran hacerlo, al mismo tiempo destruirían su propia existencia como Legislatura y disolverían el gobierno allí establecido. En consecuencia, la Constitución (que el poder judicial estaba obligado a tener en cuenta como correspondía con cualquier otra ley), estando en plena vigencia como la ley fundamental del país, a pesar de la norma de la legislatura en la que se fundaba la moción actual, esa misma norma, por supuesto, debe quedar anulada y sin ningún efecto en esta ocasión.<sup>22</sup>

*Bayard v. Singleton* fue el primer caso en el que la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional una ley estatal. Apenas conocida la decisión, Richard Dobbs Spaight, representante de Carolina del Norte en la Convención de Filadelfia, escribió a Iredell una crítica a la decisión de los jueces.<sup>23</sup> Nue-

---

21 *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

22 1 N.C. 5, pp. 6-7.

23 “The late determination of our judges at Newbern, must, in my opinion, produce the most serious reflections in the breast of every thinking man, and of every well-wisher to his country. It cannot be denied, but that the Assembly have passed laws unjust in themselves, and militating in their principles against the Constitution, in more instances than one, and in my opinion of a more alarming and destructive nature than the one which the judges, by their own authority, thought proper to set aside and declare void. [...] I do not pretend to vindicate the law, which has been the subject of controversy: it is immaterial what law they have declared void; it is their usurpation of the authority to do it, that I complain of, as I do most positively deny that they have any such power; nor can they find any thing

vamente, Iredell defendió ese rol de los jueces en una carta privada a Dobbs Spaight, fechada el 26 de agosto de 1787. Allí, expuso de nuevo casi todos los argumentos que John Marshall desarrollaría quince años después en *Marbury*:

En relación con la última decisión de [la Suprema Corte de Carolina del Norte] en Newbern, confieso que siempre ha sido mi opinión, que una ley incompatible con la Constitución era nula; y que los jueces, consistentemente con sus deberes, no podrían darle efecto. Me parece que la Constitución es una ley fundamental, que limita los poderes de la Legislatura, y que cada ejercicio de esos poderes debe, necesariamente, ser comparado con ella. [...] En un Gobierno republicano (tal como lo concibo), la libertad individual es una cuestión de suma importancia y, si no hay un control sobre las pasiones públicas, corre el mayor peligro. Al tener el poder en sus propias manos, la mayoría puede cuidarse a sí misma; pero ¿en qué condición están las minorías, si el poder del otro es ilimitado? Supongo que estas consideraciones, u otras similares, ocasionaron esas disposiciones expresas para la libertad personal de cada ciudadano, que los ciudadanos, cuando formaron la Constitución, eligieron reservar como un derecho inalienable, y no dejarlo a merced de ninguna Asamblea que sea. Esa restricción podría ser atendida con inconvenientes; pero decidieron arriesgarse a esas molestias, por el bien de la ventaja; y en cada transacción debemos actuar de la misma manera: debemos elegir entre males de uno u otro tipo: la imperfección del hombre nunca puede mantenerse completamente al margen de todo. Por lo tanto, siendo la Constitución una *ley fundamental*, y una *ley por escrito* de la naturaleza solemne que he mencionado [...], el poder judicial, en el ejercicio de su autoridad, debe tomar nota de ella como la base de su autoridad, así como de toda otra autoridad; y como ningún artículo de la Constitución puede ser derogado por una Legislatura, que deriva todo su poder de ella, se sigue que la *ley fundamental e irrevocable* debe ser obedecida, a través del rechazo de un acto injustificado e incompatible con ella, o usted debe obedecer un acto fundado en una autoridad que no fue otorgada por el pueblo, y a la cual, entonces, el pueblo no le debe obediencia. No es que los jueces hayan sido nombrados árbitros para determinar, como si lo fueran, en cualquier instancia, si la Asamblea ha violado o no la Constitución; pero cuando una ley se presenta necesariamente ante ellos al momento de resolver un caso, deben, inevitablemente, determinarlo de una forma u otra. [...] Realmente me parece que el ejercicio de ese poder es inevitable, dado que la Constitución no es un objeto meramente imaginario, sobre el cual se pueden formar diez mil opiniones diferentes, sino un documento escrito

---

in the Constitution, either directly or impliedly, that will support them, or give them any color of right to exercise that authority. Besides, it would have been absurd, and contrary to the practice of all the world, had the Constitution vested such powers in them, as they would have operated as an absolute negative on the proceedings of the Legislature, which no judiciary ought ever to possess” (carta de Richard Dobbs Spaight a James Iredell del 12 de agosto de 1787, en McRee, 1858, p. 169).

al que todos pueden recurrir, y al que, en consecuencia, los jueces no pueden ignorar deliberadamente. (McRee, 1858, pp. 172-175)

Los argumentos de Iredell son muy similares a los que otros hombres públicos esgrimirán para defender el control judicial de constitucionalidad durante fines del siglo XVIII.<sup>24</sup> Tanto el carácter de “ley fundamental” que se le reconoce a la constitución escrita,<sup>25</sup> así como los límites del Poder Legislativo en cuanto a la imposibilidad de sancionar leyes que contradigan esa norma jurídica considerada de rango superior, sancionada por el pueblo y alterable solamente por él, y, fundamentalmente, el deber de los jueces de invalidar las leyes que violen la constitución, están presentes en todas esas argumentaciones. Lo mismo ocurre con la idea acerca del carácter subordinado que tenía el Poder Legislativo, cuya autoridad deriva de la constitución. Detrás de muchas de esas posturas hay también un profundo escepticismo y temor a eventuales abusos de poder por parte del Poder Legislativo. El deber de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes no se considera como un conflicto entre el Poder Judicial y el legislador, sino uno entre el legislador y la voluntad del pueblo expresada en la constitución.<sup>26</sup>

### 2.1.2. James Wilson

Emigró desde Escocia a los Estados Unidos a los 23 años. Fue una de las seis personas que firmaron tanto la Declaración de Independencia en 1776 como la Constitución de Filadelfia en 1787.<sup>27</sup> Su influencia en la Convención Constituyente fue decisiva y estuvo casi a la par de la de James Madison.<sup>28</sup> También tuvo una activa participación en el proceso de ratificación de la Constitución en el estado de Pennsylvania, que fue el segundo estado en ratificarla el 12 de diciembre de 1787 (Hall, 1998, p. 126).

Al defender junto con Madison la inclusión en el gobierno federal de un Consejo de Revisión con participación de los jueces y el Poder Ejecutivo para ejercer

---

24 Según Casto (2009, p. 398), el análisis y justificación del control de judicial de constitucionalidad escrito por Iredell fue el más exhaustivo de todos los intentados por un juez de la Suprema Corte en su historia.

25 Sobre el concepto de *fundamental law* y sus alcances, ver Hamburger (1989, pp. 254-265).

26 Cfr. Casto (1995, pp. 329 y ss.).

27 Los otros cinco fueron: George Clymer, Benjamin Franklin, Robert Morris, George Read y Roger Sherman.

28 Cfr. Farrand (1913, pp. 197-198).

un control estricto de las leyes previo a su ejecución, Wilson tuvo oportunidad de referirse al control judicial de constitucionalidad en más de una ocasión. En la sesión del 21 de julio de 1787 de la Convención de Filadelfia, sostuvo:

El Poder Judicial debería tener la oportunidad de protestar contra las invasiones proyectadas sobre el pueblo, así como sobre ellos mismos. Se había dicho que los jueces, como expositores de las Leyes, tendrían la oportunidad de defender sus derechos constitucionales. Había peso en esta observación; pero este poder de los Jueces no iba lo suficientemente lejos. Las leyes pueden ser injustas, pueden ser imprudentes, pueden ser peligrosas, pueden ser destructivas; y, sin embargo, pueden no ser tan inconstitucionales como para justificar a los Jueces a negarse a darles efecto. Permítaseles participar en el poder de Revisión, y tendrán la oportunidad de tomar nota de estas características de una ley y de contrarrestar, por el peso de sus opiniones, las posturas inadecuadas de la Legislatura. (Farrand, 1937, tomo II, p. 21)

A pesar de las objeciones recibidas, en especial en cuanto a lo inconveniente que era inmiscuir a los jueces en cuestiones de índole política, un mes después, el 23 de agosto de 1787, Wilson volvió a referirse al control previo y abstracto de los jueces en el marco de la propuesta del Consejo de Revisión:

La firmeza de los Jueces no es en sí misma suficiente. Algo más es indispensable. Sería mejor prevenir la sanción de una ley indebida, que declararla nula después de sancionada. (Farrand, 1937, tomo II, p. 391)

Debido al temor hacia los eventuales abusos del Poder Legislativo, Wilson prefería un sistema de control adicional al deber que ya tenían los jueces de declarar la invalidez de una ley que contradijera la Constitución en el marco de un caso concreto. Sin embargo, una vez sancionada la Constitución, defendió ese deber de los jueces como un mecanismo de control de las leyes. De hecho, en la Convención de ratificación de Pensilvania, que tuvo lugar entre los meses de noviembre y diciembre de 1787, Wilson resaltó tanto la importancia de la independencia de los jueces como la del deber que tenían de declarar la invalidez de las leyes inconstitucionales. Lo hizo para responder a aquellos que criticaban ese control judicial por considerarlo una herramienta que no iba a prevenir los posibles abusos del Congreso:

bajo esta Constitución, la legislatura puede ser restringida, y mantenida dentro de los límites que se le fijaron, a través de la intervención del departamento judicial. [...] Tuve ocasión, en un día anterior, de declarar que el poder de la

Constitución era superior al poder de la legislatura que actuaba bajo esa Constitución; dado que es posible que la legislatura, actuando en esa capacidad, pueda transgredir los límites asignados a ella, y una ley pueda sancionarse, en el *modo habitual*, a pesar de esa transgresión; pero cuando esa ley llegue a ser discutida ante *los jueces*, cuando consideren sus principios y encuentren que son incompatibles con el poder superior de la Constitución, su deber es declararla nula; y los jueces, independientes y no obligados a buscar en cada sesión el mantenimiento de sus salarios, se comportarán con intrepidez y rechazarán darle a esa ley la sanción de la autoridad judicial. (Elliot, 1836, tomo II, pp. 445-446)

Frente a tan claro planteo, un convencional argumentó que los jueces que declararan inconstitucional una ley del Congreso en el marco de un juicio podrían ser removidos a través del *impeachment*. El planteo parecía estar fundado en un reciente intento, si bien infructuoso, de la Legislatura de Rhode Island después de que la Corte Superior estatal invalidara una ley en 1786 en el caso *Trevett v. Weeden*.<sup>29</sup> La respuesta de Wilson fue contundente:

La última observación concierne a los jueces. Se dice que, si llegan a decidir en contra de la ley, una cámara los acusará y la otra los condenará. Espero que los caballeros muestren cómo puede suceder esto; porque una mera suposición no debe admitirse como prueba. Los jueces deben ser enjuiciados, porque deciden que una ley es nula y sin efecto, ¡por haber sido sancionada desafiando a la Constitución! ¿Qué Cámara de Representantes se atrevería a enjuiciar, o qué Senado a juzgar, a jueces por el cumplimiento de su deber? (Elliot, 1836, tomo II, p. 478)

En respuesta a un planteo de otro convencional que sostuvo que así y todo podían sancionarse leyes inconsistentes con la Constitución, Wilson insistió en destacar el carácter superior de esta, los límites del Congreso y el rol de los jueces:

---

29 Para un detalle completo de los pormenores del caso, ver Warren (1923, Vol. 32, pp. 16-22). El abogado de la defensa en ese caso fue James Mitchell Varnum, un célebre general del ejército de Washington que había estudiado en Harvard y en Brown. Varnum defendió a un carnicero que se había negado a recibir papel moneda debido a la inflación y corría el riesgo de ir a la cárcel por negarse a cumplir una ley estatal. A pedido de la población de Rhode Island, los argumentos de Varnum fueron publicados al año siguiente de decidido el caso. Como parte de su defensa, Varnum sostuvo: "Have the Judges a power to repeal, to amend, or to alter laws? -God forbid!- In that case they would become Legislators.- Have the Legislators power to direct the Judges how they shall determine upon the laws already made? -God forbid!- In that case they would become Judges.- The true distinction lies in this, that the Legislative have the incontroulable power of making laws not repugnant to the constitution.- The Judiciary have the sole power of judging of those laws, and are bound to execute them; but cannot admit any act of the Legislative as law, which is against the constitution" (Varnum, 1787, p. 27).

Si una ley fuera incompatible con los poderes conferidos al Congreso por este instrumento, los jueces, como consecuencia de su independencia y de que los poderes particulares del gobierno son definidos, declararán que esa ley es nula; porque predomina el poder de la Constitución. Por lo tanto, cualquier cosa que sea promulgada por el Congreso en contra de la misma, no tendrá fuerza de ley. (Elliot, 1836, tomo II, p. 489)

En sus famosas *Lectures on Law*, cuya primera exposición fue el 15 de diciembre de 1790 con la presencia del propio Washington, su vicepresidente, John Adams, y todos los miembros del Congreso, el entonces *Justice Wilson* explicaba:

El departamento legislativo, así como cualquier otra parte del gobierno, deriva su poder de la constitución: el legislativo, así como cualquier otro departamento, debe ser dirigido por la constitución; ninguna modificación de la constitución por parte de la legislatura puede ser hecha o autorizada. En nuestro sistema jurídico, estas posiciones parecen ser incontrovertibles. La constitución es la ley suprema del país: cualquier otro poder debe ser inferior y subordinado a esa ley suprema. Ahora, supongamos, que la legislatura apruebe una ley, manifiestamente repugnante con alguna parte de la constitución; y que el funcionamiento y la validez de ambas lleguen a cuestionarse regularmente ante un tribunal, que forma parte del departamento judicial. En ese departamento es que el “pueblo” otorgó el “poder judicial de los Estados Unidos”, al “ordenar y establecer” la constitución. El diseño y la función del poder judicial es administrar justicia de acuerdo con la ley del país. La justicia, conforme a la naturaleza de las cosas, no puede administrarse bajo dos reglas contradictorias. Una de ellas debe, necesariamente, ceder a la otra. (Hall y Hall, 2007, p. 742)<sup>30</sup>

Acto seguido, Wilson destacaba el deber que tenían los jueces de anular las leyes que contradijeran la Constitución:

Ambas, de acuerdo con nuestra suposición, aparecen de forma regular ante un tribunal, para su decisión acerca de su funcionamiento y validez. Es el derecho y es el deber del tribunal decidir sobre ellas: su decisión debe tomarse, porque la justicia debe administrarse de acuerdo con la ley del país. Cuando surge la pregunta: ¿Cuál es la ley del país? También debe decidirse esta cuestión. ¿De qué manera es que debe decidirse esta cuestión? La respuesta parece ser muy fácil. El poder supremo de los Estados Unidos ha dado una regla: un poder subordinado

---

30 Wilson dio esas lecciones entre 1790 y 1792 en el entonces College of Philadelphia (hoy, la University of Pennsylvania). Las *Lectures on Law* fueron publicadas en 1804, seis años después de la muerte de Wilson, por impulso de su hijo Bird Wilson (Hall, 2004, p. 63).

en los Estados Unidos ha dado una regla contradictoria: la primera es la ley del país: como consecuencia necesaria, la segunda es nula y no tiene ninguna operación. Conforme la constitución de los Estados Unidos, es el derecho y el deber de un tribunal de justicia decidir de esta forma. Este es el resultado necesario de la distribución del poder, que hizo la constitución, entre los departamentos legislativo y judicial. La misma constitución es la ley suprema para ambos. Si esa constitución es infringida por uno, no es razón para que la infracción deba ser incitada, sino que es una razón fuerte para que el otro deba desconocerla y declararla nula. Los efectos de esta saludable regulación, que resultan necesariamente de la constitución, son grandes e ilustres. Como consecuencia de ello, los límites del poder legislativo, un poder que es de lo más apto para traspasar sus límites, no solo están claramente marcados en el sistema mismo; sino que se hace una provisión efectiva y permanente para que toda transgresión de esos límites se juzgue y se haga vana e infructuosa. ¡Qué noble salvaguardia contra el despotismo legislativo! (Hall y Hall, 2007, tomo I, pp. 742-743)

Esta visión acerca del carácter de norma jurídica fundamental de la Constitución, de los límites que impone al Poder Legislativo y del deber de los jueces de anular las leyes que la contradigan no implica sostener que Wilson tenía una visión activista del Poder Judicial. Por el contrario, remarcaba que los jueces deben recordar que “su deber y su trabajo no es hacer la ley, sino interpretarla y aplicarla” (Hall y Hall, 2007, tomo II, p. 953).

Wilson había sido designado por Washington como *Justice* de la Suprema Corte el 8 de febrero de 1790 y ejercería ese cargo hasta su muerte, el 21 de agosto de 1798.<sup>31</sup> Como explicaré más adelante, como juez de la Corte de Circuito de Pensilvania tuvo un rol destacado en el caso *Hayburn*. Ese caso, decidido el 11 de abril de 1792 bajo el liderazgo de Wilson,<sup>32</sup> marcó un hito histórico: fue la primera vez en la que un tribunal federal declaró la inconstitucionalidad de una ley del Congreso en los Estados Unidos.

### 2.1.3. Alexander Hamilton

Nacido en la isla de Nieves, en las Antillas, el 11 enero de 1755, quedó huérfano a los 13 años y tuvo que educarse con un tutor. Después de lograr pagarse

31 Wilson fue el primer *Justice* que murió en funciones. Sobre la carrera de Wilson en la Suprema Corte y los problemas que tuvo en los últimos años de su vida como consecuencia de sus deudas, que lo llevaron a ser encarcelado y a huir de sus acreedores, ver Marcus (2019, p. 147). Este triste e indecoroso final para una figura tan importante es lo que tal vez explique (pero no justifique) lo poco estudiado que es Wilson en general.

32 Cfr. (Hall, 1998, p. 137).



un viaje de estudios mediante una colecta popular, pudo radicarse en los Estados Unidos y estudiar economía y leyes en la actual Universidad de Columbia, en Nueva York. A partir de allí, tendría una carrera pública meteórica que quedaría trunca a los 49 años, luego de un duelo con Aaron Burr.<sup>33</sup>

Son bien conocidas las referencias de Hamilton acerca del control de constitucionalidad en *El Federalista* N° 78, publicado el 28 de mayo de 1788. Allí, entre otros argumentos, sostuvo:

El derecho de los tribunales a declarar nulas las leyes de la legislatura, por ser contrarias a la Constitución, ha suscitado ciertas perplejidades debido a la creencia de que esa doctrina implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se arguye que la autoridad que puede declarar nulos los actos de otra, necesariamente será superior a aquella cuyos actos pueden ser anulados. Dado que esta doctrina es de gran importancia para todas las constituciones Americanas, no estará de más discutir brevemente los fundamentos en que descansa. No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que es nulo todo acto de una autoridad delegada, que sea contrario a los términos del mandato bajo el cual se ejerce. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor está por encima de su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo, y que los hombres que obran en virtud de ciertos poderes pueden hacer no sólo lo que estos no permiten, sino incluso lo que ellos prohíben. (Hamilton, Madison y Jay, 1818, p. 485)

Y, a renglón seguido, Hamilton agregó:

Si se dijera que el cuerpo legislativo es, por sí solo, el juez constitucional de sus propios poderes y que la interpretación que hiciera de ellos es decisiva para los otros departamentos, se puede responder que no puede ser ésta la presunción natural cuando esto no se derive de alguna disposición en particular de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su VOLUNTAD a la de sus electores. Es mucho más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, a fin de, entre otras cosas, mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente una atribución de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. Por lo tanto, a ellos les corresponde determinar su significado, así

---

33 Entre las numerosas biografías sobre Hamilton que se han publicado, recomiendo la de Ron Chernow (2004).

como el de cualquier ley en particular que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, la Constitución debe preferirse a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus agentes. Esta conclusión no implica de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo implica que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última, en lugar de las primeras. Deberán regular sus decisiones por las leyes fundamentales, en lugar de aquellas que no lo son. (Hamilton, Madison y Jay, 1818, pp. 485-486)

No tan conocidas son las referencias del mismo Hamilton en *El Federalista* N° 16, en el que, luego de plantear la posibilidad de distinguir entre el ejercicio legal de un poder y la ilegal usurpación de una autoridad, planteó que:

El éxito de esa usurpación requeriría no solo una mayoría facciosa en la legislatura, sino también la connivencia de los tribunales de justicia y de la masa del pueblo. Si los jueces no se embarcaban en una conspiración con la legislatura, declararían que las resoluciones de esa mayoría son contrarias a la ley suprema del país, inconstitucionales y nulas. (Hamilton, Madison y Jay, 1818, p. 101)

Todas estas reflexiones de Hamilton fueron anticipadas en el marco de un conocido caso en Nueva York en 1784. Junto con otros abogados, representó a Joshua Waddington, un agente de dos mercaderes británicos a quienes Elizabeth Rutgers, viuda y patriota, les reclamaba el pago de alquileres por la ocupación de una propiedad que le había sido confiscada por autoridades realistas. Cabe recordar que Nueva York estuvo bajo el control de las fuerzas británicas desde 1776 hasta la firma del Tratado de Paz en 1783. Varios patriotas huyeron del estado luego de la ocupación militar británica y tuvieron que abandonar sus propiedades. En el caso de Rutgers, su negocio fue primero saqueado y luego restaurado y explotado por los mercaderes británicos representados por Waddington, quienes habían obtenido el permiso correspondiente de las autoridades civiles y militares británicas. En *Rutgers v. Waddington*,<sup>34</sup> Hamilton planteó como defensa la inconstitucionalidad de una ley estatal, la Trespass Act de 1783, que reconocía a los patriotas una acción judicial para reclamar por la ocupación de propiedad que había quedado sujeta al control del Gobierno de Gran Bretaña durante la guerra de independencia. Hamilton argumentó, entre

---

34 Ver *Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers*

otras cosas, que la Trespass Act violaba el Tratado de Paz con Inglaterra, una norma federal de rango superior que había otorgado una suerte de amnistía que incluía las acciones del Gobierno británico que habían favorecido a su cliente.<sup>35</sup> Cabe recordar que, a ese momento, aún no se había sancionado la Constitución de 1787 y el país se regía por las Artículos de Confederación de 1781. El planteo de Hamilton en favor de su impopular cliente fue receptado parcialmente por el tribunal en un fallo que causó gran impacto en la época (Chernow, 2004, p. 199).

#### 2.1.4. James Madison

Tenía solamente 36 años cuando fue designado como uno de los delegados por el estado de Virginia en la Convención de Filadelfia en 1787. Tan importante fue su trabajo que algunos autores lo señalan como el “padre de la Constitución de los Estados Unidos”.<sup>36</sup> A pesar de no haber escrito con la precisión de Iredell, Wilson o Hamilton acerca del control judicial de constitucionalidad (recordemos que Madison no era abogado),<sup>37</sup> existen varias referencias en documentos públicos y privados que demuestran que lo consideraba como uno de los frenos y contrapesos de su sistema de separación de poderes.<sup>38</sup> Y, fundamentalmente, como una forma proteger los derechos finalmente incluidos en el Bill of Rights.<sup>39</sup>

El punto de partida del pensamiento tanto de Madison como de la mayoría de los convencionales constituyentes está marcado, entre otras cosas, por una profunda desconfianza hacia el Poder Legislativo. Madison dejó expresada en más de una oportunidad esa desconfianza que los constituyentes norteamericanos tenían no solo respecto al poder del legislador, sino también de las faccio-

---

*and Joshua Waddington*, impreso por Samuel Loudon, Nueva York, 1784, pp. 3-47.

35 Para un análisis minucioso de los argumentos desplegados por Hamilton, ver Treanor (2005, pp. 480-487).

36 Cfr. Ketcham (1990, p. 229).

37 Al respecto, ver Corwin (1939, p. 821).

38 Tal como explica Gargarella (2008), Madison fue “el principal ideólogo del sistema de ‘frenos y contrapesos’”, al que consideraba como “el único remedio institucional adecuado frente al egoísmo y la ambición de poder que parecía inherente a la naturaleza del hombre” (p. 16). Para un análisis detallado del pensamiento constitucional de Madison y su influencia en nuestro país, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2003, p. 139).

39 Al respecto, ver Patterson (1939, p. 22).

nes que operan a través del Gobierno.<sup>40</sup> En la sesión del 21 de julio de 1787 en la Convención de Filadelfia, Madison advirtió que:

La experiencia en todos los Estados ha evidenciado una poderosa tendencia en la Legislatura de absorber todo el poder en su vórtice. Esta fue la verdadera fuente de peligro para las Constituciones Americanas; y sugirió la necesidad de dar toda autoridad defensiva a los otros departamentos que fuera consistente con los principios republicanos. (Farrand, 1937, tomo II, p. 74)

La propuesta de Madison en la Convención, apoyada por Wilson, fue la de incluir un Consejo de Revisión con participación de los jueces para hacer un control anterior a la ejecución de las leyes federales. Esa moción no fue aceptada, a pesar de las cuatro veces que Madison y sus aliados intentaron aprobarla. Lo llamativo del caso es que muchos de los convencionales que se oponían a la participación del Poder Judicial en el Consejo era porque consideraban que los jueces ya ejercerían un rol similar, pero a través del control judicial de constitucionalidad en el marco de un caso concreto. Así, por ejemplo, se manifestaron los siguientes convencionales:

- Elbridge Thomas Gerry: según consta en las notas sobre la Convención, Gerry, futuro vicepresidente de Madison y firmante de la Declaración de Independencia en 1776, expresó sus dudas de esta forma:

El Sr. Gerry duda si el Poder Judicial debe formar parte de él, ya que los jueces tendrán un control suficiente contra invasiones en su propio departamento a través de su interpretación de las leyes, que incluía un poder de decidir sobre su Constitucionalidad. (Farrand, 1937, tomo I, p. 97)

- Rufus King: al igual que Gerry, se opuso al Consejo de Revisión debido a que los jueces ya tenían el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes que fueran cuestionadas en el marco de los casos que tuvieran que decidir:

El Sr. King opinó que el Poder Judicial no debería unirse al veto de una Ley, porque los Jueces tendrán la interpretación de esas Leyes cuando se presenten ante ellos; y sin duda detendrán la operación de aquellas que parezcan repugnantes a la constitución. (Farrand, 1937, tomo I, p. 109)

- Luther Martin: eximio abogado que lideraría posteriormente la oposición

---

40 Para ver la evolución del pensamiento de Madison al respecto, ver Rakove (1992, p. 667).

antifederalista y representaría años después a Samuel Chase en su proceso de remoción y a Aaron Burr en el proceso que se le siguió por traición en 1807. Rechazó la participación de los jueces en el Consejo de esta forma:

El Sr. L. Martin consideraba la asociación de los Jueces con el Ejecutivo como una innovación peligrosa; así como una que no podría producir la ventaja particular que se espera de ella. No se puede suponer que el conocimiento de la humanidad y de los asuntos legislativos pertenezca en mayor grado a los Jueces que a la legislatura. Y en cuanto a la Constitucionalidad de las leyes, ese punto se presentará ante los jueces en su propio carácter oficial. En ese carácter tienen un poder negativo sobre las leyes. Si se los une con el Ejecutivo en un Consejo de Revisión tendrían un doble control negativo. (Farrand, 1937, tomo II, p. 76)

- George Mason: en respuesta a Martin, el principal redactor de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, al apoyar la propuesta de Madison de creación del Consejo de Revisión, expresó:

Se había dicho [por el Sr. L. Martin] que si los jueces se unieran a este control de las leyes, tendrían un doble control negativo, ya que en su capacidad expositiva como jueces ya tendrían uno. Él respondería que en esta capacidad podrían impedir en un solo caso, el funcionamiento de las leyes. Podrían declarar nula una ley inconstitucional. Pero con respecto a todas las leyes, por injustas, opresivas o perniciosas que sean, que no quedaran claramente incluidas en esta descripción, estarían como Jueces bajo la necesidad de darles vía libre. Él deseaba un mayor uso de la ayuda que podían dar los jueces para prevenir toda ley impropia. (Farrand, 1937, tomo II, p. 78)

Mason expresaba así la distinción que había entre el control judicial de constitucionalidad ya existente, con sus efectos limitados al caso concreto decidido por los jueces, y la propuesta del Consejo de Revisión que no venía a reemplazarlo, sino que implicaba un control previo y más ambicioso por su mayor alcance.

Así como Madison buscaba la forma de limitar el poder del legislador, otros convencionales compartían esa preocupación y la relacionaban con el control judicial de constitucionalidad. Gouverneur Morris, por ejemplo, al momento de discutir el mecanismo de ratificación de la Constitución a través de las legislaturas estatales o a través de convenciones electas por el pueblo, sostuvo:

Las modificaciones legislativas que no se ajusten al pacto federal, serían claramente inválidas. Los Jueces las considerarían nulas y sin efecto. (Farrand, 1937, tomo II, p. 92)

En idéntico sentido se expresó Madison:

El Sr. MADISON pensaba que era claro que las legislaturas eran incompetentes para los cambios propuestos. Estos cambios harían incursiones esenciales en las Constituciones estatales, y sería una doctrina nueva y peligrosa que una Legislatura pudiera cambiar la constitución a la cual debía su existencia. De hecho, podría haber algunas Constituciones dentro de la Unión, que le habían otorgado un poder a la Legislatura para participar en las modificaciones al Pacto federal. Pero ciertamente había algunas que no; y en el caso de éstas, necesariamente se debe obtener una ratificación por parte del pueblo. Él consideraba que la diferencia entre un sistema fundado solo en las Legislaturas y uno fundado en el pueblo, como la verdadera diferencia entre una liga o tratado y una Constitución. La primera en cuanto a la obligación moral podría ser tan inviolable como la segunda. En cuanto a la operación política, había dos distinciones importantes a favor de esta última. Una ley que viole un tratado ratificado por una ley preexistente, podría ser respetada por los Jueces como una ley, aunque una imprudente o pérfida. Una ley que viole una constitución establecida por el propio pueblo sería considerada por los jueces como nula y sin efecto. (Farrand, 1937, tomo II, pp. 92-93)

Si bien podría argumentarse que aquí se refiere solamente a la mejor forma de ratificación de la Constitución de 1787, lo cierto es que Madison distingue a la Constitución de un tratado y dice claramente que una ley que viole la ley fundamental establecida por el pueblo puede ser invalidada por los jueces.

Sancionada la Constitución, esa desconfianza tanto hacia el Poder Legislativo como a las facciones mayoritarias que operan a través del Gobierno no cejaron en el pensamiento de Madison:

[Allí donde quiera que resida el poder real del Gobierno, existe el riesgo de opresión. En nuestros Gobiernos el poder real reside en la mayoría de la Comunidad, y la invasión de los derechos privados es de esperarse que proceda, principalmente, no de actos de Gobierno contrarios al sentir de sus ciudadanos, sino de actos en los que el Gobierno es un mero instrumento del mayor número de ellos.<sup>41</sup>

En ese marco, Madison también defendió el control judicial de constitucionalidad como forma de preservar los derechos naturales reconocidos en el Bill of Rights. Hay que recordar que a pesar de que la Convención de Filadelfia había ideado la constitución como medio para estructurar y limitar al Gobierno

---

41 Ver carta de Madison a Thomas Jefferson del 17 de octubre de 1788 en Madison (1999, p. 420).

y, a través de esa regulación, garantizar la protección de los derechos naturales de las personas, había omitido una declaración de derechos.<sup>42</sup> Esa omisión generó las críticas y la oposición de los antifederalistas a la Constitución de 1787 durante el proceso de ratificación en los diferentes estados de la Unión.<sup>43</sup> La falta de un Bill of Rights tuvo que ser explicada, entonces, en las convenciones estatales en las que se discutía si se ratificaba o no la Constitución de Filadelfia. En Carolina del Sur, por ejemplo, Charles Pickney justificaba la ausencia de una declaración de derechos y explicaba que “como tal vez podríamos haber omitido la enumeración de algunos de nuestros derechos, entonces podría decirse que habíamos delegado en el gobierno general el poder de sacarnos aquellos de nuestros derechos que no hubiésemos enumerado” (Elliot, 1836, tomo IV, p. 316). De forma similar, durante la Convención de Ratificación en Pensilvania, James Wilson explicaba que “si intentamos una enumeración, todo lo que no esté enumerado se presumirá como entregado. La consecuencia es que, una imperfecta enumeración arrojará todos los poderes implícitos en manos del gobierno, y así los derechos de las personas quedarán incompletos” (Elliot, 1836, tomo II, p. 436). El trasfondo del problema es la visión expansiva que los constituyentes norteamericanos tenían respecto a los derechos naturales o “libertades” de las personas que el Gobierno debía asegurar y proteger. Eso hacía prácticamente imposible su enumeración.<sup>44</sup>

La solución al problema planteado por esa visión expansiva y la consiguiente imposibilidad de enumerar todos los derechos naturales fue ideada por Madison. Pese a que originalmente era escéptico acerca de la necesidad de incluir un catálogo de derechos, Madison finalmente lideró la propuesta de adopción del Bill of Rights.<sup>45</sup> Para ello, propuso una reforma que permitía proteger la con-

42 Sobre la idea de los derechos naturales, ver García-Mansilla (2014, pp. 511-560).

43 Cfr. Levy (1999, pp. 25 y ss.).

44 Vale la pena recordar la opinión que Iredell, futuro *Justice* de la Suprema Corte, durante la Convención de Carolina del Norte. Luego de rechazar las críticas por la falta de una declaración de derechos, Iredell sostuvo la imposibilidad de enumerarlos y la consiguiente peligrosidad de incluir una lista incompleta. Y remató su exposición del siguiente modo: “It would not only be useless, but dangerous, to enumerate a number of rights which are not intended to be given up; because it would be implying, in the strongest manner, that every right not included in the exception might be impaired by the government without usurpation; and it would be impossible to enumerate every one. Let any one make what collection or enumeration of rights he pleases, I will immediately mention twenty or thirty more rights not contained in it” (Elliot, 1836, tomo IV, p. 167).

45 Jefferson es quien terminaría de convencer a Madison acerca de la necesidad de incluir el Bill of Rights, en una carta enviada el 15 de marzo de 1789 en la que resalta la importancia del control judicial sobre las leyes: “In the arguments in favor of a declaration of rights, you omit one which has great weight with me, the legal check which it puts into the hands of the judiciary. This is a body,

cepción amplia de los derechos naturales y evitar el peligro de la enumeración. Su propuesta sería finalmente reflejada en la Enmienda IX de la Constitución estadounidense: “La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada para denegar o menoscabar otros retenidos por el pueblo”.

Madison defendió la inclusión del Bill of Rights en un discurso pronunciado en la Cámara de Representantes el 8 de junio de 1789. Allí dijo:

Creo que la mayoría de las personas que se opusieron a ella [la Constitución], lo hicieron porque no contenía disposiciones efectivas contra las violaciones de los derechos individuales ni aquellas salvaguardias que hace tiempo se acostumbran a interponer entre ellos y el magistrado que ejerce el poder soberano. (Madison, 1999, p. 441)

Madison consideraba a la declaración de derechos como un límite al poder del Gobierno y una protección de esos derechos frente a los posibles abusos de este. Más adelante, en el mismo discurso, compara la declaración de derechos británica con la que se proponía para los Estados Unidos. Allí, deja claro que la Constitución tiene el carácter de norma jurídica directamente invocable por los particulares para resistir los eventuales abusos del Gobierno:

En la declaración de derechos establecida por ese país [Gran Bretaña], la verdad es que no han hecho más que establecer una barrera contra el poder de la corona, pero el poder de la legislatura permanece ilimitado. [...] Aunque el caso pueda ser totalmente diferente y no se haya considerado necesario establecer límites al poder legislativo en ese país, una opinión diferente prevalece en los Estados Unidos. El pueblo de los diferentes Estados ha creído necesario establecer barreras contra el poder en todas las formas y departamentos de gobierno [...]. (Madison, 1999, p. 445)

Finalmente, luego de insistir en la importancia del Bill of Rights para prevenir y resistir los posibles excesos cometidos por el Gobierno o la comunidad, Madison sostuvo que la incorporación de los derechos naturales a la Constitución iba a tener un efecto saludable. La protección contra esos abusos de poder estaría en mano de los jueces. En palabras de Madison:

Tribunales de justicia independientes se considerarán a sí mismos de forma peculiar como los guardianes de esos derechos; se convertirán en un baluarte

---

which if rendered independent, and kept strictly to their own department merits great confidence for their learning and integrity” (Koche y Peden, 2004, p. 426).



inexpugnable frente a cualquier asunción de poder por parte del legislativo o el ejecutivo; serán llevados naturalmente a resistir cualquier violación de los derechos expresamente contemplados en la Constitución a través de la declaración de derechos. (Madison, 1999, p. 449)

Queda claro, entonces, que Madison pretendía que la declaración de derechos pudiera ser invocada por los ciudadanos ante los poderes públicos y muy especialmente en juicio. Bajo esa concepción, central para el constitucionalismo estadounidense, el propósito principal del control judicial de constitucionalidad es la protección de los derechos llamados “naturales”. Esos derechos no son considerados como otorgados por el Gobierno o la mayoría, sino que son reconocidos como preexistentes en la Constitución y operan como un límite al Gobierno y a la mayoría. Y los jueces son los encargados de proteger esos derechos contra las decisiones que eventualmente los infrinjan, especialmente en el caso del Congreso, pero también del Poder Ejecutivo.<sup>46</sup>

### 2.1.5. Oliver Ellsworth

Fue miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de Connecticut. Tuvo después una activa participación durante el proceso de ratificación en su estado natal, tanto a través de la publicación de trece ensayos anónimos conocidos como “Letters of a Landholder”<sup>47</sup> (que en la época llegó a ser comparado con *El Federalista*), como en la propia Convención estatal reunida en Hartford en 1788.<sup>48</sup> Después de ser elegido senador, ayudó en el diseño y sanción de la Judiciary Act de 1789.<sup>49</sup> Posteriormente, fue designado por Washington en el cargo de *Chief Justice* en reemplazo de John Rutledge, a quien el Senado le había negado el acuerdo después de haber sido designado en comisión en reemplazo de John Jay. Se mantuvo en ese cargo desde el 8 de marzo de 1796 hasta su retiro, el 15 de diciembre de 1800.

En un influyente discurso pronunciado el 7 de enero de 1788 en la Convención de Ratificación del estado de Connecticut, Ellsworth sostuvo:

Esta Constitución define el alcance de los poderes del gobierno general. Si la

---

46 Cfr. Gerber (2011, p. 342).

47 Ver Sheehan y McDowell (1998, pp. 286 y ss.).

48 Cfr. Casto (1996, p. 77).

49 Al respecto, ver Ritz (1990).

legislatura general sobrepasa en algún momento sus límites, el departamento judicial es un control constitucional. Si los Estados Unidos van más allá de sus poderes, si sancionan una ley que la Constitución no autoriza, es nula; y el poder judicial, los jueces nacionales, que para garantizar su imparcialidad serán independientes, la declararán nula. Por otro lado, si los estados van más allá de sus límites, si hacen una ley que es una usurpación sobre el gobierno general, la ley es nula; y los jueces honorables e independientes declararán que es así. (Elliot, 1836, tomo II, p. 196)

Los argumentos del ex convencional y futuro *Chief Justice* son similares a los expuestos por Iredell, Wilson, Hamilton, Madison y los demás convencionales y jueces que expresaron su confianza en el deber de los jueces de decidir los casos aplicando la constitución como ley suprema y fundamental y de ejercer el control constitucional para invalidar las leyes del Congreso que no la respetasen.

### 2.1.6. John Blair

Fue miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de Virginia. Posteriormente, fue designado por el presidente Washington como *Justice* de la Suprema Corte, cargo que ocupó desde el 2 de febrero de 1790 hasta su renuncia, el 25 de octubre de 1795 (Holt, 1998, pp. 155 y ss.). Blair había integrado previamente la Corte de Apelaciones de Virginia, que decidió en 1782 el conocido caso *Commonwealth v. Caton*.<sup>50</sup> En el llamado “Caso de los Prisioneros”,<sup>51</sup> los jueces del tribunal invitaron a que los abogados que tuvieran interés dieran su opinión. St. George Tucker, uno de los juristas más importantes de la época, se presentó e hizo una elaborada defensa del control judicial de constitucionalidad de las leyes, tal vez la más antigua del período revolucionario anterior a la sanción de la Constitución de Filadelfia.<sup>52</sup>

A la hora de resolver el caso, veintiún años antes que *Marbury v. Madison*, uno de los colegas de Blair explicó que:

si toda la legislatura, un evento que debe ser desaprobado, intentara sobrepasar los límites prescritos por el pueblo, Yo, al administrar la justicia pública del país, asumiré los poderes unidos en mi sede en este tribunal; y, señalando a la cons-

50 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

51 Para ver los pormenores de este caso y su importancia como antecedente de la *judicial review* es de consulta obligada el exhaustivo trabajo de Treanor (1994, p. 491).

52 Ver Treanor (1994, pp. 522-529).

titución, les diré a ellos, aquí está el límite de su autoridad; y hasta aquí podrán ir, pero no más allá.<sup>53</sup>

En cuanto a la actuación de Blair, al final del reporte del caso se advierte que:

El Chancellor Blair y el resto de los jueces eran de la opinión que el tribunal tenía el poder de declarar cualquier resolución o ley de la legislatura, o de cualquiera de sus ramas, como inconstitucional y sin efecto.<sup>54</sup>

Si bien la personalidad de Blair era más bien apocada, participó también junto con James Wilson de la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania que declaró inconstitucional por primera vez una ley del Congreso en 1792 (Holt, 1998, p. 168), caso sobre el que me referiré más adelante.

### 2.1.7. William Paterson

Oriundo de Irlanda, emigró a los Estados Unidos a muy temprana edad junto con sus padres. Fue miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de Nueva Jersey, en el que había sido *Attorney General*, entre 1776 y 1783, y gobernador, entre 1790 y 1793. Luego de finalizada la Convención, fue elegido senador y allí colaboró con Oliver Ellsworth en la sanción de la Judiciary Act de 1789.<sup>55</sup> Después de renunciar a su cargo de gobernador, ocupó el de *Justice* luego de ser designado por el presidente Washington. Se mantuvo en ese cargo desde el 4 de marzo de 1793 hasta su muerte, el 9 de septiembre de 1806.

El *Justice* Paterson dejó sentada su opinión acerca del deber de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes en una exposición que hizo en 1795 ante el Grand Jury en el caso *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*,<sup>56</sup> una decisión de la corte de circuito de Pensilvania. Cabe recordar que era una práctica aceptada desde los tiempos de la Revolución que los jueces de la Suprema Corte, en su trabajo en las cortes de circuito, hicieran este tipo de exposiciones, en algunos casos con contenido de índole político.<sup>57</sup> En esa oportunidad, después de destacar las diferencias entre la Constitución inglesa y la de los Estados Unidos, Paterson explicó:

---

53 8 Va. (4 Call.), p. 8 (voto del *Chancellor* George Whyte, quien había sido profesor de Derecho de John Marshall en el College of William and Mary Treanor (Treanor, 1994, p. 497)).

54 8 Va. (4 Call.), p. 20.

55 Ver Degnan (1998, pp. 238-240).

56 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

57 Sobre el punto, ver Lerner (1967, p. 127).

¿Qué es una constitución? Es la forma de gobierno, delineada por la poderosa mano del pueblo, en la cual se establecen ciertos primeros principios de leyes fundamentales. La Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es la ley suprema del país; es superior al poder de la Legislatura, y solo puede ser revocada o alterada por la autoridad que la hizo. El principio que le da vida y el golpe que le causa la muerte deben provenir de la misma mano. ¿Qué son las legislaturas? Criaturas de la Constitución; deben su existencia a la Constitución: derivan sus poderes de la Constitución: es su comisión; y, por lo tanto, todas sus leyes deben ser conformes a ella, o de lo contrario serán nulas.<sup>58</sup>

A renglón seguido, Paterson aclaró que:

La Constitución es el trabajo o la voluntad del pueblo mismo, en su capacidad original, soberana e ilimitada. La ley es el trabajo o la voluntad de la Legislatura en su capacidad derivada y subordinada. Una es el trabajo del Creador, y la otra de la Criatura. La Constitución fija límites al ejercicio de la autoridad legislativa y prescribe la órbita dentro de la cual debe moverse. En resumen, caballeros, la Constitución es el sol del sistema político, alrededor del cual deben girar todos los cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales. Cualquiera que sea el caso en otros países, sin embargo, en esto no puede haber ninguna duda: que cada ley de la Legislatura, repugnante a la Constitución, es absolutamente nula.<sup>59</sup>

Finalmente, Paterson destacó no solo el deber que tenían los jueces de declarar nulas las leyes que contradijeran la Constitución, sino también el estatus del Poder Judicial en el sistema de gobierno limitado creado en la Constitución de Filadelfia:

Considero como una posición clara que si un acto legislativo se opone a un principio constitucional, el primero debe ceder, y ser rechazado debido a su repugnancia. Sostengo que es una posición igualmente clara y sólida que, en tal caso, será deber del Tribunal adherirse a la Constitución, y declarar el acto legislativo nulo y sin efecto. La Constitución es la base de la autoridad legislativa; se encuentra en la base de toda ley, y es una regla y comisión bajo la cual tanto legisladores como jueces deben proceder. Es un principio importante, que nunca debe perderse de vista en la discusión de preguntas del presente tipo, que el poder judicial en este país no es una rama subordinada, sino coordinada del gobierno.<sup>60</sup>

Tal como explica Treanor (1994, p. 527), a pesar de tratarse de un caso en

---

58 2 U.S. (2 Dall.), p. 308.

59 Ídem.

60 2 U.S. (2 Dall.), p. 309.

el que se discutía la constitucionalidad de una ley local, lo cierto es que la exposición de Paterson se convirtió en un ejemplo de la concepción fuerte del control judicial de constitucionalidad de la legislación en general. De hecho, fue impresa en forma de panfleto y circuló por todo el país.<sup>61</sup>

### 2.1.8. Las convenciones estatales de ratificación

Un repaso de las convenciones de ratificación muestra también el reconocimiento del control judicial de constitucionalidad por parte de otras figuras de renombre, tanto del bando de los federalistas como de los antifederalistas. Además de los mencionados previamente, entre muchos otros y sin pretensión de exhaustividad, cito los siguientes:

- Convención de Ratificación del estado de Massachusetts: en la Convención reunida en Boston en enero de 1788 para ratificar la Constitución de Filadelfia, Samuel Adams sostuvo:

Si alguna ley sancionada por el gobierno federal se extendiera más allá del poder otorgado por la Constitución propuesta, y fuera inconsistente con la constitución de este estado, será un error y será anulada por los tribunales de justicia. (Elliot, 1836, tomo II, p. 131)

- Convención de Ratificación del estado de Virginia: en la Convención reunida en Richmond en junio de 1788, Patrick Henry planteó:

Sí, señor, nuestros jueces [locales] se opusieron a las leyes de la legislatura. Tenemos este hito para guiarnos. Tenían fortaleza para declarar que eran el poder judicial y se opondrían a las leyes inconstitucionales. ¿Están seguros de que su poder judicial federal actuará así? ¿Está ese poder judicial tan bien construido, y tan independiente de las otras ramas, como nuestro poder judicial estatal? ¿Dónde están sus hitos en este gobierno? Seré directo para decir que no podrán encontrar ninguno en él. Tomo como el máximo elogio para este país el que las leyes de la legislatura, si son inconstitucionales, pueden ser rechazadas por el poder judicial. (Elliot, 1836, tomo III, p. 325)

El propio John Marshall afirmó en esa misma Convención que los jueces declararían inconstitucional una ley del Congreso sancionada en contradicción a la Constitución federal:

---

61 Cfr. Rosenberg (1969, p. 539).

Si llegaran a sancionar una ley no autorizada por ninguno de los poderes enumerados, los jueces la considerarían como una infracción de la Constitución que deben salvaguardar. No considerarían que tal ley entrara bajo su jurisdicción. La declararían nula. (Elliot, 1836, tomo III, p. 553)

Frente a los cuestionamientos de algunos delegados que afirmaban que los jueces federales serían indulgentes con las autoridades federales, Marshall respondió:

¿A qué órgano se acudiría para protección frente a una infracción de la Constitución, si no se le diera ese poder al poder judicial? No hay otro cuerpo que pueda permitir esa protección. Pero el honorable miembro se opone, porque dice que el poder judicial federal excluirá a los funcionarios de su gobierno del castigo merecido. El sheriff federal, dice él, irá a la casa de un hombre pobre y lo golpeará, o abusará de su familia, y el tribunal federal lo protegerá. ¿Algún caballero cree esto? ¿Es necesario que los funcionarios cometan una intrusión en la propiedad o en las personas de aquellos con quienes tienen que trabajar? ¿Se permitirán tales grandes insultos a la gente de este país? Si se hiciera una ley para autorizarlos, sería nula. (Elliot, 1836, tomo III, p. 554)

- Convención de Ratificación del estado de Carolina del Norte: en la primera Convención reunida en Hillsborough en julio de 1788,<sup>62</sup> el convencional John Steele planteó:

El poder judicial de ese gobierno está tan bien construido como para ser un freno. No había frenos en la antigua Confederación. Su poder era, en principio y en teoría, trascendente. Si el Congreso hace leyes incompatibles con la Constitución, los jueces independientes no las convalidarán, ni la gente las obedecerá. Se producirá una resistencia universal. (Elliot, 1836, tomo IV, p. 71)

Cabe recordar que los convencionales del estado de Carolina del Norte conocían perfectamente el precedente sentado en *Bayard v. Singleton*, decidido apenas unos meses antes de reunirse la convención.

Las citas podrían multiplicarse, pero no quiero aburrir al lector. Tal como explican Prakash y Yoo (2003, p. 956), los delegados más importantes en al menos siete de las convenciones estatales de ratificación expresaron abiertamente que la Constitución autorizaba el control judicial de constitucionalidad de las leyes del Congreso. En ninguna de esas convenciones se negó que los tribuna-

---

62 Carolina del Norte tuvo dos convenciones de ratificación. En la primera, reunida en 1788 y dominada por los antifederalistas, la Constitución de Filadelfia no fue ratificada. Recién al año siguiente, en una segunda convención, Carolina del Norte ratificaría la Constitución.

les pudieran impedir la ejecución de una ley inconstitucional ni se manifestó desconocimiento o falta de familiaridad con el deber de ejercer el control de constitucionalidad por parte de los jueces.<sup>63</sup> No solo eso: varios de los discursos más importantes relacionados con el reconocimiento y la defensa del control judicial de constitucionalidad, incluyendo los de los futuros miembros de la Suprema Corte Wilson y Ellsworth, fueron publicados y discutidos en decenas de diarios a lo largo de varios estados (Prakash y Yoo, 2003, pp. 965-974).

## **2.2. Los jueces no se autoasignaron la *judicial review***

Un aspecto adicional y muy importante a tener en cuenta es la conciencia que todos tenían acerca de la novedad que estaban introduciendo en el mundo de las instituciones al reconocer el carácter de norma jurídica fundamental a una constitución escrita. En todas las justificaciones al control judicial de constitucionalidad se expone el deber (no el poder) de los jueces de aplicar la constitución escrita como norma jurídica superior a cualquier ley que sancione el Poder Legislativo. Y también que ese carácter jurídico superior de la constitución tiene que ver con la idea de imponer límites a todo el gobierno federal, especialmente al legislador. La constitución se convierte así en la ley que gobierna a aquellos que gobiernan.<sup>64</sup>

Esta novedad en cuanto a la constitución era constantemente remarcada en los Estados Unidos, en especial para contrastarla con el ejemplo de Gran Bretaña. Madison lo expresa muy bien en *El Federalista* N° 53:

La importante distinción, tan bien comprendida en América, entre una Constitución establecida por el pueblo e inalterable por el gobierno y una ley establecida y alterable por el gobierno, parece haber sido mal comprendida y menos observada en cualquier otro país. Dondequiera que haya residido el supremo poder de legislar, se ha supuesto que también residía una potestad plena para cambiar la forma de gobierno. Inclusive en Gran Bretaña, donde los principios de la libertad política y civil han sido más discutidos y donde más se habla de los derechos de la Constitución, se sostiene que la autoridad del Parlamento es suprema e incontrolable, tanto con respecto a la Constitución, como a los objetos ordinarios sobre los que dispone el legislador. De acuerdo con esto, y en distintas ocasiones, han cambiado por medio de actos legislativos algunos de los artículos más fundamentales del gobierno. [...] *Donde no existiese, ni pudiera*

---

63 Cfr. Prakash y Yoo (2003, pp. 956).

64 Cfr. Barnett (2016, p. 23).

*existir una Constitución superior al gobierno, no habría modo de buscar una garantía constitucional semejante a la establecida en los Estados Unidos.* (Hamilton, Madison y Jay, 1818, pp. 335-336)<sup>65</sup>

En idéntico sentido, en el capítulo XI de sus *Lectures on Law*, James Wilson explicaba:

En Gran Bretaña no se conoce nada parecido a una constitución propiamente dicha. Lo que se sabe, en ese reino, bajo ese nombre [...] es la criatura y el dependiente del poder legislativo [...]. La autoridad omnipotente del parlamento es el último recurso. [...] El orden de las cosas en Gran Bretaña es exactamente el reverso del orden de las cosas en los Estados Unidos. Aquí, el pueblo es el amo del gobierno; allí, el gobierno es el amo del pueblo. (Hall, 2007, pp. 718-719)

Lo propio ocurre con el voto del Justice William Patterson en el caso *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* de 1795:

Es difícil decir qué es la constitución de Inglaterra; dado que no se reduce a la certeza y precisión escritas, queda totalmente a merced del Parlamento [...] no hay una constitución escrita, *ninguna ley fundamental*, nada visible, nada real, nada cierto, por el cual una ley pueda ser evaluada.<sup>66</sup>

Es evidente que, ya desde el momento de la revolución, se impuso en los Estados Unidos la idea acerca del rol normativo y jurídicamente superior que tenía la constitución escrita sancionada por el pueblo. Tal como explica Casto (1995), en los Estados Unidos

las constituciones escritas se adoptaron como limitaciones expresas a la teoría y práctica inglesa de la omnipotencia legislativa. Esta distinción entre constituciones escritas y no escritas no era simplemente una cuestión de forma. En el caso de una constitución no escrita, la aprobación del pueblo tenía que inferirse de una larga costumbre y aceptación. Por el contrario, el proceso de reducir una propuesta constitucional por escrito y obtener su aprobación positiva por parte de los representantes del pueblo al ratificar las convenciones estableció claramente la legitimidad de una constitución. A diferencia de las inferencias extraídas de la costumbre, las limitaciones expresas de una constitución escrita tenían una procedencia soberana directa y obvia. (pp. 333-334)

---

65 Énfasis agregado.

66 2 U.S. 304, p. 308. Énfasis agregado.



Algo similar ocurrió con el carácter de límite que este concepto específico y nuevo de constitución tenía para el gobierno federal, en especial para el Congreso. Ese límite al Poder Legislativo, al que se consideraba una criatura de la Constitución a la cual debía su autoridad para legislar, significaba otro cambio radical para la época ya que, diferenciándose de Gran Bretaña, implicaba trasladar la soberanía desde el Poder Legislativo a la Constitución.<sup>67</sup> Así lo explica, por ejemplo, St. George Tucker:

la revolución estadounidense ha formado una nueva época en la historia de las instituciones civiles, al reducir a la práctica lo que, antes, se suponía que existía solo en las especulaciones visionarias de los escritores teóricos. [...] El mundo, por primera vez desde que comenzaron los anales de sus habitantes, vio un pacto original escrito, formado por las voces libres y deliberadas de individuos dispuestos a unirse en los mismos lazos sociales; exhibiendo así un fenómeno político desconocido en épocas anteriores. [...] Este precedente memorable fue seguido pronto por un número mucho mayor de estados en la unión, y abrió el camino hacia ese instrumento, por el cual la unión de los estados confederados se ha completado desde entonces, y en el que, como intentaremos mostrar en lo sucesivo, la soberanía del pueblo y la responsabilidad de sus servidores son principios establecidos de manera fundamental e inequívoca; en el que se definen los poderes de las diversas ramas del gobierno, y el exceso de ellos, tanto en la *legislatura*, como en las *otras* ramas, encuentra límites, que no pueden transgredirse sin ofender a ese poder mayor de quien toda autoridad se deriva entre nosotros; a saber, el PUEBLO. (Tucker, 1803, p. 4)

Ese concepto nuevo de constitución, con sus características peculiares de ser expresión de la soberanía del pueblo, de ser escrita, de tener el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía directamente invocable por los ciudadanos y sus abogados en juicio (como hicieron, por ejemplo, Iredell o Hamilton ya antes de la sanción de la Constitución de 1787), así como de imponer límites precisos al Gobierno, especialmente al Poder Legislativo, se combinó con el deber que tenían los jueces bajo el Common Law de decidir los casos y controversias correspondientes a su jurisdicción de acuerdo al derecho vigente.<sup>68</sup> Desde esta perspectiva, la aplicación de la Constitución como máxima norma del orden jurídico pasó a ser un aspecto más del deber general que tenían que cumplir habitualmente los jueces a la hora de decidir casos. Así, esta novedad institucional derivó en el rol ordinario para todos los jueces que se encontraran frente a una

---

67 Cfr. Leonard (2006, p. 881).

68 Sobre este último punto, el libro de Philip Hamburger (2008) es de consulta obligada.

ley que contradijera la constitución de invalidarlas en el caso concreto a través de una declaración de inconstitucionalidad (Althouse, 2010, p. 1123). Por eso es que, como explica Schwartz (1963), no hubo necesidad de mencionar ese rol de los jueces específicamente en la Constitución. El motivo es sencillo: el control judicial de constitucionalidad era considerado y aceptado por la tradición jurídica de la época como una parte esencial del derecho vigente<sup>69</sup> y por eso se lo consideraba incluido dentro de las atribuciones propias de la función judicial. Desde este punto de vista, Marshall no introdujo novedad alguna en los Estados Unidos y la llamada *judicial review* no tuvo el origen heroico que se le pretende atribuir.

### **2.3. *Marbury v. Madison* no fue el primer caso en el que un tribunal ejerció el control de constitucionalidad sobre una ley federal en los Estados Unidos. Tampoco el primero en el que se declaró la inconstitucionalidad de una ley federal en ese país**

Por supuesto que la gran mayoría de los convencionales que actuaron en Filadelfia en 1787, o en las convenciones estatales posteriores que ratificaron la Constitución entre el 7 de diciembre de 1787 y el 29 de mayo de 1790,<sup>70</sup> incluido el propio Marshall, o que casi todos los *Justices* que actuaron en la Suprema Corte antes de la llegada del célebre *Chief Justice* al tribunal en 1801 defendieran el deber de invalidar leyes que contradijeran la constitución solo permite corregir el mito acerca de su autoría. Lo propio ocurre con la existencia de numerosos precedentes judiciales a nivel estatal de tribunales que declararon la inconstitucionalidad de una ley con anterioridad a 1803.<sup>71</sup> De toda esa revisión resulta indiscutible que John Marshall no pudo inventar, ni inventó, el control judicial de constitucionalidad.<sup>72</sup> Sin embargo, nada de esto le quitaría mérito a su decisión en *Marbury v. Madison*: seguiría siendo la primera sentencia en la que se declaró la inconstitucionalidad de una ley federal en los Estados Unidos luego de la entrada en vigencia de la Constitución de Filadelfia. Y la contribución de Marshall habría sido, precisamente, permitir que el Tribunal se autoadjudique y establezca de forma definitiva una facultad que la constitución no le reconoció

69 Cfr. Schwartz (1963, p. 17).

70 Delaware fue el primero de los trece estados originales en ratificar la Constitución. Rhode Island, que no participó de la Convención de Filadelfia en 1787, el último.

71 Para Treanor (2005, p. 458), uno de los principales estudiosos de la materia, fueron por lo menos 38 casos y no los escasos 6 o 7 que la doctrina solía citar.

72 O, en palabras de Löffler (2016, p. 153), Marshall no fue el padre del control de constitucionalidad.

expresamente, pero que todos entendían como necesaria. Esta variante del mito tampoco funciona. Nuevamente, estamos frente a una afirmación errónea que los hechos históricos desmienten.

El estudio del período anterior al ingreso de John Marshall a la Suprema Corte no generó el mismo entusiasmo entre académicos de diversas disciplinas.<sup>73</sup> Sin embargo, es indispensable para verificar si, efectivamente, *Marbury v. Madison* fue el primer caso en el que un tribunal federal declaró inconstitucional una ley del Congreso. El estudio de las cortes presididas a partir de su instalación el 19 de octubre de 1789 por el *Chief Justice* John Jay, quien ejerció la presidencia hasta el 29 de junio de 1795, por el *Chief Justice* John Rutledge, quien lideró el tribunal desde el 12 de agosto hasta el 28 de diciembre de 1795, y por el *Chief Justice* Oliver Ellsworth, quien hizo lo propio entre el 8 de marzo de 1796 y el 15 de diciembre de 1800 demuestra que *Marbury v. Madison* fue, como mínimo, el sexto caso en el que la Suprema Corte estadounidense ejerció el control judicial de constitucionalidad sobre una ley del Congreso.

Antes de revisar esos casos anteriores a *Marbury*, corresponde aclarar que la Suprema Corte no encaró de entrada la tarea de publicar oficialmente sus fallos.<sup>74</sup> Además, no había obligación de dejar por escrito sus decisiones, aun las más importantes, que eran expuestas de viva voz desde el estrado (Joyce, 1985, p. 1298). Por eso, hasta por lo menos el año 1800, las decisiones escritas de la Corte eran la excepción, no la regla (Davis, 1889, pp. XV-XVI).

Los reportes de las sentencias de la Suprema Corte en sus primeros años estuvieron a cargo de abogados que, por propia iniciativa, entendían que podían generar un ingreso económico al vender esos reportes a jueces, litigantes y al público en general. De ahí que estos reportes no tuvieran desde sus orígenes la precisión y continuidad actual. De hecho, el primer “reportero” de los casos de la Suprema Corte fue un abogado oriundo de Jamaica, Alexander James Dallas, quien empezó su tarea varios años después de que la Suprema Corte dictara su primer fallo.<sup>75</sup> Dallas reconstruyó, precisamente, el período correspondiente entre 1791 y el año 1800,<sup>76</sup> y lo hizo como un emprendimiento pu-

73 Cfr. Wexler (2006, pp. 1373-1374).

74 Al respecto, ver Joyce (1985, p. 1291).

75 Cfr. O’Connor (2004, pp. 24 y ss.).

76 “Dallas was a pioneer of American case reporting and had much to learn about the Enterprise. His volumes, while very useful to the bar, suffered from several important problems. The first was delay: the Supreme Court cases decided in 1793 weren’t published by Dallas until 1798, and the cases decided in 1800 weren’t put out until 1807. There was also expense: the reports cost about five dollars a volume, a price well beyond the means of many lawyers of the time. In addition, many cases were

ramente privado, sin apoyo gubernamental, con un gran esfuerzo personal no exento de dificultades y tropiezos. Frustrado por su falta de éxito, abandonó sus tareas advirtiendo que “he encontrado tan miserable aliento por mis reportes que he determinado juntarlos todos y ofrecérselos a las ratas”.<sup>77</sup>

Lo que no destruyeron los roedores lo hicieron el agua y el fuego: parte del archivo de la Corte correspondiente a sus primeros años de actividad fue destruido en sucesivas inundaciones, incendios y una explosión de gas en el Capitolio entre 1814 y 1898.<sup>78</sup> De ahí que existan importantes fallos que no fueron publicados oficialmente y otros que, para poder ser debidamente reconstruidos, se requiere no solo la lectura de los incompletos reportes de Dallas, sino la revisión de cartas privadas, notas de diarios o fuentes similares, especialmente las minutas de la Suprema Corte del periodo 1789-1801 que se salvaron de la destrucción y fueron publicadas por *The American Journal of Legal History* entre 1961 y 1964 (Surrency, 1961a, p. 37). A pesar de las limitaciones referidas, pueden mencionarse los siguientes casos:

### 2.3.1. La Invalid Pensions Act llega a tribunales: el caso *Hayburn* (1792)

La Judiciary Act de 1789 no fue la primera ley del Congreso en ser declarada inconstitucional por la Suprema Corte. Y ese agosto tribunal no fue el primero en declarar inconstitucional una ley federal en los Estados Unidos. El mérito le corresponde a la Corte de Circuito de Pensilvania que, a través de una decisión de los jueces James Wilson, John Blair y Richard Peters, declaró inconstitucional la Invalid Pensions Act de 1792 en el caso *Hayburn*. Para ser más preciso, el 11 de abril de 1792 es la fecha que marca la primera sentencia de un tribunal federal que, en el marco de un caso concreto, declara inconstitucional una ley del Congreso. Es decir, casi once años antes que *Marbury v. Madison*.

El Congreso había sancionado el 23 de marzo de 1792 la Invalid Pensions Act que, entre otras cosas, establecía un mecanismo para que soldados heridos durante la guerra de independencia pudieran obtener una pensión por invalidez.<sup>79</sup> El artículo 2 de la ley había dispuesto que las cortes federales de circuito

---

omitted, largely at Dallas’s own discretion.” (O’Connor, 2004, p. 26)

77 Ver “Dallas, Alexander James” en Hall (2005, p. 247).

78 Cfr. Browning y Glenn (1960, p. 243).

79 United States Statutes at Large, Vol. 1, 2<sup>nd</sup>. Congress, 1<sup>st</sup>. Session, Ch. 11, p. 243 (1792) (“An Act to provide for the settlement of the Claims of Widows and Orphans barred by the limitations heretofore established, and to regulate the Claims to Invalid Pensions”).

recibieran los pedidos para acceder al beneficio en los diversos estados. Hay que recordar que, a pesar de no estar previsto en la Constitución, la Judiciary Act de 1789 obligó a los jueces de la Suprema Corte a integrar las llamadas “cortes de circuito”. Esos tribunales federales se integraban periódicamente con dos jueces de la Suprema Corte y un tercer juez federal designado en cada circuito en los distintos estados. La Invalid Pensions Act pretendía aprovechar ese despliegue geográfico de la justicia federal, cuyas Cortes de Circuito podían recibir los pedidos de pensión en varios estados.

La ley obligaba a los jueces federales a analizar las pruebas presentadas por los reclamantes y determinar si les correspondía acceder a la pensión conforme el grado de su invalidez física. También regulaba el tipo de pruebas que los inválidos, que no hubieran desertado durante la guerra, tenían que presentar a los jueces de circuito. A su vez, en su artículo 3, la ley obligaba a los jueces durante un plazo de dos años a permanecer al menos cinco días en cada circuito para poder recibir y atender los reclamos.<sup>80</sup> Finalmente, el artículo 4 de la ley establecía que las decisiones de esos tribunales federales quedaban, en ciertos casos, sujetas a una revisión administrativa del Secretario de Guerra. Así, a pesar de lo que resolvieran las Cortes de Circuito, el secretario de guerra podía decidir incluir o no a los reclamantes en la lista de pensionados e informar de ello al Congreso.<sup>81</sup>

Apenas unos días después de sancionada la ley, James Wilson se encontró en la calle con el entonces *Attorney General* Edmund Randolph. Según refiere el propio Randolph en una carta al presidente Washington en el marco de una conversación sobre la constitucionalidad de dos leyes sancionadas por el Congreso, Wilson le advirtió que tanto él como el *Justice* John Blair dudaban fuertemente acerca de la constitucionalidad de la Invalid Pensions Act.<sup>82</sup>

---

80 “Sec. 3. [...] And it shall be the duty of the judges of the circuit courts respectively, during the term of two years from the passing of this act, to remain at the places where the said courts shall be holden, five days at the least from the time of opening the sessions thereof, that persons disabled as aforesaid, may have full opportunity to make their application for the relief proposed by this act.”

81 “Sec. 4. And be it further enacted, That the Secretary at War, upon receipt of the proofs, certificate and opinion aforesaid, shall cause the same to be duly filed in his office, and place the name of such applicant on the pension list of the United States, in conformity thereto: Provided always, That in any case, where the said Secretary shall have cause to suspect imposition or mistake, he shall have power to withhold the name of such applicant from the pension list, and make report of the same to Congress, at their next session.”

82 Carta de Edmund Randolph a George Washington del 5 de abril de 1792: “Both Mr. Blair and Mr. Wilson are now at Trenton. I have never heard Mr. Blair say a syllable upon the subject of the representation bill. Some days ago I met Mr. Wilson in Sixth Street, and he stopped to ask me, whether Mr. Blair had communicated to me an idea, which both of them entertained on a late law of the present session, requiring the judges of the circuit courts to hear applications of

A comienzos de abril de 1792, William Hayburn, un veterano de la guerra de independencia, se presentó ante la Corte de Circuito de Pensilvania a reclamar su inclusión en la lista de beneficiarios de la pensión. A instancias de James Wilson, el 11 de abril de 1792, la Corte de Circuito rechazó la petición por considerar que la Invalid Pensions Act era inconstitucional.<sup>83</sup>

La decisión de la Corte de Circuito no pasó desapercibida. En la sesión del 13 de abril de 1792 en la Cámara de Representantes, William Vans Murray hizo el siguiente planteo: “Siendo esta la primera vez en que una corte de justicia declara que una ley del Congreso es inconstitucional, la novedad del caso produce una variedad de opiniones con respecto a las medidas a ser tomadas en esta ocasión” (*Annals of Congress*, 1792, Vol. 3, p. 557).

El 15 de abril de 1792, cuatro días después del fallo, Madison escribía desde Filadelfia al general Henry Lee y destacaba que la declaración de inconstitucionalidad de la ley de pensiones había despertado la atención del público y la inquietud de quienes deseaban que el Congreso no fuera controlado.<sup>84</sup>

Los diarios de la época también recalcaron la importancia de la decisión.<sup>85</sup> El *National Gazette* de Filadelfia, por ejemplo, en su edición del 16 de abril de 1792, publicó lo siguiente:

Un corresponsal señala que la última decisión de los Jueces de los Estados Unidos en la Corte de Circuito de Pensilvania, declarando *inconstitucional* una ley de la actual sesión del Congreso, debe ser motivo de gran satisfacción para todos los

---

pensioners, invalids &c. I informed him, that Mr. Blair had not mentioned it to me; but that it was said in town, that they meant to refuse to execute the act. Upon his making a strong remark against its constitutionality, (but by the way I suspect that in this the judges, if they persist, will be found wrong) I observed, that doubts had been entertained by some discerning and respectable men as to the constitutionality of the representation bill. To this he replied, it can never come before me, as a judge, and therefore I will say that congress appear to have forgotten the source, from which representation flows. We immediately separated, without exchanging another word”. Se puede acceder a una copia de la carta en la página web de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos (ver George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, en [https://www.loc.gov/resource/mgw4.101\\_1002\\_1003/?st=gallery](https://www.loc.gov/resource/mgw4.101_1002_1003/?st=gallery)).

83 El caso fue decidido en medio de un cuestionamiento abierto de la Suprema Corte al sistema de circuitos que obligaba a los *Justices* a viajar constantemente, en condiciones muchas veces precarias, y a pasar varios meses fuera de sus hogares. Al respecto, ver Holt (1998, pp. 167-169).

84 Carta de James Madison a Henry Lee del 15 de abril de 1792: “The judges have also called the attention of the public to Legislative fallibility, by pronouncing a law providing for Invalid Pensioners unconstitutional and void; perhaps they may be wrong in the execution of their power, but such an evidence of its existence gives inquietude to those who do not wish Congress to be controuled or doubted whilst its proceedings correspond with their views” (Letters and other writings of James Madison, 1865, Vol. I [1769-1793], J. B. Lippincott & Co., Filadelfia, p. 554).

85 Cfr. Warren (1922, pp. 72 y ss.).

republicanos y amigos de la libertad: toda vez que asegura al pueblo la amplia protección de sus derechos y privilegios constitucionales, contra cualquier intento de opresión legislativa o ejecutiva. Y, mientras veamos el ejercicio de esta noble prerrogativa de los jueces en manos de hombres capaces, sabios e independientes, como los que componen el actual sistema judicial de los Estados Unidos; se nos ofrece una esperanza justa de que, no solo se evitarán invasiones futuras, sino también de que cualquier ley existente del Congreso que suponga una afectación de los derechos constitucionales de los individuos o de los estados serán sometidas, oportunamente, a revisión [...]. (National Gazette, 16 de abril de 1792, p. 195)

El 18 de abril de 1792, los jueces de la Corte de Circuito de Pensilvania enviaron una carta al presidente George Washington explicando las objeciones constitucionales que habían tenido en cuenta en su fallo. En esa carta, incluida en el reporte de Dallas, los jueces Wilson, Blair y Peters expusieron los siguientes argumentos para negarse a aplicar la Invalid Pensions Act ante el pedido de Hayburn: en primer lugar, la violación del Congreso de respetar el principio de separación de los poderes previsto en la Constitución al asignarle a los jueces una tarea que no era de naturaleza judicial, sino administrativa; en segundo lugar, la violación de la independencia del Poder Judicial al prever que sus decisiones podían quedar sujetas a la revisión de un miembro del Poder Ejecutivo y, eventualmente, del Congreso. Finalmente, el deber de los jueces independientes de aplicar la Constitución como norma suprema, tal como surge del juramento al asumir sus funciones.<sup>86</sup>

---

86 Conforme surge del reporte de Dallas: “The Circuit Court for the District of Pennsylvania, consisting of Wilson, and Blair, Justices, and Peters, District Judge, made the following representation in a letter jointly addressed to the President of the United States on 18 April, 1792: To you it officially belongs to ‘take care that the laws’ of the United States ‘to faithfully executed.’ Before you, therefore, we think it our duty to lay the sentiments which, on a late painful occasion, governed us with regard to an act passed by the legislature of the union. The people of the United States have vested in Congress all legislative powers ‘granted in the Constitution.’ They have vested in one Supreme Court and in such inferior courts as the Congress shall establish ‘the judicial power of the United States.’ It is worthy of remark that in Congress the whole legislative power of the United States is not vested. An important part of that power was exercised by the people themselves when they ‘ordained and established the Constitution.’ This Constitution is ‘the Supreme Law of the Land.’ This supreme law ‘all judicial officers of the United States are bound, by oath or affirmation, to support.’ It is a principle important to freedom that in government, the judicial should be distinct from and Independent of the legislative department. To this important principle the people of the United States, in forming their Constitution, have manifested the highest regard. They have placed their judicial power not in Congress, but in ‘courts.’ They have ordained that the ‘judges of those courts shall hold their offices during good behavior,’ and that ‘during their continuance in office, their salaries shall not be diminished.’ Congress has lately passed an act to regulate, among other things, ‘the claims to invalid pensions.’ Upon due consideration, we have been unanimously of opinion that under this act, the circuit court held for the Pennsylvania District could not proceed.



Los otros jueces de la Suprema Corte, especialmente James Iredell, también cuestionaban la constitucionalidad de la ley federal por motivos similares.<sup>87</sup> Sin embargo, a pesar de esos planteos, debido al fin patriótico de la ley, oirían y decidirían gran cantidad de peticiones y reclamos de inválidos de guerra en sus constantes viajes para atender las Cortes de Circuito, pero aclarando que no lo hacían como jueces, sino como “comisionados”.

Frustrado frente a la negativa de la Corte de Circuito de Pensilvania de aplicar la Invalid Pensions Act en el caso concreto del reclamo de Hayburn, el 5 de agosto de 1792, Randolph le enviaría una carta al presidente Washington criticando la anulación de la ley federal por parte de los jueces debido a su inconstitucionalidad. Y advirtió que había que limitar de alguna forma el precedente que se había sentado.<sup>88</sup> Inmediatamente, el *Attorney General* informó a la Suprema Corte que se presentaría a solicitarle que, de oficio, emitiera una orden (*writ of mandamus*) a esos jueces de circuito para aplicar la ley federal a pesar de la decisión que habían tomado.<sup>89</sup> La presentación se hizo en una audiencia el viernes 10 de agosto de 1792 (Surrency, 1961b, p. 170). Al día siguiente, en el *Hayburn's case*,<sup>90</sup> antes de permitir a Randolph argumentar que la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania era incorrecta y que había que obligar a sus jueces a que aplicaran la ley federal invalidada, la Corte rechazó el pedido. El rechazo se basó en que el *Attorney General* no tenía facultades para presentarse a

---

1st. Because the business directed by this act is not of a judicial nature. It forms no part of the power vested by the Constitution in the courts of the United States; the circuit court must consequently have proceeded without constitutional authority. 2d. Because if, upon that business, the court had proceeded, its judgments (for its opinions are its judgments) might, under the same act, have been revised and controlled by the legislature, and by an officer in the executive department. Such revision and control we deemed radically inconsistent with the independence of that judicial power which is vested in the courts, and consequently with that important principle which is so strictly observed by the Constitution of the United States. These, Sir, are the reasons of our conduct. Be assured that though it became necessary, it was far from being pleasant. To be obliged to act contrary either to the obvious directions of Congress or to a constitutional principle, in our judgment equally obvious, excited feelings in us which we hope never to experience again.” (2 U.S. (2 Dall.), pp. 411-412)

87 Iredell enviaría una nota al presidente Washington el 8 de junio de 1792 (ver 2 U.S. (2 Dall.), pp. 412-414).

88 Carta de Edmund Randolph a George Washington del 5 de agosto de 1792: “It is much to be regretted, that the judiciary, in spite of their apparent firmness in Annulling the pension-law, are not, what some time hence they will be, a resource against the infractions of the constitution [...]. [T]he precedent, fixed by the condemnation of the pension-law, if not reduced to its precise principles, may justify every constable in thwarting the laws” (ver George Washington Papers en [https://www.loc.gov/resource/mgw4.102\\_0336\\_0341/?sp=2](https://www.loc.gov/resource/mgw4.102_0336_0341/?sp=2)).

89 Cfr. Surrency (1961b, p. 167).

90 *Hayburn's case*, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).



reclamar en abstracto la aplicación de una ley del Congreso. Frente a esta negativa, Randolph insistió y se presentó nuevamente el mismo día, pero ahora en representación del propio Hayburn (Surrency, 1961b, pp. 171-172). En particular, volvió a reclamar la intervención de la Corte para torcer la negativa de los jueces de aplicar la ley del Congreso. La Suprema Corte decidió posponer el análisis del nuevo pedido de Randolph para el siguiente turno en el mes de febrero de 1793.<sup>91</sup> La Corte esperaba de esta forma darle tiempo al Congreso para corregir su evidente error y evitar pronunciarse sobre el fondo en este caso.<sup>92</sup> La Corte eludió así tener que expedirse sobre el pedido del *Attorney General*: la reforma sería finalmente sancionada por el Congreso el 28 de febrero de 1793,<sup>93</sup> aunque se generarían dudas también sobre la constitucionalidad de esta nueva ley federal.

Mientras tanto, dado el fin patriótico y humanitario que tenía el régimen legal ideado por el Congreso, algunos jueces de la Corte continuaron ejerciendo el trabajo administrativo como una tarea adicional no judicial. Y, como expliqué, manifestaban hacerlo como “comisionados” por el Congreso. De hecho, así lo hizo Iredell durante un tiempo.<sup>94</sup> Sin embargo, James Wilson, el impulsor de la declaración de inconstitucionalidad de la Corte de Circuito de Pensilvania, nunca dio el brazo a torcer.<sup>95</sup> Como explica Maeva Marcus (2019), “Wilson se mantuvo firme en su creencia en la teoría del control judicial de constitucionalidad y no hizo intento alguno para encontrar la forma de hacer cumplir el objeto ‘benevolente’ de la Invalid Pensions Act” (p. 157).

Más allá de lo incompleto del reporte del caso, lo cierto es que St. George Tucker (1803, p. 5), en su edición revisada de los *Commentaries* de Blackstone, cita el caso *Hayburn* como ejemplo del deber que tienen los jueces de oponerse a las leyes del Congreso que contradigan la Constitución. A su vez, Max Farrand (1908) concluye, con razón, que la evidencia histórica demuestra que

---

91 En su escueto reporte, Dallas refiere lo siguiente: “The Attorney General then changed the ground of his interposition, declaring it to be at the instance, and on behalf of *Hayburn*, a party interested; and he entered into the merits of the case, upon the act of Congress, and the refusal of the Judges to carry into effect” (Surrency, 1961b, p. 409).

92 A pesar de no haber decidido el fondo, este caso ha sido citado varias veces por la Suprema Corte. Para una crítica acerca de la forma en la que la Corte citó este precedente, ver Marcus y Tier (1988, p. 527).

93 United States Statutes at Large, Vol. 1, 2<sup>nd</sup>. Congress, 2<sup>nd</sup> Session, Ch. 17, p. 324 (1793) (“An Act to regulate the Claims to Invalid Pensions”).

94 Cfr. Treanor (2005, p. 536).

95 Así lo reconoce el *Justice* Iredell en una carta a su esposa, Hannah Iredell, del 30 de septiembre de 1792: “We have had a great deal of business to do here, particularly as I have reconciled myself to the propriety of doing the Invalid-business out of Court. *Judge Wilson altogether declines it*” (McRee, 1858, p. 361). Énfasis en el original.

“James Wilson, John Blair y Richard Peters declararon inconstitucional la Invalid Pensions Act de 1792” (p. 285). Lo propio hace Charles Warren (1922, p. 71) en su célebre historia sobre la Suprema Corte de los Estados Unidos.<sup>96</sup> Sin embargo, este precedente es frecuentemente olvidado y no es tenido en cuenta como lo que realmente es: la primera vez en la que una ley del Congreso es declarada inconstitucional por un tribunal federal en los Estados Unidos;<sup>97</sup> a instancias, especialmente, de la férrea voluntad de James Wilson.

### 2.3.2. *John Chandler v. Secretary of War y United States v. Yale Todd (1794)*

El conflicto entre la justicia federal y el Congreso por el régimen previsto en la Invalid Pensions Act no quedó ahí. El Congreso reconoció que la ley de 1793, que fijaba una nueva regulación para el trámite de los reclamos de los inválidos de guerra, se dictaba debido a que la experiencia había demostrado que la norma anterior era inadecuada; en particular porque no impedía la admisión de reclamos improcedentes. Por eso, la nueva ley derogó los artículos 2, 3 y 4 de la ley de 1792. También reguló exhaustivamente el tipo de pruebas a presentar a los jueces de circuito y, en lugar de sujetar el trabajo de esos jueces a la revisión del Secretario de Guerra, esta vez sería el Congreso el que tendría la última palabra.<sup>98</sup> Además, la ley de 1793 previó la obligación tanto para el Secretario de Guerra como para el *Attorney General* de obtener una decisión de la Suprema Corte para convalidar aquellas decisiones de los jueces de las cortes de circuito que hubiesen adjudicado una pensión bajo el régimen anterior actuando no como jueces, sino como “comisionados”.<sup>99</sup> Este último punto en especial es el

96 “This action of the Federal Judges, holding for the first time an Act of Congress to be in conflict with the Constitution, at once became the subject of consideration in Congress.”

97 En su extenso tratado, Linares Quintana (1978) menciona brevemente el caso y sin entrar en detalle alguno: “En 1792, un tribunal federal de circuito –integrado por los jueces Wilson, Blair y Peters– declaró, por vez primera en Estados Unidos, la inconstitucionalidad de una ley del Congreso” (p. 346).

98 “Sec. 2. And be it further enacted, District judge to transmit list of claims to Secretary at War, That the judge of the district shall transmit a list of such claims, accompanied by the evidence herein directed, to the Secretary for the department of War, in order that the same may be compared with the muster-rolls, and other documents in his office; by whom they are to be stated to Congress and the said Secretary shall make a statement of the cases of the said claimants to Congress, with such circumstances and remarks, as may be necessary, in order to enable them to take such order thereon, as they may judge proper.”

99 Luego de aclarar que ninguna persona que no estuviera en el listado de pensionados con anterioridad a la sanción de la anterior ley de 1792 podría obtener la pensión sin haber cumplido con los requisitos de la nueva ley, el artículo 3 dispuso: “Sec. 3. [...] saving however to all persons, all and singular their rights founded upon legal adjudications under the [Invalid Pensions Act of 1792] [...]”

que generaría un nuevo conflicto constitucional, pero esta vez entre el Congreso y la Suprema Corte.

En cumplimiento de lo previsto en la ley de 1793, de común acuerdo con el Secretario de Guerra, el *Attorney General* Randolph intentó obtener una decisión de la Suprema Corte acerca de la validez de las pensiones otorgadas por los jueces de circuito actuando como “comisionados”. El 6 de agosto de 1793, presentó una moción para que la Corte emitiera una orden (*writ of mandamus*) al Secretario de Guerra para que incluyera a uno de esos inválidos en la lista de beneficiarios del régimen. Ante la posibilidad del rechazo de la moción debido a que dos de los jueces expresaron su desacuerdo a escucharla en la audiencia oral ya que el beneficiario en cuestión no había aceptado ser representado por el *Attorney General*, Randolph desistió del planteo. Así se lo comunicó al Secretario de Guerra en una carta en la que le sugirió la posibilidad de armar un caso para poder definir de una vez por todas la validez de las pensiones otorgadas por los jueces de circuito.<sup>100</sup>

Para poder despejar el conflicto constitucional planteado por la saga de la Invalid Pensions Act y su modificación posterior, la Suprema Corte se vería finalmente obligada a decidir sobre el fondo de la cuestión. En *John Chandler v. Secretary of War*<sup>101</sup> y *United States v. Yale Todd*,<sup>102</sup> dos casos no reportados de 1794, la Suprema Corte declarararía por primera vez la inconstitucionalidad de una ley federal.<sup>103</sup>

---

But it shall be the duty of the Secretary at War, in conjunction with the Attorney General, to take such measures as may be necessary to obtain an adjudication of the Supreme Court of the United States, on the validity of any such rights claimed under the act aforesaid, by the determination of certain persons styling themselves commissioners”. Énfasis agregado.

100 Ver carta de Edmund Randolph a Henry Knox del 9 de agosto de 1793 en Lowrie y Franklin (1834, p. 78) (“In consequence of our arrangement I moved the Supreme Court of the United States on Tuesday last for a mandamus to be directed to you, as Secretary of War, commanding you to put on the pension list one of those who had been approved by the judges acting in the character of commissioners. The decision of one case would have involved every other. But two of the judges having expressed their disinclination to hear a motion in behalf of a man who had not employed me for that purpose, and I being unwilling to embarrass a great question with little intrusions, it seemed best to waive the motion until some of the invalids themselves should speak to counsel. To this end I beg leave to suggest the propriety of a letter, from your office to such of the invalids as have been certified to be proper for pensions, and perhaps it may be well to, intimate the turn which the affair has taken and I have just mentioned. It was very unlucky that, although one of the invalids was in court when I made the motion, and heard the difficulty, he omitted to notify himself to me until the court had risen and it was too late”).

101 Los pormenores del caso fueron reconstruidos en Sherman (1905, p. 431).

102 Al respecto, ver Ritz (1958, p. 220).

103 Ambos casos fueron tratados en instancia originaria en la Suprema Corte.

La reconstrucción de los hechos de ambos casos no es sencilla. A diferencia de lo que ocurre con el caso *Hayburn*, que por lo menos fue reportado en la misma época en la que se decidió (aunque de forma incompleta), no ocurre lo mismo con *Chandler* y con *Yale Todd*: ninguno de los dos fue siquiera mencionado por Dallas. En relación con el caso *Chandler*, decidido el 14 de febrero de 1794, las minutas con el resumen del expediente, certificadas por un secretario de la Suprema Corte, fueron leídas en el Congreso en 1802.<sup>104</sup> Se conservan también las publicadas por *The American Journal of Legal History* en 1961 (Surrency, 1961b, pp. 188-193). La existencia del caso *Yale Todd*, decidido el 17 de febrero de 1794, fue advertida en 1852 por el *Chief Justice* Roger B. Taney en una nota agregada al final de la decisión del caso *The United States v. Ferreira*.<sup>105</sup> En el Archivo Nacional en Washington, D. C. se conservan ocho páginas referidas al caso.<sup>106</sup>

En lo que se refiere a *Chandler*, según surge de la minuta referida, el caso fue decidido por el *Chief Justice* John Jay y los *Justices* James Wilson, John Blair, William Cushing y William Paterson. El 5 de febrero de 1794, el reclamante se presentó ante la Corte con su abogado, un tal “Mr. Edmond”, y pidió que se emitiera una orden (*writ of mandamus*) para que el Secretario de Guerra lo incluyera en la lista de beneficiarios de la pensión prevista en la Invalid Pensions Act (Surrency, 1961b, pp. 188-189). El reclamo se basaba en que Chandler, un exveterano del estado de Connecticut, había sido beneficiado por una decisión de los jueces James Iredell y Richard Law, encargados de la Corte de Circuito en Hartford, de Connecticut, quienes habían ordenado incluirlo en la lista de beneficiarios de la pensión, pero actuando como “comisionados” y no como jueces. Sin embargo, a pesar de esa decisión favorable de los jueces de circuito, no había sido aún incluido en la lista de beneficiarios. Luego de escuchar los argumentos de Chandler en dos audiencias consecutivas (Surrency, 1961b, pp. 190 y 192) y de considerar tanto la ley de 1792 como la de 1793, la Corte rechazó el planteo el 14 de febrero de 1794.<sup>107</sup>

104 *Annals of Congress* (1802, Vol.. 11, pp. 903-904). La lectura de esas minutas se hizo en el marco de la discusión legislativa previa a la decisión de la Corte en *Marbury v. Madison*. En esa oportunidad, también se discutió acerca del control judicial de constitucionalidad.

105 54 U.S. (13 How.) 40 (1852).

106 Cfr. Dionisopoulos y Peterson (1984, p. 49).

107 “The court having taken into consideration the motion of Mr. Edmond, of the 5th instant, and having considered the two acts of Congress relating to the same, are of opinion, that a mandamus cannot issue, to the Secretary of War, for the purpose expressed in said motion.” (*Annals of Congress*, Vol. 11, p. 904)

De acuerdo a la reconstrucción parcial que pudo hacer Walter Ritz en los archivos de la propia Corte en 1958,<sup>108</sup> así como de la nota que Taney ordenó insertar en 1852, surge que el 17 de febrero de 1794, y con la misma integración, la Suprema Corte decidió el caso *Yale Todd*. A través del nuevo *Attorney General*, William Bradford, en un caso orquestado de común acuerdo con Todd,<sup>109</sup> el gobierno federal reclamó la devolución de un monto pagado en concepto de pensión por invalidez bajo la Invalid Pensions Act, declarada inconstitucional en 1792.

Según surge de esos reportes, Todd había hecho un reclamo el 3 de mayo de 1792 pidiendo acceder a la pensión debido a las heridas recibidas durante la guerra de independencia. El reclamo había sido resuelto favorablemente por los jueces John Jay, William Cushing y Richard Law, integrantes de la Corte de Circuito de Connecticut, pero actuando como “comisionados”. De hecho, el 5 de mayo de 1792, emitieron un certificado para que el Secretario de Guerra incluyera a Todd en la lista de pensionados. Dadas las dudas acerca de la constitucionalidad del régimen previsto en 1792 y corregido en 1793, el gobierno federal propuso a Todd llevar el caso de común acuerdo y le reclamó la devolución de las sumas pagadas en concepto de pensión. El 17 de febrero de 1794, la Suprema Corte ordenó a Todd devolver las sumas de dinero recibidas de parte del gobierno federal de los Estados Unidos en concepto de pensión bajo la ley federal de 1792.<sup>110</sup>

El mismo día en el que la Corte falló en favor del gobierno federal, Bradford escribió al secretario de Guerra Henry Knox y le avisó acerca de la decisión de la Corte:

---

108 La copia certificada del reporte del caso por parte de Taney se encuentra en el Archivo Nacional en Washington, D. C. Cfr. Ritz (1958, p. 220). La minuta del caso se transcribe en el artículo en cuestión en las páginas 227 a 231.

109 En la escueta minuta del caso se lo identifica como *Amicable Action on the case* (Surrency, 1961b, 196). Cabe recordar que el *Attorney General* había ofrecido al Secretario de Guerra hacer algo similar en la carta citada en la nota 100.

110 Según el *Chief Justice* Taney, el resultado del caso *Todd* es el siguiente: “The result of the opinions expressed by the judges of the Supreme Court of that day in the note to *Hayburn’s Case* and in the case of *United States v. Todd*, is this: 1. That the power proposed to be conferred on the circuit courts of the United States by the act of 1792 was not judicial power within the meaning of the Constitution, and was therefore unconstitutional, and could not lawfully be exercised by the courts. 2. That as the act of Congress intended to confer the power on the courts as a judicial function, it could not be construed as an authority to the judges composing the court to exercise the power out of court in the character of commissioners. 3. That money paid under a certificate from persons not authorized by law to give it might be recovered back by the United States” (54 U.S. (13 How.), p. 53).

Tengo que reportar que, a consecuencia de las medidas tomadas “para obtener una decisión de la Suprema Corte acerca de la validez de las adjudicaciones de ciertas personas que se consideraban a sí mismas como comisionados bajo la ley del 23 de marzo de 1792”, esa corte ha decidido hoy (en el caso *Yale Todd*) que esas adjudicaciones no son válidas.<sup>111</sup>

El 21 de febrero de 1794, Knox notificó a ambas cámaras del Congreso.<sup>112</sup> Según consta en los registros de la época, el vicepresidente John Adams leyó una comunicación de Knox refiriéndose a los defectos de la ley sancionada en 1793. A su vez, ese mismo día, en la Cámara de Representantes leyó un reporte del Secretario de Guerra comunicando la decisión de la Corte al Congreso.

Frente a la negativa de la Suprema Corte de aplicar tanto la ley federal de 1792 como la de 1793, el Congreso tuvo que sancionar una nueva ley el 7 de junio de 1794. Allí le ordenó al Secretario de Guerra incluir en la lista de pensionados a aquellos reclamantes que habían sido oídos por los jueces de las cortes de circuito en el carácter de “comisionados”.<sup>113</sup> Los jueces federales pasarían así a dejar de tener cualquier tipo de intervención previa relativa al otorgamiento de las pensiones a los inválidos de guerra.

Tanto *Chandler* como *Yale Todd* son considerados por diversos autores como el primer caso en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley del Congreso.<sup>114</sup> Tal vez, la escasa diferencia de tiempo y

---

111 Ver “Report of the Attorney General to the Secretary of War”, 17 de febrero de 1794, en Lowrie y Franklin (1834, p. 78) (“I have to report, that, in consequence of measures taken ‘to obtain a decision of the Supreme Court upon the validity of the adjudications of certain persons styling themselves commissioners under the act of the 23d of March 1792,’ that court has this day determined (in the case *Yale Todd*) that such adjudications are not valid”).

112 Ver “Decision of the Supreme Court on the Validity of Certain Claims for Invalid Pensions”, Comunicación del Departamento de Guerra a la Cámara de Representantes, 21 de febrero de 1794, en Lowrie y Franklin (1834, p. 78).

113 Ver United States Statutes at Large, Vol. 1, 3<sup>rd</sup> Congress, 1<sup>st</sup> Session, Ch. 57, p. 392 (“An Act concerning Invalids”) (1794). En su parte pertinente, la ley de 1794 dispone: “Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That the Secretary of the War department be, and he is hereby directed to place upon the list of invalid pensioners of the United States, all persons who have been returned as such Secretary at War to place certain persons on pension list by the judges of the several districts under the act of Congress of the 28<sup>th</sup> of February, 1793, intituled ‘An act to regulate the claims to invalid pensions,’ and who by legal proofs, are by him found to come clearly within the provisions of the said act, and are reported as having complete evidence of their claims in the report of the said secretary upon that subject, made to Congress the 25<sup>th</sup> day of April, 1794; and all persons placed by virtue of this act on the list of invalid pensioners, shall receive such sums as the returns of the district judges have respectively specified, and be paid, in the same manner as invalid pensioners are paid, who have been heretofore placed on the list [...]”.

114 Ver, por ejemplo, Sherman (1905, pp. 437-438) (*Chandler*); Ritz (1958, p. 227) (*Yale Todd*);

el hecho de no haber sido reportados explique esa confusión. Lo cierto es que *Chandler* fue resuelto tres días antes que *Yale Todd*. Y, cualquiera sea la opinión que se tenga sobre ambos casos, resulta indiscutible que la Suprema Corte dejó de aplicar en ellos dos leyes del Congreso. Tan es así que el Congreso tuvo que sancionar una tercera ley para poder convalidar la actuación de los jueces de circuito que, actuando como comisionados, habían decidido otorgar pensiones a cierto grupo de inválidos de guerra. Dicho de otro modo, debido a las objeciones constitucionales planteadas en cuanto al rol de los jueces federales de circuito bajo las leyes federales de 1792 y 1793, la Suprema Corte se negó a convalidar su actuación. Por eso es que el Congreso se vio forzado a ratificar y dar validez a las decisiones tomadas por esos jueces de circuito a través de la ley de 1794.

A pesar de ello, podría haber quien plantee que, al no existir un registro del contenido de ambas decisiones, no estaríamos frente una declaración de inconstitucionalidad de parte de la Suprema Corte. Cualquiera sea el caso, tal como explica Whittington (2019, p. 69), tomados en su conjunto, los casos relacionados con las leyes federales para otorgar pensiones por invalidez a veteranos de guerra muestran a los jueces determinados a defender la autonomía institucional de los tribunales y rehusarse –basados en argumentos constitucionales– a implementar una política federal que violaba esas reglas fundacionales. Y, además, a obligar al Congreso a tratar de corregir esos defectos constitucionales a través de sucesivas leyes. Si no se trata de un ejercicio del control judicial de constitucionalidad, se le parece bastante.

### 2.3.3. *Hylton v. United States* (1796)

Dos años después, en el caso *Hylton v. United States*<sup>115</sup> se cuestionó la constitucionalidad de la Carriage Act de 1794. A través de esta ley federal, el Congreso había fijado un impuesto anual sobre carretas y carruajes con valores que iban de un dólar por los vehículos básicos de dos ruedas hasta diez dólares por los carruajes más grandes.

---

Dionisopoulou y Peterson (1984, p. 72) (*Chandler*); etc. Treanor (2005, p. 537), en cambio, descarta a *Chandler* y expresa fuertes dudas a favor de *Yale Todd*. Sin embargo, llama la atención que en un estudio tan exhaustivo haya omitido analizar el informe del *Attorney General* Bradford al Secretario de Guerra y la ley de junio de 1794. Más allá de la imposibilidad de arribar a conclusiones contundentes por la falta de un documento que dé cuenta del razonamiento expuesto por los jueces en su fallo, lo cierto es que hay indicios más que importantes que sugieren que, al menos en el caso de *Yale Todd*, la Corte efectivamente invalidó una ley federal basándose en su inconstitucionalidad. Máxime cuando, en el caso del *Chief Justice* Jay y del *Justice* Cushing, la sentencia en *Yale Todd* implicaba revertir lo que habían decidido actuando en la corte de circuito.

115 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).



Ya en el debate en el Congreso se habían planteado dudas acerca de la constitucionalidad del impuesto, debido a que no quedaba claro si era o no un impuesto directo y, en su caso, si correspondía que se fijara en proporción a la población de cada estado, tal como fijaba la Constitución.<sup>116</sup>

El nuevo impuesto encontró una rápida resistencia en algunos estados, especialmente en Virginia. Dos jueces de la corte estatal, Edmund Pendleton y Spencer Roane, se negaron a pagarlo. Dadas las dudas de Alexander Hamilton acerca de la constitucionalidad de la medida, al igual que en el caso *Yale Todd*, el Gobierno de los Estados Unidos buscó la forma de generar un caso de común acuerdo con el potencial demandado para permitir que la Suprema Corte determinara la validez constitucional del nuevo impuesto.

Daniel Lawrence Hylton fue la persona elegida para ser demandado por los Estados Unidos ante la Corte de Circuito de Virginia.<sup>117</sup> Como parte de su defensa, ejercida por John Taylor de Caroline, Hylton planteó que la Carriage Act de 1794 era inconstitucional dado que los ciento veinticinco carruajes que tenía eran solo para uso personal y, además, al ser un impuesto directo, no había sido determinado de forma proporcional entre los estados conforme lo previsto en el artículo I, sección 2, cláusula 3 de la Constitución de 1787.<sup>118</sup> Durante las actuaciones seguidas en la Corte de Circuito de Virginia, Taylor hizo una encendida defensa del control judicial de constitucionalidad. Planteó que la Constitución era un baluarte contra las mayorías legislativas que interponía al Poder Judicial entre el Gobierno y los individuos. Los jueces eran así los encargados de asegurar que el Congreso no se extralimitara en el ejercicio de sus atribuciones y la forma de hacerlo era controlar la constitucionalidad de sus acciones, sin influencias políticas y en el marco de un debate judicial libre.<sup>119</sup>

---

116 Ver sesión de la Cámara de Representantes del 29 de mayo de 1794 en *Annals of Congress* (1794, Vol. 4, pp. 729-730). Tal como explicaré más adelante, casi cien años después, la Suprema Corte analizaría si el impuesto a las ganancias era o no un impuesto directo y desataría una fuerte polémica por una decisión que declaraba inconstitucional una ley federal en 1895. Esas reacciones darían origen al mito de *Marbury*.

117 Hylton sería parte de otro importante caso de la época: *Ware v. Hylton* (3 U.S. (3 Dall.) 199 [1796]), en el que la Corte invalidó una ley del estado de Virginia que contradecía el Tratado de Paz de 1783. John Marshall fue uno de los abogados del estado de Virginia en ese caso y, llamativamente, planteó que: “The judicial authority can have no right to question the validity of the law; unless such a jurisdiction is expressly given by the constitution” (3 Dall., p. 211).

118 En su parte pertinente, el artículo I, sección 2, cláusula 3 de la Constitución de 1787 dice: “Los representantes y los impuestos directos se prorratearán entre los distintos estados que formen parte de esta Unión, de acuerdo con su población respectiva [...]”.

119 Cfr. Frankel (2003, p. 6).



La Suprema Corte había sido parcialmente renovada con el ingreso del *Justice* Samuel Chase, el 27 de enero de 1796. El caso fue presentado en sucesivas audiencias el 23, 24 y 25 de febrero de 1796 (Surrency, 1963a, pp. 71-72). La decisión fue tomada el 8 de marzo de 1796, fecha de ingreso a la Corte del *Chief Justice* Oliver Ellsworth, que decidió no participar de la decisión. Tal como surge del reporte de Dallas, el caso tenía como fin determinar la constitucionalidad o no del impuesto.<sup>120</sup> Entre los abogados del gobierno federal estaba Alexander Hamilton, que buscaba que la Corte convalidara la validez constitucional del impuesto. La Suprema Corte terminaría decidiendo que el impuesto a los carruajes no era un impuesto directo y que, por lo tanto, no violaba ni el artículo I, sección 2, cláusula 3 ni el artículo I, sección 9, cláusula 3 de la Constitución, que requieren fijar impuestos directos en proporción a la población de cada estado. La Corte consideró que los impuestos directos no incluían a los impuestos a la posesión de bienes.

Los jueces de la Corte destacaron que estaban ejerciendo el control de constitucionalidad sobre el impuesto establecido por el Congreso. El *Justice* William Paterson, por ejemplo, destacó que:

La pregunta es si ¿un impuesto sobre los carruajes es un impuesto directo? Si se trata de un impuesto directo, es inconstitucional, ya que se ha establecido de conformidad con la regla de uniformidad y no con la regla de distribución [en proporción a la población de cada Estado].<sup>121</sup>

Los *Justices* Chase e Iredell hicieron consideraciones similares, aunque el recién ingresado Chase pareció dudar acerca de la facultad de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad.<sup>122</sup> Finalmente, el *Justice* Wilson sostuvo que no tenía dudas acerca de la constitucionalidad del impuesto.<sup>123</sup>

Si bien la Suprema Corte terminaría convalidando la ley federal cuestionada por Hylton, lo cierto es que los jueces ejercieron efectivamente el control de constitucionalidad y lo reconocieron expresamente (Frankel, 2003, p. 11). De hecho, se trata del primer caso reportado de control de constitucionalidad de una ley del Congreso por parte de la Corte.<sup>124</sup>

---

120 3 U.S. (3 Dall.), p. 172.

121 3 U.S. (3 Dall.), p. 176. En su voto, Paterson se basa en la intención del constituyente para determinar el alcance del poder del Congreso en materia de impuestos (idem).

122 3 U.S. (3 Dall.), p. 175.

123 3 U.S. (3 Dall.), pp. 183-184.

124 Cfr. Whittington (2019, p. 71). Whittington sostiene que ese mismo año la Corte convalidó otra ley federal cuestionada por inconstitucional en el caso *United States v. La Vengeance*, 3 U.S. 297 (3 Dall.)

### 2.3.4. La duda de Chase

La duda planteada por Chase sería rápidamente despejada. El *Justice Chase* había sido uno de los firmantes de la Declaración de la Independencia del 4 de julio de 1776. Fue designado por el presidente Washington como *Justice* de la Suprema Corte a comienzos de 1796. No conocía medias tintas: era agresivo y militante en todo lo que hacía. Sin embargo, su pensamiento había sufrido una mutación entre la sanción de la Constitución de 1787 y su ingreso a la Corte. De hecho, había mantenido una postura antifederalista en relación con la Constitución de 1787.<sup>125</sup> Su cambio de pensamiento se explicaría por la aversión que sentía por la Revolución Francesa y el intento de los republicanos de imponer sus ideas en los Estados Unidos.

Además de hacer una interpretación que tendría gran influencia acerca de la irretroactividad solamente sobre leyes penales en *Calder v. Bull*,<sup>126</sup> Chase sostuvo que cualquier ley “contraria a los *grandes primeros principios del pacto social*” debe ser declarada nula. En esta opinión enfatizó que la Constitución constituía un límite al legislador.

Posteriormente, en *United States v. Callender*,<sup>127</sup> defendió también el poder de los jueces federales al decidir que los jurados no podían pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes:

Debe recordarse que el Poder Judicial de los Estados Unidos es coexistente, coextensivo y coordinado con, y a su vez totalmente independiente de, la legislatura federal, o del Ejecutivo. A través del artículo sexto de la Constitución, entre otras cosas, se declara que la Constitución será la ley suprema del país. Por el tercer artículo, se establece que “El poder judicial de los Estados Unidos será conferido a una Suprema Corte y a los tribunales inferiores que el Congreso pueda ordenar y establecer de tiempo en tiempo; y que el poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad, que surjan bajo la constitución y las leyes de los Estados Unidos.” Entre los casos que pueden surgir bajo la Constitución, se encuentran todas las restricciones a la autoridad del Congreso y de las legislaturas estatales. Es muy claro que el presente caso surge bajo la Constitución y también bajo una ley de los Estados Unidos, por lo tanto, es la misma posibilidad a la que la Constitución declara que los poderes judiciales de los Estados Unidos se extenderán. Es incontrovertible que la Constitución es la ley suprema y, por ende, debe ser la regla por la cual los jueces federales y estatales están obligados a regular sus decisiones.<sup>128</sup>

---

(1796) (2019, p. 72).

125 Al respecto, ver Haw (1981, p. 272).

126 3 U.S. (Dall.) 386 (1798).

127 25 F. Cas. 239, No. 14, 709 (C.C. Va.) (1800).

128 25 F. Cas., p. 256.

Chase vinculó también el control judicial de constitucionalidad con el juramento de defender la Constitución previsto en el artículo VI, sección 3 y el mecanismo de reforma de la Constitución previsto en el artículo V:

Según el artículo sexto de la constitución, se establece (entre otras cosas) que todos los miembros del congreso, y de las diversas legislaturas estatales, y todos los funcionarios judiciales de los Estados Unidos, y de los diversos estados, estarán obligados a defender la constitución por un juramento o afirmación. Por esta disposición, entiendo que cada persona, tanto juramentada como afirmada, promete que preservará la constitución tal como está establecida, y la distribución de poderes otorgada de ese modo; y que no aceptará ninguna enmienda o alteración de la misma, sino en la forma prescrita en el artículo quinto; y que no dará su consentimiento a ninguna usurpación por parte de una rama de la legislatura sobre la otra, o sobre el ejecutivo, o por el ejecutivo sobre cualquiera de las ramas, o por cualquier departamento o funcionario del gobierno, del poder otorgado a otro; o que el poder otorgado a cualquiera sea ejercido por otros. También entiendo por este compromiso, que la persona que lo toma, promete también que se opondrá por su ejemplo, argumento, consejo y persuasión, y por todos los demás medios en su poder, salvo la fuerza, a cualquier diseño, consejo o intento de deteriorar o destruir la constitución. Si la exposición de esta obligación solemne es sustancialmente correcta, no puedo creer que cualquier persona que tenga la misma comprensión de ella sostenga que un pequeño jurado pueda ejercer legítimamente el poder otorgado por la constitución al poder judicial federal.<sup>129</sup>

Chase concluyó que solamente el Poder Judicial podía ejercer el control de constitucionalidad de las leyes.<sup>130</sup>

A partir de estas consideraciones, saco esta conclusión: que el poder judicial de los Estados Unidos es la única autoridad apropiada y competente para decidir si alguna ley sancionada por el Congreso (o cualquiera de las legislaturas estatales) es contraria a, o se sanciona en violación de, la constitución federal. [...] Creo que ha sido la opinión general y prevaleciente en toda la Unión, que el poder que ahora quiere ejercer un jurado, pertenece propiamente a los tribunales federales.<sup>131</sup>

La actuación de Chase en este caso disparó, junto con otras acusaciones,

---

129 Ídem.

130 Según Presser (2002, p. 1507), Marshall estaba entre el público cuando Chase hizo esta alocución al jurado y luego repitió en *Marbury* lo dicho por Chase.

131 25 F. Cas., p. 256.

un célebre procedimiento de remoción impulsado por el presidente Jefferson. Como es sabido, Chase fue el único *Justice* de la Suprema Corte en ser sometido a *impeachment* en la historia de los Estados Unidos. Su absolución tuvo un gran impacto en la consolidación de la independencia del Poder Judicial y, por ende, en la del control judicial de constitucionalidad.<sup>132</sup> Ejerció el cargo de *Justice* hasta su muerte, el 9 de junio de 1811.

### **2.3.5. *Hollingsworth v. Virginia; Brailsford v. Georgia y Moultrie v. Georgia (1798)***

El 8 de enero de 1798, el presidente John Adams anunció al Congreso que la Enmienda XI había sido ratificada por la cantidad de estados requerida por la Constitución para poder entrar en vigencia.<sup>133</sup> Esa enmienda constitucional había sido impulsada para revertir la decisión de la Suprema Corte en el caso *Chisholm v. Georgia*,<sup>134</sup> que reconoció la competencia originaria de la Corte en los casos en los que un ciudadano de un estado había demandado a otro estado. Unas semanas después del anuncio de la entrada en vigencia de la enmienda constitucional, a instancias del *Attorney General* Charles Lee, la Corte desestimó todos los casos pendientes en una sentencia muy conocida, *Hollingsworth v. Virginia*,<sup>135</sup> y en dos casos no reportados por Dallas: *Brailsford v. Georgia* y *Moultrie v. Georgia*.

De las minutas correspondientes al 14 de febrero de 1798 surge que los *Justices* Chase, Cushing, Iredell y Paterson resolvieron estos tres casos en orden y del siguiente modo: “La Corte opina que, en consideración de la Enmienda de la Constitución relacionada con los juicios contra los Estados, no tiene jurisdicción sobre esta causa”.<sup>136</sup> En todos estos casos, la Corte aplicó retroactivamente la Enmienda XI e invalidó así el artículo 13 de la Judiciary Act de 1789, que había permitido esos reclamos entre ciudadanos de un estado contra otro estado.<sup>137</sup> Aunque reconoce la peculiaridad de estos casos, Treanor (2005, p. 547)

132 Analicé este *impeachment* en detalle en García-Mansilla (2016, pp. 185-214).

133 *Annals of Congress* (1798, Vol. 8, p. 809). La Enmienda XI dispone: “The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State”.

134 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

135 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798).

136 Cfr. Surrency (1963b, p. 267).

137 En su parte pertinente, el artículo 13 de la Judiciary Act de 1789 disponía: “That the Supreme Court shall have exclusive jurisdiction of all controversies of a civil nature, where a state is a party,

afirma que la Corte ejerció en los tres el control judicial de constitucionalidad, ya que una ley federal terminaría siendo invalidada por ser inconsistente con la Constitución.

Desde una perspectiva similar, uno de los principales estudiosos de la historia de la Suprema Corte afirma que el caso *Hollingsworth* debería descartar el saber convencional que indica que *Marbury* fue la primera vez en la que la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso. Currie (1981, p. 842) sostiene que el artículo 13 de la Judiciary Act de 1789, que la Corte en *Chisholm* había interpretado que autorizaba las demandas de un ciudadano de un estado contra otro estado en la Suprema Corte, todavía estaba vigente en 1798 y no había sido modificado. Pero la Corte lo trató como si no fuera derecho vigente debido a la aprobación de la Enmienda XI, es decir, por su inconstitucionalidad sobreviniente.

Del reporte de Dallas surge que, como parte de la decisión en *Hollingsworth*, la Corte tuvo que atender un cuestionamiento acerca de la invalidez de la reforma constitucional por no haber sido enviada al Ejecutivo para su aprobación.<sup>138</sup> La Corte analizó la atribución que ejerce el Congreso en el proceso de enmienda y sostuvo que no es de carácter legislativo y que, por ende, no puede ser objeto de un veto por parte del Presidente. En su voto, el Justice Samuel Chase sostuvo: “El caso de las enmiendas es evidentemente un acto sustantivo, desconectado del trabajo ordinario de la legislación, y no está dentro de la política, o los términos, que confieren al Presidente un veto sobre las leyes y resoluciones del Congreso”.<sup>139</sup>

Llama la atención que aquellos que sostienen que el control judicial de constitucionalidad nació con el célebre *Marbury v. Madison* olviden que en *Hollingsworth* la Corte controló no ya una ley, sino nada menos que el proceso de reforma constitucional que derivó en la aprobación de la Enmienda XI. Y lo hizo cinco años antes que *Marbury*. Por eso, se ha dicho con cierta razón que: “El control judicial de constitucionalidad sobre el proceso de enmienda constitucional es, en cierto sentido, más antiguo que la propia revisión judicial de las leyes” (Dellinger, 1983, p. 403).

---

except between a state and its citizens; and except also between a state and citizens of other states, or aliens, in which latter case it shall have original but not exclusive jurisdiction”. Ese mismo artículo es el que sería invalidado en *Marbury v. Madison*.

138 3 U.S., p. 379.

139 3 U.S., p. 381.

### 2.3.6. El caso *Mossman* (1800)

Algunos autores incluyen al caso *Mossman v. Higginson*<sup>140</sup> como un caso de control judicial de constitucionalidad. Según Whittington (2019, pp. 73-74), “en el año 1800, tres años antes que *Marbury*, la Suprema Corte bajo el Chief Justice Oliver Ellsworth invalidó por primera vez un aspecto de la Judiciary Act de 1789”.

En *Mossman* se discutía la aplicación del artículo 11 de la Judiciary Act de 1789 en cuanto extendía la jurisdicción federal de las cortes de circuito a los casos en los que un extranjero fuera parte.<sup>141</sup> Esa referencia de la ley a los casos en los que un extranjero fuera parte no tenía sustento en el texto de la Constitución de 1787.

El caso surgió a raíz de una demanda presentada por un mercader británico de apellido Higginson en un tribunal federal de circuito para cobrar una vieja deuda. La demanda se había iniciado en un tribunal federal bajo el artículo 11 de la Judiciary Act de 1789. Los abogados de Mossman, que era albacea del deudor fallecido, alegaron que no surgía del expediente que alguna de las partes fuera un ciudadano norteamericano. Además, alegaron que el Congreso no podía ni alterar ni extender a través de una ley las disposiciones de la Constitución, que no establecía en ninguna parte la jurisdicción federal para los juicios entre dos extranjeros.<sup>142</sup> La Suprema Corte le dio la razón a Mossman. A pesar de lo establecido en el texto de la Judiciary Act de 1789, la Corte explicó que el poder del Congreso para establecer la jurisdicción federal estaba limitado a los casos entre ciudadanos y extranjeros y que la ley debía interpretarse de esa forma.<sup>143</sup>

Si bien el reporte del caso es también escueto, lo cierto es que la Corte ejerció efectivamente el control de constitucionalidad de la Judiciary Act de 1789, y lo

---

140 4 U.S. 12 (1800).

141 En su parte pertinente, el artículo 11 de la *Judiciary Act* de 1789 establecía que: “That the circuit courts shall have original cognizance, concurrent with the courts of the several States, of all suits of a civil nature at common law or in equity, where the matter in dispute exceeds, exclusive of costs, the sum or value of five hundred dollars, and the United States are plaintiffs or petitioners; or an alien is a party, or the suit is between a citizen of the State where the suit is brought and a citizen of another State”. Énfasis agregado.

142 4 U.S., p. 13.

143 “[T]he 11th section of the judiciary act can, and must, receive a construction, consistent with the constitution. It says, it is true, in general terms, that the Circuit Court shall have cognizance of suits ‘where an alien is a party;’ but as the legislative power of conferring jurisdiction on the federal Courts, is, in this respect, confined to suits between citizens and foreigners, we must so expound the terms of the law, as to meet the case, ‘where, indeed, an alien is one party,’ but a citizen is the other.” (4 U.S., p. 14)

hizo a través de una peculiar interpretación del texto de la ley para poder ajustarla a la Constitución.<sup>144</sup> Algunos podrían alegar, no sin cierta razón, que estamos frente a un ejercicio temprano de lo que la doctrina europea denominaría modernamente como “interpretación conforme con la Constitución”.

### 2.3.7. Conclusión

*Marbury* no fue el primer caso en el que un tribunal federal controló la constitucionalidad de una ley del Congreso en los Estados Unidos. Tampoco el primero en el que se declaró inconstitucional una ley del Congreso.

De la revisión de los casos reseñados<sup>145</sup> surge que, tal como explica Whittington (2019), *Marbury v. Madison* fue la sexta (o la séptima, agrego yo) ocasión en la que la Suprema Corte de los Estados Unidos ejerció de forma sustantiva el control de constitucionalidad de legislación federal desde 1789. Y también es la tercera (o la cuarta, agrego yo) en la que un tribunal federal se rehusó a aplicar una ley del Congreso en un caso concreto por considerarla inconsistente con la Constitución.<sup>146</sup> A pesar de que en la actualidad se la sigue evocando como la sentencia que estableció el control judicial de constitucionalidad, lo cierto es que en la época no generó esa apreciación. De hecho, los contemporáneos de Marshall no trataron el caso como una decisión trascendente que hubiera creado un nuevo poder o decidido algo especialmente importante en relación con el rol de los jueces (Whittington, 2009, p. 1286). Incluso más de un siglo después, en su clásico estudio sobre la Corte, Warren (1922, pp. 231 y ss.) lo denomina como “el caso del mandamus” (“*the mandamus case*”). Cabe tener en cuenta, además, que en muchos de los casos reseñados hay evidencias que demuestran que eran los propios abogados de las partes los que planteaban la eventual inconstitucionalidad de las leyes. Esto sugiere claramente la aceptación generalizada del control judicial de constitucionalidad de las leyes a nivel federal.<sup>147</sup> Por ello, es que no llama la atención que parte de la doctrina moderna en los Estados Unidos afirme ahora que la famosa sentencia de Marshall

144 Según Currie (1981, p. 851), la Corte se tomó por primera vez en este caso la libertad de interpretar una ley federal de modo tal de evitar tener que declarar su inconstitucionalidad.

145 Parte de la doctrina norteamericana incluye otros casos, como el voto en disidencia de James Iredell en *United States v. Ravara* de 1793 (Treanor, 2005, pp. 538-540). No lo incluyo porque existe muy poco material de peso como para poder analizar y formarse algún tipo de convicción al respecto.

146 Cfr. Whittington (2019, p. 81).

147 Se ha dicho, con razón, que “judicial review [...] was part of the legal spirit of the time” (Schwartz, 1963, p. 18).

“es bastante menos importante de lo que comúnmente se supone” (Klarman, 2001, p. 1113).<sup>148</sup>

#### **2.4. *Dred Scott v. Sandford* no fue el segundo caso en el que la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley del Congreso**

En algunas de sus variantes, el mito de *Marbury* va también acompañado de un cuestionamiento implícito: dado que Marshall había logrado que los jueces federales se autoadjudicaran la *judicial review* en medio de un conflicto político, fueron prudentes en no volver a ejercer esa extraordinaria facultad. Y cuando volvieron a hacerlo en 1857, ayudaron a desatar la Guerra Civil norteamericana.

Esa afirmación, que aparece solamente en las posturas más extremas de aquellos que sostienen la fábula acerca de los orígenes supuestamente peculiares del control judicial de constitucionalidad, es falsa. En un libro minucioso publicado en 2019, Whittington demuestra que entre 1789 y 1863 la Suprema Corte evaluó de forma sustantiva la constitucionalidad de leyes federales en nada menos que sesenta y dos ocasiones. Durante ese período, la Corte limitó o declaró la invalidez de leyes federales en el 32% de los casos, número que supera el promedio del 26% que tiene el tribunal entre 1789 y 2019 (lo que también desmiente empíricamente el carácter supuestamente contramayoritario de la *judicial review*) (Whittington, 2019, p. 62). Es decir que el ejercicio del control de constitucionalidad fue mucho más habitual en la época de lo que se supone.

Además, hay que tener en cuenta que, en los primeros años de la República, la Suprema Corte no tuvo tantos planteos judiciales con cuestiones constitucionales para resolver. De hecho, hasta 1820, resolvería un promedio de menos de un caso por año en el que tuviera que ejercer el control y revisión de la constitucionalidad de una ley federal. Sin embargo, a partir de 1830, la Corte resolvería uno o más por año, especialmente a partir de la presidencia de Andrew Jackson (Whittington, 2009, p. 1268).

Si bien existe discusión sobre algunos de esos precedentes en los que la Corte ejerció el control judicial de constitucionalidad antes de *Dred Scott*,<sup>149</sup> lo cierto es que los casos fueron, como mínimo, más de cincuenta.<sup>150</sup> A modo de ejemplo, aun durante la presidencia de Marshall, la Corte tuvo que resolver planteos

148 Aclaro que no comparto todas las críticas que Klarman hace a la sentencia en sí.

149 Ver, por ejemplo, Mahoney (1982, p. 725).

150 El listado completo de esos casos se puede consultar en Whittington (2009, pp. 1330-1331).



de inconstitucionalidad de leyes federales relacionadas con la delegación legislativa,<sup>151</sup> con cuestiones impositivas,<sup>152</sup> con problemas asociados al otorgamiento de tierras,<sup>153</sup> al derecho a ser juzgado mediante el juicio por jurados,<sup>154</sup> etc. Con el cambio paulatino en su integración, así como su transición a la presidencia del *Chief Justice* Roger B. Taney, la Suprema Corte no solo continuaría ejerciendo el control judicial de constitucionalidad sobre leyes federales, sino que lo haría de forma más frecuente. Y, tal como explica Whittington (2009, p. 1308), varias veces encontró que tanto la redacción como la aplicación de varias leyes federales excedían la autoridad constitucional del Congreso. Así lo hizo, por ejemplo, en materia de federalismo en el marco de disputas por tierra,<sup>155</sup> para proteger el derecho de propiedad,<sup>156</sup> para extender la jurisdicción federal en casos de almirantazgo,<sup>157</sup> para limitar el poder del Congreso sobre los nuevos estados,<sup>158</sup> etcétera.

Una vez más recorro a Whittington (2009), quien afirma que:

La práctica de revisar la constitucionalidad de la legislación federal y sus aplicaciones se desarrolló gradualmente a lo largo de las primeras décadas de la república. Esa práctica no consistió en un solo caso inventando el poder de la *judicial review* y otro, décadas más tarde, utilizando ese poder de manera impactante. A lo largo de los primeros años de la república, se le pidió rutinariamente a la Suprema Corte que resolviera cuestiones constitucionales relacionadas con el alcance de la autoridad legislativa del Congreso y que impusiera límites constitucionales contra esa rama coordinada del gobierno nacional. La Corte alentó rápidamente a los litigantes a plantear estas cuestiones, ya que expresó pocas dudas acerca de su propia responsabilidad para evaluar la constitucionalidad de las acciones legales que se le pedía tomar en los casos que se le presentaron y de negarse a aplicar las leyes federales de formas que excedieran la autoridad del Congreso. Aunque esos desafíos constitucionales dieron como resultado que la

---

151 Ver, por ejemplo, *Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813); *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153 (1820); y *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825).

152 *Loughborough v. Blake*, 18 U.S. (5 Wheat.) 317 (1820).

153 *Reynolds v. M'Arthur*, 27 U.S. (2 Pet.) 417 (1829) y *United States v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).

154 *Parsons v. Bedford*, 28 U.S. (3 Pet.) 433 (1830) y *United States v. Phelps*, 33 U.S. (8 Pet.) 700 (1834).

155 *Mayor of New Orleans v. United States*, 35 U.S. (10 Pet.) 662 (1836) y *Pollard v. Hagan*, 44 U.S. (3 How.) 212 (1845).

156 *Lylte v. Arkansas*, 50 U.S. (9 How.) 314 (1850).

157 *Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh (The Genesee Chief)*, 53 U.S. (12 How.) 443 (1851); *N.J. Steam Navigation Co. v. Merchants' Bank of Boston*, 47 U.S. (6 How.) 344 (1848); y *Waring v. Clarke*, 46 U.S. (5 How.) 441 (1847).

158 *Benner v. Porter*, 50 U.S. (9 How.) 235 (1850) y *McNulty v. Batty*, 51 U.S. (10 How.) 72 (1850).

Corte aprobara, generalmente, la política federal, la Corte se constituyó en un foro dentro del cual los argumentos constitucionales podían ser planteados y decididos. (p. 1325)

En definitiva, los casos *Marbury* y *Dred Scott*, más allá de su innegable importancia, son apenas la punta del iceberg y no todo el edificio del control judicial de constitucionalidad construido entre 1787 y 1857.<sup>159</sup>

### 3. La construcción de la historia oficial en los Estados Unidos

A la luz de lo expuesto, llama la atención que el mito de *Marbury* se haya impuesto con tanta contundencia. Máxime cuando, entre 1803 y 1894, la célebre sentencia de Marshall fue citada solamente una vez por la Suprema Corte como precedente acerca de la posibilidad que los jueces federales tienen para imponer límites constitucionales al Congreso.<sup>160</sup> En efecto, a pesar de los numerosos casos en los que la Corte declaró la inconstitucionalidad o limitó la aplicación de una ley federal en los Estados Unidos durante ese período de tiempo, la Corte citó *Marbury v. Madison* por primera vez en su historia en un caso similar recién en 1887.<sup>161</sup>

En los libros o artículos de doctrina referidos a cuestiones relacionadas con el control judicial de constitucionalidad que fueron publicados durante esos años no se hace especial referencia a *Marbury*, sino que se lo menciona como

159 Cfr. Whittington (2019, p. 60).

160 Cfr. Clinton (1989, pp. 28-33).

161 La cita aparece en el caso *Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887): “While every possible presumption is to be indulged in favor of the validity of a statute (*Sinking Fund Cases*, 99 U.S. 718), the courts must obey the Constitution, rather than the lawmaking department of Government, and must, upon their own responsibility, determine whether, in any particular case, these limits have been passed. ‘To what purpose,’ it was said in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 167, ‘are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a Government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation.’ The courts are not bound by mere forms, nor are they to be misled by mere pretenses. They are at liberty, indeed, are under a solemn duty, to look at the substance of things whenever they enter upon the inquiry whether the legislature has transcended the limits of its authority. If, therefore, a statute purporting to have been enacted to protect the public health, the public morals, or the public safety has no real or substantial relation to those objects, or is a palpable invasion of rights secured by the fundamental law, it is the duty of the courts to so adjudge, and thereby give effect to the Constitution” (123 U.S., p. 661). En casos anteriores, *Marbury* es citado por la Corte solamente en el contexto de cuestiones jurisdiccionales o de casos relacionados con un *writ of mandamus*”. De hecho, como ya dije, Warren (1922, pp. 231 y ss.) lo denomina como “*The Mandamus Case*”.

un caso más en una saga que empieza antes de la sanción de la Constitución en 1787 y se mantiene a partir de *Hayburn*.<sup>162</sup> Y en algunas publicaciones directamente ni se lo menciona.<sup>163</sup> Además, hasta 1894, el ejercicio del deber de los jueces de controlar las leyes federales que contradijeran la Constitución en los casos que tuvieran que decidir no había generado mayores debates públicos. Sin embargo, el año 1895 marca un cambio rotundo a partir del caso *Pollock*,<sup>164</sup> una decisión tomada por una mayoría de cinco votos contra cuatro. En esa célebre decisión, esta vez citando de forma directa a *Marbury v. Madison* en relación con el poder de los jueces de invalidar una ley,<sup>165</sup> la Suprema Corte declaró inconstitucional una ley federal que había establecido el impuesto a las ganancias.<sup>166</sup> A partir de allí, se produjo un intenso debate acerca de lo que hoy conocemos como la *judicial review* y el rol de los jueces en el sistema constitucional estadounidense.<sup>167</sup> Es en el marco de las polémicas suscitadas en relación con el caso *Pollock* que comenzó a tomar cuerpo el mito de *Marbury*.

Uno de los principales impulsores del mito fue el gobernador del estado de Oregon, Sylvester Pennoyer.<sup>168</sup> Cuando todavía era gobernador, publicó en la *American Law Review* una crítica inusualmente dura contra la sentencia de la Suprema Corte (Pennoyer, 1895, p. 550). Allí denunció la existencia de una oligarquía judicial, planteó la necesidad de remover a los jueces a través del *impeachment* y afirmó que la Corte había usurpado una facultad legislativa que la Constitución no le había otorgado (Pennoyer, 1895, pp. 556-558). Un año des-

162 Entre otros, J. H. M. (1870, p. 585), Elliot (1890, p. 224), etcétera.

163 Ver, entre otros, el sorprendente libro de Spooner (1845), Kent, (1872), etc. Resulta sugestivo también el libro de García (1863). Manuel Rafael García fue comisionado por el Gobierno argentino para estudiar el sistema judicial estadounidense. En este libro, que fue considerado como un antecedente de la todavía vigente Ley 48 en la República Argentina, desarrolla el estudio que hizo en los Estados Unidos y, al momento de referirse al control judicial de constitucionalidad, cita el caso *Hayburn* (García, 1863, pp. 10-11), pero no *Marbury v. Madison*.

164 *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429 (1895).

165 "Since the opinion in *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 177, was delivered, it has not been doubted that it is within judicial competency, by express provisions of the Constitution or by necessary inference and implication, to determine whether a given law of the United States is or is not made in pursuance of the Constitution, and to hold it valid or void accordingly" (157 U.S., p. 554).

166 El impuesto a las ganancias sería finalmente convalidado a través de la Enmienda XVI en 1913. El fallo *Pollock* sería dejado sin efecto más de cien años después de dictado en *South Carolina v. Baker*, 485 U.S. 505 (1988).

167 Ver, entre otros, Edwards (1896, p. 183); Fowler (1895, p. 711); Lewis (1895, p. 189); Taft (1895, p. 576); Parker (1896, p. 357); Tiedeman (1895, p. 72); etc.

168 Pennoyer había perdido una propiedad unos años antes en un caso en la Suprema Corte (ver *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 [1878]).

pués, en 1896, insistió con la supuesta “usurpación” pergeñada por la sofistería de Marshall y acusó a la Suprema Corte de haberse apropiado una facultad que no tenía (Pennoyer, 1896, p. 188). Pennoyer, líder del entonces Partido Populista, usó esa crítica a *Marbury* como plataforma para acusar a la Suprema Corte de defender los intereses de las corporaciones y de los ricos y de dar la espalda a medidas que tenían fuerte apoyo popular, como, por ejemplo, la ley que creaba el impuesto a las ganancias (Pennoyer, 1896, pp. 201-202).

Si bien los ataques de Pennoyer fueron descalificados ya en la misma época como “absurdos e indefendibles” (Carson, 1895, p. 796), lo cierto es que la insistencia en ese tipo de tesis fue ganando terreno durante las primeras décadas del siglo XX.<sup>169</sup> En un escenario de gran activismo judicial,<sup>170</sup> el control judicial de constitucionalidad seguiría siendo duramente cuestionado por quienes apoyaban las transformaciones que se querían lograr a través de medidas legislativas, tanto a nivel estatal como federal.<sup>171</sup> Así, no solo el Poder Judicial y, en especial, la Suprema Corte, sino también la propia Constitución<sup>172</sup> serían sometidos a una crítica sistemática en esos años,<sup>173</sup> especialmente desde la escuela del realismo y del movimiento político e intelectual conocido como “the American Progressivism”.<sup>174</sup> Esas críticas, a su vez, se dieron en medio de una incipiente discusión, entre muchas otras cosas,<sup>175</sup> acerca del conflicto entre “in-

---

169 Cfr. Watson (2009).

170 No uso el término “activismo” de forma peyorativa. Coincido con Barnett (2007, pp. 493-496) que, en realidad, se trata de un “cliché” constitucional.

171 La actuación de la Suprema Corte en esos años ha sido reseñada de forma magistral en castellano por Bianchi (2005).

172 La crítica más influyente de la época fue la de Beard (1913). A través de una interpretación marxista de la historia, Beard acusó a los *Founding Fathers* de haber impuesto una constitución ideada meramente para proteger sus intereses económicos. La tesis de Beard fue demolida años después en un libro no tan conocido, cuya lectura recomiendo: *Charles Beard and the Constitution. A critical Analysis of “An Economic Interpretation of the Constitution”* (Brown, 1956).

173 El estudio más completo al respecto es el de Ross (1994).

174 Al respecto, ver Eisench (2006). Las figuras más relevantes de ese amplio movimiento reformista fueron Oliver Wendell Holmes, Woodrow Wilson, Charles Beard, Karl Llewellyn, Max Lerner, Edward Corwin, John Dewey, Roscoe Pound, Benjamin Cardozo y Louis D. Brandeis.

175 Una de las discusiones importantes giró en torno a la interpretación de la Constitución por parte de los jueces. Aunque excede el alcance de este trabajo, cito la opinión de Tiedeman a modo ilustrativo: “The American people are not, and should not be, ruled by the commands of dead men, however distinguished they may be, and however much they and their political wisdom challenge and deserve our veneration. In so far as their ideas of political wisdom are embodied in the written word of the Constitution, public opinion now requires them to be generally followed and obeyed by the courts and legislatures, and to that extent do the courts recognize the constitutional limitations upon the powers of the different branches of the government. But when the written word of the Constitution

dividualismo y socialismo” (Tiedeman, 1895, p. 82), de una revisión radical del concepto de libertad (Smith, 2013, pp. 7-25), de un cuestionamiento abierto a la idea de que el sistema constitucional estadounidense había instaurado un gobierno de leyes y no de hombres<sup>176</sup> y, en definitiva, de una discusión fundamental acerca de cuál era el valor fundamental que debía proteger la Constitución: la libertad o la democracia (Horwitz, 1993, p. 30).

En ese contexto, es en 1909 que aparece por primera vez la expresión *judicial review* como sinónimo del poder (y no del deber) de los jueces de declarar la in-

---

hampers the actions of the government in a way that public opinion considers so injurious that they require the written word of the Constitution to be ignored, the courts justly obey the popular mandate, at the same time keeping up a show of obedience to the written word by the skillful use of legal fictions” (Tiedeman, 1895, p. 82). Tiedeman anticipó ya en 1895 las discusiones que se darían en los Estados Unidos a lo largo del siglo XX y que aún hoy se mantienen vigentes en materia de interpretación constitucional. Para un análisis de las discusiones y cambios que se produjeron en este período es indispensable ver Gillman (1997).

- 176 Esa idea política condensa lo que se conoce en el mundo anglosajón como *Rule of Law*. Si bien la frase “*a government of laws, and not of men*” podría remontarse hasta Aristóteles (“¿es más ventajoso ser gobernados por el mejor de los hombres o por las mejores leyes?” [Aristóteles, 1885, p. 98]), lo cierto es que en el mundo anglosajón fue popularizada a través de James Harrington. En su influyente *Oceana*, en 1656, defendió la utopía de un “*Empire of Laws, and not of Men*” (Harrington, 1700, p. 37). En 1742, David Hume (1882) quiso aplicarla al gobierno monárquico: “But though all kinds of government be improved in modern times, yet monarchical government seems to have made the greatest advances towards perfection. It may now be affirmed of civilized monarchies, what was formerly said of republics alone, that they are a government of Laws, not of Men. They are found susceptible of order, method, and constancy, to a surprising degree” (p. 161). Esa relación que Hume marcaba entre monarquía civilizada y legalidad fue cuestionada abiertamente en 1776 por Thomas Paine (2005) en su célebre *Common Sense*: “But where, say some, is the King of America? [...] [I]n America the law is king” (p. 44). Más allá de este contrapunto, Harrington fue el vehículo a través del cual la frase llegó a John Adams, quien redactó la Constitución de Massachusetts de 1780, cuyo artículo 30 dice: “In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men” (Kurland y Lerner, 1987, pp. 13-14). De ahí, finalmente, la tomó John Marshall y la citó en *Marbury v. Madison*: “The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right” (5 U.S. (1 Cranch), p. 163). A pesar del pedigrí de la idea (y de la frase), comenzó a ser fuertemente cuestionada a comienzos del siglo XX en los Estados Unidos. Primero pretendió haber sido superada: “The history of the United States, since the adoption of the constitution, covers less than 128 years. Yet in that short period the American ideal of government has been greatly modified. At first our ideal was expressed as ‘A government of laws and not of men.’ Then it became ‘A government of the people, by the people and for the people.’ Now it is ‘Democracy and social justice’” (Brandeis, 1916, p. 461). Luego, fue frontalmente atacada por los realistas por tratarse de un dogma absurdo, con expresiones como esta: “Let us banish from our professional tenets the absurd dogma ‘a government of laws and not of men’ [...] there is no place for it in legal science” cfr. Kennedy (1945, p. 24).

constitucionalidad de una ley en los Estados Unidos.<sup>177</sup> El creador de esa expresión fue Edward Samuel Corwin (1909, pp. 660 y 670), politólogo de la Universidad de Princeton y presidente de la American Political Science Association.<sup>178</sup> Corwin tuvo una gran influencia en diversos campos, especialmente en su defensa de la idea de la existencia de una “constitución viviente”<sup>179</sup> y sus constantes cuestionamientos al control judicial de constitucionalidad.<sup>180</sup> De hecho, fue uno de los grandes impulsores del mito de *Marbury*.<sup>181</sup> Por eso, no es casual que la historiadora Mary Sarah Bilder (2010) concluya que “*Marbury* no inventó la *judicial review*. Esa hazaña le corresponde a Corwin” (p. 1144).

Más allá de la influencia de Corwin, lo cierto es que quienes rechazaban esa *judicial review* continuaban denunciándola, de forma abierta o subrepticia, como una usurpación.<sup>182</sup> O la cuestionaban por obsoleta ya que, en teoría, el surgimiento de los entes administrativos empezaba a desplazar a los tribunales como mediadores entre el Estado y el individuo.<sup>183</sup> O, peor aún, al igual que había hecho Pennoyer, la seguían atacando por ser un ejemplo del comportamiento de una oligarquía judicial que defendía los intereses de empresarios inescrupulosos.<sup>184</sup>

Como explica Clinton (1989, p. 18), dentro de esta estrategia de cuestionamientos a los tribunales federales desplegada por los críticos reformistas durante ese período, uno de sus puntos de ataque fue *Marbury v. Madison*. Es en este contexto que lo que había comenzado como una crítica aislada después de la controvertida decisión en el caso *Pollock* termina de tomar cuerpo y asentarse a través de las sucesivas críticas y réplicas. Es también en ese ambiente

---

177 Cfr. Bilder (2010, p. 1131).

178 Corwin ingresó a Princeton invitado por Woodrow Wilson en 1905.

179 Cfr. Gillman (1997, p. 235).

180 Entre muchos otros, destaco: Corwin (1906, p. 616; 1911a, p. 102; 1911b, p. 283), etc. Corwin (1911a) afirma erróneamente que “the establishment of judicial review gave the constitution the character of law” (p. 110) y se refiere al control judicial de constitucionalidad como “a retarding agency” (p. 113).

181 Además de criticar la *judicial review* por esconder siempre el ejercicio de algún tipo de prejuicio por parte de los jueces, Corwin (1909, p. 625) afirma por primera vez que *Marbury* fue el primer caso y *Dred Scott* el segundo en el que la Corte determinó los méritos constitucionales de una ley del Congreso. Corwin (1911b) también fue el creador de la leyenda acerca del carácter de maniobra política magistral de la decisión: “Regarded merely as a judicial decision, the decision of *Marbury v. Madison* must be considered as most extraordinary, but regarded as a political pamphlet designed to irritate an enemy to the very limit of endurance, it must be considered a huge success” (p. 292).

182 Ver, entre muchos otros, Trickett (1906, p. 356), Boudin (1911, p. 238), etcétera.

183 Ver, por ejemplo, Corwin (1913, p. 572).

184 Ver, por ejemplo, Lerner (1933, p. 668).

de constantes críticas a *Marbury v. Madison* que el senador Albert Beveridge (1916) publica en cuatro tomos la biografía más completa sobre Marshall, que colaboraría aún más para agigantar su figura.<sup>185</sup> Así es que la leyenda acerca de la supuesta genialidad política de Marshall que, a través de la célebre sentencia de 1803, habría logrado que la Suprema Corte se autoasignara la *judicial review* como forma de salir de la incómoda situación en la que Jefferson la había puesto se convierte en parte de la historia oficial.<sup>186</sup>

Si bien hubo voces que continuaron defendiendo la versión tradicional del rol de los jueces y del deber que tenían de dejar sin efecto las leyes que contradijeran la Constitución,<sup>187</sup> lo cierto es que luego de la reconfiguración total de la Suprema Corte durante las cuatro presidencias consecutivas de Franklin Delano Roosevelt,<sup>188</sup> esas voces fueron apagándose poco a poco. A su vez, el control judicial sufriría una drástica mutación para intentar reconciliarlo con el sistema mayoritario.<sup>189</sup> Como contrapartida, el mito de *Marbury* sería repetido de forma mecánica durante gran parte del siglo XX tanto por defensores como por detractores de la *judicial review* en cualquiera de sus variantes.

#### 4. La revisión de la historia oficial

La revisión de la historia oficial no se concentró al principio en intentar corregir alguno de los aspectos del mito de *Marbury* ni en poner en su justo lugar la importancia del caso en relación con el origen del control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, comenzó de forma genérica en la década de 1960<sup>190</sup> a través del cuestionamiento de algunas exageraciones impuestas por el progresismo en la historiografía constitucional.<sup>191</sup> White (2010, p. 1174), uno de

---

185 El último tomo se publicaría en 1919.

186 Por todos, ver Lerner (1939, p. 396).

187 Burr (1912, p. 624), Carson (1912, p. 687), Lanier (1923, p. 577), etcétera.

188 Contrariamente a lo que se suele afirmar, Roosevelt tenía previsto desde por lo menos 1932, es decir, antes de asumir su primera presidencia, desarrollar un plan para limitar el accionar de la Suprema Corte, incluida la posibilidad de un “*court-packing*” plan (cfr. McKenna, 2002, p. xxi y pp. 158 y ss.). A pesar de su infructuoso embate para modificar la composición del número de integrantes de la Suprema Corte, Roosevelt terminaría designando, en un lapso de apenas seis años (entre 1937 y 1943) la friolera de nueve *Justices* en la Suprema Corte: Hugo L. Black, Stanley Forman Reed, Felix Frankfurter, William O. Douglas, Frank Murphy, James F. Byrnes, Harlan Frisk Stone, Robert H. Jackson y Wiley Blount Rutledge. Su influencia sería decisiva y se extendería por décadas.

189 Al respecto, ver García-Mansilla (2009, pp. 303 y ss.).

190 Ver, por ejemplo, Jones (1967, p. 751).

191 Uso el término “progresismo” no en sentido moderno, sino para reflejar lo que en los Estados Unidos



los historiadores del derecho más importantes de los Estados Unidos, explica que el progresismo en la historiografía jurídica tenía como premisas centrales las siguientes: una lectura de la historia norteamericana como una lucha de clases e intereses, la consideración de la labor del Poder Judicial como algo meramente instrumental e ideológico y la idea de que para poder entender las sentencias hay que aplicar un análisis del comportamiento de los jueces (exagerando, ver qué desayunaron para entender sus fallos).

Ese tipo de historiografía no solo había impulsado la consolidación del mito de *Marbury*, sino otras relacionadas, como por ejemplo la que se refiere al origen del conflicto entre la Suprema Corte y el *New Deal*.<sup>192</sup> Pero fue sistemáticamente revisada y cuestionada en los Estados Unidos por varios autores y sobre diversos períodos históricos a partir de la década de 1980, especialmente en lo que se refiere al origen del control judicial de constitucionalidad. Recorro nuevamente a White (2010) para comprender el impacto del revisionismo de los últimos años:

La ortodoxia historiográfica tiene típicamente una duración muy extensa. Ha llevado casi un siglo para que la ortodoxia del progresismo se desmorone. Pero se está desmoronando ciertamente -tal vez al borde de la desintegración- en la historia legal y constitucional estadounidense. (p. 1151)

En lo que se refiere concretamente a los orígenes de la *judicial review*, la obra de muchos de los autores citados en este trabajo, como William M. Treanor, Keith E. Whittington, Mary S. Bilder, Mark D. Hall, Kermit L. Hall, William R. Casto, Scott D. Gerber, y, fundamentalmente, Philip Hamburger, ha sido decisiva para corregir los errores históricos de la leyenda oficial en torno al mito de *Marbury*. El esfuerzo de estos autores no solo significó el estudio completo de la actuación de la Suprema Corte anterior al ingreso de John Marshall en 1801<sup>193</sup> -a la que la historiografía constitucional oficial en general menospreciaba por considerarla de escasa importancia-,<sup>194</sup> sino también la elaboración exhaustiva de la biografía de sus integrantes.<sup>195</sup> A su vez, el trabajo de Maeva

---

se conoce como “*the progressive legal and constitutional historiography*”.

192 En este punto también hubo una revisión profunda de la historia oficial en los últimos años. Entre muchos otros, ver Cushman (1998).

193 Al respecto, ver Gerber (2018, p. 27).

194 Ver, por ejemplo, Schwartz (1993, p. 33).

195 Algunas de esas biografías, citadas en este trabajo, se publicaron en conjunto: Gerber (1998). Otras fueron publicadas de forma individual.



Macus y James Perry (1985), con su historia de la Suprema Corte entre 1789 y 1800 documentada en varios tomos,<sup>196</sup> y el estudio exhaustivo de Stephen Presser sobre la figura de Samuel Chase (2009) contribuyeron también para poder contar con todo el material disponible para el análisis del período indicado.<sup>197</sup>

El bicentenario de *Marbury v. Madison* en 2003 representó, además, una oportunidad para revisar nuevamente la importancia de la sentencia en la historia constitucional de los Estados Unidos. Como explica Bilder (2010), la mayoría de los nuevos trabajos académicos publicados acerca de esta célebre sentencia sugirieron que no fue tan determinante y su significado ha sido puesto en duda por muchos de ellos.<sup>198</sup>

En ese marco, varios de los autores mencionados encararon un trabajo sistemático para poder explicar los orígenes del control judicial de constitucionalidad. El análisis de cada una de las teorías que surgieron en los últimos años requeriría un nuevo trabajo de mi parte. Sin perjuicio de ello, puedo mencionar: las que van desde explicar el origen de la *judicial review* como una práctica judicial continua, que comienza con los numerosos casos de revisión de leyes locales por parte de tribunales de diversos estados previos a 1787 (Treanor, 2005, p. 455); como la expresión de una teoría política que se expresa en la importancia de la conexión inescindible entre la *judicial review* y el surgimiento de la independencia del Poder Judicial entre los siglos XVII y XVIII (Gerber, 2011); como una práctica originada en el derecho corporativo inglés que exigía la anulación de normas de diversa jerarquía (Bilder, 2006, p. 502); o hasta la que encuentra el origen del control de constitucionalidad en el deber que tenían los jueces de resolver los casos aplicando el derecho vigente, incluida la Constitución, también en la Inglaterra medieval (Hamburger, 2008).

Estas teorías modernas tienen muy sólidos fundamentos en cada caso y son compatibles entre sí. De hecho, en muchos casos se complementan. Sin perjuicio de ello, creo que la más convincente es la de Philip Hamburger. En su demolidor *Law and Judicial Duty* (2008) demuestra que el origen de la *judicial review* tiene lugar en la Inglaterra medieval, cuyos jueces tenían el deber de resolver los casos aplicando el derecho del reino.<sup>199</sup> Dado que la constitución

---

196 A la fecha, se han publicado siete tomos más, el último de ellos en 2007. Lamentablemente, no tuve acceso a esta obra al momento de escribir este trabajo.

197 Ver, entre otros, Presser y Hurley (1984, p. 771) y Presser (2009, p. 349).

198 Cfr. Bilder (2010, p. 1142).

199 Hamburger no otorga mayor relevancia al famoso *dictum* del juez Edward Coke en el caso *Bonham*, al que considera un caso de “*equitable interpretation*” (Cfr. Hamburger, 2008, pp. 622-630). Sin

era la parte de mayor jerarquía de ese derecho, los jueces en el cumplimiento de su deber judicial tenían que declarar la inconstitucionalidad y la nulidad de costumbres, normas y actos de gobierno (Hamburger, 2008, pp. 101 y ss.). Ese deber, a su vez, se reflejaba en el juramento que prestaban los jueces al momento de asumir el cargo (pp. 106 y ss.). Durante una evolución que llevó cientos de años y que incluyó debates riquísimos acerca de, por ejemplo, la discrecionalidad de los jueces ya en el siglo XVI (pp. 132 y ss.), la función judicial fue concebida incluyendo ese deber como inherente al cargo de juez. Desde ese paradigma del deber judicial no existe un poder especial en cabeza de los jueces para revisar la constitucionalidad de actos de los otros poderes, sino que la *judicial review* es simplemente un aspecto más del deber general que tienen que cumplir habitualmente a la hora de decidir casos y controversias (Hamburger, 2010, p. 1162). Y esa misma concepción de la función judicial fue adoptada en los Estados Unidos, pero con diferencias fundamentales, incluyendo el desplazamiento de la soberanía desde el Parlamento a la Constitución.<sup>200</sup> Por supuesto, este origen y desarrollo histórico de la *judicial review* contrasta notablemente con el supuestamente heroico en manos de Marshall. Por eso, se ha dicho con razón que se trata de una teoría que nos muestra sencillamente “la grandeza de lo ordinario” (Althouse, 2010, p. 1123).

Cualquiera sea la opinión que pueda tenerse sobre cuál es “la” teoría que explica mejor el origen de la *judicial review*, tema ajeno a este trabajo, lo cierto es que esta nueva escuela historiográfica ha desterrado por completo todos los errores históricos que sustentan lo que he denominado “el mito de *Marbury*”, incluida la leyenda acerca del nacimiento del control judicial de constitucionalidad en *Marbury v. Madison* a través de la intervención proverbial y exclusiva de la figura de John Marshall.

---

perjuicio de ello, sobre los pormenores del caso *Bonham* sugiero ver el excelente trabajo de Rey Martínez (2007, p. 163).

200 Obviamente, los jueces ingleses no podían declarar la inconstitucionalidad de las leyes del Parlamento, pero esa imposibilidad no tenía que ver con la falta de poder de los jueces ni con la soberanía del Parlamento. Ese obstáculo, en realidad, tenía que ver con el estatus judicial que tenía el Parlamento británico, que era la máxima jerarquía judicial. Bajo esa perspectiva, el resto de los tribunales eran considerados de rango inferior y, obviamente, no podían dejar sin efecto decisiones de la corte superior (Cfr. Hamburger, 2008, pp. 239 y ss.). Ese y otros obstáculos, como la falta de una constitución escrita, no estaban presentes ni podían condicionar a los jueces de los Estados Unidos, que daban por sentado el deber judicial de invalidar los actos de gobierno que contradijeran la constitución (pp. 398 y ss.).

## 5. ¿Por qué es importante corregir el mito de *Marbury*?

Llegados a este punto, el lector podría plantear que todo lo expuesto es un mero ejercicio de revisión académica e histórica que no tiene otro sentido que corregir por corregir. O, peor aún, corregir lo que ya estaba corregido (aunque no tan difundido). Sin embargo, ese planteo sería un grave error. Rectificar de raíz el mito de *Marbury* es importante por varias razones.

En primer lugar, porque es evidente que el mito no se corresponde con los hechos históricos. No desconozco que la revisión de la historia es muchas veces una tarea compleja y no exenta de errores, y no pretendo criticar a quienes se guiaron por la corriente considerada ortodoxa durante tantos años, pero es obvio que sacralizar una versión distorsionada de la historia inevitablemente contamina el análisis que se hace a partir de ella. Además, la revisión de la historia oficial basada en nuevas evidencias, o nuevos análisis de evidencias existentes, ayuda a comprender mejor a instituciones centenarias con las que todavía convivimos. Y no hace falta ser historiador para darse cuenta de que la historia tiene un papel relevante para el derecho constitucional y corresponde hacerla correctamente.<sup>201</sup>

En segundo lugar, y más importante aún, el mito de *Marbury* perpetúa la creencia de que la principal atribución de los jueces en un sistema constitucional de cuño estadounidense fue autoadjudicada en medio de un conflicto político,<sup>202</sup> es decir, una facultad inventada por ellos mismos y bendecida solamente por el paso del tiempo y la conformidad tácita de los otros dos poderes. En definitiva, que se impuso desde fuera de la constitución. Así, cada vez que se enseña el mito de *Marbury* y su supuesta creación del control judicial de constitucionalidad, en lugar de fortalecer el Estado de derecho se lo socava de forma involuntaria. Se enseña que los jueces no están limitados por la norma más importante del derecho vigente y a la que deben su autoridad para juzgar: la constitución. Se enseña que la constitución es el barro que los jueces moldean a su gusto y preferencia, como decía Jefferson.<sup>203</sup> Y se olvida también que

---

201 Sobre este punto, ver Belz (1994, p. 45).

202 A modo de ejemplo, obsérvese la elocuente apreciación que hace Rosen (2007) acerca del genio político de Marshall para lidiar con el seguro incumplimiento de Jefferson en caso de que la Corte ordenara la designación de *Marbury*: “Marshall extricated himself from this exquisite dilemma with an act of judicial jujitsu that, two centuries later, still inspires awe for its craftiness” (p. 30).

203 Carta de Thomas Jefferson a Spencer Roane del 6 de septiembre de 1819: “[T]he Constitution, on this hypothesis, is a mere thing of wax in the hands of the judiciary which they may twist and shape into any form they please” (*The Papers of Thomas Jefferson. Retirement Series*, tomo 15 (septiembre de 1819 a mayo de 1820), 2018, Nueva Jersey: Princeton University Press, p. 17).

la constitución, como norma de máxima jerarquía del orden jurídico, limita no solo al Ejecutivo y al Congreso, sino principalmente a los jueces cuyo rol es decidir casos y controversias de conformidad con lo previsto en la constitución.<sup>204</sup>

En un simposio académico organizado por *The George Washington Law Review* en 2009, el Justice Anthony Kennedy sostuvo que si fuera cierto que la *judicial review* había sido inventada por la Suprema Corte, entonces los jueces “podrían hacer lo que se les dé la gana” (Althouse, 2010, p. 1127). Aun cuando suene exagerado, lo cierto es que parece lógico que si aceptamos, aunque más no sea *prima facie*, la tesis que sostiene que los jueces se autoadjudicaron su principal atribución, entonces resultaría razonable que ellos mismos puedan decidir cuándo ejercerla o hasta dónde pueden hacerlo. De hecho, esta es la premisa de la que generalmente se parte a la hora de analizar las distintas modalidades del control judicial de constitucionalidad, la aplicación de la presunción de constitucionalidad o no en diversas circunstancias, la idea de la existencia de “libertades preferidas”, etc. Se corre así el peligro de que la constitución se convierta en un acordeón que se estira o se contrae dependiendo del contenido que se le quiera extraer o de la visión que se tenga de ella.

En tercer lugar, el mito de la creación de la *judicial review* en *Marbury* presupone de alguna forma que la constitución es lo que los jueces dicen que es.<sup>205</sup> No me refiero a la autoridad que tienen los jueces de la Suprema Corte de decidir un caso concreto como máxima instancia judicial, sino más bien a la idea de que la interpretación que se hace de la constitución tenga el mismo valor que ella por fuera de esa decisión en particular.<sup>206</sup> Y eso no es lo que surge de *Marbury v. Madison*.

El punto anterior me lleva, en cuarto lugar, a observar que la revisión del mito de *Marbury* es importante para distinguir conceptualmente entre *judicial review* y *judicial supremacy*: una cosa es el deber de los jueces de declarar inconstitucional una ley del Congreso que contradiga la constitución en el marco de

---

204 A modo de ejemplo, el artículo 112 de la Constitución argentina dispone que los jueces de la Suprema Corte deben administrar justicia “bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución”.

205 Charles Evan Hughes, siendo gobernador del estado de Nueva York, dijo en 1907: “We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is”, ver Leahy (1989, p. 491).

206 Si bien la cuestión excede largamente los límites de este trabajo, creo que si esa tesis fuera correcta, no tendríamos punto de apoyo en la Constitución para criticar los fallos de la Corte, ya que, por definición, serían siempre correctos. Al respecto, ver Baude (2019, p. 260). En contra, ver Alexander y Schauer (2000, p. 455). La defensa de Alexander y Schauer no es en términos históricos, sino filosóficos.

un caso concreto y otra muy distinta es que la Suprema Corte tenga la última palabra en materia de interpretación de la constitución con efectos fuera de ese caso. Es evidente que *judicial review* y *judicial supremacy* son claramente distinguibles a nivel conceptual y que requieren argumentos propios en cada caso para ser defendidas. Sin embargo, ambas cuestiones se atribuyen erróneamente a *Marbury v. Madison* y se suelen confundir. Como explica Barnett (2004), la confusión surge cuando se ignora que la negación judicial de una norma por su eventual inconstitucionalidad no puede ser asimilada a la legislación (“*judicial negation is not legislation*”).<sup>207</sup>

Lo cierto es que *Marbury* tampoco establece la *judicial supremacy* ni pretende hacerlo.<sup>208</sup> Ninguno de los argumentos expuestos por Marshall en esa sentencia permite explicar por qué la Suprema Corte tiene que ser el “intérprete final” de la Constitución con un alcance que exceda el marco del asunto decidido.<sup>209</sup> Y una cosa es que lo sea en el marco de ese caso concreto, con la consiguiente obligación para el Poder Ejecutivo y el Legislativo de acatar su decisión, y otra muy distinta es que ese carácter implique que todos los poderes están obligados a seguir su interpretación de modo general fuera de ese asunto. Ese último carácter fue expuesto por primera vez en *Cooper v. Aaron*<sup>210</sup> en 1958, distorsionando lo decidido en *Marbury*,<sup>211</sup> y posteriormente fue llevado al paroxismo en *Dickerson v. United States*<sup>212</sup> en el año 2000.

Finalmente, el quinto y último punto que quiero destacar es que en el

---

207 Cfr. Barnett (2004, p. 133).

208 Cfr. Garay (2009, p. 132).

209 A través de un análisis minucioso de la sentencia de Marshall, Paulsen (2003) concluye que el razonamiento de *Marbury* y la moderna práctica constitucional son irreconciliables y que la lógica de esta sentencia contradice cualquier planteo acerca de la supremacía judicial (pp. 2718 y ss.).

210 *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958). Al respecto, la Corte sostuvo: “In 1803, Chief Justice Marshall, speaking for a unanimous Court, referring to the Constitution as “the fundamental and paramount law of the nation,” declared in the notable case of *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137, 5 U. S. 177, that “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.” This decision declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system” (358 U.S., p. 18).

211 Al respecto, ver Engdahl (1992, p. 279).

212 *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000). En el voto de la mayoría, el Chief Justice Rehnquist sostuvo que *Miranda v. Arizona* era una “decisión constitucional” y que el Congreso no podía modificar las célebres reglas establecidas en ese caso: “In *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), we held that certain warnings must be given before a suspect’s statement made during custodial interrogation [...]. Congress retains the ultimate authority to modify or set aside any judicially created rules of evidence and procedure that are not required by the Constitution. [...] But Congress may not legislatively supersede our decisions interpreting and applying the Constitution” (530 U.S., p. 431 y p. 437).

ámbito de los países que son parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), la revisión del mito de *Marbury* permite poner en contexto crítico la creación *ex nihilo* del llamado “control de convencionalidad” por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En 2006, en el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH dispuso la obligación de los jueces locales de ejercer el “control de convencionalidad” sobre las normas jurídicas internas, así como de la pretendida obligación de seguir sus fallos por tratarse del “intérprete final” de la CADH.<sup>213</sup>

Ese control de convencionalidad pretende someter a través de los jueces locales a todo el derecho interno, incluida la propia constitución de cada país, a un examen de compatibilidad con la CADH. Y dado que, además, se pretende que ese examen incluya no solo las disposiciones de la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH, entonces estamos ante un intento de mutación radical que contradice frontalmente los sistemas de constitución rígida.<sup>214</sup> Se trata, esto es obvio, de un problema de enorme magnitud: no puede escapar a nadie que la idea de un control de convencionalidad que incluya a la propia constitución no solo viola los mecanismos de reforma constitucional en un sistema rígido, sino que introduce un elemento de enorme inseguridad jurídica al permitir que cualquier juez local deje sin efecto a la constitución a la que, paradójicamente, deben su designación y autoridad para juzgar. Sin embargo, bajo el paradigma del mito de *Marbury* parecería no haber mayor conflicto ya que estaríamos nuevamente ante un caso de creación, invención o autoadjudicación de atribuciones, pero a través de una sentencia internacional. No creo que sea casual que frecuentemente se cite a *Marbury v. Madison* en trabajos académicos referidos al control de convencionalidad<sup>215</sup> y que, en algunos casos, se pretenda trazar un paralelismo entre ambas sentencias.<sup>216</sup> De forma consciente o no, el planteo parece ser: si lo hizo John Marshall, ¿por qué no podrían hacerlo los jueces de la Corte IDH?

213 Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124 (“[E]l Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”).

214 He analizado la relación compleja entre el derecho internacional y el derecho interno en el contexto argentino en García-Mansilla (2013, pp. 356-374) y (2018, pp. 16-43), a los que remito. Sugiero también leer el trabajo de Ramírez Calvo (1995, p. 773), que sigue siendo de consulta obligada.

215 Ver, por ejemplo, Ghisio y Junco (2019, p. 78).

216 “La jurisprudencia de la CIDH a partir del caso ‘Almonacid Arellano y otros v. Chile’ de 2006, sobre el ‘control de convencionalidad’ a cargo de los jueces y tribunales del Poder Judicial de los

## 6. Conclusión

Nada de lo expuesto en este trabajo implica un demérito acerca de la figura de John Marshall. El planteo acerca de que no debe ser considerado como “el padre del control judicial de constitucionalidad” no desmerece en nada su actuación pública como juez ni la importancia de su estudio. Fue, sin lugar a dudas, un *Chief Justice* brillante que ayudó decisivamente a solidificar una institución tan trascendente como la Suprema Corte de los Estados Unidos y también a la propia Constitución de 1787. La lectura de su vida, de su trayectoria pública y, fundamentalmente, de sus fallos deja y dejará siempre enormes enseñanzas.

Tampoco debe leerse como un intento de desmerecer la importancia de la decisión en *Marbury v. Madison*, sino de ubicarla en una adecuada perspectiva histórica.<sup>217</sup> Sí quiero llamar la atención acerca de que el control judicial de constitucionalidad no fue una creación pretoriana como pretende el mito de *Marbury*, y también advertir que la *judicial review* era considerada como un deber inherente a la función judicial prevista en la Constitución de los Estados Unidos y así había sido concebida mucho antes de 1803.<sup>218</sup>

Finalmente, como ya dije, no pretendo criticar a quienes, basados en fuentes bibliográficas norteamericanas, repiten una historia que no se cuestionó durante mucho tiempo en su país de origen. Por el contrario, creo que para el conocimiento cabal del derecho constitucional es indispensable el seguimiento de los debates académicos que existen en el mundo anglosajón, especialmente en los Estados Unidos. No es por un “afán norteamericanista”, como me acusaron alguna vez junto con Ricardo Ramírez Calvo, sino por la enorme riqueza

---

Estados Partes, puede considerarse de tanta importancia como el caso ‘*Marbury v. Madison*’ de la Suprema Corte de los EE.UU., de 1803, dado que consagra una especie de ‘supranacionalidad’ en materia de derechos humanos, aun sin norma expresa que así lo habilite” (Pérez Manrique, p. 12).

217 En Estados Unidos hay quienes han llegado al extremo de no enseñar más el caso en sus cursos de Derecho Constitucional (ver Levinson, 2003, p. 553). Al respecto, sugiero ver las interesantes reflexiones de Garay (2009, p. 134), en especial cuando destaca la gran maestría con la que la sentencia está redactada, aspecto en el que coincido con el autor.

218 Así lo había advertido hace más de 130 años un observador tan lúcido como Bryce (1995): “The so-called ‘power of annulling an unconstitutional statute’ is a duty rather than a power” (p. 224) (la primera edición de la obra data de 1888). Además de todos los trabajos citados previamente que demuestran este punto, sugiero ver también el artículo de Barnett citado en la nota 207. Allí, después de un minucioso análisis acerca de la expresión “*judicial power*” en el artículo III de la Constitución de 1787, Barnett (2004) concluye: “We are now in a position to understand why the Constitution did not contain a passage reading something like: ‘The Supreme Court, and such inferior courts as may be established by Congress, shall have power to nullify a Law enacted by Congress and signed by the President if the Law is unconstitutional.’ The evidence from the Constitutional Convention and from the state ratification conventions is overwhelming that the original public meaning of the term ‘judicial power’ included the power to nullify unconstitutional laws” (p. 138).



que tiene esa discusión, cosa que comprueba periódicamente todo aquel que se anima a bucear en ese verdadero (y complejo) océano académico.

Para terminar, creo que la revisión del mito de *Marbury* es útil para recordar cuál es el rol que corresponde a los jueces en un sistema constitucional de tipo estadounidense. Y ese rol no es otro que el que describió John Roberts, actual *Chief Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, durante las audiencias previas a su designación:

Los jueces y los *Justices* [de la Suprema Corte] son servidores de la ley, y no al revés. Los jueces son como los árbitros deportivos. Los árbitros no hacen las reglas, las aplican. El rol del árbitro y del juez es crítico. Ellos aseguran que todos jueguen bajo las reglas, pero es un rol limitado.<sup>219</sup>

## Bibliografía

- Ahumada Ruiz, M. A. (2006). *Marbury versus Madison* doscientos años (y más) después. *Fundamentos*, (4), 109-150.
- Alexander, L. y Schauer, F. (2000). Defending Judicial Supremacy: A Reply. *Constitutional Commentary*, 17, 455-482.
- Althouse, A. (2010). The Historical Ordinarity of Judicial Review. *The George Washington Law Review*, 78, 1123-1128.
- Amaya, J. A. (2017) *Marbury v. Madison. Origen, argumentos y contraargumentos del control judicial de constitucionalidad* (5ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Arballo, G. (2003). El Bicentenario del Control de Constitucionalidad. John Marshall y la trastienda de “Marbury vs. Madison”. *El Derecho*, 201-844.
- Aristóteles (1885). *Politica*. En *The Politics of Aristotle*. (Tomo I). Londres: Oxford at the Clarendon Press.
- Barnett, R. E. (2004). The original meaning of the judicial power. *Supreme Court Economic Review*, 12, 115-138.
- Barnett, R. E. (2007). Constitutional Clichés. *Capital University Law Review*, 36, 493-510.
- Barnett, R. E. (2016). *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*. Nueva York: Broadside Books.
- Baude, E. (2019) The Court, or the Constitution? En Hurd, H. M. (Ed.), *Moral Puzzles and Legal Perplexities: Essays on the Influence of Larry Alexander*. Nueva York: Cambridge University Press.

---

219 “Judges and Justices are servants of the law, not the other way around. Judges are like umpires. Umpires don’t make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role” (“Hearings on the Nominations of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States, 2005).



- Beveridge, A. J. (1916) *The Life of John Marshall* (Tomo I. Frontiersman, Soldier, Lawmaker 1755-1788). Boston: Houghton Mifflin Co.
- Bianchi, A. B. (1992). *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ábaco.
- Bianchi, A. B. (2005). *Capitalismo y Derecho Constitucional (La experiencia en los Estados Unidos entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial)*. Buenos Aires: Ediciones Rap.
- Bilder, M. S. (2006). The Corporate Origins of Judicial Review. *Yale Law Journal*, 116, 502-566.
- Bilder, M. S. (2010). Expounding the Law: Law and Judicial Duty. *The George Washington Law Review*, 78, 1129-1144.
- Beard, C. A. (1913). *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Nueva York: Macmillan.
- Belz, H. (1994). History, Theory and the Constitution. *Constitutional Commentary*, 11, 45-64.
- Bickel, A. M. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (2ª ed). New Haven: Yale University Press.
- Bidart Campos, G. (2005). *Manuel de la Constitución Reformada* (Tomo I). Buenos Aires: Ediar.
- Bidegain, C. M. (1994). *Curso de Derecho Constitucional* (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Boudin, L. B. (1911). Government by Judiciary. *Political Science Quarterly*, 26(2), 238-270.
- Brandeis, L. D. (1916). The Living Law. *Illinois Law Review*, 10(7), 461-471.
- Brown, R. E. (1956). *Charles Beard and the Constitution. A critical Analysis of "An Economic Interpretation of the Constitution"*. Nueva York: W.W. Norton & Company.
- Browning, J. R. y Glenn, B. (1960). Supreme Court Collection at the National Archives. *The American Journal of Legal History*, 4(3), 241-256.
- Bryce, J. (1995). *The American Commonwealth*. (Tomo I). Indianápolis: Liberty Fund.
- Burr, C. H. (1912). Unconstitutional Laws and the Federal Judicial Power. *University of Pennsylvania Law Review*, 60(9), 624-642.
- Carson, H. L. (1895). Judicial Power and Unconstitutional Legislation. *The American Law Register and Review*, 43, 796-810.
- Carson, H. L. (1912). The Historic Relation of Judicial Power to Unconstitutional Legislation. *University of Pennsylvania Law Review*, 60(10), 687-699.
- Casto, W. R. (1995). James Iredell and the American Origins of Judicial Review. *Connecticut Law Review*, 27(2), 329-363.
- Casto, W. R. (1996). Oliver Ellsworth. *Journal of Supreme Court History*, 1996(2), 73-91.
- Casto, W. R. (2009). There Were Great Men Before Agamemnon. *Vanderbilt Law Review*, 62, 371-405.
- Chernow, R. (2004). *Alexander Hamilton*. Nueva York: The Penguin Press.
- Clinton, R. (1989). The Strange History of *Marbury v. Madison* in the Supreme Court of the United States. *Saint Louis University Public Law Review*, 8, 13-45.
- Connor, H. G. (1912). James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799. *University of Pennsylvania Law Review*, 60(4), 225-253.
- Corwin, E. S. (1906). The Supreme Court and Unconstitutional Acts of Congress. *Michigan Law Review*, 4, 616-630.
- Corwin, E. S. (1909). The Supreme Court and the Fourteenth Amendment. *Michigan Law Review*, 7, 643-672.
- Corwin, E. S. (1911a). The Establishment of Judicial Review - Part I. *Michigan Law Review*, 9, 102-125.

- Corwin, E. S. (1911b). The Establishment of Judicial Review – Part II. *Michigan Law Review*, 9, 283-316.
- Corwin, E. S. (1913). Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review. *Michigan Law Review*, 12, 538-572.
- Corwin, E. S. (1939). The Posthumous Career of James Madison as Lawyer. *American Bar Association Journal*, 25, 821-824.
- Currie, D. P. (1981). The Constitution in the Supreme Court: 1789-1801. *The University of Chicago Law Review*, 48(4), 819-885.
- Cushman, B. (1998). *Rethinking the New Deal Court. The Structure of a Constitutional Revolution*. Nueva York: Oxford University Press.
- Davis, J. C. B. (1889). *Appendix to the Reports of the Decisions of the Supreme Court of the United States. From September 24, 1789, to the end of October Term, 1888*. Nueva York: Banks & Brothers.
- Degnan, D. A., S. J. (1998). William Paterson. Small States' Nationalist". En Gerber, S. D. (Ed.), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. Nueva York: New York University Press.
- Dellinger, W. (1983). The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process. En *Harvard Law Review*, 97, 386-432.
- Dionisopoulos, P. A. y Peterson, P. (1984). Rediscovering the American Origins of Judicial Review: A Rebuttal to the Views Stated by Currie and Other Scholars. *The John Marshall Law Review*, 18, 49-76.
- Edwards, P. L. (1896). The Federal Judiciary and its Attitude Towards the People. *Michigan Law Journal*, 5(6), 183-194.
- Eisench, E. J. (Ed.). (2006). *The Social and Political Thought of American Progressivism*. Cambridge: Hackett.
- Elliot, C. B. (1890). The Legislatures and the Courts: The Power to Declare Statutes Unconstitutional. *Political Science Quarterly*, 5(2), 224-258.
- Elliot, J. (Ed.). (1836). *The Debates in the Several State Conventions, on the Adoption of the Federal Constitution, as recommended by the General Convention at Philadelphia in 1787* (2ª ed., Tomos I a IV). Washington.
- Engdahl, D. E. (1992). John Marshall's "Jeffersonian" Concept of Judicial Review. *Duke Law Journal*, 42, 279-339.
- Farrand, M. (1908). The First Hayburn Case, 1792. *The American Historical Review*, 13(2), 281-285.
- Farrand, M. (1913). *The Framing of the Constitution of the United States*. New Haven: Yale University Press.
- Farrand, M. (1937). *The Records of the Federal Convention of 1787*. (Tomos I y II). New Haven: Yale University Press.
- Fernández Segado, F. (2011). La Judicial review en la pre-Marshall Court. *Teoría y Realidad Constitucional*, (28), 133-178.
- Fowler, R. L. (1895). The Origin of the Supreme Court Power in the Federal Constitution. *American Law Review*, 30(5), 711-725.
- Frankel, R. P. (2003). Before *Marbury*: *Hylton v. United States* and the Origins of Judicial Review. *Journal of Supreme Court History*, 28, 1-13.
- Garay, A. F. (2009). La enseñanza del caso "Marbury v. Madison". *Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho*, 7(13), 121-136.

- García, M. R. (1863). *Estudios sobre la aplicación de la justicia federal norteamericana a la organización constitucional argentina*. Florencia: Imprenta de Andrés Bettini.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (4ª ed.). Madrid: Thomson Civitas.
- García-Mansilla, M. J. (2009). Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XXXV - 2008, Parte II, 303-343.
- García-Mansilla, M. J. (2013). Las arbitrariedades del caso “F., A.L.”. Omisiones, debilidades y (ho)e rrores del “Roe v. Wade” argentino. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XXXIX - 2012, Parte II, 347-385.
- García-Mansilla, M. J. (2014). ¿Presunción de Constitucionalidad o Presunción de Libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL - 2013, Parte II, 493-606.
- García-Mansilla, M. J. (2016). El impeachment al Justice Samuel Chase. El contexto y las consecuencias del caso. En Santiago, A. (h) (Dir.), *La responsabilidad de los jueces por el contenido de sus decisiones jurisdiccionales. Marco teórico y análisis de algunos casos paradigmáticos* (pp. 185-214). Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley.
- García-Mansilla, M. J. (2018). El proyecto de ley de aborto y la Constitución Nacional. *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, 78(1), 16-43.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2003). James Madison y la Constitución Nacional. En *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en el sesquicentenario de su sanción* (pp. 139-157). Buenos Aires: Instituto Urquiza de Estudios Históricos, Universidad de Belgrano.
- Gargarella, R. (2008). El Contenido Igualitario del Constitucionalismo. *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional* (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ghisio, A. y Junco, S. (2019). Derechos Humanos y control de convencionalidad. La recepción de la Corte Suprema tras la reforma constitucional de 1994. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, 8, 69-102.
- Gillman, H. (1997). The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the “Living Constitution” in the Course of American State-Building. *Studies in American Political Development*, 11, 191-247.
- Gerber, S. D. (Ed.). (1988). *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. Nueva York: New York University Press.
- Gerber, S. D. (2011). *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*. Nueva York: Oxford University Press.
- Gerber, S. D. (2018). The Supreme Court Before John Marshall. *University of St. Thomas Law Journal*, 14(1), 27-55.
- Hall, K. L. (Ed.). (2005). *The Oxford Guide to the Supreme Court of the United States*. Nueva York: Oxford University Press.
- Hall, K. L. y Hall, M. D. (Eds.). (2007). *Collected Works of James Wilson* (Tomo I). Indianápolis: Liberty Fund.
- Hall, M. D. (1988). James Wilson. Democratic Theorist and Supreme Court Justice. En Gerber, S. D. (Ed.), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. Nueva York: New York University Press.

- Hall, M D. (2004). Notes and Documents. James Wilson's Law Lectures. *The Pennsylvania Magazine of History and Biography*, 128(1), 63-76.
- Hamburger, P. A. (1989). The Constitution's Accommodation to Social Change. *Michigan Law Review*, 88, 239-327.
- Hamburger, P. A. (2008). *Law and Judicial Duty*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hamburger, P. A. (2010). A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty. *The George Washington Law Review*, 78, 1162-1177.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1818). *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*. Washington: Jacob Gideon.
- Harrington, J. (1700). *The Oceana of James Harrington, and his other works*. Londres: Booksellers of London and Westminster.
- Haw, J. (1981). Samuel Chase's "Objections to the Federal Government". *Maryland Historical Magazine*, 76(3), 272-285.
- Higginbotham, D. (Ed.). (1976). *The Papers of James Iredell* (Tomo II). Raleigh: North Carolina Division of Archives and History.
- Hobson, C. F. (1996). *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*. Lawrence: University Press of Kansas.
- Holt, W. (1998). John Blair. "A Safe and Conscientious Judge". En Gerber, S. D. (Ed.), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. Nueva York: New York University Press.
- Horwitz, M. J. (1993). The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism. *Harvard Law Review*, 107, 30-117.
- Hume, D. (1882). Of Civil Liberty. En Green, T. H. y Grose, T. H., *Essays. Moral, Political, and Literary by David Hume* (Tomo I). Londres.
- J. H. M. (1870). The Power of the Judiciary to Declare an Act of Congress Void for Unconstitutionality. *The American Law Register*, 18(10), 585-604.
- Jones, A. (1967). Thomas M. Cooley and "Laissez-Faire Constitutionalism": A Reconsideration. *Journal of American History*, 53(4), 751-771.
- Joyce, C. (1985). The Rise of the Supreme Court Reporter: An Institutional Perspective on Marshall Court Ascendancy. *Michigan Law Review*, 83, 1291-1391.
- Kennedy, W. B. (1945). Portrait of the New Supreme Court II. *Fordham Law Review*, 14(1), 8-36.
- Kent, C. A. (1872). Power of the Judiciary to Declare a Law Unconstitutional. *The American Law Register*, 20(12), 729-737.
- Ketcham, R. (1990). *James Madison. A biography*. Charlottesville: University of Virginia Press.
- Klarman, M. J. (2001). How Great Were the "Great" Marshall Court Decisions? *Virginia Law Review*, 87, 1111-1184.
- Koche, A. y Peden, W. (Eds.). (2004). *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*. Nueva York: Random House.
- Kurland, P. B. y Lerner, R. (Eds.). (1987). *The Founders' Constitution* (Tomo I). Indianápolis: Liberty Fund.
- Lanier, A. S. (1923). Congress and the Supreme Court. *The North American Review*, 218, 577-588.
- Laplacette, C. J. (2016). *Teoría y Práctica del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: BdeF.
- Leahy, J. E. (1989). The Constitution is what the judges say it is'. *North Dakota Law Review*, 65, 491-527.

- Leonard, G. (2006). Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss's History of Judicial Review. *Chicago-Kent Law Review*, 81, 867-882.
- Lerner, M. (1933). The Supreme Court and American Capitalism. *Yale Law Journal*, 42, 668-701.
- Lerner, M. (1939). John Marshall and the Campaign of History. *Columbia Law Review*, 39, 396-431.
- Lerner, R. (1967). The Supreme Court as Republican Schoolmaster. *Supreme Court Review*, 1967, 127-180.
- Levinson, S. (2003). Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either. *Wake Forest Law Review*, 38, 553-578.
- Levy, L. W. (1999). *Origins of the Bill of Rights*. New Haven: Yale University Press.
- Lewis, W. D. (1895). The Constitutionality of the Income Tax. *The American Law Register and Review*, 43(3), 189-195.
- Linares Quintana, S. V. (1978). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (2ª ed., Tomo III). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Loewenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Löffler, E. (2016). John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso "William Marbury versus James Madison". *Revista de Derecho Público de Venezuela*, 147/148, 153-171.
- Lowrie, W. y Franklin, W. S. (Eds.). (1834). *American Sates Papers. Documents, Legislative and Executive, of the Congress of the United States, Class X. Miscellaneous* (Vol. 1). Washington: Gales & Seaton.
- Madison, J. (1999). *Writings*. Nueva York: The Library of America.
- Mahoney, D. J. (1982). A Historical Note on *Hodgson v. Bowerbank*. *The University of Chicago Law Review*, 49, 725-740.
- Marcus, M. (2019). Wilson as a Justice. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*, 17, 147-166.
- Marcus, M. y Perry, J. R. (Eds.). (1985). *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800* (Tomo I). Nueva York: Columbia University Press.
- Marcus, M. y Tier, R. (1988). *Hayburn's Case: A Misinterpretation of Precedent*. *Wisconsin Law Review*, 1988, 527-546.
- McKenna, M. C. (2002). *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The court-packing crisis of 1937*. Nueva York: Fordham University Press.
- McRee, G. J. (1858). *Life and Correspondence of James Iredell, one of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States* (Tomo II, D). Nueva York: Appleton and Company.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- O'Connor, S. D. (2004). *The Majesty of the Law. Reflections of a Supreme Court Justice*. Nueva York: Random House.
- Paine, T. (2005). *Common Sense and other writings*. Nueva York: Barnes & Noble.
- Parker, J. (1896). The Supreme Court and its Constitutional Duty and Power. *American Law Review*, 30, 357-364.
- Patterson, P. C. (1939). James Madison and Judicial Review. *California Law Review*, 28, 22-33.
- Paulsen, M S. (2003). The Irrepressible Myth of *Marbury*. *Michigan Law Review*, 101, 2706-2743.
- Pennoyer, S. (1895). The Income Tax Decision, and the Power of the Supreme Court to Nullify Acts of Congress. *American Law Review*, 29, 550-558.

- Pennoyer, S. (1896). The case of Marbury v. Madison. *American Law Review*, 30, 188-202.
- Pérez Manrique, R. C. La experiencia de los Máximos Tribunales nacionales en el control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial: el caso de Uruguay. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Número Especial de Jurisprudencia Argentina, t. 2016-III, 4-12.
- Prakash, S. B. y Yoo, J. C. (2003). The Origins of Judicial Review. *The University of Chicago Law Review*, 70, 887-982.
- Presser, S. B. (2002). Some Alarming Aspects of the Legacies of Judicial Review and of John Marshall. *William and Mary Law Review*, 43, 1495-1511.
- Presser, S. B. (2009). Samuel Chase: In Defense of the Rule of Law and Against the Jeffersonians. *Vanderbilt Law Review*, 62(2), 349-370.
- Presser, S. B. y Hurley, B. B. (1984). Saving God's Republic: The Jurisprudence of Samuel Chase. *University of Illinois Law Review*, 1984, 771-822.
- Rakove, J. N. (1992). James Madison and the Bill of Rights: A Broader Context. *Presidential Studies Quarterly*, 22(4), 667-677.
- Ramírez Calvo, R. (1995). La Constitución reformada y los tratados internacionales. *La Ley*, t. 1995-B, 773-778.
- Rey Martínez, F. (2007). Una relectura del *Dr. Bonham's Case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (81), 163-181.
- Ritz, W. J. (1958). United States v. Yale Todd (U.S. 1794). *Washington and Lee Law Review*, 15, 220-231.
- Ritz, W. J. (1990). *Rewriting the History of the Judiciary Act of 1789. Exposing Myths, Challenging Premises, and Using New Evidence*. Norman: University of Oklahoma Press.
- Rosen, J. (2007). *The Supreme Court. The Personalities and Rivalries that Defined America*. Nueva York: Holt & Co.
- Rosenberg, L. B. (1969). Constitutional Supremacy: An Early Advocate of Judicial Review. *Duquesne Law Review*, 7(4), 515-541.
- Ross, W. G. (1994). *A Muted Fury: Populists, Progressives, and Labor Unions Confront the Courts, 1890-1937*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Schwartz, B. (1963). *A Commentary on the Constitution of the United States* (Tomo I). Nueva York: The Macmillan Co.
- Schwartz, B. (1993). *A History of the Supreme Court*. Nueva York: Oxford University Press.
- Sheehan, C. A. y McDowell, G. L. (1998). *Friends of the Constitution. Writings of the "Other" Federalists. 1787-1788*. Indianápolis: Liberty Fund.
- Sherman, G. E. (1905). The case of John Chandler v. The Secretary of War. *Yale Law Journal*, 14, 431-451.
- Smith, G. H. (2013). *The System of Liberty. Themes in the History of Classical Liberalism*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Sola, J. V. (2001). *Control Judicial de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Spooner, L. (1845). *The Unconstitutionality of Slavery*. Boston: Bela Marsh.
- Surrency, E. C. (Ed.). (1961a). The Minutes of the Supreme Court of the United States - 1789-1806. *The American Journal of Legal History*, 5(1), 67-86.
- Surrency, E. C. (Ed.). (1961b). The Minutes of the Supreme Court of the United States - 1789-1806. *The American Journal of Legal History*, 5(2), 166-196.



- Surrency, E. C. (Ed.). (1963a). The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806. *The American Journal of Legal History*, 7(1), 63-82.
- Surrency, E. C. (Ed.). (1963b). The Minutes of the Supreme Court of the United States – 1789-1806. *The American Journal of Legal History*, 7(3), 246-271.
- Taft, W. H. (1895). Recent Criticism of the Federal Judiciary. *The American Law Register and Review*, 43(9), 576-610.
- Tiedeman, C. G. (1895). The Income Tax Decisions as an Object Lesson in Constitutional Construction. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 6, 72-83.
- Treanor, W. M. (1994). The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review. *University of Pennsylvania Law Review*, 143, 491-570.
- Treanor, W. M. (2005). *Judicial Review before Marbury*, 58, 455-562.
- Tricker, W. (1906). The Great Usurpation. *American Law Review*, 40(3), 356-376.
- Tucker, St. G. (1803). Appendix to Volume First. Part First of Blackstone's Commentaries. En *Blackstone's Commentaries: with note of reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States, and the Commonwealth of Virginia* (Tomo I). Filadelfia: William Young Birch & Abraham Small.
- Varnum, J. M. (1787). *The Case, Trevett Against Weeden: On Information and Complaint, for refusing Paper Bills in Payment for Butcher's Meat, in Market, at Par with Specie: Tried before the Honourable Superior Court, in the County of Newport, September Term, 1786*. Providence: impreso por John Carter.
- Warren, C. (1922). *The Supreme Court in United States History* (Tomo I). Boston: Little, Brown & Co.
- Warren, C. (1923). Earliest Cases of Judicial Review of State Legislation by Federal Courts. *Yale Law Journal*, 32, 15-28.
- Watson, B. C. S. (2009). *Living Constitution, Dying Faith. Progressivism and the New Science of Jurisprudence*. Wilmington: Isi Books.
- Wexler, N. (2006). In the Beginning: The First Three Chief Justices. *University of Pennsylvania Law Review*, 154, 1373-1419.
- White, G. E. (2010). The Lost Origins of American Judicial Review. *The George Washington Law Review*, 78(6), 1145-1161.
- Whittington, K. E. (2009). Judicial Review Before the Civil War. *The Georgetown Law Journal*, 97, 1257-1331.
- Whittington, K. E. (2019). *Repugnant Laws. Judicial Review of Acts of Congress from the Founding to the present*. Lawrence: University Press of Kansas.

## Fuentes

- Annals of the Congress of the United States* (1792). House of Representatives, Vol. 3.
- Annals of the Congress of the United States* (1794). House of Representatives, Vol. 4.
- Annals of the Congress of the United States* (1798). House of Representatives, Vol. 8.
- Annals of the Congress of the United States* (1802). House of Representatives, Vol. 11.
- Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington* (1784). Nueva York: Samuel Loudon.
- "Hearings on the Nominations of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States, September 12-15, 2005, Senate Committee. on the Judiciary",

109th Congress, p. 55 (2005). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-ROBERTS/pdf/GPO-CHRG-ROBERTS-2-3-1.pdf>.

*Letters and other writings of James Madison* (1865). (Vol. I, 1769-1793). Filadelfia: J. B. Lippincott & Co.

*The Constitution of North Carolina, adopted December 17, 1776; and the amendments thereto, submitted to the people by the convention which assembled at Raleigh, June 4, 1835; together with an ordinance for carrying the same into effect.* (1835). Raleigh: J. Gales & Son.

*The Papers of Thomas Jefferson. Retirement Series* (2018). (Tomo 15, septiembre 1819 a mayo 1820). Nueva Jersey: Princeton University Press.

## Fuentes inéditas

Carta de Edmund Randolph a George Washington, 5 de abril de 1792, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, 1697-1799. [https://www.loc.gov/resource/mgw4.101\\_1002\\_1003/?st=gallery](https://www.loc.gov/resource/mgw4.101_1002_1003/?st=gallery).

Carta de Edmund Randolph a George Washington, 5 de agosto de 1792, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, George Washington Papers, Series 4, General Correspondence, 1697-1799. [https://www.loc.gov/resource/mgw4.102\\_0336\\_0341/?sp=2](https://www.loc.gov/resource/mgw4.102_0336_0341/?sp=2).

*National Gazette*, (16 de abril de 1792). *Chronicling America: Historic American Newspapers*, Vol. I, N° 49, p. 195. Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos. <https://chroniclingamerica.loc.gov/lccn/sn83025887/1792-04-16/ed-1/seq-3/>.

## Legislación citada

United States Statutes at Large, Vol. 1, 2<sup>nd</sup>. Congress, 1<sup>st</sup>. Session, Ch. 11, p. 243 (1792) (“An Act to provide for the settlement of the Claims of Widows and Orphans barred by the limitations heretofore established, and to regulate the Claims to Invalid Pensions”).

United States Statutes at Large, Vol. 1, 2<sup>nd</sup>. Congress, 2<sup>nd</sup> Session, Ch. 17, p. 324 (1793) (“An Act to regulate the Claims to Invalid Pensions”).

United States Statutes at Large, Vol. 1, 3<sup>rd</sup> Congress, 1<sup>st</sup> Session, Ch. 57, p. 392 (“An Act concerning Invalids”) (1794).

## Jurisprudencia citada

### Court of Appeals of Virginia

*Commonwealth v. Caton*, 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

### Major’s Court of the City of New York

*Rutgers v. Waddington*, s/d (1784).

### Superior Court of Rhode Island

*Trevett v. Weeden*, s/d (1786).



## Supreme Court of North Carolina

*Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

## United States Circuit Court of Virginia

*United States v. Callender*, 25 F. Cas. 239, No. 14, 709 (C.C. Va.) (1800).

## Supreme Court of the United States

*Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 382 (1813).

*Benner v. Porter*, 50 U.S. (9 How.) 235 (1850).

*Brailsford v. Georgia*, no reportado (1798).

*Calder v. Bull*, 3 U.S. (Dall.) 386 (1798).

*Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

*Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

*Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000).

*Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

*Hayburn's case*, 2 U.S. (2 Dall.) 409 (1792).

*Hollingsworth v. Virginia*, 3 U.S. (3 Dall.) 378 (1798).

*Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

*John Chandler v. Secretary of War*, no reportado (1794).

*Loughborough v. Blake*, 18 U.S. (5 Wheat.) 317 (1820).

*Lylte v. Arkansas*, 50 U.S. (9 How.) 314 (1850).

*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

*Mayor of New Orleans v. United States*, 35 U.S. (10 Pet.) 662 (1836).

*McNulty v. Batty*, 51 U.S. (10 How.) 72 (1850).

*Mossman v. Higginson*, 4 U.S. 12 (1800).

*Moultrie v. Georgia*, no reportado (1798).

*Mugler v. Kansas*, 123 U.S. 623 (1887).

*N.J. Steam Navigation Co. v. Merchants' Bank of Boston*, 47 U.S. (6 How.) 344 (1848).

*New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345 (1921).

*Parsons v. Bedford*, 28 U.S. (3 Pet.) 433 (1830).

*Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1878).

*Pollard v. Hagan*, 44 U.S. (3 How.) 212 (1845).

*Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company*, 157 U.S. 429 (1895).

*Propeller Genesee Chief v. Fitzhugh (The Genesee Chief)*, 53 U.S. (12 How.) 443 (1851).

*Reynolds v. M'Arthur*, 27 U.S. (2 Pet.) 417 (1829).

*South Carolina v. Baker*, 485 U.S. 505 (1988).

*United States v. Ferreira*, 54 U.S. (13 How.) 40 (1852).

*United States v. La Vengeance*, 3 U.S. 297 (3 Dall.) (1796).

*United States v. Percheman*, 32 U.S. (7 Pet.) 51 (1833).

*United States v. Phelps*, 33 U.S. (8 Pet.) 700 (1834).

*United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153 (1820).

*United States v. Yale Todd*, no reportado (1794).  
*Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).  
*Ware v. Hylton* (3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796).  
*Waring v. Clarke*, 46 U.S. (5 How.) 441 (1847).  
*Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825).  
*Wheaton v. Peters*, 33 U.S. (8 Pet.) 591 (1834).

### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

*Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154.*



# EL *HÁBEAS CORPUS* FEDERAL EN LOS ESTADOS UNIDOS. SU PRINCIPAL DIFERENCIA DE FONDO CON NUESTRO SISTEMA

---

**Alberto B. Bianchi**

Universidad Austral. Universidad Católica Argentina

ab@bgcv.com.ar

**Recibido:** 18/04/2020

**Aceptado:** 11/05/2020

## Resumen

En los Estados Unidos, el *hábeas corpus* es, esencialmente, una acción civil planteada ante los tribunales federales, cuyo objeto es revisar las condenas penales dictadas por los tribunales locales cuando estos han incurrido en violación de la Constitución o de leyes federales. Se trata del llamado *collateral review of criminal convictions*, que también se ejerce sobre las condenas dictadas por los tribunales federales, aunque esta función es menos común. Este artículo analiza dicha acción y examina si podría ser aplicada en la Argentina.

**Palabras clave:** *hábeas corpus*, revisión colateral, cuestión constitucional, debido proceso, Suprema Corte, tribunales federales, condenas estatales, régimen federal.

## Federal habeas corpus in the United States. Its main differences with our system

### Abstract

In the United States, the habeas corpus is, essentially, a civil action filed before the federal courts, aimed at the review of the criminal convictions ordered by the local courts when the latter have incurred in a violation of the Constitution or of the federal laws. It consists in the collateral review of criminal convictions, which is also exercised to review the convictions ordered by the federal courts, although this function is less widespread. This paper analyses said action and examines the possibilities of its adoption in Argentina

**Key words:** habeas corpus, collateral review, constitutional questions, due process, Supreme Court, federal courts, local convictions, federalism.

## 1. Introducción

Tanto en la Argentina como en los Estados Unidos, el *hábeas corpus* es, por definición, una acción tendiente a preservar la libertad física en las diversas formas en que esta puede ser inconstitucionalmente limitada. No obstante, existe una diferencia muy notable entre el régimen de nuestro país y el estadounidense.

Allí, el *hábeas corpus* es, principalmente, una acción civil planteada ante los tribunales federales, con objeto de revisar las condenas penales dictadas por los tribunales locales cuando estos han incurrido en violación de la Constitución o de leyes federales. Se trata del llamado *collateral review of criminal convictions*, que también se ejerce sobre las condenas dictadas por los tribunales federales, aunque esta función es menos común.<sup>1</sup>

En nuestro país, por el contrario, esta “revisión colateral” de las condenas penales por medio del *hábeas corpus* –ya sea que provengan de tribunales locales o federales– no existe. No está prevista en la Ley (nacional) de Hábeas Corpus<sup>2</sup> ni hay jurisprudencia de la Corte Suprema que la avale.<sup>3</sup>

Por ello, vale la pena analizar esta “revisión colateral”, legislada originalmente en la Ley de Hábeas Corpus de 1867, en relación con las condenas en sede local, luego extendida a las condenas federales en 1948, con la incorporación de la sección 2255 del título 28 del United States Code.

Para que la exposición del tema sea más clara, en primer lugar, haré una descripción general del *hábeas corpus* en la Constitución y en las sucesivas ampliaciones que fueron incorporadas por las leyes que la han reglamentado. Veremos así que, desde la Judiciary Act de 1789 hasta el presente, el *hábeas corpus* ha ido aumentando –al menos en el terreno legislativo– su campo de acción, el cual, no obstante, en la práctica está muy concentrado en el *collateral review*. En segundo lugar, analizaré con más detalle el régimen del *collateral review*, en particular el de las condenas dictadas por los tribunales estatales. En tercer lugar, me referiré, en forma general, al *hábeas corpus* en el sistema argentino para poner de manifiesto las diferencias que tiene con el de los Estados Unidos. Finalmente, daré mi opinión sobre la posibilidad de aplicar el *collateral review* en nuestro país.

---

1 Tal como veremos más adelante, el *hábeas corpus* en los Estados Unidos tiene otras funciones también, pero esta es la principal.

2 Ley 23098, BO 25/10/1984.

3 Existen, por cierto, otras muchas diferencias, en particular las de carácter procesal, pero el objetivo de este trabajo es destacar solamente la principal diferencia de fondo.

## 2. Siglas y abreviaturas empleadas

En el curso de este trabajo, emplearé las siguientes citas y abreviaturas comúnmente usadas en los Estados Unidos para designar las colecciones de jurisprudencia y recopilaciones legales:

F.2d	Federal Reporter Second Series <sup>4</sup>
F.3d	Federal Reporter Third Series
HCR	Habeas Corpus Rules <sup>5</sup>
Stat.	Statutes at Large <sup>6</sup>
U.S.	United States Reports <sup>7</sup>
USC	United States Code <sup>8</sup>

## 3. La Constitución y sus sucesivas reglamentaciones

### 3.1. Los antecedentes ingleses

Sin perjuicio de sus antecedentes romanos,<sup>9</sup> el *hábeas corpus* en los Estados Unidos tuvo, en sus orígenes, una neta y directa influencia del derecho inglés. Blackstone (1979, p. 129) lo calificó como “*the most celebrated writ in English law*” y distinguió cinco clases de *hábeas corpus*.<sup>10</sup> Esta misma expresión luego fue

4 Es el digesto de fallos de los tribunales federales publicados por West Publishing Co. La publicación tiene tres series: *Federal Reporter* (F) para los fallos dictados entre 1880 y 1924, en 300 volúmenes; *Federal Reporter Second Series* (F.2d) para los fallos dictados entre 1924 y 1993, en 999 volúmenes; y *Federal Reporter Third Series* (F.3d) para los fallos dictados desde 1993 en adelante, en 900 volúmenes hasta la actualidad.

5 Ver el apartado 3.10.

6 Es recopilación oficial de las leyes ordenadas por orden cronológico.

7 Es la colección oficial de fallos de la Suprema Corte.

8 Es la recopilación oficial de las leyes sancionadas por el Congreso, ordenadas temáticamente. Está dividido actualmente en 54 títulos. El título 28 recopila toda la legislación sobre la organización y competencia de los tribunales federales. No incluye los códigos de procedimientos, pues en los Estados Unidos la sanción de estos está delegada en la Suprema Corte por las secciones 2071 a 2077, 28 U.S. Code. Puede ampliarse esta información en Bianchi (2019, pp. 217-218).

9 Es célebre en Roma el Interdicto de *Homine libero exhibendo*, establecido en el título XXIX, libro XLIII del Digesto; se consulta la edición de García del Corral (1989). Ver Church (2002, pp. 2-3).

10 Ellos son: (a) *ad subjiciendum*: que permite liberar a una persona detenida ilegalmente; (b) *ad respondendum*: empleado para remover a un detenido por orden de tribunal inferior, para que responda por otra causa ante un tribunal superior; (c) *ad satisfaciendum*: se emplea cuando alguien ha sido condenado en un tribunal y debe ser llevado a otro para que ejecute la sentencia; (d) *ad prosequendum*, *testificandum*, *deliberandum*: que permite a un detenido (i) promover un juicio en otro tribunal; (ii) testificar en otro tribunal; o (iii) ser juzgado en el tribunal competente; y (e) *ad faciendum et recipiendum*: permite que el detenido, a su pedido, sea removido de un tribunal inferior a un tribunal

convalidada por el House of Lords al resolver un caso célebre.<sup>11</sup> Story (2001), en sus *Commentaries...*, se hizo eco de esta afirmación<sup>12</sup> y John Marshall, por su lado, lo consideraba el *Great Writ*.<sup>13</sup>

Ya en la Carta Magna de 1215 hay vestigios remotos del *habeas corpus*,<sup>14</sup> pero su consagración en Inglaterra tuvo lugar con la Habeas Corpus Act de 1672,<sup>15</sup> sancionada bajo el reinado de Carlos II,<sup>16</sup> ley que tenía como finalidad dar una solución a los abusos reales anteriormente denunciados en la Gran Protesta (*Grand Remonstrance*) de 1641 y en la Petición de Derechos de 1628, las cuales habían sido completamente ignoradas por Carlos I. La ley no solo pretendía evitar las detenciones arbitrarias, sino también la prolongación innecesaria de

---

superior (un tribunal ubicado, por ese entonces, en el *Westminster Hall* del Palacio de Westminster) Blackstone (1979, pp. 129-131).

- 11 En *Secretary of State for Home Affairs v. O'Brien* [1923] AC 603, el House of Lords sostuvo: "A writ of Habeas Corpus is perhaps the most important writ known to the constitutional law of England". Se trataba de un caso sobre las detenciones de un grupo de irlandeses durante el conflicto que culminó con la independencia de Irlanda.
- 12 "At the common law there are various writs, called writs of habeas corpus. But the particular one here spoken of is that great and celebrated writ, used in all cases of illegal confinement, known by the name of the writ of *habeas corpus* ad subjiciendum, directed to the person detaining another, and commanding him to produce the body of the prisoner, with the day and cause of his caption and detention, ad faciendum, subjiciendum, et recipiendum, to do, submit to, and receive, whatsoever the judge or court, awarding such writ, shall consider in that behalf." (Story, 2001, § 1339, p. 236).
- 13 *Ex parte Bollman and Ex parte Swartwout*, 8 U.S. 75 (1807).
- 14 En el párrafo que modernamente se ha numerado como 39 (el texto original está escrito de corrido) se lee: "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre" ("Ningún hombre libre será tomado o puesto en prisión, desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o de alguna manera destruido; no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el debido juicio legal de sus pares, o por la ley del país").
- 15 31 Charles II, Chapter 2.
- 16 Luego de una declaración inicial en la cual se exponían las razones de su dictado, la ley establecía que, para una pronta liberación de las personas detenidas por presuntos delitos, ningún funcionario encargado de la detención o custodia de una persona, ante quien sea presentado un mandamiento de *habeas corpus* (*writ of habeas corpus*), podía demorar más de tres días en llevar a esta persona ante el juez y exponer allí los motivos de la detención, debiendo pagar el requirente los gastos de traslado, plazo que se extendía a diez días si la distancia entre el lugar de detención y el de emplazamiento del tribunal superaba las veinte millas, y de veinte días si excedía las cien millas. Se establecían también algunas formalidades para evitar que se evadiera el cumplimiento del mandamiento, por ejemplo, debía estar firmado por el otorgante y contener una inscripción aludiendo a la orden real de la cual emanaba la ley. Estaba previsto también que en ausencia del funcionario que debía emitir el mandamiento, este podía ser otorgado igualmente por una autoridad superior, tal el caso del Lord Canciller, debiendo el reo ser conducido ante el tribunal en los mismos plazos antes mencionados para que en el término de dos días sea puesto en libertad bajo fianza, a menos que su detención proceda de una orden judicial emitida en un proceso criminal. Un análisis más detenido de esta ley puede verse en Church (2002, pp. 19-29) y en Duker (1980).

estas, producidas usualmente por las demoras en llevar a los detenidos ante el tribunal, que se hacían más penosas para los reos dadas las pésimas condiciones de vida en las prisiones (Church, 2002, pp. 15-16).

### 3.2. El texto constitucional

En los Estados Unidos, el *writ of habeas corpus* ya existía en la legislación colonial (Church, 2002, pp. 31-36) y fue incluido luego en las constituciones de algunos estados, sancionadas luego de la Independencia, tal es el caso de la Constitución de Massachusetts de 1780<sup>17</sup> y de la Constitución de New Hampshire de 1784.<sup>18</sup>

Durante la Convención federal de 1787, su inclusión fue planteada por Charles Pinckney, de Carolina del Sur, en la sesión del 20 de agosto, de manera amplia y concordante con las de las constituciones estatales antes mencionadas,<sup>19</sup> pero esta iniciativa luego fue limitada por la intervención de Gouverneur Morris, de Pennsylvania, en la sesión del 28 de agosto, cuya propuesta fue aprobada y luego sancionada (Farrand, 1911, p. 435).

Como resultado de ello, el *hábeas corpus* fue incorporado en el artículo I, sección 9, segundo párrafo de la Constitución, el cual quedó redactado de la siguiente manera: “*The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases or Rebellion or Invasion the public Safety may require it*”.<sup>20</sup> Puede verse que no se regula el *hábeas corpus* en forma directa, tal como lo habían hecho las constituciones estatales, sino de manera indirecta, por medio de la prohibición de suspenderlo, lo que queda supeditado a la existencia de casos de grave compromiso institucional.

Según explica Duker (1980, pp. 126-156), la redacción de esta cláusula (*Sus-*

---

17 Part II, Chapter VI, Art. VII. “The privilege and benefit of the writ of habeas corpus shall be enjoyed in this commonwealth, in the most free, easy, cheap, expeditious, and ample manner, and shall not be suspended by the legislature, except upon the most urgent and pressing occasions, and for a limited time, not exceeding twelve months”.

18 “Art. 91. The privilege and benefit of the Habeas Corpus, shall be enjoyed in this State, in the most free, easy, cheap, expeditious, and ample manner, and shall not be suspended by the Legislature, except upon most urgent and pressing occasions, and for a time not exceeding three months.”

19 “The privileges and benefit of the Writ of Habeas corpus shall be enjoyed in this Government in the most expeditious and ample manner; and shall not be suspended by the Legislature except upon the most urgent and pressing occasions, and for a limited time not exceeding [...] months.” Ver Farrand (1911, p. 341).

20 “El privilegio del mandamiento de *hábeas corpus* no será suspendido, salvo que la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión.”



*pension Clause*) se explica por el temor que tenían los constituyentes (*framers*) de que el Congreso suspendiera el *habeas corpus*, tal como lo había hecho el Parlamento inglés en numerosas ocasiones durante el período colonial. En otras palabras, parecería que en la Convención nadie ponía en duda la existencia y necesidad de regular el *habeas corpus*, lo importante era que su vigencia no fuera suspendida discrecionalmente por el Congreso.

Desde entonces, esta cláusula constitucional ha sido reglamentada por sucesivas leyes, que han ampliado y restringido, en algunos casos, el ámbito de aplicación del *habeas corpus*. De todas ellas, las más importantes son: (a) la Judiciary Act de 1789; (b) la Habeas Corpus Act de 1867, que estableció el *collateral review* para las condenas estatales, luego reglamentado con más detalle en la sección 2254 28 USC; (c) la sección 2255 28 USC, que estableció la revisión colateral de las condenas federales;<sup>21</sup> (d) la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act de 1996, que introdujo fuertes restricciones a la revisión colateral; (e) la Detainee Treatment Act de 2005; y (f) la Military Commissions Act de 2006.<sup>22</sup>

### 3.3. La Judiciary Act de 1789

La cláusula constitucional citada fue reglamentada inicialmente por el artículo (*section*) 14 de la Judiciary Act de 1789,<sup>23</sup> que reguló el *habeas corpus* en forma directa, sin dejar duda alguna de que era una garantía otorgada firmemente por la Constitución.<sup>24</sup> La norma en cuestión facultó –dentro de sus respectivas competencias– a la Suprema Corte y a los tribunales de distrito<sup>25</sup> para emitir *writs of habeas corpus* a favor de detenidos por el Gobierno federal solamente.

---

21 Ambas secciones fueron incorporadas al 28 U.S. Code en 1948.

22 Estas dos últimas leyes, como veremos, produjeron un fuerte contrapunto entre el Congreso y la Suprema Corte, dadas las restricciones impuestas para otorgar el *habeas corpus* a los detenidos en la base de Guantánamo, Cuba.

23 1 Stat. 73.

24 “Section 14. And be it further enacted, That all the before-mentioned courts of the United States, shall have power to issue writs of [...] habeas corpus [...] which may be necessary for the exercise of their respective jurisdictions, and agreeable to the principles and usages of law [...] either of the justices of the supreme court, as well as judges of the district courts, shall have power. –Provided, That writs of habeas corpus shall in no case extend to prisoners in gaol, unless where they are in custody, under or by colour of the authority of the United States, or are committed for trial before some court of the same, or are necessary to be brought into court to testify.”

25 Recordemos que, por aquel entonces, no había cámaras de apelación establecidas de manera estable, sino que se formaban cuando un caso lo requería con jueces de la Suprema Corte y de los tribunales de distrito. Ver Bianchi (2018).

Bajo esta ley, los tribunales federales no podían otorgar *hábeas corpus* a detenidos por las autoridades locales.<sup>26</sup>

Como vemos, la ley preveía solamente dos tipos de *hábeas corpus* de los cinco que eran conocidos por entonces:<sup>27</sup> (a) el *habeas corpus ad subjiciendum*, que es el *Great Writ*, en tanto permite que una persona detenida irregularmente pueda ser llevada ante un tribunal para que se examine la causa de su detención;<sup>28</sup> y (b) el *habeas corpus ad prosequendum, testificandum, deliberandum*, el cual se interpone con el objeto de que un detenido por disposición de un tribunal federal sea removido de allí para ser sometido a juicio en otro tribunal federal, o bien para que sea llevado a testificar ante otro tribunal.<sup>29</sup>

Esta ley fue interpretada por primera vez en el caso *ex parte Bollman* antes citado,<sup>30</sup> donde, por mayoría,<sup>31</sup> el voto del *Chief Justice* Marshall dejó en claro que: el *hábeas corpus* (a) no era un remedio auxiliar de la jurisdicción de los tribunales, sino una acción independiente; (b) no emanaba de poderes inherentes de los tribunales, sino de facultades expresamente conferidas por la ley; y (c) la Suprema Corte solo podía emitirlo dentro de su jurisdicción apelada.<sup>32</sup>

---

26 A pesar de ello, en *Cohens v. Virginia* 19 U.S. 264 (1821), la Suprema Corte expandió su jurisdicción apelada para revisar las condenas criminales impuestas por los tribunales locales, aunque no era este un caso de *hábeas corpus*.

27 Ver nota 10.

28 “to grant writs of habeas corpus for the purpose of an inquiry into the cause of commitment.”

En *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131, 136-137 (1934), la Suprema Corte explicó esta forma del *Writ* en los siguientes términos: “Originating [in England] as a writ by which the superior courts of the common law and the chancellor sought to extend their jurisdiction at the expense of inferior or rival courts, it ultimately took form and survived as the writ of habeas corpus ad subjiciendum, by which the legality of the detention of one in the custody of another could be tested judicially [...] Its use was defined and regulated by the Habeas Corpus Act of 1679 [...] The purpose of the proceeding defined by the statute was to inquire into the legality of the detention, and the only judicial relief authorized was the discharge of the prisoner or his admission to bail, and that only if his detention were found to be unlawful”.

29 That writs of habeas corpus shall in no case extend to prisoners in gaol, unless where they are [...] committed for trial before some court of the same, or are necessary to be brought into court to testify.

30 Ver nota 13. El caso se suscitó como resultado de la llamada “conspiración” de Aaron Burr –que había sido vicepresidente entre 1801 y 1805 en la primera presidencia de Jefferson–, acusado de intentar establecer una suerte de estado independiente en el entonces territorio de Texas, que aún estaba bajo dominio español. Luego de ser arrestado y enjuiciado, Burr fue finalmente absuelto. Ver Lewis (2017).

31 Votó en disidencia el juez Johnson.

32 Ver Fallon, Meltzer y Shapiro (1996, p. 1340).

### 3.4. Las leyes de 1833 y 1842

En 1833 y 1842 se dictaron sendas leyes que ampliaron los alcances dados al *habeas corpus* por la Judiciary Act de 1789. La primera de ellas, denominada Force Act of 1833,<sup>33</sup> fue sancionada como consecuencia de la fuerte resistencia opuesta en Carolina del Sur a pagar derechos aduaneros, donde fueron detenidos los *federal marshalls*, encargados de aplicarlos. Como respuesta, el Congreso sancionó esta ley, cuyo artículo 7 dispuso que podía interponerse un *habeas corpus* ante los tribunales federales contra detenciones de personas que actuaban, en el territorio de los estados, en cumplimiento de leyes o disposiciones del Gobierno federal.<sup>34</sup> La segunda ley, sancionada en agosto de 1842,<sup>35</sup> autorizó el *habeas corpus* contra las detenciones de ciudadanos extranjeros domiciliados fuera de los Estados Unidos.<sup>36</sup>

### 3.5. La ley de *habeas corpus* de 1867. El *collateral review* de las condenas estatales

Al concluir la Guerra Civil (1861-1865), el Congreso comprobó que los esclavos recientemente liberados<sup>37</sup> eran injusta y cruelmente perseguidos en los Estados del Sur, sin que los jueces y autoridades locales les dieran protección legal alguna.<sup>38</sup>

---

33 4 Statues at Large 632.

34 “[...] either of the justices of the Supreme Court, or a judge of any district court of the United States, in addition to the authority already conferred by law, shall have power to grant writs of habeas corpus in all cases of a prisoner or prisoners, in jail or confinement, where he or they shall be committed or confined on, or by any authority or law, for any act done, or omitted to be done, in pursuance of a law of the United States, or any order, process, or decree, of any judge or court thereof, anything in any act of Congress to the contrary notwithstanding. And if any person or persons to whom such writ of habeas corpus may be directed, shall refuse to obey the same, or shall neglect or refuse to make return, or shall make a false return thereto, in addition to the remedies already given by law, he or they shall be deemed and taken to be guilty of a misdemeanor, and shall, on conviction before any court of competent jurisdiction, be punished by fine, not exceeding one thousand dollars, and by imprisonment, not exceeding six months, or by either, according to the nature and aggravation of the case.”

35 5 Stat. 539.

36 La ley fue sancionada como consecuencias de la protestas del Gobierno británico a raíz del juicio por homicidio entablado contra un soldado canadiense en los tribunales de Nueva York.

37 La abolición de la esclavitud había sido establecida por la Enmienda XIII (ratificada en diciembre de 1865), cuya sección 1 dice: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction”.

38 Muchos de estos abusos fueron reportados por el United States Congress Joint Committee on Reconstruction, creado en 1865 por el 39º Congreso, con el propósito de investigar la situación existente en los Estados del Sur luego de la Guerra Civil. Ver Kendrick (2004).

Como resultado de ello, fue sancionada la Habeas Corpus Act de 1867,<sup>39</sup> cuyo artículo 1° estableció el *collateral review* y los requisitos de su procedencia.<sup>40</sup> A pesar de haberse originado en un contexto histórico bastante especial, el *collateral review* se ha mantenido hasta el presente. Me ocuparé con más detalle de este tema en el apartado 4.

### 3.6. La reforma de 1948. La revisión de las condenas federales

Toda esta legislación fue codificada en el título 13 de los Revised Statutes de 1874 (secciones 751 a 766) y se mantuvo casi inalterada hasta 1948, cuando fue incorporada en las secciones 2241 a 2255 del 28 USC.

En esta ocasión, se introdujeron dos reformas importantes. En primer lugar, fue incorporada la sección 2254, que reguló con detalle el *collateral review* de las condenas estatales, cuyos incisos (b) y (c) exigieron por primera vez, desde el punto de vista legislativo, el agotamiento previo de las instancias locales.

También se incorporó la sección 2255, que creó una *habeas corpus* para impugnar colateralmente las condenas penales dictadas por los tribunales federales.

Más tarde, en 1966, se agregaron los incisos (b) y (c) de la sección 2244, que especificaron los efectos de una decisión previa en una petición de *habeas corpus*, y el inciso (d) de la sección 2254, donde fue establecido que debía otorgarse deferencia al análisis de los hechos efectuado por los tribunales locales en caso de no existir una prueba convincente de que este es erróneo.

---

39 14 Stat. 385.

40 “[...] the several courts of the United States, and the several justices and judges of such courts, within their respective jurisdictions, in addition to the authority already conferred by law, shall have power to grant writs of habeas corpus in all cases where any person may be restrained of his or her liberty in violation of the constitution; or of any treaty or law of the United States; and it shall be lawful for such person so restrained of his or her liberty to apply to either of said justices or judges for a writ of habeas corpus [...] and the said justice or judge to whom such application shall be made shall forthwith award a writ of habeas corpus, unless it shall appear from the petition itself that the party is not deprived of his or her liberty in contravention of the constitution or laws of the United States. Said writ shall be directed to the person in whose custody the party is detained, who shall make return of said writ and bring the party before the judge who granted the writ [...] From the final decision of any judge, justice, or court, inferior to the circuit court, an appeal may be taken to the circuit court of the United States for the district in which said cause is heard, and from the judgment of said circuit court to the Supreme Court of the United States, on such terms and under such regulations and orders, as well for the custody and appearance of the person alleged to be restrained of his or her liberty [...] pending such proceedings or appeal, and until final judgment be rendered therein, and after final judgement discharge in the same, any proceeding against such person so alleged to be restrained of his or her liberty in any State court [...] shall be deemed null and void.”

### 3.7. Las restricciones impuestas en 1996

Luego de treinta años sin que se produjeran modificaciones en la legislación del *habeas corpus*, en 1996, bajo la presidencia de Bill Clinton, fue sancionada la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act (AEDPA),<sup>41</sup> que introdujo varias restricciones en la viabilidad de esta acción en relación con el *collateral review*.<sup>42</sup> Además de las restricciones generales de fondo, se introdujeron modificaciones procesales para los casos de pena capital.<sup>43</sup> Estas restricciones han sido objeto de severas críticas, en particular del sector liberal de la doctrina.<sup>44</sup>

En primer lugar, se estableció un plazo de prescripción de un año para interponer el *habeas corpus*, contado desde la fecha de la condena en sede estatal,<sup>45</sup> término que se reduce a ciento ochenta días cuando se trata de una pena capital,<sup>46</sup> en tanto el Estado deba proveer –y haya efectivamente provisto– asistencia legal en el *collateral review*.<sup>47</sup>

En segundo lugar, como regla general, la ley prohibió la interposición de dos o más *habeas corpus* sucesivos,<sup>48</sup> a menos que el requirente demuestre que su petición se basa en: (a) una nueva regla constitucional aplicable retroactivamente;<sup>49</sup> o (b) en hechos que no pudieron ser conocidos con anterioridad mediante una

---

41 Public Law No. 104-132; 110 Stat. 1214.

42 La ley fue introducida a propuesta del entonces líder de la mayoría republicana en el Senado, Robert (Bob) Dole.

43 En *Lindh v. Murphy*, 521 U.S. 320 (1997), por medio de una sentencia dividida 5-4, la Suprema Corte sostuvo que estas restricciones no eran aplicables a los casos de pena no capital en los que ya se había interpuesto el *habeas corpus*. En la mayoría votaron los jueces Stevens, Souter, O'Connor, Ginsburg y Breyer. En la minoría votaron los jueces Renhquist, Scalia, Kennedy y Thomas.

44 Ver, entre otros, Chemerinsky (2016, p. 953).

45 28 U.S. Code § 2244(d)(1) “A 1-year period of limitation shall apply to an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court”.

46 28 U.S. Code § 2263(a) “Any application under this chapter for habeas corpus relief under section 2254 must be filed in the appropriate district court not later than 180 days after final State court affirmation of the conviction and sentence on direct review or the expiration of the time for seeking such review”.

47 28 U.S. Code § 2261 “(a) This chapter shall apply to cases arising under section 2254 brought by prisoners in State custody who are subject to a capital sentence. It shall apply only if the provisions of subsections (b) and (c) are satisfied. (b) Counsel. This chapter is applicable if (1) the Attorney General of the United States certifies that a State has established a mechanism for providing counsel in postconviction proceedings as provided in section 2265; and (2) counsel was appointed pursuant to that mechanism, petitioner validly waived counsel, petitioner retained counsel, or petitioner was found not to be indigent”.

48 28 U.S. Code § 2244(b)(1) “A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was presented in a prior application shall be dismissed”.

49 En *Tyler v. Cain*, 533 U.S. 656 (2001), la Suprema Corte dijo que solo ella puede determinar si una regla constitucional se aplica retroactivamente.

investigación diligente y que llevarían razonablemente a una sentencia de absolución.<sup>50</sup> En estos casos, la segunda o sucesivas aplicaciones deben ser aprobadas previamente por una cámara federal de apelaciones (U.S. Court of Appeal).<sup>51</sup>

En tercer lugar, se establecieron requisitos de fondo más exigentes para admitir el *collateral review*, el cual solo procede cuando existe una irrazonable aplicación de: (a) una ley federal, según ha sido interpretada por la Suprema Corte; o (b) de los hechos del caso a la luz de las pruebas presentadas por el Estado.<sup>52</sup> Asimismo, la ley establece una fuerte deferencia a favor de la interpretación de los hechos efectuada por el tribunal estadual.<sup>53</sup>

### 3.8. La batalla legal producida por las reformas de 2005 y 2006

Como resultado de los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, se entabló una batalla legal entre la Suprema Corte y el Congreso en relación con la aplicación del *hábeas corpus* a los detenidos acusados de cometer actos de terrorismo, los cuales han sido designados genéricamente como *enemy combatants* (combatientes del enemigo).<sup>54</sup>

---

50 28 U.S. Code § 2244(b)(2) “A claim presented in a second or successive habeas corpus application under section 2254 that was not presented in a prior application shall be dismissed unless (A) the applicant shows that the claim relies on a new rule of constitutional law, made retroactive to cases on collateral review by the Supreme Court, that was previously unavailable; or (B) (i) the factual predicate for the claim could not have been discovered previously through the exercise of due diligence; and (ii) the facts underlying the claim, if proven and viewed in light of the evidence as a whole, would be sufficient to establish by clear and convincing evidence that, but for constitutional error, no reasonable factfinder would have found the applicant guilty of the underlying offense”.

51 28 U.S. Code § 2244 (b)(3)(A) “Before a second or successive application permitted by this section is filed in the district court, the applicant shall move in the appropriate court of appeals for an order authorizing the district court to consider the application”.

52 28 U.S. Code § 2254(d) “An application for a writ of habeas corpus on behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court shall not be granted with respect to any claim that was adjudicated on the merits in State court proceedings unless the adjudication of the claim (1) resulted in a decision that was contrary to, or involved an unreasonable application of, clearly established Federal law, as determined by the Supreme Court of the United States; or (2) resulted in a decision that was based on an unreasonable determination of the facts in light of the evidence presented in the State court proceeding”.

53 28 U.S. Code § 2254(e)(1) “In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence”.

54 Un análisis más completo de estas idas y venidas legislativas y jurisprudenciales puede verse en Bianchi (2007, p. 1045).

En *Rasul v. Bush*,<sup>55</sup> la Suprema Corte decidió que los detenidos en la base de Guantánamo, Cuba, podían interponer un *habeas corpus*. Como respuesta, en diciembre de 2005, el Congreso sancionó la llamada Detainee Treatment Act (DTA),<sup>56</sup> originada en un proyecto del senador republicano John McCain, de Arizona. Esta ley dispuso que los tribunales carecían de jurisdicción para intervenir en *habeas corpus* interpuestos por extranjeros detenidos en Guantánamo.<sup>57</sup>

Al año siguiente, en *Hamdan v. Rumsfeld*,<sup>58</sup> la Suprema Corte resolvió que esta disposición aplicaba solamente para el futuro, es decir, no era aplicable a las peticiones de *habeas corpus* ya presentadas al momento en que la ley fue sancionada. Esta decisión produjo una nueva reacción del Congreso, que ese mismo año (2006) sancionó la Military Commissions Act,<sup>59</sup> que dispuso la aplicación retroactiva de la DTA. Para ello, reformó parcialmente el inciso (e) de la sección 2241 del 28 USC<sup>60</sup> y agregó en una nota, expresamente, que la ley tenía efectos retroactivos.<sup>61</sup>

Esta ley produjo una nueva reacción de la Corte en *Boumediene v. Bush*,<sup>62</sup> donde, nuevamente, conservadores y liberales dejaron claramente marcadas sus hondas diferencias. La mayoría<sup>63</sup> sostuvo que la ley era inconstitucional, pues implicaba una suspensión del *habeas corpus*. El voto del juez Kennedy, que lide-

---

55 542 U.S. 466 (2004).

56 119 Statues at Large 2739; codificada en 10 U.S. Code § 801.

57 Section 1005(e) “Except as provided in section 1005 of the Detainee Treatment Act of 2005, no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider (1) an application for a writ of *habeas corpus* filed by or on behalf of an alien detained by the Department of Defense at Guantánamo Bay, Cuba [...]”.

58 548 U.S. 557 (2006).

59 120 Stat. 2600.

60 28 U.S. Code § 2241(e)(1) “No court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider an application for a writ of *habeas corpus* filed by or on behalf of an alien detained by the United States who has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination. (2) Except as provided in paragraphs (2) and (3) of section 1005(e) of the Detainee Treatment Act of 2005 (10 U.S.C. 801 note), no court, justice, or judge shall have jurisdiction to hear or consider any other action against the United States or its agents relating to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of confinement of an alien who is or was detained by the United States and has been determined by the United States to have been properly detained as an enemy combatant or is awaiting such determination”.

61 “Effective date. The amendment made by subsection (a) shall take effect on the date of the enactment of this Act, and shall apply to all cases, without exception, pending on or after the date of the enactment of this Act which relate to any aspect of the detention, transfer, treatment, trial, or conditions of detention of an alien detained by the United States since September 11, 2001.”

62 553 U.S. 723 (2008).

63 El voto mayoritario fue suscripto por los jueces Stevens, Kennedy, Breyer, Ginsburg y Souter.



raba la decisión, haciendo una revisión histórica del *habeas corpus*, sostuvo que se trata de un remedio diseñado por la Constitución para limitar los abusos del Poder Ejecutivo<sup>64</sup> y que los detenidos en Guantánamo tenían el derecho de invocarlo.<sup>65</sup> En la minoría,<sup>66</sup> el juez Scalia suscribió un vehemente voto –muy habitual en él– señalando los peligros que –en su opinión– engendraba el voto de la mayoría. Concluyó advirtiendo que la nación viviría para lamentar lo que la Corte había hecho ese día.<sup>67</sup>

### 3.9. Síntesis del ámbito de aplicación del *habeas corpus*

En la actualidad, el *habeas corpus* federal está regulado en el 28 USC, secciones 2241 a 2255, que codifican las sucesivas leyes que se han ido dictando desde la Judiciary Act de 1789 hasta el presente.

De acuerdo con la sección 2241, este puede ser planteado en cinco casos:

1. Cuando una persona está detenida por orden de una autoridad federal.<sup>68</sup>
2. Cuando una persona está detenida por una autoridad local como consecuencia de haber actuado bajo lo dispuesto por una ley, norma o decisión de una autoridad federal.<sup>69</sup>
3. Cuando una persona está detenida en violación a la Constitución, a las leyes federales o a los tratados internacionales.<sup>70</sup>

---

64 “In our own system the Suspension Clause is designed to protect against these cyclical abuses. The Clause protects the rights of the detained by a means consistent with the essential design of the Constitution. It ensures that, except during periods of formal suspension, the Judiciary will have a time-tested device, the writ, to maintain the “delicate balance of governance” that is itself the surest safeguard of liberty”, 553 U.S. en p. 745.

65 Ya desde el comienzo, el voto del juez Kennedy afirma: “We hold these petitioners do have the habeas corpus privilege. Congress has enacted a statute, the Detainee Treatment Act of 2005 [...] that provides certain procedures for review of the detainees’ status. We hold that those procedures are not an adequate and effective substitute for habeas corpus. Therefore § 7 of the Military Commissions Act of 2006 (MCA) [...], operates as an unconstitutional suspension of the writ”.

66 El voto mayoritario fue suscripto por los jueces Roberts, Scalia, Thomas y Alito.

67 “The Nation will live to regret what the Court has done today”, 553 U.S. en p. 849.

68 28 U.S. Code § 2241(c)(1) “He is in custody under or by color of the authority of the United States or is committed for trial before some court thereof”. Este es el más antiguo de los ámbitos de aplicación del *habeas corpus*, previsto originariamente en la sección 14 de la Judiciary Act de 1789.

69 28 U.S. Code § 2241(c)(2) “He is in custody for an act done or omitted in pursuance of an Act of Congress, or an order, process, judgment or decree of a court or judge of the United States. Esta disposición nace de la Force Act of 1833, citada en el apartado 3.4.

70 28 U.S. Code § 2241(c)(3) “He is in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States”. Esta disposición nace de la Habeas Corpus Act de 1867, y está mucho más desarrollada en la sección 2254.



4. Cuando un ciudadano extranjero está detenido por actos cometidos bajo las leyes de su país y está involucrado el derecho internacional.<sup>71</sup>
5. Cuando un detenido debe ser llevado ante un tribunal para que preste testimonio.<sup>72</sup>

A su vez, las secciones 2254 y 2255 regulan el *collateral review*. La primera, en relación con las condenas en sede estatal;<sup>73</sup> y la segunda, en relación con las condenas en sede federal.<sup>74</sup>

Sin perjuicio de los casos expresamente legislados, el *habeas corpus* ha sido admitido en otros supuestos, tales como: la extradición a un país extranjero,<sup>75</sup> el examen de las condiciones de confinamiento,<sup>76</sup> la detención civil en una institución,<sup>77</sup> las condenas de los tribunales militares<sup>78</sup> y la denegación de la libertad condicional,<sup>79</sup> entre otros.

### 3.10. Las reglamentaciones procesales

Estas normas de fondo se completan con las reglas procesales que regulan el trámite del *habeas corpus*. A tal fin, existe un cuerpo legal específico conocido usualmente como Habeas Corpus Rules, sancionado en 1977, cuya última reforma data de diciembre de 2019.<sup>80</sup> También hay disposiciones procesales sobre

---

71 28 U.S. Code § 2241(c)(4) “He, being a citizen of a foreign state and domiciled therein is in custody for an act done or omitted under any alleged right, title, authority, privilege, protection, or exemption claimed under the commission, order or sanction of any foreign state, or under color thereof, the validity and effect of which depend upon the law of nations”. Esta disposición se origina en la ley de agosto de 1842, ya citada en el apartado 3.4.

72 28 U.S. Code § 2241(c)(5) “It is necessary to bring him into court to testify or for trial”. Es el llamado *habeas corpus ad prosequendum, testificandum, deliberatum*.

73 El primer inciso de esta sección dice: “(a) The Supreme Court, a Justice thereof, a circuit judge, or a district court shall entertain an application for a writ of habeas corpus in behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court only on the ground that he is in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States”.

74 El primer inciso de esta sección dice: “(a) A prisoner in custody under sentence of a court established by Act of Congress claiming the right to be released upon the ground that the sentence was imposed in violation of the Constitution or laws of the United States, or that the court was without jurisdiction to impose such sentence, or that the sentence was in excess of the maximum authorized by law, or is otherwise subject to collateral attack, may move the court which imposed the sentence to vacate, set aside or correct the sentence”.

75 *Fernandez v. Phillips*, 268 U.S. 311 (1925); *Factor v. Laubenheimer*, 290 U.S. 276 (1933).

76 *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971); *Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969).

77 *Lake v. Cameron*, 364 F.2d 657 (DC Circuit 1966).

78 *Strait v. Laird*, 406 U.S. 341 (1972).

79 *Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972).

80 *Rules governing section 2254 cases in the United States District Courts and Rules governing section 2255*

el *hábeas corpus* en las Federal Rules of Appellate Procedure<sup>81</sup> y en las Federal Rules of Civil Procedure.<sup>82</sup>

## 4. El *collateral review* de las condenas dictadas por tribunales estatales

### 4.1. La evolución jurisprudencial

Desde su incorporación en la Ley de Hábeas Corpus de 1867, la aplicación del *colateral review* de las condenas estatales ha ido variando en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Inicialmente, su aplicación fue restrictiva y se limitó a los casos en los cuales el tribunal local carecía de jurisdicción. Este concepto fue luego expandido y se entendió que el tribunal carecía de jurisdicción si se había violado la garantía contra el doble juzgamiento (*double jeopardy*)<sup>83</sup> o bien cuando la ley en la cual se fundó la condena era inconstitucional.<sup>84</sup> Más tarde, en 1915, la Corte expandió este concepto en *Frank v. Mangum*,<sup>85</sup> un *leading case* en la materia, en el cual, si bien el *hábeas corpus* fue finalmente denegado –con disidencia de Holmes–, se sostuvo que este era aplicable cuando el condenado había sido privado del debido proceso y no existía un adecuado procedimiento recursivo para revisar la sentencia. Una nueva expansión del *hábeas corpus* se produjo en *Moore v. Dempsey*,<sup>86</sup> donde la Corte entendió que debía concederse, pues el tribunal estatal había fallado bajo presión popular (*mob domination*).<sup>87</sup>

Después de la Segunda Guerra Mundial, el *collateral review* de las condenas en sede penal fue primero expandido notablemente y luego restringido parcialmente. Según explica Chemerinsky (2016),<sup>88</sup> la expansión se debe, principalmente, a tres factores: (a) la aplicación del Bill of Rights (diez primeras enmien-

---

*proceedings for the United States District Courts*. Effective Feb. 1, 1977, as amended to Dec. 1, 2019.

81 Es el código que rigen el procedimiento (tanto civil como penal) ante las cámaras federales de apelación.

82 Es el código del procedimiento civil en los tribunales federales.

83 *Ex parte Lange*, 85 U.S. 163 (1873).

84 *Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371, 376 (1879).

85 237 U.S. 309 (1915).

86 261 U.S. 86 (1923).

87 Según un concepto que ya figuraba en el caso *Mangum*, la Corte, por medio del voto de Holmes, dijo: “If in fact a trial is dominated by a mob so that there is an actual interference with the course of justice, there is a departure from due process of law; and that if the State, supplying no corrective process, carries into execution a judgment of death or imprisonment based upon a verdict thus produced by mob domination, the State deprives the accused of his life or liberty without due process of law”, 261 U.S. en pp. 90-91.

88 Federal Jurisdiction (Chemerinsky, 2016, p. 950).

das) a los estados;<sup>89</sup> (b) la expansión de los derechos de los acusados en procesos criminales, que tuvo lugar en particular bajo la llamada “Corte Warren”;<sup>90</sup> y (c) la expansión del movimiento por los derechos civiles, que expuso ante la escena nacional la frecuente privación de sus derechos que sufrían los afroamericanos en los Estados del Sur.

Veamos, en una rápida reseña, lo ocurrido en la jurisprudencia de la Suprema Corte –desde la década de 1950 hasta el presente– en relación con el *collateral review*. Durante estos setenta años, más específicamente desde 1954 hasta la fecha, la Suprema Corte ha tenido la impronta de los cuatro *Chief Justices* que han dirigido el Tribunal: Earl Warren (1954-1969), Warren Burger (1969-1986), William Rehnquist (1986-2005) y John Roberts (2005 hasta el presente). Bajo el primero de ellos, el *collateral review* se expandió notablemente, en cambio, con los tres restantes, se fue restringiendo paulatinamente como consecuencia del tono cada vez más conservador que el tribunal ha ido adquiriendo desde entonces, que ha sido mitigado, pero no alterado sustancialmente, por los nombramientos de jueces liberales hechos por los presidentes Clinton<sup>91</sup> y Barack Obama,<sup>92</sup> frente a la mayoría, cada vez más conservadora, producida por los nombramientos efectuados por Ronald Reagan,<sup>93</sup> George Bush (padre),<sup>94</sup> George Bush (hijo)<sup>95</sup> y Donald Trump.<sup>96</sup>

Bien es sabido que la Warren Court no solo fue muy proactiva en materia de derechos civiles en general,<sup>97</sup> sino que –dentro de esa tendencia– expandió

---

89 Inicialmente, la Suprema Corte en *Barron v. Mayor of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833) sostuvo que el Bill of Rights no se aplicaba en los estados. Posteriormente, el Tribunal fue incorporando a los estados, uno a uno, los derechos del Bill of Rights. Esta incorporación selectiva puede verse en *Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908) y *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937). Esta expansión se aceleró luego en casos posteriores bajo la Corte Warren, como veremos enseguida.

90 Es el período 1954-1969, durante el cual la Suprema Corte estuvo presidida por Earl Warren quien, pese a su origen republicano, fue un campeón de los derechos civiles. Entre otros muchos trabajos puede verse un exhaustivo estudio de este período en Schwartz (1983).

91 Ruth Bader Ginsburg (1993) y Stephen Breyer (1994).

92 Sonia Sotomayor (2009) y Elena Kagan (2010).

93 Sandra Day O’Connor (1981), Antonin Scalia (1986) y Anthony Kennedy (1988). Reagan, además, designó *Chief Justice* a William Rehnquist, que había sido nombrado *associate justice* en 1972 por Nixon.

94 David Souter (1990) y Clarence Thomas (1991).

95 John Roberts, designado como *Chief Justice* (2005), y Samuel Alito (2006).

96 Neil Gorsuch (2017) y Brett Kavanaugh (2018).

97 Basta recordar casos tan célebres como *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), que declaró inconstitucional la segregación racial en las escuelas públicas, y *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), que protegió el derecho a voto al judicializar el *gerrymandering*, una práctica política viciosa –de muy

notablemente la protección de los derechos de los acusados en los procesos criminales, produciendo lo que Fred Graham (1970) llamó “la revolución del debido proceso”. Estos cambios pueden advertirse en el derecho a ser juzgado por un jurado imparcial,<sup>98</sup> la aplicación de la “regla de exclusión”,<sup>99</sup> el derecho a contar con asistencia letrada,<sup>100</sup> las garantías en el momento del arresto,<sup>101</sup> la protección contra la autoincriminación,<sup>102</sup> el derecho al careo con el acusador (*right to confrontation*),<sup>103</sup> el derecho a obtener un juicio rápido<sup>104</sup> y la garantía contra el doble juzgamiento,<sup>105</sup> entre otros.

En materia de *collateral review*, el caso más trascendente de este período es *Fay v. Noia*,<sup>106</sup> donde fue admitido que el *habeas corpus* era procedente no obstante que el condenado no había apelado oportunamente la condena en sede local, si con ello no incurrió en un incumplimiento deliberado de las reglas de procedimiento.<sup>107</sup>

Bajo la Burger Court,<sup>108</sup> se advierte una restricción del *collateral review*.<sup>109</sup>

---

antigua data- que afectaba la correcta distribución de los distritos electorales.

98 *Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961); *Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723 (1963); *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532 (1965); *Sims v. Georgia*, 389 U.S. 404 (1967); *Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57 (1961); *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968).

99 *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

100 *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963); *Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963); *White v. Maryland*, 373 U.S. 59 (1963); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).

101 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

102 *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); *Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964); *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964); *Marchetti v. United States*, 390 U.S. 39 (1968).

103 *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).

104 *Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).

105 *Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).

106 372 U.S. 391 (1963).

107 Analizaré con más detalle este caso en el apartado 4.3.2.

108 Nixon nombró a cuatro jueces en la Corte: Warren E. Burger (1969), Harry A. Blackmun (1970), Lewis F. Powell (1971) y William H. Rehnquist. Junto con Stevens, designado por Ford (1975), estos jueces, con excepción de Blackmun, habrían de dar una tonalidad en la Corte más inclinada al neoconservadorismo en los años siguientes.

109 Burger fue un conservador moderado; en un sentido negativo, podría catalogárselo de “híbrido”. Tampoco fue un líder político o intelectual del Tribunal y, en muchos casos, se vio enfrentado con Brennan, dispuesto a conservar el legado liberal de la era Warren. Se lo ha criticado por su falta de control en el manejo de las controversias intelectuales existentes entre los jueces. Así lo han señalado profesores universitarios, como Urofsky y Finkelman (2002, p. 895, p. 946) y periodistas, como Woodward y Armstrong (1979, p. 526). De hecho, a lo largo de su período, la Corte tuvo numerosos casos decididos por votos múltiples, donde la mayoría se forma por suma de opiniones individuales, lo que pone en evidencia las dificultades del Tribunal en seguir una línea argumental única para alcanzar la solución. Véanse, por ejemplo, *Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970); *Oregon*

Un ejemplo de ello es el caso *Stone v. Powell*, decidido junto con *Wolff v. Rice*.<sup>110</sup> Ambos casos presentaban el mismo patrón: no había dudas de la comisión del crimen, pero el proceso era formalmente objetable por aplicación de la regla de exclusión.<sup>111</sup> Sin embargo, en estos casos no fue aplicada la regla de exclusión. La Corte –mediante el voto de Powell, con disidencia de Brennan, Marshall y White– sostuvo que no podía invalidarse por medio del *habeas corpus* una condena por un crimen realmente cometido, en razón de los errores de la policía, si el acusado tuvo un juicio pleno y justo (*full and fair trial*).<sup>112</sup> También se advierte una restricción al *habeas corpus* en *Wainwright v. Sykes*,<sup>113</sup> donde la Corte –por

---

*v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); *United States v. SCRAP*, 412 U.S. 669 (1973); *Meek v. Pittenger*, 421 U.S. 349 (1975); *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976); *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977); *City of Los Angeles, Department of Water and Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Planned Parenthood Association v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983); *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985); *Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986). No se apartó radicalmente de su predecesor, pero claramente tampoco siguió la línea liberal trazada por Earl Warren. Así, algunos de sus votos lo muestran en el ala conservadora. Tal es su opinión concurrente en *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), donde apoyó la constitucionalidad de una ley de Georgia que prohibía la homosexualidad, o bien su disidencia en *Solem v. Helm*, 459 U.S. 460 (1983), sosteniendo que una condena a cadena perpetua por emitir un cheque sin fondos de apenas 100 dólares no constituye un castigo cruel e inusual. Pero otras de sus decisiones lo colocan en el sector liberal, por ejemplo, al votar con la mayoría a favor del aborto en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Del mismo modo, en los casos de importancia política para el Gobierno, sus favores también estuvieron divididos. Votó a favor de Nixon en el caso de los documentos del Pentágono, *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) y también le fue fiel –junto con Rehnquist– en el de sus papeles privados, *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977), pero se sumó a la Corte que ordenó al Presidente la entrega de las cintas del escándalo Watergate, *United States v. Nixon*, 418 U.S. 405 (1974).

110 428 U.S. 465 (1976).

111 En el primer caso, Lloyd Powell había asaltado un negocio en California y matado accidentalmente a su dueño. Si bien pudo huir hacia Nevada, fue arrestado allí por vagancia. Como consecuencia de ello, se presentó el siguiente problema: el arresto por vagancia era ilegal, pues la ley que lo autorizaba era muy imprecisa, pero, al mismo tiempo, estando bajo arresto, fue hallada en posesión de Powell el arma con la cual había cometido el homicidio en California, lo que permitió condenarlo por este delito. El caso de Rice presentaba matices similares. Había fabricado una bomba casera con la cual había matado a un policía, sin embargo, la prueba del delito había sido obtenida por medio de un allanamiento ilegal. Tanto Powell como Rice fueron condenados por los tribunales locales e intentaron obtener la revocación de sus condenas en la justicia federal por medio del *habeas corpus*.

112 A juicio de Powell, “[...] we conclude that where the State has provided an opportunity for full and fair litigation of a Fourth Amendment claim, [nota de pie de página omitida] a state prisoner may not be granted federal habeas corpus relief on the ground that evidence obtained in an unconstitutional search or seizure was introduced at his trial. [nota de pie de página omitida] In this context the contribution of the exclusionary rule, if any, to the effectuation of the Fourth Amendment is minimal and the substantial societal costs of application of the rule persist with special force [nota de pie de página omitida]”, 428 U.S. en pp. 494-496.

113 433 U.S. 72 (1977).

medio del voto de Rehnquist<sup>114</sup> sostuvo que las cuestiones no planteadas ante los tribunales locales no pueden ser objeto del *collateral review* si no se explica la causa de esta omisión y si ella no causa perjuicio, dado que los hechos están probados por otros medios.<sup>115</sup>

También fue restringido el *habeas corpus* durante la Rehnquist Court, cuya mayoría fue claramente conservadora.<sup>116</sup> En *McCleskey v. Zant*,<sup>117</sup> la Corte sostuvo que un condenado a pena capital no podía plantear un segundo *habeas corpus*, invocando nuevos argumentos, si no demostraba debidamente por qué había omitido tales argumentos en su primer *habeas corpus*. No hacerlo es, en opinión de esta sentencia, un ejercicio abusivo del *habeas corpus*.<sup>118</sup> Asimismo,

---

114 En disidencia votaron Brennan y Marshall.

115 Esta exigencia se conoce como *cause and prejudice*.

116 Ronald Reagan y su sucesor, George H. Bush, ocuparon la presidencia por espacio de doce años. Este largo período permitió a los dos presidentes modificar profundamente la composición del Tribunal. Tal como se mencionó antes (notas 93 y 94), en este período fueron designados cinco nuevos jueces y William Rehnquist fue nombrado *Chief Justice*, lo que en un cuerpo de nueve miembros es suficiente para tener una cómoda mayoría. Todos los jueces elegidos fueron conservadores. Algunos de ellos, como Scalia y Thomas, pertenecían al sector duro, y otros –Kennedy y Sandra Day O’Connor– fueron moderados, pero todos estaban claramente ubicados del centro hacia la derecha. Asimismo, algunas de estas designaciones vinieron a reemplazar lo que quedaba de la vieja guardia liberal de la época de Warren. Así, al retirarse Brennan y Thurgood Marshall, sus sucesores, Souter y Thomas, o se hallaban en las antípodas ideológicas o estaban lo suficientemente lejos como para no irritar a los sectores más conservadores. Naturalmente, esta “renovación” hacia la derecha ha generado múltiples debates y no pocas críticas del sector académico, generalmente enrolado en tendencias que están mucho más cerca de la Warren Court que de la Rehnquist Court. Se ha dicho entonces que, durante esta era, la Corte sufrió un nuevo *packing*. Menciono solamente como ejemplo las siguientes obras: Irons (1994), Savage (1992), Schwartz (1988; 1990), Tushnet (2005; 2006) y Yarbrough (2000). Con un tono más periodístico, puede verse Toobin (2007).

117 499 U.S. 467 (1991).

118 “In procedural default cases, the cause standard requires the petitioner to show that ‘some objective factor external to the defense impeded counsel’s efforts’ to raise the claim in state court [...] Objective factors that constitute cause include ‘interference by officials’ that makes compliance with the state’s procedural rule impracticable, and ‘a showing that the factual or legal basis for a claim was not reasonably available to counsel’. In addition, constitutionally ‘ineffective assistance of counsel... is cause.’ Attorney error short of ineffective assistance of counsel, however, does not constitute cause, and will not excuse a procedural default. Once the petitioner has established cause, he must show ‘actual prejudice’ resulting from the errors of which he complains [...] When a prisoner files a second or subsequent application, the government bears the burden of pleading abuse of the writ. The government satisfies this burden if, with clarity and particularity, it notes petitioner’s prior writ history, identifies the claims that appear for the first time, and alleges that petitioner has abused the writ. The burden to disprove abuse then becomes petitioner’s. To excuse his failure to raise the claim earlier, he must show cause for failing to raise it and prejudice therefrom as those concepts have been defined in our procedural default decisions. The petitioner’s opportunity to meet the burden of cause and prejudice will not include an evidentiary hearing if the district court determines as a matter of law that petitioner cannot satisfy the standard. If petitioner cannot show cause,

en *Teague v. Lane*<sup>119</sup> se estableció que en el *hábeas corpus* no podían invocarse derechos que todavía no habían sido reconocidos en el momento de la condena. En otras palabras, que el reconocimiento de tales derechos no operaba en forma retroactiva a los fines del *hábeas corpus*.<sup>120</sup>

Corresponden también a este período los casos *Hamdi v. Rumsfeld*<sup>121</sup> y *Rumsfeld v. Padilla*<sup>122</sup> que, junto con los casos citados en el apartado 3.8., integran el grupo de sentencias originadas en los *hábeas corpus* planteados por detenidos luego de los actos terroristas de septiembre de 2001. En todo este grupo de casos se advierte un hecho que merece ser destacado. A pesar de ser una Corte de tono conservador, siempre estuvo a favor del *hábeas corpus* planteado por los detenidos y libró una fuerte batalla legal contra las leyes de lucha contra el terrorismo islámico fuertemente restrictivas de los derechos de los detenidos.

Yaser Esam Hamdi, un ciudadano norteamericano de 20 años, capturado en Afganistán y acusado de prestar auxilio al régimen talibán, fue trasladado a los Estados Unidos, donde fue alojado primero en Guantánamo y luego en unidades navales de Virginia y Carolina del Sur. Allí permaneció detenido e incomunicado sin juicio ni acceso a un abogado defensor desde abril de 2002. Su padre planteó un *hábeas corpus* sosteniendo la ausencia de base legal para la detención y la violación del debido proceso (Enmiendas 5 y 14). La Corte, por medio de un largo pronunciamiento con mayoría de 6-3<sup>123</sup> –voto redactado por

---

the failure to raise the claim in an earlier petition may [nonetheless be excused if he or she can show that a fundamental miscarriage of justice would result from a failure to entertain the claim”, 499 U.S. en pp. 494-496.

119 489 U.S. 288 (1989).

120 El caso se trataba de un negro (*Teague*) que había sido condenado por un jurado compuesto íntegramente por blancos, el cual quedó conformado así luego de que la fiscalía ejerciera el *peremptory challenge* en las diez oportunidades que tenía para ello, logrando excluir a todos los potenciales jurados negros. El peticionario alegaba, entonces, que la conformación del jurado violaba el derecho a que los jurados fueran elegidos entre un grupo adecuadamente representativo de la comunidad (*fair cross section of the community*). Su problema fue que tal derecho, en su caso particular, recién había sido reconocido por la Corte en *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986), el cual era dos años y medio posterior a la condena de *Teague*, impuesta en 1983. En este caso, la Corte sostuvo que por medio del *peremptory challenge* no podía excluirse a todos los potenciales jurados negros si el acusado era negro, pues ello implicaba una discriminación racial. Sin embargo, la Corte –voto de la jueza O’Connor–, acudiendo a una serie de tecnicismos jurídicos sobre la aplicación no retroactiva de lo decidido en este caso, rechazó el *hábeas corpus* de *Teague*. Como era habitual, en disidencia votaron Brennan y Marshall. Básicamente, sostuvo que en un caso anterior –*Allen v. Hardy*, 478 U.S. 255 (1986)– se había establecido que *Batson* no tenía efectos retroactivos”.

121 542 U.S. 507 (2004).

122 542 U.S. 426 (2004).

123 En la mayoría votaron el *Chief Justice* Rehnquist y los jueces O’Connor, Kennedy, Breyer, Souter y



la jueza O'Connor- sostuvo que el estado de guerra no constituye un cheque en blanco para el Presidente cuando se trata de los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos.<sup>124</sup>

José Padilla, también ciudadano de los Estados Unidos, se hallaba vinculado a una investigación relativa a los ataques terroristas del 11 de septiembre. A diferencia de Hamdi, su detención se produjo en territorio de los Estados Unidos y posteriormente fue clasificado por el secretario de Defensa –de acuerdo con la Orden Militar del 13 de septiembre–<sup>125</sup> como un “combatiente del enemigo” y alojado en una unidad militar en Carolina del Sur. Desde allí, planteó un *habeas corpus*. La sentencia pudo haber sido importante dada la cuestión involucrada, pero la Corte prefirió eludir el tema de fondo amparándose en una cuestión procedimental.<sup>126</sup>

---

Ginsburg. En minoría votaron los jueces Stevens, Scalia y Thomas. En este caso, como en los siguientes, la composición de la mayoría y minoría es un poco más compleja de lo que parece, pues a la decisión del juez preopinante se suman los demás, coincidiendo en parte y disintiendo en parte, sin llegar con ello a comprometer la unidad de la decisión final.

124 “We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President when it comes to the rights of the Nation’s citizens... The war power is a power to wage war successfully, and thus it permits the harnessing of the entire energies of the people in a supreme cooperative effort to preserve the nation. But even the war power does not remove constitutional limitations safeguarding essential liberties... Because we conclude that due process demands some system for a citizen detainee to refute his classification, the proposed ‘some evidence’ standard is inadequate. Any process in which the Executive’s factual assertions go wholly unchallenged or are simply presumed correct without any opportunity for the alleged combatant to demonstrate otherwise falls constitutionally short... There remains the possibility that the standards we have articulated could be met by an appropriately authorized and properly constituted military tribunal. Indeed, it is notable that military regulations already provide for such process in related instances, dictating that tribunals be made available to determine the status of enemy detainees who assert prisoner-of-war status under the Geneva Convention [citas omitidas] In the absence of such process, however, a court that receives a petition for a writ of habeas corpus from an alleged enemy combatant must itself ensure that the minimum requirements of due process are achieved.”

125 Authorization for Use of Military Force (AUMF), Public Law 107-40; 115 Stat. 224.

126 Se debatía en este caso: (a) si el *habeas corpus* dirigido contra el secretario de Defensa estaba bien plantado o si debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual Padilla estaba alojado; y (b) si debía hacerse lugar al fondo del planteo. En el tribunal de distrito, la primera cuestión fue resuelta a favor del accionante; pero la segunda, en su contra. Sostuvo esta decisión que el Presidente tenía autoridad para disponer su detención. La Corte de Apelaciones del 2° Circuito revocó esta decisión y dijo que el Presidente carecía de competencia para la detención de Padilla, pues ni la AUMF ni los poderes de guerra del Presidente autorizan la detención militar de un ciudadano de los Estados Unidos capturado en suelo norteamericano. Como puede verse, el caso llegó ante la Suprema Corte con un fuerte desafío que el Tribunal prefirió esquivar. Con mayoría muy ajustada (en la mayoría votaron el *Chief Justice* Rehnquist –autor del voto– y los jueces O’Connor, Scalia, Kennedy y Thomas; en la minoría lo hicieron Stevens, Souter, Ginsburg y Breyer), dijo que el *habeas corpus* debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual el peticionario estaba detenido y no contra el secretario de Defensa. De tal forma, evitó entrar en el fondo del asunto.



En el período de la Roberts Court, muy criticada por los *liberals*,<sup>127</sup> hay dos casos que merecen ser mencionados: *Cullen v. Pinholster*<sup>128</sup> y *Harrington v. Richter*.<sup>129</sup>

En el primero de estos casos, Scott Lynn Pinholster había sido condenado en los tribunales de California a la pena capital por un doble homicidio. La Corte de Apelaciones del 9<sup>no</sup> Circuito admitió el *habeas corpus*, pero la Suprema Corte revocó esta sentencia, en una decisión 5-4,<sup>130</sup> y sostuvo que en el *habeas corpus* los tribunales federales no pueden llevar a cabo audiencias de prueba y que están limitados por las constancias del expediente en sede local.<sup>131</sup>

En el segundo, Richter y Branscombe fueron condenados a cadena perpetua por homicidio en los tribunales de California. La cuestión probatoria en el juicio se había centrado en determinar si los acusados habían actuado en defensa propia, para lo cual era necesario examinar los rastros de sangre en el lugar del

---

127 Particularmente crítico de este período ha sido Erwin Chemerinsky. Entre otros trabajos de su autoría, ver Chemerinsky (2010; 2014; 2017).

128 563 U.S. 170 (2011).

129 562 U.S. 86 (2011).

130 En la mayoría votaron los jueces Roberts, Thomas, Kennedy, Scalia y Alito. En la minoría lo hicieron los jueces Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan.

131 De acuerdo con el voto del juez Thomas:

“We now hold that review under § 2254(d)(1) is limited to the record that was before the state court that adjudicated the claim on the merits. Section 2254(d)(1) refers, in the past tense, to a state-court adjudication that ‘resulted in’ a decision that was contrary to, or ‘involved’ an unreasonable application of, established law. This backward-looking language requires an examination of the state-court decision at the time it was made. It follows that the record under review is limited to the record in existence at that same time, i.e., the record before the state court.

This understanding of the text is compelled by ‘the broader context of the statute as a whole,’ which demonstrates Congress’ intent to channel prisoners’ claims first to the state courts. *Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337, 341 (1997). ‘The federal habeas scheme leaves primary responsibility with the state courts...’ Viscioiti, *supra*, at 27. Section 2254(b) requires that prisoners must ordinarily exhaust state remedies before filing for federal habeas relief. It would be contrary to that purpose to allow a petitioner to overcome an adverse state-court decision with new evidence introduced in a federal habeas court and reviewed by that court in the first instance effectively *de novo*.

Limiting § 2254(d)(1) review to the state-court record is consistent with our precedents interpreting that statutory provision. Our cases emphasize that review under § 2254(d)(1) focuses on what a state court knew and did. State-court decisions are measured against this Court’s precedents as of ‘the time the state court renders its decision.’ *Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63, 71-72 (2003). To determine whether a particular decision is ‘contrary to’ then-established law, a federal court must consider whether the decision ‘applies a rule that contradicts [such] law’ and how the decision ‘confronts [the] set of facts’ that were before the state court. *Williams v. Taylor*, 529 U.S. 362, 405, 406 (2000) (Terry Williams). If the state-court decision ‘identifies the correct governing legal principle’ in existence at the time, a federal court must assess whether the decision ‘unreasonably applies that principle to the facts of the prisoner’s case.’ *Id.*, at 413. It would be strange to ask federal courts to analyze whether a state court’s adjudication resulted in a decision that unreasonably applied federal law to facts not before the state court.”

crimen. A tal fin, la fiscalía aportó el testimonio de expertos en la materia, lo que no hizo el abogado de la defensa. Richter, entonces, planteó un *collateral review* con fundamento en la deficiencia de su defensa. El tribunal de distrito rechazó el *hábeas corpus* y la Corte de Apelaciones del 9<sup>no</sup> Circuito permitió replantear el caso y revocó esta decisión. Finalmente, en un fallo unánime,<sup>132</sup> la Suprema Corte revocó la decisión del 9<sup>no</sup> Circuito y sostuvo que no correspondía replantear el caso, dado que: (a) correspondía aplicar el principio de la deferencia hacia la valoración de los hechos efectuada por los tribunales locales;<sup>133</sup> y (b) la restante prueba producida era suficiente para fundar condena.<sup>134</sup>

---

132 Con excepción de la jueza Kagan, que no intervino, todos los jueces restantes suscribieron la sentencia. La jueza Ginsburg lo hizo en un voto separado.

133 Ya se mencionó que esta deferencia está legislada en 28 U.S. Code § 2254(e)(1). Ver nota 53.

134 “It would not have been unreasonable for the California Supreme Court to conclude Richter’s evidence of prejudice fell short of this standard. His expert serology evidence established nothing more than a theoretical possibility that, in addition to blood of Johnson’s type, Klein’s blood may also have been present in a blood sample taken near the bedroom doorway pool. At trial, defense counsel extracted a concession along these lines from the prosecution’s expert. The pathology expert’s claim about the size of the blood pool could be taken to suggest only that the wounded and hysterical Johnson erred in his assessment of time or that he bled more profusely than estimated. And the analysis of the purported blood pattern expert indicated no more than that Johnson was not standing up when the blood pool formed.

It was also reasonable to find Richter had not established prejudice given that he offered no evidence directly challenging other conclusions reached by the prosecution’s experts. For example, there was no dispute that the blood sample taken near the doorway pool matched Johnson’s blood type. The California Supreme Court reasonably could have concluded that testimony about patterns that form when blood drips to the floor or about the rate at which Johnson was bleeding did not undermine the results of chemical tests indicating blood type. Nor did Richter provide any direct refutation of the State’s expert testimony describing how blood spatter near the couch suggested a shooting in the living room and how the blood patterns on Klein’s face were inconsistent with Richter’s theory that Klein had been killed in the bedroom doorway and moved to the couch.

There was, furthermore, sufficient conventional circumstantial evidence pointing to Richter’s guilt. It included the gun safe and ammunition found at his home; his flight from the crime scene; his disposal of the .32-caliber gun and of Johnson’s pistol; his shifting story concerning his involvement; the disappearance prior to the arrival of the law enforcement officers of the .22-caliber weapon that killed Klein; the improbability of Branscombe’s not being wounded in the shootout that resulted in a combined four bullet wounds to Johnson and Klein; and the difficulties the intoxicated and twice-shot Johnson would have had in carrying the body of a dying man from bedroom doorway to living room couch, not to mention the lack of any obvious reason for him to do so. There was ample basis for the California Supreme Court to think any real possibility of Richter’s being acquitted was eclipsed by the remaining evidence pointing to guilt”.

## 4.2. Los requisitos de procedencia

### 4.2.1. La detención

Para que un *habeas corpus* proceda, el primer requisito legal es estar detenido (*in custody*).<sup>135</sup> Este concepto se ha ido ampliando en la jurisprudencia de la Corte y, como veremos, ya no implica, estricta y únicamente, la detención física.

Inicialmente, la Suprema Corte entendió que ello implicaba estar encarcelado (*incarcerated*). Debía existir una auténtica restricción física,<sup>136</sup> de modo tal que no procedía el *habeas corpus* si el requirente estaba excarcelado,<sup>137</sup> pues este tiene como objetivo liberar al detenido.<sup>138</sup>

Este concepto restrictivo fue ampliándose en la década de 1960. En *Jones v. Cunningham*,<sup>139</sup> la Corte otorgó un *habeas corpus* a una persona que lo había promovido estando detenida, pero que luego, durante el trámite del proceso, había sido puesta en libertad condicional (*parole*), pues ello también imponía ciertas restricciones a su libertad.<sup>140</sup> También se otorgó el *habeas corpus* a quien estaba excarcelado.<sup>141</sup> Lo que se mantiene todavía es que el *habeas corpus* solo puede estar dirigido a remover restricciones a la libertad física, pero, en cambio, no procede cuando se lo interpone contra otras restricciones, tales como la imposición de multas.<sup>142</sup>

También, en un comienzo, el *habeas corpus* solamente era concedido si permitía la inmediata puesta en libertad del detenido,<sup>143</sup> pero no cuando se interponía cuando la detención provenía de algunas condenas solamente. Esta regla fue modificada en *Peyton v. Rowe*<sup>144</sup> y en *Walker v. Wainwright*.<sup>145</sup> En este segundo

---

135 28 U.S. Code § 2254(a) “The Supreme Court, a Justice thereof, a circuit judge, or a district court shall entertain an application for a writ of habeas corpus in behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court only on the ground that he is in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States”.

136 *Wales v. Whitney*, 114 U.S. 564 (1885).

137 *Stallings v. Splain*, 235 U.S. 339 (1920).

138 *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934).

139 371 U.S. 236 (1963).

140 Según dice el voto del juez Black, “History, usage, and precedent can leave no doubt that, besides physical imprisonment, there are other restraints on a man’s liberty, restraints not shared by the public generally, which have been thought sufficient in the English-speaking world to support the issuance of habeas corpus”, 371 U.S. en p. 240.

141 *Hensley v. Municipal Court*, 411 U.S. 345 (1973).

142 *Russel v. City of Pierre*, 530 F.2d.

143 *McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934).

144 391 U.S. 54 (1968).

145 390 U.S. 335 (1968).

caso, Walker había sido condenado a cadena perpetua por un homicidio y a cumplir otros cinco años por agresión con daños físicos (*aggravated assault*). Bajo la regla anterior, el *habeas corpus* interpuesto con la condena a cadena perpetua no habría prosperado, porque este no abarcaba la prisión por el segundo delito. Para evitar este resultado, la Corte hizo lugar al *habeas corpus*. Del mismo modo, una persona condenada y presa en un estado puede plantear un *habeas corpus* por la detención ordenada para ser sometido a otro juicio en otro estado una vez terminada la primera condena.<sup>146</sup>

Ha sido ampliado también el concepto de *custody* a favor de quienes ya han cumplido la sentencia de prisión, pero deben cumplir condenas accesorias, tales como la imposibilidad de votar, ejercer cargos públicos o ser jurados. Antiguamente, el *habeas corpus* solo podía ser interpuesto por quienes todavía estaban cumpliendo efectivamente la condena de prisión, pero no era procedente una vez que esta ya había concluido, sin perjuicio de que subsistieran condenas accesorias.<sup>147</sup> Luego, fue admitido para remediar también las condenas accesorias.<sup>148</sup>

#### 4.2.2. El agotamiento de las instancias locales

También es esencial que se hayan agotado previamente las instancias judiciales locales. El *habeas corpus* es improcedente si antes no se han agotado los recursos ante los tribunales locales.<sup>149</sup> La cuestión tiene una gran importancia, pues, de acuerdo con algunas estadísticas, el incumplimiento de este requisito ha dado lugar al rechazo de los *habeas corpus* en un 30-50% de los casos.<sup>150</sup>

Como es frecuente, esta exigencia tuvo origen en la jurisprudencia de la Corte y luego se convirtió en ley. Fue establecida en *Ex parte Royall*,<sup>151</sup> donde la Corte sostuvo que se imponía como deferencia hacia los tribunales estatales para armonizar la relación entre estos y los tribunales federales y evitar conflic-

146 *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973).

147 *Parker v. Ellis* 362 U.S. 574 (1960).

148 *Carafas v. La Vallee*, 391 U.S. 234 (1968).

149 28 U.S. Code § 2254(b)(1) "An application for a writ of habeas corpus on behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court shall not be granted unless it appears that (A) the applicant has exhausted the remedies available in the courts of the State".

150 Ver Hart and Wechsler's *The Federal Court and the Federal System* (Fallon et al., 1996, p. 1449).

151 117 U.S. 241 (1886).

tos entre ambos.<sup>152</sup> Se mantuvo luego en casos posteriores<sup>153</sup> y adquirió estatus legislativo en 1948, cuando fue introducida la sección 2254 en el 28 USC<sup>154</sup> como medio para evitar que los tribunales federales interfirieran con un proceso penal en marcha ante los tribunales locales.<sup>155</sup>

Veamos ahora cuáles son las reglas para que el agotamiento sea válido. La primera de ellas es que el peticionario haya planteado todos los recursos procesales vigentes en sede local antes de interponer el *hábeas corpus*. Este principio tiene algunas excepciones. Así, no es necesario agotar la instancia local si los recursos en ella son claramente inefectivos<sup>156</sup> o tan deficientes que tornan fútil el agotamiento.<sup>157</sup> Se ha entendido, asimismo, que no es necesario agotar los recursos locales cuando está comprobado que estos son rechazados invariablemente, como ocurría en Missouri,<sup>158</sup> o bien cuando en fecha reciente el superior tribunal del estado ha rechazado un *hábeas corpus* en un caso idéntico.<sup>159</sup> En algún caso también se ha eximido del agotamiento cuando los tribunales locales incurren en demoras extraordinarias en resolver los planteos federales.<sup>160</sup> Se ha entendido, no obstante, que si el peticionario pretendió agotar la vía por un medio que no era el ordinario, la exigencia no puede entenderse cumplida.<sup>161</sup>

La segunda regla tiene que ver con el contenido de la petición. Es preciso que todo lo que se plantee ante el tribunal federal haya sido expuesto previamente ante el tribunal local. La petición ante el tribunal federal debe haber sido debidamente presentada ante en sede local y ello se constata compulsan-

---

152 Según dice el fallo, la jurisdicción federal en materia de *hábeas corpus* “should be exercised in the light of the relations existing, under our system of government, between the judicial tribunals of the Union and of the states, and in recognition of the fact that the public good requires that those relations be not disturbed by unnecessary conflict between courts equally bound to guard and protect rights secured by the constitution”.

153 *Davis v. Burke*, 179 U.S. 399 (1900); *Ex parte Hawk*, 321 U.S. 114 (1944).

154 Ver el apartado 3.6.

155 *Younger v. Harris* 401 U.S. 37 (1971).

156 Así lo dispone la sección 2254(b)(ii) 28 U.S. Code “circumstances exist that render such process ineffective to protect the rights of the applicant”.

157 En *Duckworth v. Serrano*, 454 U.S. 1 (1981) la Corte sostuvo que: “An exception is made only if there is no opportunity to obtain redress in state court or if the corrective process is so clearly deficient as to render futile any effort to obtain relief”.

158 *Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971).

159 *Layton v. Carson*, 479 F.2d 1275 (5<sup>th</sup> Circuit, 1973).

160 *Lowe v. Duckworth*, 663 F.2d 42 (7<sup>th</sup> Circuit, 1981).

161 *Castille v. Peoples*, 489 U.S. 346 (1989). En Pennsylvania existía una apelación ordinaria y otra que permitía una revisión meramente discrecional. El peticionario optó por esta última y la Suprema Corte entendió que con ello no se cumplía con la regla del agotamiento.

do el expediente tramitado allí.<sup>162</sup> Esto no impide que ante la justicia federal puedan incorporarse, en algunos casos, elementos adicionales de apoyo a las peticiones ya formuladas. Obviamente, esto constituye una decisión discrecional del tribunal, pues existe una delgada línea entre una nueva petición y un elemento adicional a una petición ya formulada. En *Vasquez v. Hillery*,<sup>163</sup> por ejemplo, se permitieron agregar datos estadísticos sobre discriminación en la selección de los jurados. Lo que no se permite es obviar una petición en sede federal invocando la inconstitucionalidad del procedimiento en sede local, aun cuando esta sea manifiesta.<sup>164</sup>

También se rechazan los *hábeas corpus* cuando contienen peticiones agotadas y no agotadas en sede local. En un principio, se admitían las primeras y se rechazaban las segundas, pero, en *Rose v. Lundy*,<sup>165</sup> la Corte estableció una regla más restrictiva rechazando ambas y previniendo a los litigantes que si en el *hábeas corpus* solo se presentan las cuestiones agotadas, las que se planteen en *hábeas corpus* posteriores serán rechazadas.<sup>166</sup>

Una cuestión no resuelta todavía por la Suprema Corte es si los tribunales locales pueden eximir a los peticionarios de agotar la instancia. Algunas cámaras federales lo han decidido afirmativamente<sup>167</sup> y otras lo han hecho negativa-

---

162 *Piccard v. Connor*, 404 U.S. 270 (1971).

163 474 U.S. 254 (1986).

164 *Duckworth v. Serrano*, 454 U.S. 1 (1981). Según dijo la Corte: “Creating a new exception for ‘clear violations’ would not promote judicial economy, but rather would invite habeas petitioners to make a practice of first seeking relief on these grounds in federal courts”.

165 455 U.S. 509 (1982). Según la Corte: “because a total exhaustion rule promotes comity and does not unreasonably impair the prisoner’s right to relief, we hold that a district court must dismiss habeas petitions containing both unexhausted and exhausted claims”, 455 U.S. en p. 522.

166 La decisión mayoritaria –por el voto de la jueza O’Connor– explica que si se admitieran las peticiones ya agotadas y se rechazaran las no agotadas, ello traería como consecuencia una profusión sucesiva de *hábeas corpus* que también debe ser evitada, pues el peticionario agotará las peticiones rechazadas y volverá a la justicia federal con un nuevo *hábeas corpus*. Lo que se intenta –dice este voto– es enviar un mensaje claro a los litigantes de que todas las peticiones planteadas en sede federal deben haber sido previamente agotadas en sede local y no se admiten presentaciones sucesivas. “[...] our interpretation of §§ 2254(b), (c) provides a simple and clear instruction to potential litigants: before you bring any claims to federal court, be sure that you first have taken each one to state court. [...] Rather than increasing the burden on federal courts, strict enforcement of the exhaustion requirement will encourage habeas petitioners to exhaust all of their claims in state court and to present the federal court with a single habeas petition. To the extent that the exhaustion requirement reduces piecemeal litigation, both the courts and the prisoners should benefit, for, as a result, the district court will be more likely to review all of the prisoner’s claims in a single proceeding, thus providing for a more focused and thorough review [...] a prisoner who decides to proceed only with his exhausted claims and deliberately sets aside his unexhausted claims risks dismissal of subsequent federal petitions”, 455 U.S. en pp. 520-521.

167 *Bradhun v. Cotter*, 786 F.2d 627 (5<sup>th</sup> circuit, 1986); *Purnell v. Missouri Department of Corrections*, 753

mente.<sup>168</sup> En *Granberry v. Greer*,<sup>169</sup> la Suprema Corte –en un fallo unánime por el voto del juez Stevens– abordó esta cuestión ambiguamente sin lograr establecer una regla clara. Dejó sentado que los tribunales federales podían tratar, por sí solos, la falta de agotamiento, aun cuando esta cuestión no hubiera sido analizada en sede local. En punto a la dispensa del agotamiento, dijo que las cámaras federales no estaban obligadas a rechazar los *hábeas corpus* por falta de agotamiento, a pesar de que los tribunales locales no hubieran tratado la cuestión, pero que tampoco estaban obligadas a interpretar la omisión de hacerlo como una exención del agotamiento.<sup>170</sup>

Una última cuestión a tener en cuenta es cómo juega el *hábeas corpus* y la regla del agotamiento de las instancias locales en relación con la acción civil de daños y perjuicios, prevista en la sección 1983 del 42 USC, que puede interponerse ante los tribunales federales contra los funcionarios de Gobiernos estatales que, actuando bajo lo previsto (*under color*) por una disposición local, han incurrido en violación a la Constitución o a las leyes federales.<sup>171</sup> El tema interesa porque, según ha establecido la Corte, la sección 1983 no exige agotar la instancia local para demandar a los funcionarios estatales ante los tribunales federales.<sup>172</sup> Si bien esta acción no tiene por objeto obtener la libertad de quien está detenido, sino una reparación de los daños y perjuicios, podría ocurrir que, a fin de evitar el agotamiento, alguien planteara la inconstitucionalidad de su detención bajo lo previsto en la sección 1983, 42 USC. En *Preiser v. Rodriguez*,<sup>173</sup> la Corte sostuvo que no puede plantearse un *hábeas corpus* bajo la

---

F.2d 703 (8<sup>th</sup> Circuit, 1985).

168 *Brown v. Fauver*, 819 F.2d 395 (3<sup>rd</sup> Circuit, 1987); *Bowen v. State of Tennessee*, 698 F.2d 241 (6<sup>th</sup> Circuit, 1983); *Naranjo v. Ricketts*, 696 F.2d 83 (10<sup>th</sup> Circuit, 1982); *Batchelor v. Cupp*, 693 F.2d (9<sup>th</sup> Circuit, 1982).

169 481 U.S. 129 (1987).

170 “The appellate court is not required to dismiss for nonexhaustion notwithstanding the State’s failure to raise it, and the court is not obligated to regard the State’s omission as an absolute waiver of the claim.”

171 42 U.S. Code § 1983. “Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia”.

172 *Patsy v. Board of Regents of Florida*, 457 U.S. 496 (1982); *Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1981).

173 411 U.S. 475 (1973).



sección 1983, y en *Heck v. Humphrey*<sup>174</sup> agregó que no se pueden reclamar daños y perjuicios a menos que el *hábeas corpus* haya sido concedido. Aun así, se ha admitido que la sección 1983 puede ser empleada para impugnar el método bajo el cual se llevará a cabo la pena capital.<sup>175</sup>

#### 4.2.3. La prohibición de los *hábeas corpus* sucesivos

Originalmente, luego de una primera denegatoria, podían interponerse otros *hábeas corpus* sucesivos planteando la misma cuestión. Esta posibilidad fue limitada en 1948 con la incorporación de la sección 2244(a), que permitió a los jueces rechazar aquellos *hábeas corpus* que fueran una repetición de otros anteriores.<sup>176</sup>

Esta disposición fue interpretada por la Corte en *Sanders v. United States*,<sup>177</sup> un *hábeas corpus* interpuesto contra una condena impuesta por un tribunal federal –regulada por la sección 2255, 28 USC– donde la Corte sostuvo que la limitación a los *hábeas corpus* sucesivos se aplicaba tanto a las condenas federales como locales. Aclaró, además, que los *hábeas corpus* sucesivos debían ser rechazados si: (a) estaban fundados en los mismos argumentos que el primero; (b) el rechazo se había decidido por el fondo (*on the merits*); y (c) la finalidad del *hábeas corpus* no se iba a cumplir aun resolviendo el *hábeas corpus* sucesivo por el fondo.<sup>178</sup> Más tarde, en *McCleskey v. Zant*,<sup>179</sup> la Corte resolvió que el nuevo *hábeas corpus* solo era procedente si el peticionario planteaba una nueva cuestión y demostraba, fundadamente, las razones que le habían impedido plantearla antes y cuál era el perjuicio que había sufrido por ello (*cause and prejudice*).<sup>180</sup>

174 512 U.S. 477 (1994).

175 *Nelson v. Campbell*, 541 U.S. 637 (2004); *Hill v. McDonough*, 547 U.S. 573 (2006).

176 En su actual redacción, esta sección dispone: “No circuit or district judge shall be required to entertain an application for a writ of habeas corpus to inquire into the detention of a person pursuant to a judgment of a court of the United States if it appears that the legality of such detention has been determined by a judge or court of the United States on a prior application for a writ of habeas corpus, except as provided in section 2255”.

177 373 U.S. 1 (1963).

178 “Controlling weight may be given to denial of a prior application for federal habeas corpus or 2255 relief only if (1) the same ground presented in the subsequent application was determined adversely to the applicant on the prior application, (2) the prior determination was on the merits, and (3) the ends of justice would not be served by reaching the merits of the subsequent application”, 373 U.S. en p. 15.

179 499 U.S. 467 (1991).

180 “We conclude from the unity of structure and purpose in the jurisprudence of state procedural de-



Tal como señalé anteriormente,<sup>181</sup> en 1996 fue sancionada la Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, que impuso nuevas restricciones para interponer un *habeas corpus*, entre ellas, las referidas a los *habeas corpus* sucesivos. La sección 2244(b)(3)(A) dispone que, antes de plantear un nuevo *habeas corpus* ante un tribunal de distrito (primera instancia), debe requerirse a la cámara de apelaciones que autorice al juez a considerar la petición,<sup>182</sup> y la sección 2244(b)(3)(E) establece que la denegatoria de este permiso no es apelable ni impugnabile por otros medios, entre ellos, el *certiorari* ante la Suprema Corte.<sup>183</sup> Esta limitación fue declarada constitucionalmente válida en *Felker v. Turpin*,<sup>184</sup> un fallo unánime. Como excepción, la sección 2244(b)(2) establece que puede plantearse un nuevo *habeas corpus* si una nueva regla constitucional es aplicable retroactivamente o en hechos que no pudieron ser conocidos con anterioridad mediante una investigación diligente y que llevarían razonablemente a una sentencia de absolución.<sup>185</sup>

Se ha decidido que un nuevo *habeas corpus* planteado con motivo de haberse denegado el anterior por falta de agotamiento de la instancia no debe ser considerado como sucesivo y, por ende, está permitido plantearlo.<sup>186</sup> Tampoco es considerado sucesivo el *habeas corpus* que se interpone contra una nueva condena estatal producida luego de un primer *habeas corpus* exitoso.<sup>187</sup>

---

faults and abuse of the writ that the standard for excusing a failure to raise a claim at the appropriate time should be the same in both contexts. We have held that a procedural default will be excused upon a showing of cause and prejudice... We now hold that the same standard applies to determine if there has been an abuse of the writ through inexcusable neglect”, 499 U.S. en pp. 490-491.

181 Ver el apartado 3.7.

182 28 U.S. Code § 2244(b)(3)(A) “Before a second or successive application permitted by this section is filed in the district court, the applicant shall move in the appropriate court of appeals for an order authorizing the district court to consider the application”.

183 28 U.S. Code § 2244(b)(3)(E) “The grant or denial of an authorization by a court of appeals to file a second or successive application shall not be appealable and shall not be the subject of a petition for rehearing or for a writ of certiorari”.

184 518 U.S. 651 (1996).

185 Ver nota 50.

186 *Slack v. Daniel*, 529 U.S. 473 (2000).

187 *Magwood v. Paterson*, 561 U.S. 320 (2010). En este caso, un condenado a la pena capital planteó un *habeas corpus* que tuvo éxito. Devuelto el caso a los tribunales estatales para nuevo juzgamiento, fue impuesta otra vez la pena capital, lo que dio lugar a un segundo *habeas corpus*, que no fue considerado una continuación del primero. Si bien el fallo cuenta con una escasa mayoría de 5-4, esta división no separó, como es habitual, a conservadores y liberales. En la mayoría votaron los jueces Thomas (autor del voto), Stevens, Scalia, Sotomayor y Breyer. En la minoría lo hicieron los jueces Roberts, Kennedy, Ginsburg y Alito.

#### 4.2.4. El plazo de interposición y el tribunal competente

Hasta la sanción de la AEDPA, no existía plazo alguno para plantear el *hábeas corpus*.<sup>188</sup> Esta ley, como ya he mencionado,<sup>189</sup> estableció un plazo de prescripción de un año para interponer el *hábeas corpus*, contado desde la fecha de la condena en sede estadual, término que se reduce a ciento ochenta días cuando se trata de una pena capital, en tanto el Estado deba proveer –y haya efectivamente provisto– asistencia legal en el *collateral review*. De todos modos, la Suprema Corte ha dicho que los tribunales federales pueden aplicar este plazo de oficio (*sua ponte*), pero no están obligados a hacerlo.<sup>190</sup>

Lo que sí ha dado bastante trabajo interpretativo es la cláusula de suspensión de la prescripción (*tolling provision*) contenida en la sección 2244(d)(2). De acuerdo con ella, el plazo de prescripción no se computa desde la fecha en que se plantea debidamente el *hábeas corpus* (*properly filed application*) hasta que este sea resuelto.<sup>191</sup> Esto ha dado lugar a varios casos en la Corte. En ellos, se ha decidido que: (a) el plazo de suspensión solo cuenta mientras el *hábeas corpus* tramita en sede local, pero no cuando se ha planteado ante la justicia federal;<sup>192</sup> así, por ejemplo, si un caso está pendiente de resolución durante nueve meses en la justicia federal y esta luego lo rechaza por falta de agotamiento, esos nueve meses no se computan como plazo de suspensión de la prescripción; (b) la justicia federal puede suspender (*stay*) el procedimiento para permitir el agotamiento de la vía local, pero no está obligada a hacerlo;<sup>193</sup> (c) la cláusula de suspensión puede ser aplicada equitativamente;<sup>194</sup> y (d) si la inocencia del

---

188 En *Lonchar v. Thomas*, 517 U.S. 314 (1996), un caso resuelto muy poco antes de ser sancionada la AEDPA, la Corte hizo lugar a un *hábeas corpus* planteado varios años después de la condena.

189 Ver el apartado 3.7.

190 *Day v. McDonough*, 547 U.S. 198 (2006); *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).

191 28 U.S. Code § 2244(d)(2) “The time during which a properly filed application for State post-conviction or other collateral review with respect to the pertinent judgment or claim is pending shall not be counted toward any period of limitation under this subsection”.

192 *Duncan v. Walker*, 533 U.S. 167 (2001).

193 *Rhines v. Weber*, 544 U.S. 269 (2005). De acuerdo con el voto de la jueza O’Connor, “District courts do ordinarily have authority to issue stays, see *Landis v. North American Co.*, 299 U.S. 248, 254 (1936), where such a stay would be a proper exercise of discretion, see *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681, 706 (1997). AEDPA does not deprive district courts of that authority, cf. 28 U.S.C. § 2254(b)(1)(A) [...] but it does circumscribe their discretion. Any solution to this problem must therefore be compatible with AEDPA’s purposes”.

194 *Holland v. Florida*, 560 U.S. 631 (2010). Se trataba de un caso de grave negligencia del abogado defensor quien, en un caso de pena capital, ni siquiera informó a su cliente, en debido tiempo, que se había dictado la sentencia de condena.

acusado es evidente (*actual innocence*), el plazo de prescripción es dispensable.<sup>195</sup>

También ha sido materia de interpretación qué significa en la *tolling provision* la expresión *properly filed application*, es decir, cuando se considera que el *habeas corpus* ha sido debidamente interpuesto. En este punto, la jurisprudencia de la Suprema Corte es muy variada y no enteramente concluyente, pues el análisis de la cuestión remite a los procedimientos locales.<sup>196</sup> En *Wall v. Kholi*,<sup>197</sup> un caso originado en los tribunales de Rhode Island, se entendió que una moción para reducir el término de la sentencia planteada en sede local formaba parte del *collateral review* y, por ende, se aplicaba el plazo de suspensión. Asimismo, el rechazo del *habeas corpus* en sede local no impide que este haya sido *properly filed*.<sup>198</sup> En cambio, no ha sido *properly filed* si en sede local fue rechazado por extemporáneo.<sup>199</sup> Se ha entendido también que el plazo de prescripción se suspende si el rechazo del *habeas corpus* en primera instancia no es apelado, pero una nueva petición, formulada esta vez ante la cámara de apelaciones, fue interpuesta en tiempo razonable.<sup>200</sup> Asimismo, en caso de que se agreguen nuevas cuestiones en un *habeas corpus* ya iniciado, el plazo de prescripción para estas es independiente del plazo de las primeras. En otras palabras, las nuevas peticiones pueden ser extemporáneas, aun cuando las primeras no lo hayan sido.<sup>201</sup> Por último, en una muestra de aplicación muy restringida de la prescripción, se ha establecido que si la Corte fija una nueva regla de procedimiento criminal, esta se aplica desde la fecha de esa decisión y no desde que la Corte establece que debe ser aplicada retroactivamente.<sup>202</sup>

---

195 *McQuiggin v. Perkins*, 569 U.S. 383 (2013). Según el voto de la jueza Ginsburg, “We hold that actual innocence, if proved, serves as a gateway through which a petitioner may pass whether the impediment is a procedural bar, as it was in *Schlup* and *House*, or, as in this case, expiration of the statute of limitations. We caution, however, that tenable actual-innocence gateway pleas are rare: [A] petitioner does not meet the threshold requirement unless he persuades the district court that, in light of the new evidence, no juror, acting reasonably, would have voted to find him guilty beyond a reasonable doubt”.

196 En muchos de estos casos, la decisión se obtiene con una escasa mayoría, donde los votos evidencian la división ideológica de la Corte.

197 562 U.S. 545 (2011).

198 *Armutz v. Bennett*, 531 U.S. 4 (2000).

199 *Pace v. Di Guglielmo*, 544 U.S. 408 (2005).

200 *Carey v. Saffold*, 536 U.S. 214 (2002).

201 *Mayle v. Felix*, 545 U.S. 644 (2005).

202 *Dodd v. United States*, 545 U.S. 353 (2005).

#### 4.2.5. La apelación de la denegatoria

Como regla general, la decisión final de un juez federal de distrito (primera instancia) en un *habeas corpus* es apelable ante la cámara federal de apelaciones correspondiente.<sup>203</sup> El plazo para apelar es de treinta días contados desde la fecha en que se registra la sentencia.<sup>204</sup>

Este recurso, sin embargo, no es automático. Está limitado a la concesión, por parte del juez o de la cámara de apelaciones, del llamado “certificado de apelabilidad”,<sup>205</sup> el cual es concedido solamente si el apelante demuestra, de manera evidente, que se ha violado un derecho constitucional.<sup>206</sup> En ausencia de este certificado, la decisión es inapelable.<sup>207</sup> Si el juez de distrito deniega el certificado, el peticionario puede no apelar y, en su lugar, pedirle a la cámara de apelaciones que lo emita.<sup>208</sup>

Restringiendo más aún la apelación, la Suprema Corte en *Miller-El v. Cockrell*<sup>209</sup> sostuvo que el apelante, si bien no debe convencer al juez de que el recurso prosperará, sí debe demostrar que, en opinión de juristas razonables, la cues-

---

203 28 U.S. Code § 2253(a) “In a habeas corpus proceeding or a proceeding under section 2255 before a district judge, the final order shall be subject to review, on appeal, by the court of appeals for the circuit in which the proceeding is held”.

204 HCR. Rule 11(b) Time to Appeal. “Federal Rule of Appellate Procedure 4(a) governs the time to appeal an order entered under these rules. A timely notice of appeal must be filed even if the district court issues a certificate of appealability”.

Rule 4(a) Appeal in a Civil Case. “(1) Time for Filing a Notice of Appeal. (A) In a civil case [...] the notice of appeal required by Rule 3 must be filed with the district clerk within 30 days after entry of the judgment or order appealed from”.

205 Cualquiera de los dos puede emitir el certificado. *Hunter v. United States*, 101 F3d 1565, 15873-1583 (11<sup>th</sup> Circuit, 1996).

206 28 U.S. Code § 2253(c)(1) “Unless a circuit justice or judge issues a certificate of appealability, an appeal may not be taken to the court of appeals from (A) the final order in a habeas corpus proceeding in which the detention complained of arises out of process issued by a State court; or (B) the final order in a proceeding under section 2255. (2) A certificate of appealability may issue under paragraph (1) only if the applicant has made a substantial showing of the denial of a constitutional right”.

207 *McCarthy v. Harper*, 449 U.S. 1309 (1981).

208 Rule 11 Certificate of Appealability; Time to Appeal “(a) Certificate of Appealability. The district court must issue or deny a certificate of appealability when it enters a final order adverse to the applicant. Before entering the final order, the court may direct the parties to submit arguments on whether a certificate should issue. If the court issues a certificate, the court must state the specific issue or issues that satisfy the showing required by 28 U.S.C. § 2253(c)(2). If the court denies a certificate, the parties may not appeal the denial but may seek a certificate from the court of appeals under Federal Rule of Appellate Procedure 22. A motion to reconsider a denial does not extend the time to appeal”.

209 537 U.S. 322 (2003).

ción es debatible.<sup>210</sup> De todos modos, la expedición del *certificate of appellability* (COA) no debe ser una ocasión para que la cámara de apelaciones prejuzgue sobre el mérito del caso, sino tan solo para que analice si la cuestión apelada es debatible.<sup>211</sup>

### **4.3. Las cuestiones que pueden plantearse**

#### **4.3.1. El problema de las “nuevas” cuestiones constitucionales**

##### **4.3.1.1. El fundamento normativo**

De acuerdo con la sección 2254(d), solo pueden plantearse en el *hábeas corpus* aquellas cuestiones constitucionales que ya han sido determinadas como tales por la Suprema Corte.<sup>212</sup> En otras palabras, no pueden plantearse “nuevas cuestiones constitucionales”, es decir, nuevos derechos con fundamento constitucional, sino tan solo los que ya están reconocidos como tales por la Corte.

##### **4.3.1.2. Lo decidido en *Teague v. Lane***

Esta disposición, introducida por la AEDPA, es la codificación de lo que en su momento fue resuelto en *Teague v. Lane*.<sup>213</sup> Antes de este caso, en los *hábeas corpus* podían plantearse cuestiones constitucionales que todavía no habían sido reconocidas como tales por la Suprema Corte. Si esta las admitía, se aplicaban a los casos futuros e, incluso, si la Corte les daba efectos retroactivos, podían aplicarse a los casos ya resueltos en sede local.

En *Teague*, la Corte estableció que en los *hábeas corpus* solamente pueden invocarse las cuestiones constitucionales que ya fueron resueltas como tales por

---

210 “[The appellant] need not convince a judge, or, for that matter, three judges, that he will prevail, but must demonstrate that reasonable jurists would find the district court’s assessment of the constitutional claims debatable or wrong”, 537 U.S. en pp. 324-325.

211 “This threshold inquiry does not require full consideration of the factual or legal bases adduced in support of the claims. In fact, the statute forbids it. When a court of appeals sidesteps this process by first deciding the merits of an appeal, and then justifying its denial of a COA based on its adjudication of the actual merits, it is in essence deciding an appeal without jurisdiction”, 537 U.S. en pp. 336-337.

212 28 U.S. Code § 2254(d) “An application for a writ of habeas corpus on behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court shall not be granted with respect to any claim that was adjudicated on the merits in State court proceedings unless the adjudication of the claim (1) resulted in a decision that was contrary to, or involved an unreasonable application of, clearly established Federal law, as determined by the Supreme Court of the United States [...]”.

213 489 U.S. 288 (1989).

la Corte.<sup>214</sup> Esas cuestiones pueden ser invocadas en todos los casos de *collateral review* que se planteen luego de que la Corte las haya establecido. Asimismo, en *Teague*, la Corte sostuvo que ciertas cuestiones tienen efectos retroactivos cuando así se lo dispone expresamente. Estas cuestiones aplican a los casos futuros y también a los ya resueltos en forma definitiva en los tribunales locales, antes de que la cuestión fuera establecida como tal.<sup>215</sup> A estos fines, caso resuelto en forma definitiva es aquel en el cual el fallo ha quedado firme, ya sea porque no fue apelado o bien porque fue denegado el *certiorari* ante la Suprema Corte.<sup>216</sup>

De acuerdo con *Teague*, la retroactividad opera como un límite (*threshold*) que impide el planteo de nuevas cuestiones,<sup>217</sup> pues exige que la nueva regla pueda ser aplicada a todos los casos similares.<sup>218</sup> El fundamento de la retroactividad en el fallo está definido por la negativa y con remisión a la opinión del *justice* Harlan en *Mackey v. United States*.<sup>219</sup> De acuerdo con este voto, los fallos no tienen efectos retroactivos, salvo que las reglas en ellos establecidas determinen que ciertas conductas no pueden ser prohibidas por la ley penal e impongan respetar ciertos procedimientos que están implícitos en el concepto de libertad.<sup>220</sup>

---

214 Según la definición dada por este fallo, una nueva cuestión o un nuevo derecho es aquella que crea una nueva obligación para los Gobiernos locales o el Gobierno federal no reconocida aún en precedente alguno. “[A] case announces a new rule when it breaks new ground or imposes a new obligation on the States or the Federal Government. [...] To put it differently, a case announces a new rule if the result was not dictated by precedent existing at the time the defendant’s conviction became final”, 489 U.S. en p. 301.

215 “Cases that have become final before the new rules were announced”, 489 U.S. en p. 290.

216 *Ver O’Dell v. Netherland*, 521 U.S. 151 (1997).

217 “Retroactivity is properly treated as a threshold question, for, once a new rule is applied to the defendant in the case announcing the rule, evenhanded justice requires that it be applied retroactively to all who are similarly situated. Thus, before deciding whether the fair cross-section requirement should be extended to the petit jury, we should ask whether such a rule would be applied retroactively to the case at issue”, 489 U.S. en p. 300.

218 “[R]etroactivity approach is the principle that habeas corpus cannot be used as a vehicle to create new constitutional rules of criminal procedure unless those rules would be applied retroactively to all defendants on collateral review through one of the two articulated exceptions”, 489 U.S. en pp. 290-291.

219 401 U.S. 667 en p. 675 (1971).

220 “Justice Harlan’s view that new constitutional rules of criminal procedure generally should not be applied retroactively to cases on collateral review is the appropriate approach. Unless they fall within one of Justice Harlan’s suggested exceptions to this general rule –that a new rule should be applied retroactively (1) if it places ‘certain kinds of primary, private individual conduct beyond the power of the criminal lawmaking authority to proscribe,’ *Mackey v. United States*, 401 U.S. 667, 401 U.S. 692, or (2) if it requires the observance of ‘those procedures that... are implicit in the concept of ordered liberty,’ *id.* at 401 U.S. 693– such new rules will not be applicable to those cases that have become

Lo decidido en *Teague* se aplica sin distinción de la gravedad de la condena aplicada, incluidos los casos de pena capital. El primero en el cual se dispuso esta extensión fue *Penry v. Lynaugh*,<sup>221</sup> un caso particularmente sensible,<sup>222</sup> en el cual Brennan hizo una fuerte disidencia.<sup>223</sup> Luego, ha sido aplicado en otros casos capitales.<sup>224</sup>

Según observa Chemerinsky, dado que el efecto retroactivo de los casos es muy excepcional, las cuestiones constitucionales que pueden plantearse en un *habeas corpus*, en la práctica, se reducen a las que ya han sido establecidas previamente por la Corte.<sup>225</sup>

#### 4.3.1.3. Los problemas que presenta *Teague v. Lane*

Si bien el principio establecido en *Teague* es de por sí limitativo,<sup>226</sup> los casos posteriores pueden hacerlo –y en la práctica lo han hecho– mucho más aún, según lo que se entienda por una cuestión constitucional previamente establecida como tal por la Suprema Corte.

En efecto, cuanto más estrecho y acotado sea el concepto de cuestión constitucional, más difícil será hallar un caso en el cual una misma cuestión haya sido aplicada con anterioridad, pues, naturalmente, cada caso tiene sus diferencias y, por ende, de cada uno puede surgir una regla diferente, la cual no podrá aplicarse a los siguientes como precedente. Llevado a un extremo, esto puede conducir a la inexistencia de reglas que puedan ser invocadas en casos posteriores, ya que cualquier diferencia que exista entre un caso anterior y uno posterior,

---

final before the new rules were announced”, 489 U.S. en p. 290.

221 492 U.S. 302 (1989).

222 Se trata de la pena capital a una persona mentalmente retardada. De todos modos, si bien el principio quedó sentado, finalmente se decidió que *Penry* no había introducido una “nueva cuestión” que obstará a su *habeas corpus*.

223 “This extension means that a person may be killed although he or she has a sound constitutional claim that would have barred his or her execution had this Court only announced the constitutional rule before his or her conviction and sentence became final. It is intolerable that the difference between life and death should turn on such a fortuity of timing, and beyond my comprehension that a majority of this Court will so blithely allow a State to take a human life though the method by which sentence was determined violates our Constitution”, 492 U.S. en p. 341.

224 *Butler v. McKellar*, 494 U.S. 407 (1990); *Saffle v. Parks*, 494 U.S. 484 (1990); *Sawyer v. Smith*, 497 U.S. 227 (1990); *Gilmore v. Taylor*, 508 U.S. 333 (1993).

225 Federal Jurisdiction (Chemerinsky, 2016, p. 987).

226 Nótese que, entre otras limitaciones, el único tribunal en el país que puede establecer la regla constitucional a ser invocada en el *habeas corpus* es la Suprema Corte. Ni siquiera las cámaras federales tienen esta capacidad.

por menor que esta sea, puede significar que en este último se pretende invocar una “nueva regla”, no susceptible de ser invocada en un *hábeas corpus*.

En la práctica, esta es una de las técnicas que se han empleado para limitar las revisiones de condenas estatales por vía del *collateral review*, lo que ha generado críticas en la doctrina (Fallon et al., 1991, p. 1731). Un ejemplo de ello –entre muchos– es el caso *Gray v. Netherland*,<sup>227</sup> en el cual la Corte rechazó el *hábeas corpus* porque sostuvo que las objeciones presentadas contra la fiscalía por aportar pruebas adicionales en forma extemporánea, en el curso de la audiencia para dictar sentencia –una cuestión que la fiscalía no había anunciado previamente que haría–, implicaba crear una nueva regla.<sup>228</sup> En una decisión 5-4, la mayoría del Tribunal –por el voto del *Chief Justice* Renhquist– sostuvo que aceptar esta impugnación exigía crear una nueva regla constitucional basada en cuál debía ser la antelación de la notificación a la defensa sobre la presentación de pruebas en esa etapa del juicio.<sup>229</sup> En su disidencia, la jueza Ginsburg sostuvo que no existía nada nuevo en que en un juicio que puede resultar en una pena capital el acusado tenga el derecho a defenderse debidamente de la prueba ofrecida por la fiscalía.<sup>230</sup>

Una de las pocas –sino la única– excepción a esta modalidad es el caso *Stringer v. Black*.<sup>231</sup> Stringer fue condenado a la pena capital y, en las instrucciones dadas al jurado, se recomendó tener en cuenta que los agravantes del delito eran si este había sido “cruel y atroz”. Luego de la condena de Stringer en sede local, la Corte estableció que ese lenguaje era vago y no se lo podía permitir.<sup>232</sup> En el *hábeas corpus* de Stringer se planteó, entonces, si podía invocarse esta regla, dado que la legislación de los estados para los cuales había sido creada establecía que

---

227 518 U.S. 152 (1996).

228 En el caso, luego de que el jurado produjo su veredicto de culpabilidad, la fiscalía informó sobre la participación del condenado en otros homicidios.

229 “On these facts, for petitioner to prevail on his notice-of-evidence claim, he must establish that due process requires that he receive more than a day’s notice of the Commonwealth’s evidence. He must also establish that due process required a continuance whether or not he sought one, or that, if he chose not to seek a continuance, exclusion was the only appropriate remedy for the inadequate notice. We conclude that only the adoption of a new constitutional rule could establish these propositions”, 518 U.S. en p. 167.

230 “There is nothing ‘new’ in a rule that capital defendants must be afforded a meaningful opportunity to defend against the State’s penalty phase evidence. As this Court affirmed more than a century ago: Common justice requires that no man shall be condemned in his person or property without [...] an opportunity to make his defense”, 518 U.S. en p. 181.

231 503 U.S. 222 (1992)

232 *Maynard v. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988); *Clemons v. Mississippi*, 494 U.S. 738 (1990).



debían tenerse en cuenta no solo los factores agravantes del delito, sino también los mitigantes. La Corte –por el voto del juez Kennedy– no tuvo en cuenta esta diferencia y sostuvo en cambio que no importaban las diferentes maneras en que las legislaciones locales evaluaban los factores agravantes y mitigantes, pues un “claro principio” emergente de una larga línea de precedentes permite sostener que la sentencia es inválida si ha tenido en cuenta un factor inválido.<sup>233</sup>

En síntesis, cuanto más estrecha sea la regla que sirve de precedente, más fácil será sostener que cualquier apartamiento de esta constituye una “nueva regla”. Se ha justificado este proceder en la necesidad de poner fin a los procesos judiciales como medio de proteger el sistema.<sup>234</sup> Si bien ello es correcto, no lo es menos que, en ciertos casos, esta efectividad puede chocar con el debido proceso, produciendo un conflicto esencialmente dominado por la casuística, sobre el cual es muy difícil, por no decir imposible, establecer reglas generales.

### **4.3.2. Las cuestiones no planteadas y los defectos u omisiones procesales en sede local**

#### **4.3.2.1. Planteo**

¿Pueden plantearse en el *habeas corpus* federal cuestiones constitucionales que no fueron planteadas en sede local? ¿Cómo influyen en el *habeas corpus* federal los errores u omisiones procesales (*procedural default*) cometidos en el proceso ante los tribunales locales? Las respuestas a estas preguntas han variado según los cambios que hubo en la composición de la Corte a lo largo de diferentes épocas, según vimos en el apartado 4.1. En los párrafos siguientes, intentaré reseñar esta cuestión con un poco más de detalle.

#### **4.3.2.2. El principio sentado en *Fay v. Noia***

Durante la Warren Court, fue decidido el caso *Fay v. Noia*.<sup>235</sup> En 1942, Charles

---

233 “[W]hen the sentencing body is told to weigh an invalid factor in its decision, a reviewing court may not assume it would have made no difference if the thumb had been removed from death’s side of the scale. When the weighing process itself has been skewed, only constitutional harmless-error analysis or reweighing at the trial or appellate level suffices to guarantee that the defendant received an individualized sentence. This clear principle emerges not from any single case [...] but from our long line of authority setting forth the dual constitutional criteria of precise and individualized sentencing.”

234 “Application of constitutional rules not in existence at the time a conviction became final seriously undermines the principle of finality which is essential to the operation of our criminal justice system. Without finality, the criminal law is deprived of much of its deterrent effect”, 489 U.S. en p. 309.

235 372 U.S. 391 (1963).

Noia y otras dos personas fueron condenados a cadena perpetua por homicidio en un tribunal de Nueva York. La única prueba de cargo contra ellos era su propia confesión que, alegaban, había sido obtenida mediante coerción. Noia no apeló su condena, en tanto que los dos restantes sí lo hicieron y obtuvieron, finalmente, la revocación de la sentencia con fundamento en la Enmienda XIV. Enterado de este resultado, Noia pidió ante la justicia local una revisión de su decisión, que le fue denegada por extemporánea, y planteó entonces un *habeas corpus* ante la justicia federal. En primera instancia no tuvo éxito. El tribunal sostuvo que su petición no podía prosperar en tanto no había apelado, en su momento, la condena (*procedural default*). Pero esta decisión fue revocada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito y la Suprema Corte, mediante el voto de Brennan –con la sola disidencia del juez Harlan–, confirmó la decisión. Según la Corte, la pérdida del derecho a apelar no legaliza una condena inconstitucional,<sup>236</sup> salvo que tal pérdida haya sido deliberada, en cuyo caso, el juez federal puede rechazar el *habeas corpus* según su propia discreción.<sup>237</sup>

#### 4.3.2.3. La derogación de *Fay v. Noia* y su reemplazo por el principio del *cause and prejudice*

Estas reglas fueron modificadas bajo la Burger Court. Durante este período, en el *habeas corpus* solamente se admitió el planteamiento de cuestiones constitucionales no incluidas en sede local si había *cause and prejudice*, es decir, si se explicaba fundadamente la causa de esta omisión y si se demostraba el perjuicio que ocasionaría no obtener una revisión del caso. Esta regla fue aplicada en *Davis v. United States*<sup>238</sup> y en *Francis v. Henderson*.<sup>239</sup> En ambos *habeas corpus* se impugnaba la composición del gran jurado,<sup>240</sup> objeción que no había sido planteada en las instancias del juicio.<sup>241</sup>

236 “[A] forfeiture of remedies does not legitimize the unconstitutional conduct by which his conviction was procured”, 372 U.S. en p. 428

237 “We therefore hold that the federal habeas judge may, in his discretion, deny relief to an applicant who has deliberately bypassed the orderly procedure of the state courts and in so doing has forfeited his state court remedies”, 372 U.S. en p. 438.

238 411 U.S. 233 (1973).

239 425 U.S. 536 (1976).

240 El fundamento de la objeción era racial. Los acusados eran afroamericanos y en ninguno de los dos casos el gran jurado había estado integrado por afroamericanos.

241 El primer caso se trataba de un juicio tramitado ante los tribunales federales y el segundo fue tramitado ante los tribunales de Louisiana.

De todos los casos, el más importante de este período es *Wainwright v. Sykes*.<sup>242</sup> Sykes mató a Willie Gilbert de un disparo en su propia casa. Cuando acudió la policía, Sykes, voluntariamente, confesó haber disparado, hecho que también fue corroborado en ese momento por su esposa. Durante el juicio ante los tribunales de Florida, su abogado nunca planteó la ilegitimidad de la confesión efectuada por Sykes, quien tampoco se retractó de ella. Condenado por homicidio, Sykes planteó un *habeas corpus*, sosteniendo que su confesión era ilegítima, pues en el momento del arresto no había comprendido correctamente la lectura de sus derechos según lo dispuesto en el caso *Miranda*.<sup>243</sup> La Corte, en un fallo 7-2,<sup>244</sup> sostuvo que el *habeas corpus* debía ser rechazado, pues esta cuestión –prevista en el proceso local– no había sido planteada ante los tribunales locales, sin existir una causa que justificara tal omisión.<sup>245</sup> Criticó, asimismo, a los abogados de la defensa que empleaban esta estrategia procesal<sup>246</sup> y agregó que existían pruebas cabales del delito.<sup>247</sup> En su disidencia, Brennan defendió lo decidido en *Fay* y sostuvo que Sykes no podía ser condenado por los errores de su abogado.<sup>248</sup>

---

242 433 U.S. 72 (1977).

243 *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

244 En disidencia votaron los jueces Brennan y Marshall.

245 “Florida procedure did, consistently with the United States Constitution, require that respondent’s confession be challenged at trial or not at all, and thus his failure to timely object to its admission amounted to an independent and adequate state procedural ground which would have prevented direct review here. [...] We thus come to the crux of this case. Shall the rule [...] barring federal habeas review absent a showing of ‘cause’ and ‘prejudice’ attendant to a state procedural waiver, be applied to a waived objection to the admission of a confession at trial? We answer that question in the affirmative [...] it has been the rule that the federal habeas petitioner who claims he is detained pursuant to a final judgment of a state court in violation of the United States Constitution is entitled to have the federal habeas court make its own independent determination of his federal claim, without being bound by the determination on the merits of that claim reached in the state proceedings. This rule of *Brown v. Allen* is in no way changed by our holding today [...] It is the sweeping language of *Fay v. Noia*, going far beyond the facts of the case eliciting it, which we today reject”, 433 U.S. en pp. 86-87.

246 “We think that the rule of *Fay v. Noia*, broadly stated, may encourage ‘sandbagging’ on the part of defense lawyers, who may take their chances on a verdict of not guilty in a state trial court with the intent to raise their constitutional claims in a federal habeas court if their initial gamble does not pay off”, 433 U.S. en p. 89.

247 “Respondent has advanced no explanation whatever for his failure to object at trial, and, as the proceeding unfolded, the trial judge is certainly not to be faulted for failing to question the admission of the confession himself. The other evidence of guilt presented at trial, moreover, was substantial to a degree that would negate any possibility of actual prejudice resulting to the respondent from the admission of his inculpatory statement”, 433 U.S. en p. 91.

248 “how should the federal habeas court treat a procedural default in a state court that is attributable purely and simply to the error or negligence of a defendant’s trial counsel? [...] barring Sykes from

Si bien *Wainwright* había derogado implícitamente lo decidido en *Fay*, la Corte quiso dejarlo más claro todavía y, en *Coleman v. Thomson*,<sup>249</sup> nuevamente por el voto de la jueza O'Connor,<sup>250</sup> lo dijo explícitamente,<sup>251</sup> con una crítica hacia *Fay* por la intromisión que este significaba en la justicia local.<sup>252</sup>

#### 4.3.2.4. Los intentos por definir *cause and prejudice*

Una de las curiosidades de *Wainwright* es que todo el fallo se fundamenta en la “causa y perjuicio” (*cause and prejudice*) y, sin embargo, no los define, remitiendo esa tarea a decisiones futuras.<sup>253</sup> Es por ello que, a lo largo de varios fallos posteriores, se ha intentado precisar en qué supuestos existe una “buena causa” que justifique el *procedural default* y el perjuicio que ello produce al condenado. Aun así, de todos estos fallos, más que una definición clara sobre “causa” y “perjuicio” se obtiene una muestra, muy casuística, de algunas situaciones en las cuales la Corte ha encontrado causa y perjuicio para admitir el *habeas corpus*.

Para entender el razonamiento de la Corte en estos casos, puede compararse lo decidido en *Engle v. Isaac*<sup>254</sup> y en *Reed v. Ross*.<sup>255</sup> En el primero, se cuestionaban las instrucciones dadas al jurado durante el proceso penal celebrado en Ohio, con fundamento en que, en una decisión posterior del Superior Tribunal de ese estado, se estableció que aquellas eran contrarias a la ley penal de

---

the federal courthouse is to insulate Florida's alleged constitutional violation from any and all judicial review because of a lawyer's mistake”, 433 U.S. en pp. 100 y 108.

249 501 U.S. 722 (1991).

250 Fue una decisión con mayoría de 6-3. En disidencia votaron Marshall, Blackmun y Stevens.

251 “We now make it explicit: in all cases in which a state prisoner has defaulted his federal claims in state court pursuant to an independent and adequate state procedural rule, federal habeas review of the claims is barred unless the prisoner can demonstrate cause for the default and actual prejudice as a result of the alleged violation of federal law, or demonstrate that failure to consider the claims will result in a fundamental miscarriage of justice”, 501 U.S. en p. 750.

252 “Fay was based on a conception of federal/state relations that undervalued the importance of state procedural rules. The several cases after Fay that applied the cause and prejudice standard to a variety of state procedural defaults represent a different view. We now recognize the important interest in finality served by state procedural rules, and the significant harm to the States that results from the failure of federal courts to respect them”, 501 U.S. en p. 750.

253 “We leave open for resolution in future decisions the precise definition of the ‘cause’ and ‘prejudice’ standard, and note here only that it is narrower than the standard set forth in dicta in *Fay v. Noia*”, 433 U.S. en p. 87.

254 456 U.S. 107 (1982).

255 468 U.S. 1 (1984).

Ohio.<sup>256</sup> La Corte, sin embargo, sostuvo que ello no era causa suficiente para justificar el *habeas corpus*, pues en *In re Winship*<sup>257</sup> ya se había establecido que estas cuestiones debían ser planteadas en el proceso penal.<sup>258</sup> Por el contrario, en *Reed*, el *habeas corpus* fue admitido, pues la sentencia en este caso había sido dictada un año antes de *Winship*.<sup>259</sup>

De todos modos, el *procedural default* es una causa cuya admisión es muy restrictiva. Un ejemplo de ello es *Strickland v. Washington*,<sup>260</sup> en el cual el abogado defensor omitió presentar una prueba psiquiátrica que demostrara el estado emocional en el cual se encontraba el acusado al momento de cometer los múltiples delitos que se le imputaban, entre ellos, tres homicidios. Como resultado de ello, la sentencia de condena no tuvo en cuenta ninguna circunstancia atenuante e impuso la pena capital. En el *habeas corpus* se sostuvo que esta omisión de la defensa era una causa que justificaba la revisión de la condena. La Corte, sin embargo, rechazó este argumento. En su opinión, solamente los errores graves del abogado defensor, que pueden privar al acusado de un juicio justo, son admisibles como causa justificante del *habeas corpus*.<sup>261</sup>

En un caso posterior, *Murray v. Carrier*,<sup>262</sup> tampoco se admitió como causa justificante del *procedural default* una inadvertencia, no deliberada, por parte del

---

256 *State v. Robinson*, 47 Ohio St.2d 103, 351 N.E.2d 88.

257 397 U.S. 358 (1970).

258 “[O]ur opinions in *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); and *Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977), required the prosecution to prove absence of self-defense beyond a reasonable doubt. A plurality of the en banc Sixth Circuit seemed to accept this argument in Isaac’s appeal, finding that due process required the State ‘to meet the burden that it chose to assume.’ 646 F.2d at 1135. A careful review of our prior decisions reveals that this claim is without merit. Our opinions suggest that the prosecution’s constitutional duty to negate affirmative defenses may depend, at least in part, on the manner in which the State defines the charged crime”, 456 U.S. en p. 119.

259 “[W]here a constitutional claim is so novel that its legal basis is not reasonably available to counsel, a defendant has cause for his failure to raise the claim in accordance with applicable state procedures”, 468 U.S. en p. 16

260 466 U.S. 668 (1984).

261 “A convicted defendant’s claim that counsel’s assistance was so defective as to require reversal of a conviction or death sentence has two components. First, the defendant must show that counsel’s performance was deficient. This requires showing that counsel made errors so serious that counsel was not functioning as the ‘counsel’ guaranteed the defendant by the Sixth Amendment. Second, the defendant must show that the deficient performance prejudiced the defense. This requires showing that counsel’s errors were so serious as to deprive the defendant of a fair trial, a trial whose result is reliable. Unless a defendant makes both showings, it cannot be said that the conviction or death sentence resulted from a breakdown in the adversary process that renders the result unreliable”, 466 U.S. en p. 687.

262 477 U.S. 478 (1986).

abogado defensor. En este caso, el abogado defensor, al apelar la condena, omitió señalar que el tribunal de primera instancia no le había permitido acceder a la declaración del acusado ante la policía. En el *hábeas corpus*, esta “inadvertencia” del abogado fue considerada por la cámara federal como un justificativo para hacer lugar a la petición. Sin embargo, la Corte, por el voto de la jueza O’Connor, con disidencia de Brennan y Marshall, revocó lo decidido en la cámara y rechazó el *hábeas corpus*. En síntesis, sostuvo que el error no deliberado del abogado no era una causa que justificara el *procedural default*.<sup>263</sup>

Se admite, en cambio, la invocación de los errores de la defensa si, conforme con el sistema procesal local, estos solo pueden ser planteados en el *collateral review*, o bien cuando ello está formalmente permitido, pero el sistema judicial está estructurado de tal manera que es virtualmente imposible de plantear. Un ejemplo del primer supuesto tuvo lugar en *Martinez v. Ryan*,<sup>264</sup> un caso originado en los tribunales de Arizona, donde la Corte sostuvo que cuando el *collateral review* es la primera oportunidad en la cual se puede plantear la ineffectividad del abogado defensor, esta equivale a una apelación directa<sup>265</sup> y los errores de procedimiento en el proceso local no constituyen un obstáculo para el *hábeas corpus*.<sup>266</sup> El segundo supuesto aparece en *Trevino v. Thaler*,<sup>267</sup> donde la estructura del sistema judicial de Texas impedía, de hecho, el planteamiento del *procedural default*.<sup>268</sup>

263 “[...] with respect to defaults that occur at trial, the Court of Appeals’ holding that ignorant or inadvertent attorney error is [...] inconsistent with the purposes served by the cause and prejudice standard. That standard rests not only on the need to deter intentional defaults, but on a judgment that the costs of federal habeas review ‘are particularly high when a trial default has barred a prisoner from obtaining adjudication of his constitutional claim in the state courts.’ [...] Those costs, which include a reduction in the finality of litigation and the frustration of ‘both the States’ sovereign power to punish offenders and their good faith attempts to honor constitutional rights,’ *ibid.*, are heightened in several respects when a trial default occurs: the default deprives the trial court of an opportunity to correct any error without retrial, detracts from the importance of the trial itself, gives state appellate courts no chance to review trial errors, and ‘exact[s] an extra charge by undercutting the State’s ability to enforce its procedural rules.’ [...] Clearly, these considerable costs do not disappear when the default stems from counsel’s ignorance or inadvertence, rather than from a deliberate decision, for whatever reason, to withhold a claim.”

264 566 U.S. 1 (2012).

265 “Where, as here, the initial-review collateral proceeding is the first designated proceeding for a prisoner to raise a claim of ineffective assistance at trial, the collateral proceeding is in many ways the equivalent of a prisoner’s direct appeal as to the ineffective-assistance claim [...]”

266 “Where, under state law, claims of ineffective assistance of trial counsel must be raised in an initial-review collateral proceeding, a procedural default will not bar a federal habeas court from hearing a substantial claim of ineffective assistance at trial if, in the initial-review collateral proceeding, there was no counsel or counsel in that proceeding was ineffective.”

267 569 U.S. 413 (2013).

268 De acuerdo con el voto del juez Breyer: “For the reasons just stated, we believe that the Texas procedural

También ilustra el pensamiento de la Corte lo decidido en *Lee v. Kemma*.<sup>269</sup> Se trataba de un juicio por homicidio en Missouri, en el cual la defensa pidió que el proceso continuara durante la noche para obtener la presencia de testigos que habían sido citados, pero que se habían retirado del tribunal antes de prestar testimonio.<sup>270</sup> Esta petición fue denegada y Lee fue condenado. Tanto el juez de distrito como la cámara federal rechazaron el *hábeas corpus* porque la petición de continuar las audiencias no había sido formulada por escrito y con apoyo en declaraciones juradas (*affidavits*), tal como disponía la ley procesal. La Corte –por el voto de la jueza Ginsburg– revocó e hizo lugar al *hábeas corpus*, sosteniendo que la petición por escrito era una formalidad excesiva dentro del desarrollo del juicio, que en nada habría cambiado la decisión de no continuar el proceso durante la noche.<sup>271</sup>

Lo que no ha sido prácticamente definido todavía es el *prejudice*. En *United States v. Frady*,<sup>272</sup> un *hábeas corpus* planteado bajo la sección 2255 por un detenido federal, la Corte, por el voto de la jueza O'Connor, sostuvo que el perjuicio podía ser justificado probando que, de haberse incurrido en una violación a la Constitución o de las leyes federales, el resultado habría sido diferente. Como

---

system –as a matter of its structure, design, and operation– does not offer most defendants a meaningful opportunity to present a claim of ineffective assistance of trial counsel on direct appeal. What the Arizona law prohibited by explicit terms, Texas law precludes as a matter of course [...] For these reasons, we conclude that where, as here, state procedural framework, by reason of its design and operation, makes it highly unlikely in a typical case that a defendant will have a meaningful opportunity to raise a claim of ineffective assistance of trial counsel on direct appeal, our holding in *Martinez* applies”.

269 534 U.S. 362 (2002).

270 Según afirmó la defensa, estos testigos manifestarían como coartada que Lee no estaba en Missouri el día del crimen.

271 “We hold that the Missouri Rules, as injected into this case by the state appellate court, did not constitute a state ground adequate to bar federal habeas review. Caught in the midst of a murder trial and unalerted to any procedural defect in his presentation, defense counsel could hardly be expected to divert his attention from the proceedings rapidly unfolding in the courtroom and train, instead, on preparation of a written motion and affidavit. Furthermore, the trial court, at the time Lee moved for a continuance, had in clear view the information needed to rule intelligently on the merits of the motion [...] There are, however, exceptional cases in which exorbitant application of a generally sound rule renders the state ground inadequate to stop consideration of a federal question [...] there was in this case no reference whatever in the trial court to Rules 24.09 and 24.10, the purported procedural impediments the Missouri Court of Appeals later pressed. Nor is there any indication that formally perfect compliance with the Rules would have changed the trial court’s decision. Furthermore, no published Missouri decision demands unmodified application of the Rules in the urgent situation Lee’s case presented. Finally, the purpose of the Rules was served by Lee’s submissions both immediately before and at the short trial. Under the special circumstances so combined, we conclude that no adequate state-law ground hinders consideration of Lee’s federal claim”, 534 U.S. en pp. 366, 376 y 397.

272 456 U.S. 152 (1982).



cuestión central –pues la cámara federal, al hacer lugar al *hábeas corpus*, se había fundado en ello– dice que en el *hábeas corpus* no alcanza con demostrar el “error liso y llano” (*plain error*) de la sentencia recurrida, que puede dar fundamento a una apelación directa bajo lo establecido en la regla 52(b) de las Federal Rules of Criminal Procedure,<sup>273</sup> pues en el *hábeas corpus* el peticionario debe probar la existencia de un obstáculo mayor que un error liso y llano.<sup>274</sup> Es por ello que el fallo exige no solo la demostración del perjuicio, sino que todo el proceso esté “infectado” por los agravios constitucionales.<sup>275</sup> En su disidencia, Brennan criticó duramente que la doctrina del *plain error* no fuera aplicada en los *hábeas corpus* interpuestos por detenidos federales.<sup>276</sup>

En definitiva, a lo largo de todos estos fallos, no se advierte una gran diferencia entre la “causa” y el “perjuicio”, pero queda muy clara la deferencia de la Corte hacia lo decidido en las instancias locales.

#### 4.3.2.5. La doctrina de la *actual innocence*

Una alternativa que –en los juicios de pena capital– exige de probar la causa de no haber invocado el *procedural default* en las instancias locales es invocar en el *hábeas corpus* la llamada *actual innocence*<sup>277</sup> del imputado, cuyos alcances han sido establecidos en algunos fallos.<sup>278</sup> En *Sawyer v. Whitley*<sup>279</sup> se dijo que para

273 Rule 52(b) *Plain Error*. “A plain error that affects substantial rights may be considered even though it was not brought to the court’s attention”.

274 “[T]he lower court’s use of the ‘plain error standard’ to review Frady’s § 2255 motion was contrary to long-established law from which we find no reason to depart. We reaffirm the well-settled principle that, to obtain collateral relief, a prisoner must clear a significantly higher hurdle than would exist on direct appeal”, 456 U.S. en p. 166.

275 “[petitioner] must shoulder the burden of showing not merely that the errors at his trial created a possibility of prejudice, but that they worked to his actual and substantial disadvantage, infecting his entire trial with error of constitutional dimensions”, 456 U.S. en p. 170.

276 “I have frequently dissented from this Court’s progressive emasculation of collateral review of criminal convictions. [...] Today the Court takes a further step down this unfortunate path by declaring the plain error standard of the Federal Rules of Criminal Procedure inapplicable to petitions for relief under 28 U.S.C. § 2255. In so doing, the Court does not pause to consider the nature of the plain error Rule. Nor does the Court consider the criminal character of a proceeding under § 2255, as distinguished from the civil character of a proceeding under 28 U.S.C. § 2254. Because the Court’s decision is obviously inconsistent with both, I dissent”, 456 U.S. en p. 178.

277 Por *actual innocence* se entiende la ausencia de los hechos que constituyen un requisito para el dictado de una sentencia de condena. Cf. Garner (2004, p. 804).

278 La Corte no ha resuelto aún si la *actual innocence* puede alegarse también en otros procesos que no sean de pena capital. Ver *Dretke v. Haley*, 541 U.S. 386 (2004).

279 505 U.S. 333 (1992).



probar la *actual innocence* debe demostrarse “con evidencia clara y convincente” que, de no haber mediado errores constitucionales, ningún jurado razonable habría emitido un veredicto de condena.<sup>280</sup> El fallo aclara, de todos modos, que la excepción de la *actual innocence* es muy restringida,<sup>281</sup> restricción que es menor cuando en el *habeas corpus* se incorpora una nueva prueba sobre la inocencia del condenado.<sup>282</sup> En un fallo posterior se aclaró que la *actual innocence* no es un reclamo en sí mismo, sino una “salida” (*gateway*) para evitar que el *habeas corpus* sea rechazado,<sup>283</sup> y se ha dicho también que no está resuelto aún si la *actual innocence* puede ser entendida como un reclamo independiente (*freestanding claim*).<sup>284</sup> De todos modos, los requisitos para admitir la *actual innocence* son fluidos. En *Schlup v. Delo*,<sup>285</sup> un caso posterior a *Sawyer* resuelto con ajustada mayoría,<sup>286</sup> la Corte sostuvo que quien alega la *actual innocence* debe probar que el error inconstitucional invocado ha sido “probablemente” la causa de la condena.<sup>287</sup>

---

280 “[...] to show ‘actual innocence’ one must show by clear and convincing evidence that, but for a constitutional error, no reasonable juror would have found the petitioner eligible for the death penalty under the applicable state law”, 505 U.S. en p. 336.

281 “[...] we bear in mind that the exception for ‘actual innocence’ is a very narrow exception, and that to make it workable it must be subject to determination by relatively objective standards”, 505 U.S. en p. 341.

282 *House v. Bell*, 547 U.S. 518 (2006). “[...] prisoners asserting innocence as a gateway to defaulted claims must establish that, in light of new evidence, ‘it is more likely than not that no reasonable juror would have found petitioner guilty beyond a reasonable doubt.’ En este caso, la fiscalía había sostenido que la violación de la víctima había sido el motivo del homicidio. Sin embargo, en el curso del *habeas corpus*, la prueba de ADN demostró que el semen hallado en la ropa de aquella era de su marido y no del acusado.

283 *Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993). “[...] a claim of ‘actual innocence’ is not itself a constitutional claim, but instead a gateway through which a habeas petitioner must pass to have his otherwise barred constitutional claim considered on the merits”, 506 U.S. en p. 404.

284 *McQuiggin v. Perkins*, 569 U.S. 383 (2013). “We have not resolved whether a prisoner may be entitled to habeas relief based on a freestanding claim of actual innocence.”

285 513 U.S. 298 (1995).

286 *Sawyer* fue unánime, mientras que *Schlup* tuvo una ajustada mayoría de 5-4 integrada por el sector liberal de la Corte, al que se sumó la jueza O’Connor.

287 “[...] justice O’Connor wrote in *Carrier* that ‘in an extraordinary case, where a constitutional violation has probably resulted in the conviction of one who is actually innocent, a federal habeas court may grant the writ even in the absence of a showing of cause for the procedural default’ [...] Accordingly, we hold that the *Carrier* ‘probably resulted’ standard rather than the more stringent *Sawyer* standard must govern the miscarriage of justice inquiry”, 513 U.S. en pp. 321 y 326.

### 4.3.3. La discusión sobre cuestiones planteadas en sede local

Según establece la sección 2254(d)(1) 28 USC, en el *hábeas corpus* solo puede impugnarse la condena dictada en sede local si la decisión es contraria o involucra una aplicación irrazonable del derecho federal claramente establecido, según ha sido determinado por la Suprema Corte.<sup>288</sup> Esta cuestión presenta dos aspectos que deben ser analizados: cuáles son los límites de la cosa juzgada y el *collateral estoppel*<sup>289</sup> en sede local y qué significa una “decisión contraria” o una “aplicación irrazonable” del derecho federal.

#### 4.3.3.1. El principio establecido en *Brown v. Allen*

En relación con lo primero, en *Brown v. Allen*<sup>290</sup> la Corte estableció una importante excepción a la cosa juzgada y al *collateral estoppel* para los *hábeas corpus*. Se trata de un fallo de estructura compleja, pues tiene ocho votos separados, lo que pone de manifiesto las dificultades que el caso presentaba dentro de la Corte y la ausencia de liderazgo del *Chief Justice* Vinson.<sup>291</sup> El voto mayoritario, que está muy lejos de ser un modelo de claridad, lo suscribe el juez Reed,<sup>292</sup> pero la cuestión que aquí interesa aparece en el voto del juez Frankfurter, al cual adhieren en este punto –sin decirlo expresamente– los jueces Black, Dou-

288 28 U.S. Code § 2254(d) “An application for a writ of habeas corpus on behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court shall not be granted with respect to any claim that was adjudicated on the merits in State court proceedings unless the adjudication of the claim (1) resulted in a decision that was contrary to, or involved an unreasonable application of, clearly established Federal law, as determined by the Supreme Court of the United States”.

289 La cosa juzgada (*res judicata*) y el *collateral estoppel* en el derecho de los Estados Unidos son institutos parecidos, persiguen una finalidad similar, pero tienen alguna diferencia sutil. El concepto de “cosa juzgada” es prácticamente el mismo que para nosotros, es decir, lo decidido en una sentencia, como regla, no puede ser luego revisado. El *collateral estoppel*, en cambio, un instituto que no existe en nuestro derecho, impide volver a litigar, por otra causa distinta, una cuestión o asunto (*issue*), de hecho o de derecho, ya decidida en un caso anterior. Esta diferencia fue marcada por el juez Stewart en *Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90 (1980). “[T]he federal courts have traditionally adhered to the related doctrines of *res judicata* and *collateral estoppel*. Under *res judicata*, a final judgment on the merits of an action precludes the parties or their privies from relitigating issues that were or could have been raised in that action. *Cromwell v. County of Sac*, 94 U.S. 351, 94 U.S. 352. Under *collateral estoppel*, once a court has decided an issue of fact or law necessary to its judgment, that decision may preclude relitigation of the issue in a suit on a different cause of action involving a party to the first case. *Montana v. United States*, 440 U.S. 147, 440 U.S. 153. As this Court and other courts have often recognized, *res judicata* and *collateral estoppel* relieve parties of the cost and vexation of multiple lawsuits, conserve judicial resources, and, by preventing inconsistent decisions, encourage reliance on adjudication”, 449 U.S. en p. 94.

290 344 U.S. 443 (1953).

291 Un exhaustivo análisis de esta sentencia puede verse en Freedman (2000, pp. 1541-1624).

292 Adhirieron a este voto los jueces Vinson (*Chief Justice*), Burton, Clark y Minton.

glas, Burton y Clark, convirtiéndose así, por esta vía tan inusual, en la opinión mayoritaria del Tribunal en una cuestión importante.

Frankfurter señala desde un comienzo el peligro que encierra el abrir indiscriminadamente las puertas de los tribunales federales para revisar las sentencias estatales<sup>293</sup> y reconoce también que el *habeas corpus* es un remedio único y excepcional.<sup>294</sup> No obstante, admite que el Congreso lo ha puesto en manos de los tribunales federales y esa jurisdicción debe ser ejercida.<sup>295</sup> En esta tarea, dice, es importante que el juez federal tenga en cuenta todo el proceso llevado a cabo en sede local,<sup>296</sup> sin perjuicio de que ello no puede anular o impedir la revisión federal, caso contrario, el tribunal local tendría la última palabra en la materia y no la tiene.<sup>297</sup> En su opinión, lo decidido por el tribunal local es una mera guía para el tribunal local,<sup>298</sup> porque una deferencia impropia hacia el tribunal local ni siquiera puede ser corregida en el *habeas corpus*.<sup>299</sup> Por lo tanto, para aplicar correctamente la ley y, al mismo tiempo, no incurrir en una intrusión en los procesos criminales locales, el juez federal debe investigar

---

293 “no one can feel more strongly than I do that a casual, unrestricted opening of the doors of the federal courts to these claims not only would cast an undue burden upon those courts, but would also disregard our duty to support and not weaken the sturdy enforcement of their criminal laws by the States”, 344 U.S. en p. 498.

294 “The uniqueness of habeas corpus in the procedural armory of our law cannot be too often emphasized. It differs from all other remedies in that it is available to bring into question the legality of a person’s restraint and to require justification for such detention. Of course, this does not mean that prison doors may readily be opened. It does mean that explanation may be exacted why they should remain closed. It is not the boasting of empty rhetoric that has treated the writ of habeas corpus as the basic safeguard of freedom in the Anglo-American world”, 344 U.S. en p. 512.

295 “It is for this Court to give fair effect to the habeas corpus jurisdiction as enacted by Congress. By giving the federal courts that jurisdiction, Congress has imbedded into federal legislation the historic function of habeas corpus adapted to reaching an enlarged area of claims”, 344 U.S. en p. 500.

296 “In exercising the power thus bestowed, the District Judge must take due account of the proceedings that are challenged by the application for a writ. All that has gone before is not to be ignored as irrelevant”, 344 U.S. en p. 500.

297 “the prior State determination of a claim under the United States Constitution cannot foreclose consideration of such a claim, else the State court would have the final say which the Congress, by the Act of 1867, provided it should not have”, 344 U.S. en p. 500.

298 “The prior State determination may guide [the district judge] discretion in deciding upon the appropriate course to be followed in disposing of the application before him. The State record may serve to indicate the necessity of further pleadings or of a quick hearing to clear up an ambiguity, or the State record may show the claim to be frivolous or not within the competence of a federal court because solely dependent on State law”, 344 U.S. en p. 500.

299 “an improper deference to a State court treatment of a constitutional issue cannot even be corrected on review”, 344 U.S. en p. 501.

la cuestión federal guiándose por el proceso local.<sup>300</sup> Luego, se establecen las condiciones bajo las cuales puede revisarse una sentencia local y, de las cinco mencionadas en el voto, destaco las que interesan a esta cuestión: (a) debe haber un error esencial en la determinación de los hechos;<sup>301</sup> (b) la aplicación del derecho nunca es obligatoria para el juez federal;<sup>302</sup> y (c) la interpretación legal de los hechos es una tarea propia del juez federal.<sup>303</sup>

#### 4.3.3.2. La excepción a la *exclusionary rule* establecida en *Stone v. Powell*

Fallos posteriores a *Brown* han intentado establecer excepciones al principio allí sentado. Uno de ellos fue *Wright v. West*,<sup>304</sup> donde el voto del juez Thomas, al cual adhirieron en este punto los jueces Rehnquist y Scalia, sostuvo que en el *hábeas corpus* no podía llevarse a cabo una revisión *de novo*<sup>305</sup> de lo decidido en el tribunal local. Esta posición nunca llegó a ser mayoritaria.

De todos estos casos, el que ha establecido la excepción más importante hasta ahora ha sido *Stone v. Powell*,<sup>306</sup> donde fue decidido que en el *hábeas corpus* no puede revisarse lo dispuesto en las instancias locales respecto a los planteos vinculados con la exclusión de prueba obtenida por medio de un allanamiento, embargo o secuestro (*search and seizure*) ilegítimo en violación

---

300 “If we are to give effect to the statute and at the same time avoid improper intrusion into the State criminal process by federal judges [...] we must direct them to probe the federal question while drawing on available records of prior proceedings to guide them in doing so”, 344 U.S. en p. 501.

301 “Unless a vital flaw be found in the process of ascertaining such facts in the State court, the District Judge may accept their determination in the State proceeding and deny the application”, 344 U.S. en p. 506.

302 “State adjudication of questions of law cannot, under the habeas corpus statute, be accepted as binding. It is precisely these questions that the federal judge is commanded to decide”, 344 U.S. en p. 506.

303 “Where the ascertainment of the historical facts does not dispose of the claim, but calls for interpretation of the legal significance of such facts [...] the District Judge must exercise his own judgment on this blend of facts and their legal values. Thus, so-called mixed questions or the application of constitutional principles to the facts as found leave the duty of adjudication with the federal judge”, 344 U.S. en p. 507.

304 505 U.S. 277 (1992).

305 Una apelación *de novo* es aquella que permite al tribunal de alzada revisar los hechos y el derecho, teniendo en cuenta las constancias del expediente, pero sin deferencia para con lo decidido en la instancia anterior Garner (2004, p. 106).

306 428 U.S. 465 (1976).

de la Cuarta Enmienda<sup>307</sup> si el peticionario tuvo un juicio justo y pleno.<sup>308</sup> En otras palabras, lo decidido sobre la llamada *exclusionary rule* no es revisable en el *habeas corpus*.

Las razones dadas por el fallo no son estrictamente jurídicas, sino más bien de orden práctico y bastante poco convincentes. Básicamente dicen, con buena dosis de dogmatismo, que revisar la aplicación de la *exclusionary rule* en el *habeas corpus* añade costos al proceso con escasos beneficios y que nada de ello contribuirá a un mayor o menor respeto de la Cuarta Enmienda.<sup>309</sup> Tampoco está muy claro por qué se elige como excepción a la *exclusionary rule* y es cuestionable, asimismo, que los jueces puedan establecer discrecionalmente una excepción donde la sección 2254 no la hace.

#### 4.3.3.3. Los casos posteriores

Luego de *Stone*, la Corte no ha vuelto a establecer nuevas excepciones. Varios

---

307 “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated; and no Warrants shall issue but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized” (Es inviolable el derecho de las personas a que su seguridad personal y la de sus domicilios, documentos y efectos se encuentren a salvo de pesquisas y detenciones arbitrarias. No se expedirán mandamientos sin apoyo en una causa verosímil, estarán corroborados por juramento o afirmación e individualizarán el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas).

308 “where the State has provided an opportunity for full and fair litigation of a Fourth Amendment claim, a state prisoner may not be granted federal habeas corpus relief on the ground that evidence obtained in an unconstitutional search or seizure was introduced at his trial”, 428 U.S. en p. 494.

309 “We adhere to the view that these considerations support the implementation of the exclusionary rule at trial and its enforcement on direct appeal of state court convictions. But the additional contribution, if any, of the consideration of search and seizure claims of state prisoners on collateral review is small in relation to the costs. To be sure, each case in which such claim is considered may add marginally to an awareness of the values protected by the Fourth Amendment. There is no reason to believe, however, that the overall educative effect of the exclusionary rule would be appreciably diminished if search and seizure claims could not be raised in federal habeas corpus review of state convictions. Nor is there reason to assume that any specific disincentive already created by the risk of exclusion of evidence at trial or the reversal of convictions on direct review would be enhanced if there were the further risk that a conviction obtained in state court and affirmed on direct review might be overturned in collateral proceedings often occurring years after the incarceration of the defendant. The view that the deterrence of Fourth Amendment violations would be furthered rests on the dubious assumption that law enforcement authorities would fear that federal habeas review might reveal flaws in a search or seizure that went undetected at trial and on appeal. Even if one rationally could assume that some additional incremental deterrent effect would be present in isolated cases, the resulting advance of the legitimate goal of furthering Fourth Amendment rights would be outweighed by the acknowledged costs to other values vital to a rational system of criminal justice”, 428 U.S. en p. 493.

casos posteriores ponen de manifiesto que se han permitido introducir nuevamente en el *hábeas corpus* cuestiones constitucionales rechazadas en sede local.

Así, en *Rose v. Mitchell*,<sup>310</sup> fue replanteada la impugnación de la composición racial del gran jurado;<sup>311</sup> en *Jackson v. Virginia*<sup>312</sup> se admitió reconsiderar la insuficiencia de la prueba presentada por el estado para tener por probado el crimen “más allá de toda duda razonable”;<sup>313</sup> lo mismo ocurrió en *Kimmelman v. Morrison*<sup>314</sup> respecto a la inefectiva defensa del abogado, que omitió oponerse a la introducción de prueba obtenida ilegítimamente en violación a la Cuarta Enmienda, aunque la Corte podría haber invocado la excepción establecida en *Stone*.<sup>315</sup> Tampoco fue invocada esta excepción en *Withrow v. Williams*,<sup>316</sup> en el cual el condenado confesó la comisión de un doble asesinato antes de que la policía le informara sus derechos bajo lo establecido en *Miranda v. Arizona*.<sup>317</sup> Para evitar la aplicación de la excepción establecida en *Stone*, la Corte<sup>318</sup> sostuvo que la cuestión constitucional no estaba emplazada en la Cuarta Enmienda, sino en la Quinta.<sup>319</sup> Lo que no se ha permitido

---

310 443 U.S. 545 (1979).

311 El voto del juez Blackmun dice que el “[f]ederal habeas review is necessary to ensure that constitutional defects in the state judiciary’s grand jury selection procedure are not overlooked by the very state judges who operate that system”, 443 U.S. en p. 563.

312 443 U.S. 307 (1979).

313 La Corte, por el voto del juez Stewart, dice: “We hold that, in a challenge to a state criminal conviction brought under 28 U.S.C. § 2254 [...] the applicant is entitled to habeas corpus relief if it is found that, upon the record evidence adduced at the trial, no rational trier of fact could have found proof of guilt beyond a reasonable doubt”, 443 U.S. en p. 324.

314 477 U.S. 365 (1986).

315 Si bien este caso rozaba la excepción de la *exclusionary rule* establecida en *Stone*, la Corte lo enfocó desde la inefectividad de la asistencia legal del imputado como violatoria de la Sexta Enmienda (“In all criminal prosecutions, the accused shall [...] have the Assistance of Counsel for his defense”). En opinión de la Corte (por el voto del juez Brennan), “The right to counsel is a fundamental right of criminal defendants; it assures the fairness, and thus the legitimacy, of our adversary process. E.g., *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 372 U.S. 344 (1963). The essence of an ineffective assistance claim is that counsel’s unprofessional errors so upset the adversarial balance between defense and prosecution that the trial was rendered unfair and the verdict rendered suspect”, 477 U.S. en p. 374.

316 507 U.S. 680 (1993).

317 384 U.S. 436 (1966).

318 La decisión se obtuvo por una ajustada mayoría de 5-4, liderada por el voto del juez Souter. En disidencia votaron los jueces O’Connor, Rehnquist, Thomas y Scalia.

319 “Today we hold that *Stone*’s restriction on the exercise of federal habeas jurisdiction does not extend to a state prisoner’s claim that his conviction rests on statements obtained in violation of the safeguards mandated by *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) [...] *Stone*’s limitation on federal habeas relief was not jurisdictional in nature, but rested on prudential concerns counseling against the application of the Fourth Amendment exclusionary rule on collateral review”, 507 U.S. en pp. 683 y 686.

revisar en el *habeas corpus* son las impugnaciones a condenas anteriores cuando estas son empleadas para agravar la pena.<sup>320</sup>

#### 4.3.3.4. El significado de “decisión contraria” y “aplicación irrazonable” del derecho federal

Tal como señalé al comienzo de este punto, la segunda cuestión a analizar es el significado de “decisión contraria” y “aplicación irrazonable” del derecho federal establecido por la Corte en los términos de la sección 2254(d)(1) 28 USC.<sup>321</sup>

A estos fines, el caso más importante es *Williams v. Taylor*,<sup>322</sup> en el cual se había planteado la ineficacia de la defensa en las instancias locales.<sup>323</sup> El fallo, en cuanto al fondo, se resuelve con mayoría de 6-3,<sup>324</sup> pero la sentencia es compleja porque tiene varios votos en los cuales algunos jueces concuerdan y desacuerdan en puntos diferentes. En lo que aquí interesa, el voto de la jueza O’Connor en su punto II, al cual adhieren cuatro jueces,<sup>325</sup> define el concepto de “decisión contraria” y “aplicación irrazonable” del derecho federal en los términos de la sección 2254(d)(1), señalando que se trata de conceptos diferentes. Si bien la definición es clara en relación con lo primero, no avanza mucho, en cambio, cuando intenta precisar lo segundo, pues incurre en una tautología evidente. Se toma del más simple de los conceptos y dice que una decisión de un tribunal local será “contraria” cuando sea “diametralmente diferente”, “opuesta” o que “contradiga” el principio establecido por la Corte.<sup>326</sup> A su vez, una interpretación será irrazonable, aun

---

320 *Lackawanna County District Attorney v. Coss*, 532 U.S. 394 (2001).

321 Aunque parezca una verdad de Perogrullo, remarco que esta sección solo se aplica si existe efectivamente un principio de derecho federal previamente establecido por la Corte. De lo contrario, la decisión del tribunal estatal está *beyond any possibility for fairminded disagreement* (más allá de cualquier desacuerdo justo o razonable), *White v. Woodall*, 572 U.S. 415 (2014).

322 529 U.S. 362 (2000).

323 Se observa en este caso un curioso *corsi e ricorsi* de lo resuelto en cada instancia del proceso. Terry Williams fue condenado por homicidio a la pena capital. Luego, a raíz de una moción posterior a la condena, se resolvió que la defensa había sido ineficaz, pero esta decisión fue revocada por la Suprema Corte de Virginia. Planteado el *habeas corpus*, el juez de distrito admitió la impugnación de Williams. Esta decisión fue revocada, a su vez, por la cámara de apelaciones (Cuarto Circuito) y, finalmente, la Suprema Corte revocó esta sentencia.

324 Votaron en la mayoría los jueces Stevens, O’Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg y Breyer. En la minoría votaron los jueces Rehnquist, Scalia y Thomas.

325 Rehnquist, Kennedy, Thomas y Scalia.

326 “The word ‘contrary’ is commonly understood to mean ‘diametrically different,’ ‘opposite in character or nature,’ or ‘mutually opposed.’ Webster’s Third New International Dictionary 495 (1976). The text of § 2254(d)(1) therefore suggests that the state court’s decision must be substantially



cuando no contradiga el principio, si hace una aplicación irrazonable de este.<sup>327</sup> En suma, un principio puede ser interpretado correctamente, pero, aun así, su aplicación puede ser irrazonable.<sup>328</sup>

Estas ideas fueron repetidas luego en *Bell v. Cone*,<sup>329</sup> con el voto de todos los jueces salvo Stevens, con quien O'Connor, en esta cuestión, había tenido un fuerte contrapunto en el caso *Williams*.<sup>330</sup> Fueron repetidas luego en *Lockyer v. Andrade*<sup>331</sup> y también en *Renico v. Lett*,<sup>332</sup> donde el voto del *Chief Justice* Roberts dejó en claro, nuevamente, que puede haber una interpretación correcta del principio sentado por la Corte, pero que su aplicación puede ser irrazonable.<sup>333</sup> Se ha dicho también que puede haber una aplicación irrazonable aun cuando el tribunal estatal no haya fundado su decisión.<sup>334</sup>

---

different from the relevant precedent of this Court [...] A state-court decision will certainly be contrary to our clearly established precedent if the state court applies a rule that contradicts the governing law set forth in our cases", 529 U.S. en p. 405.

- 327 "The term 'unreasonable' is no doubt difficult to define [...] For purposes of today's opinion, the most important point is that an unreasonable application of federal law is different from an incorrect application of federal law [...] Under § 2254(d)(1)'s 'unreasonable application' clause, then, a federal habeas court may not issue the writ simply because that court concludes in its independent judgment that the relevant state-court decision applied clearly established federal law erroneously or incorrectly. Rather, that application must also be unreasonable", 529 U.S. en p. 410 y 411.
- 328 "In sum [...] [u]nder the 'contrary to' clause, a federal habeas court may grant the writ if the state court arrives at a conclusion opposite to that reached by this Court on a question of law or if the state court decides a case differently than this Court has on a set of materially indistinguishable facts. Under the 'unreasonable application' clause, a federal habeas court may grant the writ if the state court identifies the correct governing legal principle from this Court's decisions but unreasonably applies that principle to the facts of the prisoner's case", 529 U.S. en pp. 412-413.
- 329 535 U.S. 685 (2002).
- 330 "A federal habeas court may issue the writ under the 'contrary to' clause if the state court applies a rule different from the governing law set forth in our cases, or if it decides a case differently than we have done on a set of materially indistinguishable facts. Id., at 405-406. The court may grant relief under the 'unreasonable application' clause if the state court correctly identifies the governing legal principle from our decisions but unreasonably applies it to the facts of the particular case. Id., at 407-408. The focus of the latter inquiry is on whether the state court's application of clearly established federal law is objectively unreasonable, and we stressed in *Williams* that an unreasonable application is different from an incorrect one", 535 U.S. en p. 694.
- 331 538 U.S. 63 (2003).
- 332 559 U.S. 766 (2010).
- 333 "AEDPA prevents defendants -and federal courts- from using federal habeas corpus review as a vehicle to second-guess the reasonable decisions of state courts. Whether or not the Michigan Supreme Court's opinion reinstating Lett's conviction in this case was correct, it was clearly not unreasonable", 538 U.S. en p. 779.
- 334 *Harrington v. Richter*, 562 U.S. 86 (2011).



#### 4.3.4. Las cuestiones de hecho

La posibilidad de introducir en el *habeas corpus* cuestiones de hecho se ha ido reduciendo progresivamente. En *Townsend v. Sain*,<sup>335</sup> un *habeas corpus* en el cual la confesión del crimen fue obtenida por la policía mediante el uso del suero de la verdad (*truth serum*), se dispuso que el tribunal federal podía otorgar una audiencia de prueba si: (a) la disputa fáctica no había sido resuelta en sede local; (b) la determinación de los hechos no era concordante con las constancias de autos; (c) la acreditación de los hechos no había tenido lugar en una audiencia con pleno respeto al debido proceso (*full and fair hearing*); (d) se alega fundadamente la existencia de nueva prueba; (e) los hechos no fueron desarrollados adecuadamente en la audiencia de prueba en el tribunal local; y (6) por cualquier otra razón, en el proceso local no se habría llevado a cabo una audiencia de prueba respetando plenamente el debido proceso.<sup>336</sup>

Este criterio fue restringido años más tarde en *Keeney v. Tamayo Reyes*.<sup>337</sup> El condenado, en este caso, era un inmigrante cubano, casi iletrado y con muy pocos conocimientos del inglés, que no había contestado el cargo de homicidio en primer grado.<sup>338</sup> Contra la condena, interpuso un *habeas corpus* local y luego uno federal. La cámara federal (corte del Noveno Circuito)<sup>339</sup> sostuvo que Tamayo Reyes tenía derecho a que se le otorgara una nueva audiencia de prueba para establecer si había entendido correctamente que había optado por no objetar los cargos. Sin embargo, en un fallo muy dividido,<sup>340</sup> la Suprema Corte revocó esta decisión y dijo que una nueva audiencia en tales casos solo puede permitirse para introducir cuestiones no planteadas en sede local si el peticionario demuestra *cause and prejudice*.<sup>341</sup> De acuerdo con el voto del juez

---

335 372 U.S. 293 (1963).

336 “[A] federal court must grant an evidentiary hearing to a habeas applicant under the following circumstances: if (1) the merits of the factual dispute were not resolved in the state hearing; (2) the state factual determination is not fairly supported by the record as a whole; (3) the factfinding procedure employed by the state court was not adequate to afford a full and fair hearing; (4) there is a substantial allegation of newly discovered evidence; (5) the material facts were not adequately developed at the state court hearing; or (6) for any reason, it appears that the state trier of fact did not afford the habeas applicant a full and fair fact hearing”, 372 U.S. en p. 313.

337 504 U.S. 1 (1992).

338 Había pedido lo que en el derecho de los Estados Unidos se llama *nolo contendere*, que significa “no objetar, no contestar la imputación” Garner (2004, p. 1074).

339 926 F.2d 1492 (1991).

340 En la mayoría votaron Rehnquist, Scalia, White, Souter y Thomas. En la minoría lo hicieron O’Connor, Blackmun, Stevens y Kennedy.

341 Me he referido a este estándar en el apartado 4.3.2.4.

White, aplicar este estándar a las cuestiones de hecho contribuye a asegurar que las sentencias estatales sean las finales.<sup>342</sup>

Esta cuestión está regulada actualmente por las secciones 2254(d)(2) y 2254(e), de acuerdo con las reformas introducidas por la AEDPA.<sup>343</sup> Conforme con la primera de ellas, pueden plantearse cuestiones de hecho solamente si la condena está basada en una determinación irrazonable de los hechos.<sup>344</sup> A su vez, de acuerdo con la segunda,<sup>345</sup> el planteo de cuestiones de hecho se rige por las siguientes reglas:

1. La determinación de los hechos efectuada por el tribunal local se presume correcta y el peticionario debe refutar esa presunción por medio de prueba “clara y convincente”.
2. Si los hechos no han sido debidamente probados en sede local, el tribunal federal no convocará a una audiencia de prueba a menos que:
  - a. el *hábeas corpus* se base en una nueva regla constitucional a la cual se le ha dado efecto retroactivo o en un presupuesto de hecho que no puede ser acreditado, pese a haber obrado diligentemente; y
  - b. los hechos en los que se funda el reclamo sean suficientes para establecer por medio de prueba clara y convincente que, salvo por un error constitucional, el peticionario razonablemente no habría sido declarado culpable.

---

342 “in cases of state procedural default, application of the cause-and-prejudice standard to excuse a state prisoner’s failure to develop material facts in state court will appropriately accommodate concerns of finality, comity, judicial economy, and channeling the resolution of claims into the most appropriate forum. Applying the cause-and-prejudice standard in cases like this will obviously contribute to the finality of convictions [...]”, 504 U.S. en p. 8.

343 Ver el apartado 3.7.

344 28 U.S. Code § 2254(d) “An application for a writ of habeas corpus on behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court shall not be granted with respect to any claim that was adjudicated on the merits in State court proceedings unless the adjudication of the claim [...] (2) resulted in a decision that was based on an unreasonable determination of the facts in light of the evidence presented in the State court proceeding”.

345 28 U.S. Code § 2254(e) (1) “In a proceeding instituted by an application for a writ of habeas corpus by a person in custody pursuant to the judgment of a State court, a determination of a factual issue made by a State court shall be presumed to be correct. The applicant shall have the burden of rebutting the presumption of correctness by clear and convincing evidence. (2) If the applicant has failed to develop the factual basis of a claim in State court proceedings, the court shall not hold an evidentiary hearing on the claim unless the applicant shows that (A) the claim relies on (i) a new rule of constitutional law, made retroactive to cases on collateral review by the Supreme Court, that was previously unavailable; or (ii) a factual predicate that could not have been previously discovered through the exercise of due diligence; and (B) the facts underlying the claim would be sufficient to establish by clear and convincing evidence that but for constitutional error, no reasonable factfinder would have found the applicant guilty of the underlying offense”.

Bajo estas normas, en *Williams v. Taylor*<sup>346</sup> le fue denegada al peticionario la posibilidad de tener una nueva audiencia de prueba en sede federal. La Corte, por el voto del juez Kennedy, sostuvo que la nueva audiencia no debía concederse salvo que hubiera una falta de diligencia del peticionario o de su abogado en sede local.<sup>347</sup> Agregó que la diligencia no depende del éxito obtenido, sino del razonable intento de haber investigado los hechos sobre la base de los datos conocidos en ese momento.<sup>348</sup>

Más restrictivo aún fue lo decidido en *Cullen v. Pinholster*.<sup>349</sup> Scott Lynn Pinholster había sido condenado por homicidio y el abogado defensor no le informó que la fiscalía tenía pensado presentar pruebas agravantes en el momento en que debía ser fijada la pena, de modo tal que no se pudieron presentar pruebas en contrario. En esa oportunidad, solo fue citada como testigo la madre de Pinholster. Condenado a la pena capital y agotadas las instancias en los tribunales de California, los nuevos abogados de Pinholster plantearon un *habeas corpus* en la justicia federal, alegando la deficiente defensa que este había tenido en sede local. El juez federal otorgó una nueva audiencia en la cual se aportaron pruebas tendientes a reducir la pena, tales como los abusos que Pinholster había sufrido de niño y sus desórdenes de personalidad. El *habeas corpus* fue otorgado por el juez de distrito y confirmado por la cámara federal.<sup>350</sup> La Corte, por medio del voto de Clarence Thomas, claramente dividida 5-4 entre conservadores y liberales,<sup>351</sup> revocó este fallo sosteniendo que en el *habeas corpus* federal el tribunal debe atenerse a la prueba presentada en la justicia local y no puede llevar a cabo una nueva audiencia de prueba.<sup>352</sup> En su disidencia, la jue-

---

346 529 U.S. 420 (2000). Este caso no debe ser confundido con el de Terry Williams, analizado en el apartado 4.3.3.4, que tiene la misma carátula y fue decidido el mismo día.

347 “Under the opening clause of § 2254(e)(2), a failure to develop the factual basis of a claim is not established unless there is lack of diligence, or some greater fault, attributable to the prisoner or the prisoner’s counsel”, 529 U.S. en p. 432.

348 “Diligence for purposes of the opening clause depends upon whether the prisoner made a reasonable attempt, in light of the information available at the time, to investigate and pursue claims in state court; it does not depend [...] upon whether those efforts could have been successful”, 529 U.S. en p. 435.

349 563 U.S. 170 (2011).

350 590 F.3d 651 (9<sup>th</sup> Cir. 2009).

351 Por la mayoría votaron Thomas, Roberts (*Chief Justice*), Scalia, Kennedy y Alito. En minoría votaron Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan.

352 “We now hold that review under § 2254(d)(1) is limited to the record that was before the state court that adjudicated the claim on the merits. Section 2254(d)(1) refers, in the past tense, to a state-court adjudication that ‘resulted in’ a decision that was contrary to, or ‘involved’ an unreasonable application of, established law. This backward-looking language requires an examination of the

za Sotomayor criticó fuertemente a la mayoría por no permitir al peticionario remediar en el *hábeas corpus* federal los errores cometidos por su abogado en la justicia local.<sup>353</sup>

Un problema que se presenta en ciertas ocasiones es si la cuestión planteada es de hecho o de derecho, una distinción que es muy casuística y que la jueza O'Connor en *Miller v. Fenton*<sup>354</sup> calificó de “esquiva” (*elusive*).<sup>355</sup> En este caso, se planteaba si resolver que una confesión fue voluntaria o no lo fue es una cuestión de hecho o de derecho. La Corte sostuvo que era una cuestión de derecho,<sup>356</sup> pero hizo una distinción que también aparece en otros fallos y dijo que analizar los detalles de la confesión, tales como la extensión del interrogatorio policial, etc., eran cuestiones de hecho no revisables por la justicia federal.<sup>357</sup>

Al emplear este mismo criterio, también se ha distinguido entre el hecho de una comunicación *ex parte*<sup>358</sup> entre el juez y un jurado y los efectos de esta.

---

state-court decision at the time it was made. It follows that the record under review is limited to the record in existence at that same time, i.e., the record before the state court”, 563 U.S. en pp. 181-182.

353 “I fear the consequences of the Court’s novel interpretation of § 2254(d)(1) for diligent state habeas petitioners with compelling evidence supporting their claims who were unable, through no fault of their own, to present that evidence to the state court that adjudicated their claims. And the Court’s conclusion that the California Supreme Court reasonably denied Pinholster’s ineffective-assistance-of-counsel claim overlooks counsel’s failure to investigate obvious avenues of mitigation and the contrast between the woefully inadequate mitigation case they presented and the evidence they should and would have discovered” (ver el apartado 3.2.).

354 474 U.S. 104 (1985).

355 “In the § 2254(d) context, as elsewhere, the appropriate methodology for distinguishing questions of fact from questions of law has been, to say the least, elusive”, 474 U.S. 104, en p. 113.

356 “Without exception, the Court’s confession cases hold that the ultimate issue of ‘voluntariness’ is a legal question requiring independent federal determination”, 474 U.S. en p. 110. “[A]n unbroken line of cases, coming to this Court both on direct appeal and on review of applications to lower federal courts for a writ of habeas corpus, forecloses the Court of Appeals’ conclusion that the ‘voluntariness’ of a confession merits something less than independent federal consideration”, 474 U.S. en p. 112.

357 “Of course, subsidiary questions, such as the length and circumstances of the interrogation, the defendant’s prior experience with the legal process, and familiarity with the Miranda warnings, often require the resolution of conflicting testimony of police and defendant. The law is therefore clear that state court findings on such matters are conclusive on the habeas court if fairly supported in the record and if the other circumstances enumerated in § 2254(d) are inapplicable. But once such underlying factual issues have been resolved, and the moment comes for determining whether, under the totality of the circumstances, the confession was obtained in a manner consistent with the Constitution, the state court judge is not in an appreciably better position than the federal habeas court to make that determination”, 474 U.S. en p. 117.

358 Una *ex parte communication* es la que tiene lugar entre el juez y el abogado de una de las partes, sin la presencia del abogado de la otra parte. Cf. Garner (2004, p. 296).

En *Rushen v. Spain*,<sup>359</sup> se dijo que la naturaleza y contenido de tal comunicación es una cuestión de hecho,<sup>360</sup> pero es una cuestión de derecho establecer si la comunicación es un error que no produce daños.<sup>361</sup> En *Patton v. Yount*,<sup>362</sup> se sostuvo que la descalificación de los jurados en función de sus opiniones generales es una cuestión mixta, de hecho y de derecho; en cambio, es una cuestión de hecho si un jurado ha dicho bajo juramento que su decisión estará basada en la prueba y no en sus opiniones y si su juramento de imparcialidad ha sido tomado como verdadero.<sup>363</sup>

#### 4.4. Síntesis

Como síntesis de lo dicho en este apartado, señalo que las reglas generales para que proceda el *collateral review* son las siguientes:

1. El peticionario debe estar detenido o sufriendo alguna restricción a su libertad individual proveniente del régimen de libertad condicional o de la excarcelación.
2. Procede el *habeas corpus* contra las penas accesorias una vez cumplida la condena principal.
3. Deben haberse agotado previamente las instancias judiciales locales, salvo que: (a) los recursos locales sean infectivos; (b) su cumplimiento sea un ritualismo inútil; o (c) haya excesiva demora en resolverlos.
4. Todo lo que se plantea ante el tribunal federal debe haber sido planteado previamente ante el tribunal local.
5. No se admiten los *habeas corpus* que sean una repetición de otros anteriores.
6. El plazo de prescripción para interponer el *habeas corpus* es de un año contado desde la fecha de la condena en sede estadual, término que se reduce a ciento ochenta días cuando se trata de una pena capital, en tanto el Estado

---

359 464 U.S. 114 (1983).

360 “The substance of the ex parte communications and their effect on juror impartiality are questions of historical fact entitled to this presumption”, 464 U.S. en p. 115.

361 “The final decision whether the alleged constitutional error was harmless is one of federal law”, 464 U.S. en p. 120.

362 467 U.S. 1025 (1984).

363 “It was the view of all three Court of Appeals judges that the question whether jurors have opinions that disqualify them is a mixed question of law and fact. [...] We do not think its analysis can be extended to a federal habeas corpus case in which the partiality of an individual juror is placed in issue. That question is not one of mixed law and fact. Rather, it is plainly one of historical fact: did a juror swear that he could set aside any opinion he might hold and decide the case on the evidence, and should the juror’s protestation of impartiality have been believed”, 467 U.S. en p. 1036.

deba proveer, y haya efectivamente provisto, asistencia legal en el *collateral review*.

7. La decisión final de un juez federal de distrito (primera instancia) en un *hábeas corpus* es apelable ante la cámara federal de apelaciones correspondiente; el plazo para apelar es de treinta días contados desde la fecha en que se registra la sentencia.
8. Solo pueden plantearse en el *hábeas corpus* aquellas cuestiones constitucionales que ya han sido determinadas como tales por la Suprema Corte.
9. Solamente se admite el planteamiento de cuestiones constitucionales no incluidas en sede local si puede probarse *cause and prejudice*, es decir, si se explica fundadamente la causa de esta omisión y si se demuestra el perjuicio que ocasionaría no obtener una revisión del caso.
10. En los juicios de pena capital, se exime de probar la causa de no haber invocado el *procedural default* en las instancias locales si se prueba la *actual innocence*, es decir, si se demuestra “con evidencia clara y convincente” que, de no haber mediado errores constitucionales, ningún jurado razonable habría emitido un veredicto de condena.
11. En el *hábeas corpus* solo puede impugnarse la condena dictada en sede local si la decisión es contraria o involucra una aplicación irrazonable del derecho federal claramente establecido, según ha sido determinado por la Suprema Corte.
12. Una decisión de un tribunal local será “contraria” cuando sea “diametralmente diferente”, “opuesta” o que “contradiga” el principio establecido por la Corte, y una interpretación será irrazonable, aun cuando no contradiga el principio, si hace una aplicación irrazonable de este.
13. Para que proceda el *hábeas corpus* debe haber un error esencial en la determinación de los hechos.
14. La aplicación del derecho por parte del tribunal estatal nunca es obligatoria para el juez federal.
15. La interpretación legal de los hechos es una tarea propia del juez federal.
16. En el *hábeas corpus* no puede revisarse lo decidido en las instancias locales respecto a los planteos vinculados con la exclusión de prueba obtenida por medio de un allanamiento, embargo o secuestro ilegítimo en violación de la Cuarta Enmienda si el peticionario tuvo un juicio justo y pleno.
17. Pueden plantearse cuestiones de hecho solamente si la condena está basada en una determinación irrazonable de los hechos.
18. La determinación de los hechos efectuada por el tribunal local se presume correcta y el peticionario debe refutar esa presunción por medio de prueba “clara y convincente”.

19. Si los hechos no han sido debidamente probados en sede local, el tribunal federal, como regla, no convocará a una audiencia de prueba.
20. La audiencia de prueba podrá convocarse si: (a) el *hábeas corpus* se base en una nueva regla constitucional a la cual se le ha dado efecto retroactivo o en un presupuesto de hecho que no puede ser acreditado pese a haber obrado diligentemente; o (b) los hechos en los que se funda el reclamo sean suficientes para establecer por medio de prueba clara y convincente que, salvo por un error constitucional, el peticionario razonablemente no habría sido declarado culpable.

## 5. La cuestión en el derecho argentino

### 5.1. Las diferentes fuentes históricas del *hábeas corpus*

Si bien, como dije al comienzo, tanto en los Estados Unidos como en la Argentina el *hábeas corpus* ha perseguido un mismo objetivo esencial –la protección de la libertad física de una persona, en las muchas y variadas formas en que esta puede ser inconstitucionalmente limitada–, los acontecimientos políticos que le han ido dando forma en uno y otro país han sido tan diferentes que las regulaciones legislativas difieren profundamente.

En los Estados Unidos, la cuestión dominante –originada, como vimos, luego de la Guerra Civil– fue y sigue siendo que los tribunales federales controlen las condenas penales impuestas por los tribunales estatales. Este problema es completamente ajeno a nosotros. En la Argentina, las autoridades locales nunca han perseguido, o dejado de proteger adecuadamente, a una determinada minoría, de modo tal que los tribunales federales tuvieran que controlar las condenas penales impuestas por los tribunales provinciales. Tampoco se han dado los otros hechos que en los Estados Unidos fueron ampliando –o restringiendo– paulatinamente el ámbito del *hábeas corpus*, mencionados en el apartado 3.

En nuestro país, históricamente, el principal motor del *hábeas corpus* –aunque no el único– fueron las detenciones a disposición del Poder Ejecutivo dispuestas bajo el estado de sitio –previsto en el artículo 23 de la Constitución–, que dieron lugar a una extensa y conocida serie jurisprudencial de la Corte Suprema que corre desde antiguos casos como *Carlos T. Castellanos*,<sup>364</sup> hasta *Jorge H. Granada*.<sup>365</sup>

---

364 Fallos: 54:484 (1893).

365 Fallos: 307:2284 (1985).

Este fue un largo recorrido jurisprudencial,<sup>366</sup> en el cual el control judicial sobre tales arrestos se hizo cada vez más intenso por medio de casos que, en su momento, marcaron verdaderos hitos, como fueron *Jacobo Timerman*<sup>367</sup> y *Benito Moya*.<sup>368</sup> Tan central ha sido esta cuestión en la Argentina que la reforma constitucional de 1994 la contempló expresamente en el artículo 43,<sup>369</sup> dando rango constitucional a lo que ya había sido legislado previamente por el artículo 4 de la Ley 23098, cuyos cuatro incisos recogen los principios establecidos por la Corte Suprema en la serie de fallos antes citados.<sup>370</sup>

## 5.2. La diferencia fundada en la “autoridad competente”

Si bien en la Argentina existen dos clases de *hábeas corpus*, previstas en el artículo 3 de la Ley 23098,<sup>371</sup> su versión más clásica –empleando la terminología de Sagüés (2008)–<sup>372</sup> es el *hábeas corpus* “reparador”, es decir, el que tiende a reparar una “limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente”. Este es el *hábeas corpus* que, sin mencionarlo expresamente, prevé el artículo 18 de la Constitución cuando dice que “[n]ingún habitante de la Nación puede ser [...] arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”.

Consecuentemente, la ausencia de una “orden escrita” emitida por “autori-

---

366 Ver este análisis en Sacristán (2010).

367 Fallos: 300:816 (1978).

368 Fallos: 303:696 (1981).

369 “[...] la acción de *hábeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio.”

370 “Artículo 4. Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista en el art. 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *hábeas corpus* podrá tender a comprobar, en el caso concreto: 1° La legitimidad de la declaración del estado de sitio. 2° La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio. 3° La agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad que en ningún caso podrá hacerse efectiva en establecimientos destinados a la ejecución de penas. 4° El efectivo ejercicio del derecho de opción previsto en la última parte del art. 23 de la Constitución Nacional.”

371 “Artículo 3. Procedencia. Corresponderá el procedimiento de *hábeas corpus* cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique: 1° Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente. 2° Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere.”

372 Sagüés (2008, p. 138) distingue dos especies: reparador y preventivo, y en cada una de ellas identifica varias subespecies.



dad competente” es el requisito principal para la procedencia del *hábeas corpus* en su versión clásica. Como resultado de ello, ha sido necesario establecer quiénes y bajo qué circunstancias no son una “autoridad competente” para disponer la detención o bien la limitación, bajo otras formas, de la libertad ambulatoria de una persona, lo que ha dado lugar a un largo debate.

Al tomar este punto de partida, lo que aquí interesa especialmente, pues intento comparar el régimen argentino con el de los Estados Unidos, es si los jueces en la Argentina pueden llegar a ser, en algunos casos, una “autoridad incompetente”, cuyas decisiones sean susceptibles de ser revisadas mediante un *hábeas corpus*.

Es en este punto donde se presenta la gran diferencia entre nuestro sistema y el de los Estados Unidos, pues allí no está en discusión que los jueces locales son “competentes” para juzgar y condenar a quienes hayan cometido un delito, lo que importa a los fines de que proceda el *hábeas corpus* es que se haya impuesto una condena violatoria de la Constitución o de un derecho tutelado por las leyes federales.

Dicho en otros términos, el andamiaje jurídico de nuestro *hábeas corpus* está montado sobre la idea de la “incompetencia” de la autoridad que ordena la restricción a la libertad ambulatoria. En los Estados Unidos, este dato no es relevante. Lo que cuenta allí es que la decisión, aun cuando pueda haber sido emitida por autoridad competente, haya violado un derecho constitucional.

### 5.3. El *hábeas corpus* ante las decisiones judiciales

Comienzo por el final, pues la solución del planteo es bien conocida. En el orden nacional<sup>373</sup> no procede el *hábeas corpus* contra las decisiones judiciales.<sup>374</sup> Lo que en Estados Unidos constituye la parte esencial de la arquitectura del *hábeas corpus*, en nuestro derecho federal no existe.<sup>375</sup> Esta diferencia no nos hace ni mejores ni peores, implica, tan solo, que se trata de institutos con bases diferentes.

De acuerdo con una antigua jurisprudencia de la Corte Suprema, que no ha tenido quiebres hasta ahora, el *hábeas corpus* no procede si la privación de la li-

---

373 En algunas provincias ello está permitido. Ver el análisis de estos ordenamientos en Sagüés (2008, pp. 171 y ss).

374 Es el mismo principio que rige para la acción de amparo establecido en el artículo 2, inciso b) de la Ley 16986: “La acción de amparo no será admisible cuando: [...] b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial [...]”.

375 Hay algunos casos aislados citados por Sagüés (2008) y por Carrió (2019) que mencionaré más abajo.

bertad se originó en una causa seguida ante el juez competente. Ilustran esta serie casos como: *Juan Cousteau*,<sup>376</sup> *Ernesto Mancini*,<sup>377</sup> *Roque Schiaffino*,<sup>378</sup> *Cipriano Reyes*,<sup>379</sup> *Elena Margarita Rowe*,<sup>380</sup> *Atilio Demichelis*,<sup>381</sup> *Edgardo Tomás Villamil*,<sup>382</sup> *Guillermo Patricio Kelly*,<sup>383</sup> *Juan Victorio Asquini*<sup>384</sup> y *Pablo Moisés Celada*.<sup>385</sup> El mismo criterio se mantuvo luego de la sanción de la Ley 23098 en *José Angel Pucheta*,<sup>386</sup> *Daniel Eduardo Tortora*,<sup>387</sup> *Ceferino Salinas*,<sup>388</sup> *Domingo Ramón Miscioscia*,<sup>389</sup> *Carlos Luconi*,<sup>390</sup> *Ramón Alberto Ortega*<sup>391</sup> y *María Adelina Sarruggi*,<sup>392</sup> entre otros. Este mismo criterio se reproduce en otros tribunales federales, tales como la Sala A de la Cámara Federal de Rosario,<sup>393</sup> la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>394</sup> y la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia<sup>395</sup>

Igual solución fue aplicada respecto a las decisiones de los tribunales militares,<sup>396</sup> solución que fue mantenida ya vigente la Ley 23098.<sup>397</sup> Ciertamente es que

---

376 Fallos: 60:397 (1895).

377 Fallos: 65:369 (1896).

378 Fallos: 72:328 (1898).

379 Fallos: 219:111 (1951).

380 Fallos: 233:103 (1955).

381 Fallos: 231:106 (1955).

382 Fallos: 237:8 (1957).

383 Fallos: 242:112 (1958).

384 Fallos: 275:102 (1960).

385 Fallos: 303:1354 (1981).

386 Fallos: 311:133 (1988).

387 Fallos: 313:1262 (1990).

388 Fallos: 314:95 (1991).

389 Fallos: 317:916 (1994).

390 Fallos: 318:2664 (1995).

391 Fallos: 323:546 (2000).

392 Fallos: 324:4005 (2001).

393 C., *Rodolfo Valentino*, 28/5/2014, [FRO 8983/2014/CA1]; P., *Horacio Rogelio y B., Juan Carlos*, 27/5/2014 [FRO 8996/2014].

394 *Jorge Alberto Di Plácido*, 22/5/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].

395 *Gabriel Cabrera*, 24/4/2014 [FRE 1978/2014/CA1].

396 *José Bargas Meliton*, Fallos: 63:272 (1898); *Julián Arabehegy*, Fallos: 75:161 (1898); *Florencio Lara*, Fallos: 77:319 (1899); *Salomón Mansout*, Fallos: 78:246 (1899); *Pastor Echenique*, Fallos: 82:23 (1899); *Andrés González*, Fallos: 91:249 (1901); *Pedro Mórtoła*, Fallos: 145:130 (1925); *Vicente Pucci*, Fallos: 243:306 (1959).

397 *Miguel Oscar Cardozo*, Fallos: 310:57 (1987); *Norma Ilda Zariquiegui de Seara*, Fallos: 310:2005 (1987); *Justo Pastor Carmona*, Fallos: 310:2167 (1987); *Ángel Daniel León*, Fallos: 311:2421 (1988); *Horacio P. Ballester*, Fallos: 312:1082 (1989). Ver también el voto de los jueces Belluscio y Highton de Nolasco

con la Ley 23042<sup>398</sup> cesó la aplicación de la jurisdicción militar a los civiles y se permitió que las condenas impuestas a estos en sede militar fueran impugnadas por vía del *habeas corpus*.

También fue aplicada respecto a las penas de arresto impuestas por la Policía Federal, bajo los antiguos edictos de policía, luego de la sanción de la Ley 23098.<sup>399</sup> Un poco diferente en esta serie fue el caso *Octavio Di Salvo*,<sup>400</sup> en el cual, sin abandonar el principio general,<sup>401</sup> la Corte hizo lugar al *habeas corpus* contra una pena de arresto impuesta por la entonces Justicia Municipal de Falta de la Ciudad de Buenos Aires, por entender que el recurso ante la justicia civil no constituía, en ese caso, un control judicial suficiente en los términos de *Fernández Arias c/Poggio*.<sup>402</sup> Este mismo criterio aparece en los casos *León y Capranzano* antes citados.<sup>403</sup>

Sin apartarse estrictamente del principio indicado, los jueces Orgaz y Villegas Basavilbaso, en el caso *Kelly*, y luego el juez Orgaz, en *Pucci*, admitieron la procedencia del *habeas corpus* dadas las groseras violaciones al debido proceso que habían ocurrido en dichos procesos.<sup>404</sup> También votó en disidencia el juez Bacqué en el caso *Pucheta*. Si bien reconoció que la Ley 23098 no prevé expresamente el *habeas corpus* contra decisiones judiciales,<sup>405</sup> sostuvo –al igual que lo hicieron Orgaz y Villegas Basavilbaso– que este debe proceder en casos de grave violación al debido proceso.<sup>406</sup>

En síntesis, de la jurisprudencia reseñada surge lo siguiente: (a) el *habeas*

---

en *Mariano Romero*, Fallos: 327:5756 (2004), un caso en el cual, por mayoría, el recurso extraordinario fue rechazado por razones formales.

398 BO 15/02/1984.

399 *María Cristina Salort*, Fallos: 308:2236 (1986); *Pompeo Pascual Capranzano*, Fallos: 314:1220 (1991).

400 Fallos: 311:334 (1988).

401 Ver el considerando 3°.

402 Fallos: 247:646 (1960). A *Di Salvo* se le había impuesto un arresto de ochenta días y el recurso ante la justicia civil ordinaria de la Capital Federal solo tenía efecto devolutivo. La Corte entendió, entonces, que cuando el recurso fuera resuelto, *Di Salvo* ya habría cumplido la pena. Ver el considerando 8°.

403 Ver notas 397 y 399.

404 *Kelly* había sido trasladado al penal de Ushuaia, a 3.000 km de distancia del lugar donde se celebraba el juicio y de donde residía su abogado defensor. *Pucci* era un obrero ferroviario condenado a dos años de prisión por un tribunal militar en un juicio que duró apenas un día, en el cual el imputado apenas pudo defenderse.

405 Ver el considerando 5° de su voto.

406 En este caso, la condena había sido impuesta con fundamento en una declaración efectuada ante las autoridades policiales que –en palabras de Bacqué– tenía fuertes presunciones sobre su “falta de espontaneidad”. Ver el considerando 7°, último párrafo.

*corpus* no procede cuando la restricción a la libertad está dispuesta por un juez competente;<sup>407</sup> y (b) este principio se extiende también a los tribunales militares y administrativos, salvo que contra sus decisiones no exista un control judicial suficiente.

En la doctrina hay voces favorables a la admisión del *hábeas corpus* contra decisiones judiciales. Sagüés (2008, pp. 161-170) analiza las tesis negativa y positiva sobre la admisión del *hábeas corpus* contra decisiones judiciales y menciona que algunos tribunales federales,<sup>408</sup> nacionales<sup>409</sup> y provinciales<sup>410</sup> han admitido el *hábeas corpus* (en algunas casos planteado como amparo) contra decisiones judiciales; cita los comentarios de doctrina que los analizan<sup>411</sup> y recuerda que esta tendencia se insinúa en el voto del juez Bacqué en el caso *Pucheta* antes citado, comentado en su momento por el autor (Sagüés, 1988). Señala también que la propia Ley 23098 no prohíbe expresamente esta posibilidad.<sup>412</sup> Todo ello lo lleva a pensar que existe una tendencia “aperturista” sobre el tema (Sagüés, 1988, p. 168). Como conclusión, aclarando que el tema es complejo y espinoso, Sagüés (1988) opina que:

si los medios impugnativos ordinarios no dan una respuesta oportuna, o si causan un agravio de difícil o imposible reparación ulterior, habrá entonces que crear pretorianamente el *hábeas corpus* del caso, que es el subtipo de amparo tutor de la libertad personal. (p. 169)

También han opinado a favor del *hábeas corpus* contra las condenas que violan el debido proceso Gelli (2018, p. 848) y Carrió-Garay (2019, pp. 210-229).<sup>413</sup>

407 Si bien no está dicho expresamente, de los casos *Kelly* y *Pucci* podría interpretarse que el *hábeas corpus* no procede aun cuando haya violaciones al debido proceso, bien que se trata de decisiones antiguas tomadas en circunstancias políticas muy especiales.

408 Cámara Federal de Mar del Plata, 05/12/1996, *El Derecho*, 174-466 y Cámara Federal de General Roca, 15/11/1993, *El Derecho*, 165-208,

409 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala I), 09/02/2003, *La Ley*, 2003-C-365.

410 Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Miró*, 04/08/1959, *La Ley*, 95-625; Cámara Penal de Rosario (Sala II), 07/08/1986, *Jurisprudencia Argentina* 1987-II-29 y Cámara de Apelaciones de Concordia (sala III), 04/06/1997, *La Ley-Litoral*, 1988-2-572, entre otros.

411 Entre otros, Bidart Campos (1994), elogiando la decisión de la Cámara Federal de Gral. Roca.

412 En su opinión, “[e]l texto de la ley 23.098 no descarta, necesariamente, los *hábeas corpus* contra las resoluciones judiciales” (Sagüés, 1988, p. 162).

413 Según este autor, “Es cierto que de ordinario un proceso penal iniciado por los carriles normales y concluido con sentencia firme debería significar el fin del proceso y la imposibilidad para el condenado de que se reexamine su situación legal. Pero también es cierto que si por alguna razón –y nues-

## 6. Reflexiones para la Argentina sobre la aplicación de un sistema muy particular

Sin lugar a dudas, el sistema del *habeas corpus* como medio de revisión de las decisiones judiciales es muy particular y no está exento de controversias.<sup>414</sup> Para nosotros, el *habeas corpus* es una acción, usualmente dirigida contra un funcionario o autoridad estatal,<sup>415</sup> que ha ordenado una detención “sin orden escrita de autoridad competente” o que ha agravado las condiciones de detención. Debe ser considerado, asimismo, el impacto que tendría la aplicación del *collateral review* en el sistema federal de gobierno si pretendiéramos extenderlo, como ocurre en Estados Unidos, a las sentencias de los tribunales provinciales.

En función de ello, me parece que la posibilidad de aplicar este instituto en nuestro país exige considerar separadamente el caso de las decisiones emanadas de los tribunales federales y nacionales, por un lado, y de las que dictan los tribunales provinciales, por el otro.

En relación con las primeras, tengo fuertes reparos para admitir que el *habeas corpus* se convierta en un medio de control de los jueces por los propios jueces. A todos los inconvenientes que presenta el “trasplante” del derecho extranjero, tantas veces señalados por la doctrina,<sup>416</sup> debe sumarse, en este caso, que dicho control ya existe por medio de las vías recursivas. Es el “control vertical” que nace de la división jerárquica del Poder Judicial en varias instancias. Es verdad que el sistema es imperfecto y, por cierto, no está exento de que,

---

tro país suele dar cada tanto chances para que ello ocurra— un condenado por sentencia firme puede seriamente argumentar que a esa condena se llegó con violación de sus derechos constitucionales, firmemente creo que los tribunales no deberían cerrarle aquél, como de un portazo, la vía del *habeas corpus*”. Desde ya, el criterio para admitir ese recurso, y en especial en atención al valor de la cosa juzgada, debería ser particularmente restrictivo. Pero también es claro que una persona condenada en desconocimiento de sus garantías tiene un agravio que, como mínimo, balancea ese peso de la cosa juzgada. En todo caso, me preocuparía mucho que así no se lo entendiera” (Carió, 2019, p. 219). Carió (2019, p. 219) menciona como valiosos en este sentido los casos *Ferroud* del Tribunal Superior de Entre Ríos, La Ley, 1992-E-342 y *T.E.O. s/pedido de habeas corpus a favor de V.Y.G.G.* de la Cámara Federal de General Roca, El Derecho, 156-205.

414 Hemos visto que en los Estados Unidos se traza una línea divisoria muy marcada entre los jueces conservadores y los jueces liberales. Los primeros restringen el *collateral review* invocando la estabilidad y deferencia que debe acordarse a las sentencias de los tribunales estatales. Los segundos, en cambio, ponen la mira en la negligencia y en los errores de los defensores públicos, que perjudican a los imputados de bajos recursos.

415 El artículo 2 de la Ley 23098 prevé también que puede interponerse un *habeas corpus* contra actos de particulares (“Cuando el acto lesivo proceda de un particular se estará a lo que establezca la ley respectiva”), una disposición controvertida que no figuraba en el proyecto original del entonces senador Fernando de la Rúa y dio lugar a debate en el tratamiento legislativo de la ley. Ver Sagüés (2008, pp. 127-133).

416 Entre otros, Miller (2003), Rosenkrantz (2003) y Watson (1993).

en algunas ocasiones, se produzcan graves violaciones al debido proceso. Pero, aun así, no me parece que la solución a este problema sea la existencia de un “control horizontal” ejercido por fuera de las vías recursivas. Otorgar al *hábeas corpus* esta función puede acarrear consecuencias que deben ser cuidadosamente evaluadas. Seamos conscientes de que permitir esta posibilidad, sin reglas procesales claras, puede equivaler a abrir la caja de Pandora.

Por ello, me parece que los jueces no pueden arrogarse esta función sin una ley expresa que los habilite, de lo contrario, podría llegar a producirse un fuerte desorden interno dentro del sistema judicial, donde cada litigante, desconforme con cualquier decisión, además de apelarla ante el tribunal superior, acuda a otro juez con un *hábeas corpus*.

Asimismo, ya en un orden más teórico, me parece difícil sostener que esta modalidad tan especial del *hábeas corpus* pueda hallarse dentro de las facultades implícitas de los jueces, como ocurre con el control de constitucionalidad,<sup>417</sup> la acción de amparo<sup>418</sup> o la acción declarativa de inconstitucionalidad.<sup>419</sup> Tengamos en cuenta que no se trata, en este caso, de controlar al Congreso o a la Administración, que es una de las principales funciones judiciales emanada de la separación de poderes. La cuestión aquí es muy diferente, pues el imputado o condenado en un juicio, en lugar de recorrer las vías recursivas, entablaría una acción directa contra el tribunal interviniente en esa causa, planteada ante otro tribunal que no es la alzada del anterior, cuya competencia para estos casos nacería, implícitamente, del deber de preservar el debido proceso. ¿Es este un poder inherente de los jueces? Recordemos, por lo demás, que una condición esencial del debido proceso es que existan reglas objetivas, ordenadas y razonables, pues el desorden procesal es su peor enemigo.

Por estas razones entiendo –y aun así tengo reparos– que solo por medio de una ley podría crearse la facultad de revisar las decisiones judiciales –de los jueces federales y nacionales– por medio del *hábeas corpus*. Dicha ley, en primer lugar, debería establecer, como principio general, que este empleo del *hábeas corpus* sea excepcional, de modo tal que no interfiera con el normal desarrollo de un proceso en marcha y, en segundo lugar, debería establecer, con absoluta precisión, qué requisitos y condiciones deben cumplirse para

---

417 *Caffarena c/Banco Argentino del Rosario de Santa Fe*, Fallos: 10:427 (1871); *Eduardo Sojo*, Fallos: 32:120 (1887).

418 *Angel Siri*, Fallos: 239:459 (1957); *Samuel Kot S.R.L*, Fallos: 241:291 (1958).

419 El primer caso en el cual la acción declarativa de inconstitucionalidad se advierte nitidamente es *Estado Nacional c/Provincia de Santiago del Estero*, Fallos: 310:2812 (1987).

habilitarlo el *habeas corpus* en estos casos,<sup>420</sup> quiénes serían los jueces competentes para ello y cómo impactarían estas decisiones en la cosa juzgada de las sentencias que sean revisables.

Veamos, ahora, el caso de la revisión de la sentencias de los tribunales provinciales.

En nuestro sistema, una decisión emanada de un tribunal provincial solo es susceptible de ser revisada en sede federal por la Corte Suprema por medio del recurso extraordinario.<sup>421</sup> Es indudable de que se trata de una función singular dentro del sistema federal que, a la vez, es propia de este, pues alguien debe hacer valer en última instancia la supremacía que establece el artículo 31. Por ello, hace muchos años, Juan A. González Calderón (1927), en un artículo periodístico dijo que, al declarar la inconstitucionalidad de una ley local,<sup>422</sup> la Corte ejercía una suerte de “intervención judicial”. Esta expresión no fue del todo feliz, ya que poco tiene que ver el recurso extraordinario con la intervención política del artículo 6 -y, tal vez por ello, haya generado una airada crítica de Rafael Bielsa (1958, p. 133)-, sin embargo, es muy gráfica y pone de manifiesto que se trata de un remedio excepcional.

Si bien en los Estados Unidos el núcleo del sistema consiste en la revisión de las decisiones estatales, a nadie escapa que, en nuestro país, tal sistema de *collateral review* podría llegar a tener fuertes cuestionamientos constitucionales desde el régimen federal. ¿Qué pasaría si un juez federal hiciera lugar a un *habeas corpus* interpuesto contra una decisión de un juez provincial? Dentro de un sistema carente de reglas legales claras, creado a impulsos espontáneos de la jurisprudencia, alguien podría querer imitar el sistema de los Estados Unidos, convirtiendo a los jueces federales en revisores de los jueces provinciales. Podría plantearse qué es más importante, si la defensa de la autonomía provincial o el

---

420 Creo indispensable, como mínimo, que se trate de una sentencia definitiva, o bien equiparable a definitiva por sus efectos, en la forma que este concepto ha sido definido por la Corte Suprema. Sobre esta cuestión me remito a lo dicho en Bianchi (1998).

421 Durante el breve tiempo que rigieron los artículos 6 a 26 de la Ley 27 -derogados implícitamente por la Ley 48- el artículo 21 establecía: “[La justicia nacional] puede conocer en grado de apelación de los fallos y resoluciones de los Juzgados inferiores de Provincia, en los casos regidos por la Constitución y Leyes Nacionales, siempre que el agraviado no prefiera concurrir al Juzgado o Tribunal Superior de la Provincia”. Esta es la disposición más cercana que hemos tenido al sistema de revisión del *collateral review* y, como vemos, se refería a todos los procesos judiciales, lo que implicaba una clara invasión de la justicia federal en la justicia provincial.

422 Se trataba del caso *Viñuales c/ Pcia. de Jujuy*, Fallos: 149:187 (1927), en donde se declaró la inconstitucionalidad de una norma de esa provincia que, a juicio de la Corte, so color de una emisión de bonos de tesorería, había autorizado en realidad la emisión de papel moneda.

respeto al debido proceso y, según qué posición se tome, las opiniones se volcarán en favor de la revisión o de la no revisión. En mi opinión, esta disyuntiva es falsa. Creo que el recurso extraordinario, además de preservar adecuadamente el sistema federal, garantiza el debido proceso.

Por lo demás, en el *hábeas corpus* esta separación entre la competencia federal y provincial también es clara. Así lo establece el artículo 2 de la Ley 23098,<sup>423</sup> el cual ha modificado, en este aspecto, el artículo 20 de la Ley 48, que, inspirado probablemente en la Force Act de 1833,<sup>424</sup> disponía que era competente la justicia federal cuando una autoridad provincial detenía a un miembro del Congreso nacional o a quien ejerciera una comisión del Gobierno nacional.<sup>425</sup> Esta modificación, en mi opinión, ha fortalecido la separación entre la competencia federal y la provincial. Debemos recordar, asimismo, que en algunas provincias la revisión de las decisiones judiciales por medio del *hábeas corpus* está permitida.<sup>426</sup>

A estas razones jurídicas debe añadirse un componente fáctico. El sistema en los Estados Unidos no solo parece ser bastante inefectivo en cuanto a sus resultados prácticos, sino que agrega, además, una importante carga de tareas en la justicia federal, una cuestión que siempre ha generado preocupación.<sup>427</sup> Según una estadística aportada por Wright (1994, p. 366), a principios de la década de 1990 el *hábeas corpus* solo era concedido en un 4% de los casos planteados. Asimismo, según estadísticas de la Administrative Office of the U.S. Courts, en el período marzo 2018/marzo 2019, en los tribunales de distrito se plantearon 286.289 casos, de los cuales 16.749 fueron *hábeas corpus*.<sup>428</sup>

En síntesis, el régimen federal, la clara separación de competencias establecida en la Ley 23098, la existencia en algunas provincias del *hábeas corpus* como

---

423 “La aplicación de esta ley corresponderá a los tribunales nacionales o provinciales, según el acto denunciado como lesivo emane de autoridad nacional o provincial.”

424 Ver el apartado 3.4.

425 “[...] cuando una autoridad provincial haya puesto preso a un miembro del Congreso, o cualquier otro individuo que en comisión del gobierno nacional, la Corte Suprema o los jueces de sección podrán a instancia del preso o de sus parientes, o amigos, investigar sobre el origen de la prisión, y en caso que esta haya sido ordenada por autoridad o persona que no esté facultada por la ley, mandará poner al preso inmediatamente en libertad.”

426 Así, por ejemplo, el artículo 405 del Código Procesal Penal de Buenos Aires establece que “[...] se considerará ilegal o arbitraria a los efectos de la procedencia del Hábeas Corpus toda detención o prisión preventiva dictada: [...] 5. Cuando proceda, en cualquier etapa del proceso, la excarcelación o la eximición de prisión y al imputado se le hubiere negado ese derecho”. Para un análisis más detallado de esta cuestión, me remito a Sagüés (2008, p. 171 y ss).

427 Ver, entre otros, Meador (1966, pp. 286-300).

428 United States Courts (s.f.).



medio de revisión de las decisiones y la posibilidad de que las eventuales violaciones al debido proceso sean remediadas por la Corte Suprema por medio del recurso extraordinario me llevan a pensar que, en la Argentina, el *collateral review* de la justicia federal sobre las decisiones judiciales provinciales es jurídicamente inviable.

## Bibliografía

- Bianchi, A. B. (1998). *La sentencia definitiva ante el recurso extraordinario*. Buenos Aires: Ábaco.
- Bianchi, A. B. (2007). El caso “Hamdam” y la ley marcial en los Estados Unidos. *La Ley*, 2007-B, 1045-1061.
- Bianchi, A. B. (2018). La organización de los tribunales federales en los Estados Unidos. *El Derecho - Constitucional*, 13 de diciembre de 2018 (no está en tomo), 1-13.
- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el Derecho comparado*, Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Bidart Campos, G. J. (1994). Una extradición dejada sin efecto en un hábeas corpus y una luminosa decisión judicial. *El Derecho*, t. 156, 206-208.
- Bielsa, R. (1958). *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema* (2ª ed). Buenos Aires: Depalma.
- Blackstone, W. (1979). *Commentaries on the Laws of England* (Vol. 3). Chicago/Londres: The University of Chicago Press [1765-1769] facsimile of the first edition.
- Carrió, A. (2019). *Garantías constitucionales en el proceso penal* (6ª ed., con la colaboración de Alberto Garay). Buenos Aires: Hammurabi.
- Chemerinsky, E. (2010). *The Conservative Assault on the Constitution*. Nueva York: Simon & Schuster.
- Chemerinsky, E. (2014). *The Case Against the Supreme Court*. Nueva York: Penguin Books.
- Chemerinsky, E. (2016). *Federal Jurisdiction* (7ª ed.). Nueva York: Wolters Kluwer.
- Chemerinsky, E. (2017). *Closing the Courthouse Door: How Your Constitutional Rights Became Unenforceable*. New Haven: Yale University Press.
- Church, W. S. (2002). *A Treatise of the Writ of Habeas Corpus*. Nueva Jersey: The Law Book Exchange, reprint of San Francisco: Bancroft Whitney [1886].
- Duker, W. F. (1980). *A Constitutional History of Habeas Corpus*. Westport: Greenwood Press.
- Fallon, R. H. y Meltzer, D. J. (1991). New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies. *Harvard Law Review*, 104(8), 1731-1833
- Fallon, R. H., Meltzer, D. J. y Shapiro, D. (1996). *Hart and Wechsler's The Federal Court and the Federal System* (4ª ed.). Nueva York: The Foundation Press.
- Farrand, M. (Ed.). (1911). *The Records of the Federal Convention* (Vol. 2). New Haven: Yale University Press, reprint by Carmel, IN: Liberty Fund.
- Freedman, E. M. (2000). Milestones in Habeas Corpus: Part III - Brown v. Allen: The Habeas Corpus Revolution that Wasn't. *Alabama Law Review*, 51(4), 1541-1624.

- García del Corral, I. (1989). *Cuerpo del Derecho Civil Romano* (Tomo III). Madrid: Lex Nova, edición facsimilar de Barcelona 1897.
- Garner, B. A. (Ed.). (2004). *Black's Law Dictionary* (8ª ed.). Eagan: West Publishing Co.
- Gelli, M. A. (2018). *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada* (5ª ed., Tomo 1). Buenos Aires: La Ley.
- González Calderón, J. A. (4 de octubre de 1927). La intervención judicial de la Corte Suprema en las provincias. *La Prensa*.
- Graham, F. (1970). *The Due Process Revolution. The Warren's Court Impact on Criminal Law*. Nueva York: Hayden.
- Irons, P. (1994). *Brennan v. Rehnquist. The Battle for the Constitution*. Nueva York: Alfred A. Knopf.
- Kendrick, B. B. (2004). *The Journal of the Joint Committee of Fifteen on Reconstruction, 39th Congress, 1865-1867*. Nueva York: The Lawbook Exchange, reprint of New York: Columbia University Press [1914].
- Lewis, J. E. (2017). *The Burr Conspiracy: Uncovering the Story of an Early American Crisis*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Meador, D. J. (1966). The Impact of Federal Habeas Corpus Petitions from State Prisoners. *Virginia Law Review*, 52(2), 286-300.
- Miller, J. M. (2003). A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. *American Journal of Comparative Law*, 51, 839-886.
- Rosenkrantz, C. F. (2003). Against borrowing and other non-authoritative uses of foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, 1, 269-295.
- Sacristán, E. B. (2010). Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal. En AAVV, *Cuestiones de control de la Administración Pública: administrativo, legislativo y judicial*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 689-714.
- Sagüés, N. P. (1988). El hábeas corpus contra resoluciones judiciales. *La Ley*, 1988-D, 227-232.
- Sagüés, N. P. (2008). *Hábeas corpus* (4ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Savage, D. G. (1992). *Turning Right. The Making of the Rehnquist Court*. Nueva Jersey: John Wiley & Sons.
- Schwartz, B. (1983). *Super Chief. Earl Warren and His Supreme Court. A Judicial Biography*. Nueva York/Londres: New York University Press.
- Schwartz, H. (1988). *Packing the Courts. The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution*. Nueva York: Charles Scribner's Sons.
- Schwartz, B. (1990). *The New Right and the Constitution. Turning Back the Legal Clock*. Boston: Northeastern University Press.
- Story, J. (2001). *Commentaries on the Constitution of the United States* (2ª ed.). Nueva York: The Lawbook Exchange, reprint of Boston: Little Brown and Co. third edition [1858].
- Toobin, J. (2007). *The Nine. Inside the Secret World of the Supreme Court*. Nueva York: Random House y Doubleday.
- Tushnet, M. (2005). *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*. Nueva York: W.W. Norton & Co.
- Tushnet, M. (2006). William Rehnquist's Federalism. En Bradley, C. (Ed.), *The Rehnquist Legacy* (pp. 187-203). Nueva York: Cambridge University Press.

United States Courts (s.f.). *Federal Judicial Caseload Statistics 2019*. Table C-2—U.S. District Courts—Civil Federal Judicial Caseload Statistics (March 31, 2019). <https://www.uscourts.gov/statistics-reports/federal-judicial-caseload-statistics-2019>.

Urofsky, M. y Finkelman, P. (2002). *A March of Liberty. A Constitutional History of the United States* (2ª ed., Vol. II). Nueva York: Oxford University Press.

Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2ª ed.). Georgia: University of Georgia Press.

Woodward, B. y Armstrong, S. (1979). *The Brethren. Inside the Supreme Court*. Nueva York: Avon Books.

Wright, C. A. (1994). *Law of Federal Courts*, fifth edition. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.

Yarbrough, T. E. (2000). *The Rehnquist Court and the Constitution*. Nueva York: Oxford University Press.

## Legislación citada

### Argentina

Código Procesal Penal de Buenos Aires, Ley 11922, BOPBA 23/1/1997, artículo 405.

Ley 27, publicada el 13/10/1862.

Ley 48, RN 1863-1869, p. 49.

Ley 16986, BO 20/10/1966.

Ley 23049, Código de Justicia Militar, BO 15-02-1984.

Ley 23098, BO 25/10/1984.

### Estados Unidos

10 USC § 801.

28 U.S. Code §§ 2241-2255.

5 Stat. 539.

Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996, 110 Stat. 1214.

Authorization for Use of Military Force (AUMF), 115 Stat. 224.

Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda XIII.

Force Act of 1833, 4 Statues at Large 632.

Habeas Corpus Act of 1867, 14 Stat. 385.

Habeas Corpus Rules: 4(a); 11(b); 52(b).

Judiciary Act of 1789, 1 Stat. 73.

Military Commissions Act of 2006, 120 Stat. 2600.

### Reino Unido

31 Charles II, Chapter 2.

## Jurisprudencia citada

### Reino Unido

Secretary of State for Home Affairs v O'Brien [1923] AC 603, el House of Lords.

## Estados Unidos

### Suprema Corte de los Estados Unidos

- Allen v. Hardy*, 478 U.S. 255 (1986).  
*Allen v. McCurry*, 449 U.S. 90 (1980).  
*Armutz v. Bennett*, 531 U.S. 4 (2000).  
*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).  
*Barron v. Mayor of Baltimore*, 32 U.S. 243 (1833).  
*Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986).  
*Bell v. Cone*, 535 U.S. 685 (2002).  
*Benton v. Maryland*, 395 U.S. 784 (1969).  
*Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008).  
*Bowen v. Roy*, 476 U.S. 693 (1986).  
*Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).  
*Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973).  
*Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953).  
*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).  
*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).  
*Butler v. McKellar*, 494 U.S. 407 (1990).  
*Carafas v. La Vallee*, 391 U.S. 234 (1968).  
*Carey v. Saffold*, 536 U.S. 214 (2002).  
*Castille v. Peoples*, 489 U.S. 346 (1989).  
*City of Los Angeles, Department of Water and Power v. Manhart*, 435 U.S. 702 (1978).  
*Clemons v. Mississippi*, 494 U.S. 738 (1990).  
*Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681, 706 (1997).  
*Cohens v. Virginia*, 19 U.S. 264 (1821).  
*Coleman v. Thompson*, 501 U.S. 722 (1991).  
*Cromwell v. County of Sac*, 94 U.S. 351 (1876).  
*Cullen v. Pinholster*, 563 U.S. 170 (2011).  
*Davis v. Burke*, 179 U.S. 399 (1900).  
*Davis v. United States*, 411 U.S. 233 (1973).  
*Day v. McDonough*, 547 U.S. 198 (2006).  
*Dodd v. United States*, 545 U.S. 353 (2005).  
*Douglas v. California*, 372 U.S. 353 (1963).  
*Dretke v. Haley*, 541 U.S. 386 (2004).  
*Duckworth v. Serrano*, 454 U.S. 1 (1981).  
*Duncan v. Walker*, 533 U.S. 167 (2001).  
*Engle v. Isaac*, 456 U.S. 107 (1982).  
*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964).  
*Estes v. Texas*, 381 U.S. 532 (1965).  
*Ex parte Bollman and Ex Parte Swartwout*, 8 U.S. 75 (1807).  
*Ex parte Hawk*, 321 U.S. 114 (1944).  
*Ex parte Lange*, 85 U.S. 163 (1873).

*Ex parte Royall*, 117 U.S. 241 (1886).  
*Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371 (1879).  
*Factor v. Laubenheimer*, 290 U.S. 276 (1933).  
*Fay v. Noia*, 372 U.S. 391 (1963).  
*Felker v. Turpin*, 518 U.S. 651 (1996).  
*Fernandez v. Phillips*, 268 U.S. 311 (1925).  
*Francis v. Henderson*, 425 U.S. 536 (1976).  
*Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309 (1915).  
*Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).  
*Gilmore v. Taylor*, 508 U.S. 333 (1993).  
*Granberry v. Greer*, 481 U.S. 129 (1987).  
*Gray v. Netherland*, 518 U.S. 152 (1996).  
*Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).  
*Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).  
*Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).  
*Harrington v. Richter*, 562 U.S. 86 (2011).  
*Heck v. Humphrey*, 512 U.S. 477 (1994).  
*Hensley v. Municipal Court*, 411 U.S. 345 (1973).  
*Herrera v. Collins*, 506 U.S. 390 (1993).  
*Hill v. McDonough*, 547 U.S. 573 (2006).  
*Holland v. Florida*, 560 U.S. 631 (2010).  
*House v. Bell*, 547 U.S. 518 (2006).  
*Hoyt v. Florida*, 368 U.S. 57 (1961).  
*In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).  
*Irvin v. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961).  
*Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979).  
*Johnson v. Avery*, 393 U.S. 483 (1969).  
*Jones v. Cunningham*, 371 U.S. 236 (1963).  
*Keeney v. Tamayo-Reyes*, 504 U.S. 1 (1992).  
*Kimmelman v. Morrison*, 477 U.S. 365 (1986).  
*Klopfer v. North Carolina*, 386 U.S. 213 (1967).  
*Lackawanna County District Attorney v. Coss*, 532 U.S. 394 (2001).  
*Landis v. North American Co.*, 299 U.S. 248 (1936).  
*Lee v. Kemna*, 534 U.S. 362 (2002).  
*Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).  
*Lindh v. Murphy*, 521 U.S. 320 (1997).  
*Lockyer v. Andrade*, 538 U.S. 63 (2003).  
*Lonchar v. Thomas*, 517 U.S. 314 (1996).  
*Mackey v. United States*, 401 U.S. 667 (1971).  
*Magwood v. Paterson*, 561 U.S. 320 (2010).  
*Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).  
*Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).  
*Marchetti v. United States*, 390 U.S. 39 (1968).  
*Martinez v. Ryan*, 566 U.S. 1 (2012).

- Massiah v. United States*, 377 U.S. 201 (1964).  
*Mayle v. Felix*, 545 U.S. 644 (2005).  
*Maynard v. Cartwright*, 486 U.S. 356 (1988).  
*McCarthy v. Harper*, 449 U.S. 1309 (1981).  
*McCleskey v. Zant*, 499 U.S. 467 (1991).  
*McNally v. Hill*, 293 U.S. 131 (1934).  
*McNally v. Hill*, 293 U.S. 131, 136-137 (1934).  
*McQuiggin v. Perkins*, 569 U.S. 383 (2013).  
*McQuiggin v. Perkins*, 569 U.S. 383 (2013).  
*Meek v. Pittenger*, 421 U.S. 349 (1975).  
*Miller v. Fenton*, 474 U.S. 104 (1985).  
*Miller-El v. Cockrell*, 537 U.S. 322 (2003).  
*Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).  
*Monroe v. Pape*, 365 U.S. 167 (1981).  
*Montana v. United States*, 440 U.S. 147 (1979).  
*Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86 (1923).  
*Morrissey v. Brewer*, 408 U.S. 471 (1972).  
*Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975).  
*Murray v. Carrier*, 477 U.S. 478 (1986).  
*Nelson v. Campbell*, 541 U.S. 637 (2004).  
*New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).  
*New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).  
*Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977).  
*O'Dell v. Netherland*, 521 U.S. 151 (1997).  
*Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112 (1970).  
*Pace v. Di Guglielmo*, 544 U.S. 408 (2005).  
*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).  
*Parker v. Ellis*, 362 U.S. 574 (1960).  
*Patsy v. Board of Regents of Florida*, 457 U.S. 496 (1982).  
*Patterson v. New York*, 432 U.S. 197 (1977).  
*Patton v. Yount*, 467 U.S. 1025 (1984).  
*Penry v. Lynaugh*, 492 U.S. 302 (1989).  
*Peyton v. Rowe*, 391 U.S. 54 (1968).  
*Piccard v. Connor*, 404 U.S. 270 (1971).  
*Planned Parenthood Association v. Ashcroft*, 462 U.S. 476 (1983).  
*Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1976).  
*Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965).  
*Preiser v. Rodriguez*, 411 U.S. 475 (1973).  
*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).  
*Reed v. Ross*, 468 U.S. 1 (1984).  
*Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).  
*Renico v. Lett*, 559 U.S. 766 (2010).  
*Rhines v. Weber*, 544 U.S. 269 (2005).  
*Rideau v. Louisiana*, 373 U.S. 723 (1963).

*Robinson v. Shell Oil Co.*, 519 U.S. 337 (1997).  
*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).  
*Rose v. Lundy*, 455 U.S. 509 (1982).  
*Rose v. Mitchell*, 443 U.S. 545 (1979).  
*Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004).  
*Rushen v. Spain*, 464 U.S. 114 (1983).  
*Russel v. City of Pierre*, 530 F.2d.  
*Saffle v. Parks*, 494 U.S. 484 (1990).  
*Sanders v. United States*, 373 U.S. 1 (1963).  
*Sawyer v. Smith*, 497 U.S. 227 (1990).  
*Sawyer v. Whitley*, 505 U.S. 333 (1992).  
*Schlup v. Delo*, 513 U.S. 298 (1995).  
*Sims v. Georgia*, 389 U.S. 404 (1967).  
*Slack v. Daniel*, 529 U.S. 473 (2000).  
*Solem v. Helm*, 459 U.S. 460 (1983).  
*Stallings v. Splain*, 235 U.S. 339 (1920).  
*Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).  
*Strait v. Laird*, 406 U.S. 341 (1972).  
*Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).  
*Stringer v. Black*, 503 U.S. 222 (1992).  
*Teague v. Lane*, 489 U.S. 288 (1989).  
*Townsend v. Sain*, 372 U.S. 293 (1963).  
*Trevino v. Thaler*, 569 U.S. 413 (2013).  
*Twining v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908).  
*Tyler v. Cain*, 533 U.S. 656 (2001).  
*United States v. Frady*, 456 U.S. 152 (1982).  
*United States v. Nixon*, 418 U.S. 405 (1974).  
*United States v. SCRAP*, 412 U.S. 669 (1973).  
*Vazquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986).  
*Wainwright v. Sykes*, 433 U.S. 72 (1977).  
*Wales v. Whitney*, 114 U.S. 564 (1885).  
*Walker v. Wainwright*, 390 U.S. 335 (1968).  
*Wall v. Kholi*, 562 U.S. 545 (2011).  
*White v. Maryland*, 373 U.S. 59 (1963).  
*White v. Woodall*, 572 U.S. 415 (2014).  
*Williams v. Florida*, 399 U.S. 78 (1970).  
*Williams v. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000).  
*Williams v. Taylor*, 529 U.S. 420 (2000).  
*Wilwording v. Swenson*, 404 U.S. 249 (1971).  
*Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510 (1968).  
*Withrow v. Williams*, 507 U.S. 680 (1993).  
*Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977).  
*Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).  
*Wright v. West*, 505 U.S. 277 (1992).

*Wolff v. Rice*, 428 U.S. 465 (1976).  
*Younger v. Harris*, 401 U.S. 37 (1971).

### **Tribunales federales inferiores**

*Batchelor v. Cupp*, 693 F.2d (9th Circuit, 1982).  
*Bowen v. State of Tennessee*, 698 F.2d 241 (6th Circuit, 1983).  
*Bradhun v. Cotter*, 786 F.2d 627 (5th circuit, 1986).  
*Brown v. Fauver*, 819 F.2d 395 (3rd Circuit, 1987).  
*Hunter v. United States*, 101 F.3d 1565 (11th Circuit, 1996).  
*Lake v. Cameron*, 364 F.2d 657 (DC Circuit 1966).  
*Layton v. Carson*, 479 F.2d 1275 (5th Circuit, 1973).  
*Lowe v. Duckworth*, 663 F.2d 42 (7th Circuit, 1981).  
*Naranjo v. Ricketts*, 696 F.2d 83 (10th Circuit, 1982).  
*Pinholster v. Ayers*, 590 F.3d 651 (9th Cir. 2009).  
*Purnell v. Missouri Department of Corrections*, 753 F.2d 703 (8th Circuit, 1985).  
*State v. Robinson*, 47 Ohio St.2d 103, 351 N.E.2d 88.  
*Tamayo-Reyes v. Keeney*, 926 F.2d 1492 (1991).

### **República Argentina**

#### **Corte Suprema de Justicia de la Nación**

*Andrés González*, Fallos: 91:249 (1901).  
*Angel Daniel León*, Fallos: 311:2421 (1988).  
*Angel Siri*, Fallos: 239:459 (1957).  
*Asquini, Juan Victorio*, Fallos: 275:102 (1960).  
*Caffarena c/Banco Argentino del Rosario de Santa Fe*, Fallos: 10:427 (1871).  
*Castellanos c/Gobierno Nacional*, Fallos: 54:484 (1893).  
*Celada, Pablo Moisés*, Fallos: 303:1354 (1981).  
*Cousteau, Juan*, Fallos: 60:397 (1895).  
*Demichelis, Atilio*, Fallos: 231:106 (1955).  
*Di Salvo, Octavio*, Fallos: 311:334 (1988).  
*Eduardo Sojo*, Fallos: 32:120 (1887).  
*Estado Nacional c/Provincia de Santiago del Estero*, Fallos: 310:2812 (1987).  
*Fernández Arias c/Poggio*, Fallos: 247:646 (1960).  
*Florencio Lara*, Fallos: 77:319 (1899).  
*Granada, Jorge Horacio*, Fallos: 307:2284 (1985).  
*Horacio P. Ballester*, Fallos: 312:1082 (1989).  
*José Bargas Meliton*, Fallos: 63:272 (1898).  
*Julián Arabehegy*, Fallos: 75:161 (1898).  
*Justo Pastor Carmona*, Fallos: 310:2167 (1987).  
*Kelly, Guillermo Patricio*, Fallos: 242:112 (1958).  
*Luconi, Carlos*, Fallos: 318:2664 (1995).  
*Mancini, Ernesto G.*, Fallos: 65:369 (1896).



*María Cristina Salort*, Fallos: 308:2236 (1986).  
*Mariano Romero*, Fallos: 327:5756 (2004).  
*Miguel Oscar Cardozo*, Fallos: 310:57 (1987).  
*Miscioscia, Domingo Ramón*, Fallos: 317:916 (1994).  
*Moya, Benito Alberto*, Fallos: 303:696 (1981).  
*Norma Ilda Zariquiegui de Seara*, Fallos: 310:2005 (1987).  
*Ortega, Ramón Alberto*, Fallos: 323:546 (2000).  
*Pastro Echenique*, Fallos: 82:23 (1899).  
*Pedro Mórtola*, Fallos: 145:130 (1925).  
*Pompeo Pascual Capranzano*, Fallos: 314:1220 (1991).  
*Pucheta, José Angel*, Fallos: 311:133 (1988).  
*Reyes, Cipriano*, Fallos: 219:111 (1951).  
*Rouwe, Elena Margarita Clara*, Fallos: 233:103 (1955).  
*Salinas, Ceferino*, Fallos: 314:95 (1991).  
*Salomón Mansout*, Fallos: 78:246 (1899).  
*Samuel Kot S.R.L.*, 241:291 (1958).  
*Sarruggi, María Adelina*, Fallos: 324:4005 (2001).  
*Schiaffino, Roque*, Fallos: 72:328 (1898).  
*Timerman, Jacobo*, Fallos: 300:816 (1978).  
*Tortona, Daniel Eduardo*, Fallos: 313:1262 (1990).  
*Vicente Pucci*, Fallos: 243:306 (1959).  
*Villamil, Edgardo Tomás*, Fallos: 237:8 (1957).  
*Viñuales c/Pcia. de Jujuy*, Fallos: 149:187 (1927).

## Otros tribunales

Cámara de Apelaciones de Concordia (sala III), 04/06/1997, La Ley-Litoral, 1988-2-572.  
Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia: *Cabrera, Gabriel*, 24/4/2014, [FRE 1978/2014/CA1].  
Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/5/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].  
Cámara Federal de Mar del Plata, 05/12/1996, El Derecho, 174-466.  
Cámara Federal de Rosario, Sala A: *P, Horacio Rogelio y B., Juan Carlos*, 27/5/2014, [FRO 8996/2014].  
Cámara Federal de Rosario, Sala A: *C, Rodolfo Valentino*, 28/5/2014, [FRO 8983/2014/CA1].  
Cámara Federal de General Roca, 15/11/1993, El Derecho, 165-208.  
Cámara Federal de General Roca, *T.E.O.*, El Derecho, 156-205.  
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala I), 09/02/2003, La Ley, 2003-C-365.  
Cámara Penal de Rosario (Sala II) 07-08-1986, Jurisprudencia Argentina, 1987-II-29.  
Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Miró*, 04/08/1959, La Ley 95-625.  
Tribunal Superior de Entre Ríos: *Ferroud*, La Ley, 1992-E-342.

# EL *RULE OF LAW* COMO IDEA DE SOCIEDAD\*

---

**Francesco Viola**

Universidad de Palermo (Italia)

francesco.viola@unipa.it

**Recibido:** 18/05/2020

**Aceptado:** 30/05/2020

## Resumen

Como es bien sabido, el *rule of law*, que hoy atrae una atención renovada, puede observarse desde múltiples puntos de vista, lo cual produce ambigüedad y malentendidos. Parece prometer más de lo que puede cumplir. No me ilusiono con que mis escritos sobre el tema sean útiles para su mejor comprensión y realmente espero que no hayan contribuido en su pequeñez a agitar aún más las aguas.<sup>1</sup> Por esta razón, agregaré otras consideraciones de carácter más general, orientadas a incluir la problemática del *rule of law* en el contexto más amplio de una concepción del derecho. Si se mira a la distancia, las cosas se ven con menos claridad, pero se ven más y, sobre todo, en su interconexión e interdependencia. En cualquier caso, me parece evidente que la fórmula del *rule of law* no se explica por sí misma, sino que su sentido depende de una presupuesta concepción del derecho.

**Palabras clave:** *rule of law*, interpretación, contexto, amplitud, derecho, justicia.

## The Rule of Law as an idea of society

### Abstract

The Rule of Law must not be understood exclusively as a set of formal requirements, but also as a way of understanding the concept of law and legal theory, and more generally as a social practice that makes possible the respect of legal validity. Nevertheless, the Rule of Law does not meet all the components of the idea of law. Positive law claims to be right in content, even if this claim is not always satisfied. The Rule of Law and the claim of justice are necessary and ideal requirements of the concept of law.

**Key words:** concept of law, rule of law, idea of law, legal theory, justice.

---

\* Traducción del italiano al español realizada por la Prof. Dra. María del Rosario Stoppani (Universidad Austral).

1 He recopilado estos escritos que aquí presupongo en Viola (2011).

## 1. Las razones del *rule of law*

Desde el punto de vista de la teoría y de la filosofía del derecho, que considero inescindibles en la medida en que están unidas en la búsqueda de la naturaleza del derecho mediante juicios de relevancia cuyo carácter filosófico es ineliminable, surge el problema del lugar que en ellas tiene el *rule of law*.

Todos reconocen que el objetivo del *rule of law* es evitar la arbitrariedad del poder tanto como sea posible.<sup>2</sup> Esto se concentra simplemente en dos prescripciones:<sup>3</sup> (1) cualquier forma de uso del poder –ya sea vertical, es decir, propia de la autoridad política; ya sea horizontal, o sea, de otros individuos y grupos sociales– debe ser ejercido de alguna manera en las formas del derecho y limitado por ellas;<sup>4</sup> y (2) el derecho debe ser capaz de guiar la acción humana. Por lo tanto, el *rule of law* se refiere conjuntamente al poder y al derecho, al ejercicio del poder y al modo de ser del derecho. Sin embargo, no creo que el *rule of law* esté directamente dirigido también contra la anarquía, como algunos sostienen,<sup>5</sup> porque para evitar esto son más efectivos los métodos policiales. El mal político que el *rule of law* combate es propiamente la arbitrariedad entendida en un sentido específico.<sup>6</sup> El bien moral que defiende es aquel que hace a los actos de la autoridad razones para la acción humana; además, en general, protege a los individuos de la interferencia arbitraria de otros. En consecuencia, las reglas jurídicas deben poder ser seguidas por seres racionales capaces de realizar una actividad de deliberación y de elección. Por lo tanto, se excluye que estas reglas sean entendidas en modo causal (o mecánico) para determinar el comportamiento de los destinatarios. Por el contrario, estas deben ser capaces de “guiar” el comportamiento humano, para lo cual deben proporcionar razones que justifiquen de alguna manera su pretensión de obediencia. De estas complejas exigencias surge la fórmula del *rule of law*.

Conducir una acción humana es algo muy diferente a causarla o producirla.

---

2 Cfr. Tamanaha (2004).

3 Damos aquí, aunque no todos están de acuerdo, una versión muy ampliada de *rule of law* en vista de nuestro objetivo, que es ver en él una idea general de asociación humana.

4 No solo no debe identificarse la autoridad política con la autoridad estatal, lo que también es evidente en la frecuente referencia al *rule of law* por el derecho de la Comunidad Europea, sino que también se la debe extender de alguna manera a otros ordenamientos específicos de las relaciones humanas no directamente “políticas”, como a las organizaciones internacionales, al gobierno mundial de la economía y, en última instancia, a todas las relaciones sociales que impliquen el uso de poder del hombre sobre el hombre.

5 Cfr., por ejemplo, Fallon (1997, p. 7).

6 La arbitrariedad debe distinguirse de la discrecionalidad, que es inevitable en las decisiones de la autoridad. Sin discrecionalidad, no hay autoridad.

Para el concepto de derecho, el modo de la obediencia a él es al menos tan importante como el hecho de la obediencia. Por ello, resultan inadecuadas todas aquellas concepciones del derecho que se refieren exclusivamente a su capacidad para poner orden en la sociedad o a la eficacia de sus resultados a los fines de la coordinación social. Definir, por ejemplo, al “derecho” como ese conjunto de órdenes del soberano que reciben una obediencia habitual (Austin) significa eliminar de su concepto la pretensión de dar razones para la acción. Los esclavos obedecen las órdenes de los patrones y generalmente lo hacen de manera habitual.<sup>7</sup> Incluso referirse a la aceptación práctica de las reglas por parte de funcionarios o ciudadanos (Hart) no es aún suficiente si esta aceptación no está respaldada por razones en sentido propio o verdaderas.

El derecho no está dirigido a ordenar a la sociedad de cualquier manera, sino que busca hacerlo de un modo específico: el de la coordinación de las acciones de agentes racionales que, en cuanto tales, necesitan razones para actuar en la vida social. “Dirigir una acción” se refiere no solo al modo en el que la autoridad dirige las acciones de aquellos que están sujetos a ella, sino también al modo en que estos se gobiernan a sí mismos. De hecho, este segundo sentido es prioritario, ya que permite que agentes libres y conscientes puedan conservar y ejercer las propias prerrogativas morales que la autoridad debe gobernar mediante el derecho. El derecho tutela la posibilidad del obrar moral en la vida social. Sin este presupuesto, el derecho mismo pierde su especificidad con respecto a otros métodos de control social. El puesto de los legisladores, jueces y juristas puede ser ocupado sin consecuencias por los gerentes, psiquiatras y tecnócratas (Fuller, 1969, p. 38).

Por lo tanto, creo –como he intentado mostrar en otra parte– que no se debe negar que el *rule of law* pertenezca de manera estricta y esencial al concepto de derecho. Ciertamente, se puede negar (y ha sido negado con autoridad), pero con la condición de considerar al derecho como un conjunto de reglas sociales tomadas estáticamente y no como un conjunto de actividades guiadas por reglas. Pertenece, de hecho, al concepto mismo de regla social el conjunto de las condiciones que permiten la practicabilidad. Como hemos aprendido de Wittgenstein, una regla es tal si puede ser seguida como tal.

La formulación del *rule of law* tiene siempre un carácter histórico y contingente, porque las formas de arbitrariedad posibles están ligadas a la configuración histórica del poder. Los *desiderata* de Fuller (1969) son, por un lado, una

---

7 Según Tomás de Aquino, el carácter propio de la ley es dirigir la acción (*lex omnis directiva est actuum humanorum*). Su *vis coactiva* es secundaria respecto a su *vis directiva*. Cfr., por ejemplo, *Summa theologiae*, II, q. 95, a. 1.

formulación canónica mínima y, por otro, históricamente condicionados por la centralidad de la ley general y abstracta. Se puede pensar, por ejemplo, que en el ámbito del constitucionalismo contemporáneo el control judicial de constitucionalidad pasa a ser parte del *rule of law*, pero esto es controvertido;<sup>8</sup> o se puede preguntar cuál debe ser la formulación actual de un *rule of international law*. En todo caso, la configuración del *rule of law* debe mantener un carácter elástico y flexible, capaz de adaptarse a los cambios de la cultura jurídica y a las metamorfosis del poder. Pero sobre esto no nos detendremos.

## 2. El *rule of law* y la validez del derecho

Si el *rule of law* pertenece al concepto de derecho, entonces debe también considerarse que un capítulo central de la teoría del derecho debe referirse al problema de la obediencia y al de la obligatoriedad del derecho. No puede separarse una investigación sobre la naturaleza del derecho de aquella sobre su fuerza justificativa, de lo contrario, hablar de “normatividad” no tendría sentido. En consecuencia, se necesitaría considerar como incompletas o insuficientes todas aquellas teorías que tienden a subestimar tal cuestión, reenviándola al campo moral o político. El derecho positivo pretende ser obligatorio de manera similar a la moral, tanto como para poder competir con ella. Hay una obligatoriedad que es propia del derecho en cuanto tal, incluso si esa puede ser solo *prima facie*.

En el intento de individualizar una definición del derecho, compartida o compartible por todos los principales defensores del iuspositivismo, John Gardner (2001, p. 199), cuya muerte reciente nos aflige, la expresa en términos de un concepto determinado de “validez” de las normas jurídicas, una validez estrechamente dependiente de las fuentes (entendidas en sentido amplio) y no del valor de su contenido. En su opinión, este concepto de derecho es completamente inerte en el nivel normativo, es decir, no tiene ningún rol de guía del comportamiento humano, no nos dice aquello que los destinatarios deberían hacer o no hacer, sino que solamente pone una condición que cada directiva jurídica en cuanto tal debe tener: aquella de ser válida solo en virtud de su origen y no de su contenido (Gardner, 2001, pp. 202-203). Pero de ese modo se intercambia una condición que todo aceptable concepto de derecho debe tener, es decir, hacer siempre referencia al derecho “puesto” con el concepto de derecho en cuanto tal. Gardner (2001) tiene cuidado de no caer en este equi-

---

8 Cfr., por ejemplo, Waldron (2006, pp. 1346-1406).

voco, pero lo evita solo afirmando que el iuspositivismo no es una completa teoría del derecho, sino solo una teoría de la validez del derecho.<sup>9</sup> Sin embargo, tiene sentido hablar de iuspositivismo solo con la condición de identificar al derecho con su validez fáctica, de lo contrario, no se hace otra cosa que subrayar el necesario carácter de la positividad que toda concepción del derecho debe respetar de alguna manera.

¿En el concepto de derecho hay algo más que la mera positividad del derecho? Con respecto a esta pregunta, el iuspositivismo no puede declararse agnóstico sin renunciar a ser enteramente una teoría del derecho, porque es precisamente la respuesta a esta pregunta lo que lo caracteriza y lo distingue de las otras concepciones del derecho. Dado que, como hemos visto, el concepto de derecho también debe tener un carácter normativo, es decir, no ser normativamente inerte, se debe entonces explicar cómo algo “puesto” por los seres humanos puede ser guía del comportamiento humano, dando vida a derechos y obligaciones que pasan a ser parte de la deliberación moral.

Por otro lado, las dos condiciones del concepto de derecho –ser puesto y ser normativo– no son del todo independientes entre sí, ya que, como se ha dicho, las razones del derecho como artefacto consisten en guiar la acción de agentes racionales. En consecuencia, la misma positividad jurídica debe tener un carácter normativo. Este es el desafío que toda aceptable concepción del derecho no debe tratar de eludir, no puede superarse si se excluyen por completo del concepto de derecho consideraciones ligadas al uso de las proposiciones normativas y si estas son independientes del concepto de validez jurídica.

Por cierto, otra operación cultural de este tipo se encuentra en la separación de la problemática de la interpretación del derecho de la de su aplicación, ya que el carácter avalorativo de la primera es más fácil de sostener una vez liberada del necesario carácter valorativo de la segunda. Es un procedimiento típico de la ideología iuspositivista deshacerse de temas incómodos, esterilizando la teoría hasta el extremo de la teoría pura de Kelsen. Si solo los “hechos” pueden conocerse científicamente, los problemas que requieren recursos distintos de los hechos son etiquetados o como pseudoproblemas o como no pertenecientes a la teoría jurídica.<sup>10</sup> Pero una teoría que no tiene en cuenta la fuerza obligatoria del derecho o de la estrecha conexión entre interpretación y aplicación es poco útil, además de muy poco interesante.

---

9 “Legal positivism is not a whole theory of law’s nature, after all.” (Gardner, 2001, p. 210)

10 Evidencio que también el deber ser kelseniano (*Sollen*) es concebido como un “hecho”, aunque sea de una naturaleza particular.

Entonces resulta evidente que la consideración del *rule of law* depende sobre todo del modo de entender las tareas y las finalidades de una teoría jurídica. Las elecciones del teórico sobre lo que debe ser considerado relevante para la formación del concepto de derecho condicionan el destino de la consideración del *rule of law*. Si lo que es estrictamente relevante es la cuestión de la validez de las normas jurídicas con base en sus fuentes (o a su pedigrí), entonces la cuestión del uso y de la práctica de las normas pasa a un segundo lugar. Por el contrario, la relevancia del *rule of law* requiere la superación de esta perspectiva. La cuestión de la validez de la norma surge solo después de haberse asegurado de estar frente a un sistema de reglas respetuosas del *rule of law* o, en general, de una forma de sociedad gobernada por el derecho. La validez proviene del derecho y no viceversa. La ley bien puede derivar su validez de una regla básica de reconocimiento –como nos ha enseñado Hart–, pero su carácter de derecho deriva del modo en que el sistema normativo, del cual forma parte la regla de reconocimiento, se aproxima a la idea de derecho.<sup>11</sup> Esta es propiamente la base del deber de fidelidad al derecho por parte de los jueces y, en general, de los funcionarios del derecho. Sería muy reduccionista e inadecuado hablar de un deber de fidelidad a la validez del derecho, como lo hace el legalismo.

### 3. El *rule of law* como idea del derecho

De la premisa de que el *rule of law* es una propiedad esencial del concepto de derecho, de la constatación de que es normal que una teoría jurídica aspire a ser completa y que es defectuosa si está incompleta, y del agregado de que una teoría completa debe ocuparse de la obligatoriedad del derecho y de sus condiciones de practicabilidad deriva necesariamente que el concepto de derecho tiene un carácter normativo. Dentro del concepto de derecho está la idea a la que este debe adecuarse, lo que significa que el deber ser del derecho pertenece a su ser. Esto, en mi opinión, es suficiente para excluir al descriptivismo como un método adecuado para comprender la naturaleza del derecho. Una teoría del derecho tiene un carácter normativo en cuanto está comprometida a “describir” aquello que el derecho debería ser para ser reconocido como derecho.

Los conceptos de razón práctica son en realidad “ideas” sobre el modo correcto de realizar una acción.<sup>12</sup> El derecho pertenece a la razón práctica a todos

11 Cfr. Simmonds (2017, p. 256).

12 La rígida separación entre concepto e idea se debe sobre todo al neokantismo y ha sido por ese aplicada también al derecho. El resultado, enfatizado por el neopositivismo, ha sido el de reservar

los efectos, es una acción a realizar y la reflexión al respecto se refiere al modo más correcto y apropiado de ponerlo en práctica.<sup>13</sup> Si el derecho es un artificio, no se lo puede conocer apelando a los hechos o a los conceptos extraídos de él, como en las ciencias naturales. Solo se lo conoce observando las razones de por qué es bueno que exista y las formas más correctas de satisfacer tales razones.<sup>14</sup>

La precomprensión del derecho, propia del *rule of law*, consiste en una idea de sociedad o en una forma de asociación en la que las reglas, aunque siempre puestas por hombres, escapan a su poder arbitrario y constituyen un tejido social a cuya elaboración contribuyen todos, con diferentes roles, en un régimen cooperativo de mutua responsabilidad y de reciprocidad. Tal régimen es “confiable” y, por lo tanto, capaz de proporcionar razones no meramente formales que justifiquen la obediencia a sus preceptos. Esta idea se presenta, por lo tanto, como un ideal al cual los ordenamientos jurídicos concretos se aproximan en diferentes grados. Podemos también considerar esto como un ideal moral, siguiendo de alguna manera la “moralidad interna del derecho” de la que ha hablado Fuller (1969). Esta es bien reinterpretada en un sentido amplio por Postema (2014) cuando basa la fidelidad en el derecho no tanto en el respeto de requisitos formales, sino más bien en una forma de vida social marcada por la rectitud y por la reciprocidad, de modo que el *rule of law* se presente en la sustancia como una práctica social específica, un modo de entender la práctica del derecho, una ética del *homo juridicus* y de sus virtudes. En consecuencia, sobre este punto hay indudablemente una conexión entre derecho y moral, pero ya no a nivel del contenido de las normas jurídicas, sino a nivel de las formas de la vida práctica en cuestión. La idea del derecho pertenece en general a la forma de la moralidad, de modo que el posible conflicto entre derecho y moral, entre lo que es legal y lo que es justo, debe entenderse como algo interno a la moralidad misma, es decir, es un conflicto de valores conmensurables en tanto pertenecientes a la misma familia. No sería así si el derecho fuera una mera técnica de control social. En este caso, no se podría hablar ni de obligatoriedad ni de conflicto de valores. La técnica funciona o no funciona.

---

toda verdadera y propia capacidad cognitiva al campo teórico, abandonando lo práctico al reino de las emociones y las ideologías. Sobre esta problemática, cfr. Viola (2016b, pp. 14-19).

13 Particularmente sensibles a este aspecto han sido, como se ve, las teorías francesas de la institución, pero aquí no se quiere defender ninguna concepción específica de la idea de acción.

14 Cfr. Finnis (2003, pp. 107-129).



#### 4. Dos caminos en la formación del concepto de derecho

Tratemos ahora de imaginar cómo debería entenderse un concepto de derecho que sea “práctico” en el sentido ya dicho, es decir, cómo podemos configurar una posible concepción del derecho que sea respetuosa de las presuposiciones ya mencionadas. ¿Cuáles deberían ser los siguientes pasos? ¿Qué lugar y qué función tendría en ella el *rule of law*? También sobre la base de las exploraciones ya cumplidas y de las presuposiciones ya formuladas podemos plantear como hipótesis dos posibles caminos teóricos, efectivamente practicados por algunos teóricos del derecho. Ambos reconocen que el *rule of law* es parte del concepto de derecho, pero difieren, entre otras cosas, en el rol que este desempeña.

El primer camino sostiene que la tarea principal del teórico del derecho es configurar un concepto pleno de derecho que constituya el caso ejemplar, a modo de individualizar el significado focal del derecho (*focal meaning*). Sobre la base de este modelo, que no es ideal porque se basa en lo que una persona prácticamente racional debería pensar sobre el rol del derecho en los asuntos humanos, es posible medir los casos faltantes, defectuosos o desviados. Sin embargo, estos casos pertenecen al derecho en la medida en que se conserva la analogía del concepto. El derecho es un concepto analógico en el sentido de la tradición escolástica, es decir, opuesto a la lógica unívoca y esencialista de la *analytic jurisprudence*. El caso ejemplar es su analogado principal, aquel en el que el concepto se realiza en toda su plenitud, mientras que los casos defectuosos son los analogados secundarios hasta un cierto umbral, por debajo del cual no hay derecho.<sup>15</sup>

Si luego nos preguntamos sobre el modo de entender este “caso ejemplar” de derecho, debemos reconocer que su configuración depende de una filosofía moral y política presupuesta, encarnada por la persona “prácticamente racional” en la que se inspira el teórico. El derecho no es una isla y es en vano pretender comprenderlo en su aislada y estéril pureza. Un ejemplo (pero no el único posible) de un “caso ejemplar” es dado por Finnis (2011, p. 418), quien recurre a los principios de la razonabilidad práctica (o de derecho natural) que son necesarios para justificar la legitimidad de la autoridad y su ejercicio en el respeto de los derechos humanos y del bien común, así como en la observancia general del *rule of law*. Todo se articula por el razonamiento práctico. En esta perspectiva, el *rule of law* es solo un aspecto del concepto de derecho o una de las propiedades que caracterizan el sentido focal de derecho. Su función no es

---

15 Se habrá reconocido fácilmente en este esquema la teoría del derecho de John Finnis, que aquí utilizo solo como ejemplo.

señalar los valores centrales del derecho, sino poner en posición de participar a aquellos de manera consciente y cooperativa; es decir, hacer bien el bien. Sin embargo, estas propiedades del concepto de derecho no deben ser tratadas como aspectos separados, porque el modo de hacer el bien pertenece al concepto que contiene al bien, como se evidencia en el hecho de que el respeto de los principios del *rule of law* es el respeto de los derechos que pertenecen a los fines mismos del derecho y de su justicia. Es decir que en el caso ejemplar de derecho, el *rule of law* asume por contagio un sentido sustancial que lo rescata del mero legalismo.<sup>16</sup>

El segundo camino posible de la formación del concepto de derecho va en la dirección opuesta. No se trata de aspirar a un concepto completo (*wide concept of law*), sino a un concepto mínimo (*narrow concept of law*), es decir, a la individualización del caso más elemental de derecho. Es la línea de pensamiento seguida por Fuller (1969) y desarrollada, entre otros, por Simmonds (2007), a cuyo pensamiento haremos referencia directa. Nuestro conocimiento del derecho comienza con la consideración de prácticas establecidas, aun entendidas confusa e indistintamente, pero designadas por la fórmula del *rule of law*, que es aquella expresada por Fuller (1969), aunque de manera contingente y revisable. Este modelo arquetípico mínimo y provisorio, que ya es un ideal moral –porque, como hemos visto, refleja una forma de asociación humana–, es el de la legalidad, que se distingue bien del de la justicia. La reflexión jurídica, aquella de la ciencia y de la teoría del derecho que son también formas de reflexión moral, enriquece además este elemental concepto de derecho sobre la base de las circunstancias históricas, de los contextos particulares en los que toma forma y se concretan la justicia y el bien común propios de una determinada sociedad. El resultado final será el de un concepto pleno o menos magro de derecho. Además, la tasa de juridicidad siempre se mide sobre la base del *rule of law*, cuyas características no tienen que estar todas necesariamente presentes en cada caso y son susceptibles de ser satisfechas con diversos grados de intensidad. Por lo tanto, aquí también el *rule of law* no debe ser identificado con la óptica positivista de la validez, pero también surge el problema del umbral mínimo de satisfacción de sus requisitos.

Una de las ventajas reclamadas por los partidarios de esta línea de pensamiento es la de exhibir un concepto de derecho que puede ser aceptado por

---

16 Es sabido que Kelsen (1952) expande drásticamente la teoría del *rule of law* desde la doctrina pura del derecho, es decir, desde el objeto de la ciencia jurídica, considerándola como “un prejuicio iusnaturalista” (p. 147).

todos, es decir, incluso por los iuspositivistas, porque no depende de una determinada concepción de la moral (como en el caso del concepto pleno). Se cree que una vez aceptado este modelo, seremos inducidos a admitir la entrada de la moral en el derecho y sus inevitables consecuencias. El iuspositivista deberá cambiar de opinión. Pero, en realidad, no fue así, como lo demuestra la conocida polémica entre Hart y Fuller, concluida con la victoria provisoria del primero. De hecho, el verdadero obstáculo no consiste en la plausibilidad de este concepto mínimo de derecho, sino en entenderlo como un verdadero y propio ideal moral autosuficiente o, más correctamente –como Fuller parece entenderlo a veces–, como un ideal que conduce a asegurar, al menos en grado mínimo, la justicia del ordenamiento jurídico. Es cierto, como ha señalado Hart, que el *rule of law* es compatible con una gran injusticia, aunque es igualmente cierto que la justicia jurídica no es compatible con una grave violación de los requisitos del *rule of law*. En resumen, el *rule of law* parece ser una condición necesaria, pero no suficiente, de la justicia jurídica.

## 5. El *rule of law* como ideal político

Si ahora admitimos que el *rule of law* es una idea moral, queda aclarar en qué consiste esta. Según Simmonds (2007), combate la sumisión a la voluntad de los demás y, en consecuencia, defiende el valor de la libertad en el sentido kantiano de una coordinación de las libertades en un orden jurídico. Por lo tanto, esta idea moral está vinculada a un ideal político, que es el del liberalismo. Por ello, la concepción de Simmonds (2007) se acerca mucho al modo en el que Hayek (1960) ha tratado el *rule of law*.<sup>17</sup> Pero, estrictamente, ver en el *rule of law* el ideal de la libertad política en su plenitud es excesivo, incluso considerándola en el modo amplio de un estilo de vida social, es decir, en la forma en que Postema (2014) la ha oportunamente retratado (*fidelity thesis*). En el fondo, aunque bajo ciertas condiciones, permanece la sumisión a la voluntad de otros, porque las leyes son siempre hechas por los hombres. Lo que se quiere evitar no es la sumisión, sino la arbitrariedad, es decir, el estar a merced de los otros, ya que ofrecer razones para la obediencia significa por parte del legislador –y, en general, de la autoridad– la responsabilidad de rendir cuentas.<sup>18</sup>

---

17 Hayek (1960, p. 206) ha contribuido poderosamente a acreditar la idea de que el *rule of law* es un ideal político, un baluarte indispensable de la libertad personal amenazada por el *welfare state* y por un gobierno administrativo.

18 Como señala Postema (2014), el poder arbitrario no es necesariamente ejercido de manera irracional

En mi opinión, el *rule of law* asegura solamente la *libertad jurídica*, que es precisamente la libertad de no estar a merced de los funcionarios públicos y no la libertad de tener tantas opciones de elección como sea posible.<sup>19</sup>

Como bien señala Simmonds (2007), el hombre libre se distingue del esclavo no por tener más posibilidades de elección, sino por poder elegir en sentido propio, deliberando sobre las razones de la acción. Pero de esto se deduce no solo que la libertad jurídica debe distinguirse de la *libertad personal*, de modo que la acción de gobierno no debe invadir todos los espacios de la autonomía personal, sino también que no coincide con la *libertad política*, en la cual los ciudadanos participan de alguna manera en la producción de las normas a las que están sujetos (*self-rule*).<sup>20</sup> En rigor, puede haber libertad jurídica en regímenes iliberales y antidemocráticos. Sin embargo, la fórmula canónica del *rule of law* empuja ciertamente hacia la independencia del poder judicial y, por lo tanto, hacia una ampliación de los *desiderata* que incluye al menos la separación de poderes. Se podría también pensar que los principios del Estado constitucional de derecho no son más que una lógica expansión de las finalidades del *rule of law*, como por ejemplo la rigidez de la constitución, la reserva de ley o de la jurisdicción, el *favor libertatis*, la presunción de inocencia y la determinación taxativa de los casos en los que los derechos pueden ser limitados (por ejemplo, razones de orden público y de sanidad). Pero todos estos desarrollos de la fórmula del *rule of law* son posibles solo después del advenimiento de los regímenes constitucionales, de la constitucionalización de la persona, del reconocimiento de los derechos. Sucedió algo fuera del *rule of law* que puso en marcha su ulterior desarrollo. Esta constatación, en mi opinión, es una clara confirmación de que el *rule of law* es una idea que tiene como objetivo dar forma –la forma de legalidad– a lo que va acaeciendo en la vida social y política. El *rule of law* no es la causa de estas conquistas de civilización, sino un factor de estabilización o de gobierno de ellas.

En estas condiciones, el *rule of law* debe entenderse como un ideal jurídico a todos los efectos y no como ideal político, ya que es un aspecto del concepto de derecho que no tendría sentido fuera del derecho. Es lo más “jurídico” que

---

e imprevisible, pero sí es sobre todo el que no debe rendir cuentas.

19 Según Kelsen (1998, pp. 354-361), está fuera de lugar invocar el *rule of law* como garantía de la libertad del ciudadano, porque una legislación, respetuosa de las características antes mencionadas, puede ser tan intrusiva como para limitar en gran medida la libertad de acción.

20 Cfr., por ejemplo, Viola (2005, pp. 31-55). El ideal del *law-rule* como *self-rule* hace indudablemente del *rule of law* un ideal político. Cfr. Michelman (1988, pp. 1500-1503).

hay en el derecho, pero, al mismo tiempo, nos dice que en el concepto de derecho, o en la naturaleza del derecho, hay algo más. Se trata de un ideal jurídico en un sentido fuerte: tanto porque es estructuralmente interno –como ya se ha dicho– al concepto de derecho, como porque está dirigido a la expansión de la práctica jurídica y de sus garantías por debajo y por encima del Estado, que es una institución jurídica contingente. El respeto de los principios del *rule of law* a menudo se considera un paso necesario en el camino hacia las reformas políticas y sociales,<sup>21</sup> pero esto no significa que se trate de un ideal político, sino solo que la libertad jurídica, aunque no sea la plenitud de la libertad social en todos sus aspectos más relevantes, es un componente necesario. Además, debe reconocerse, como mencionaremos seguidamente, que el valor de la libertad en sí mismo no es suficiente para agotar todas las aspiraciones del derecho.

Que el derecho sea artefacto no significa que esté esencialmente ligado al poder político o a las funciones de gobierno de la sociedad. La formación social de reglas jurídicas o de formas compartidas de hacer las cosas está ya suficientemente justificada por la exigencia de orientarse en la vida social y de desarrollar, en la medida de lo posible, los propios planes de vida en una sociedad en la que las expectativas están tuteladas y los compromisos se mantienen.<sup>22</sup> La prevalencia del principio de soberanía estatal llevó a comprender el *rule of law* como “gobierno de la ley” y a identificarlo con el principio de estricta legalidad,<sup>23</sup> pero eso es reduccionismo desde múltiples perfiles.

Ante todo, la ley no es la única forma de prescripción jurídica, ya sea porque un sistema jurídico también contiene prescripciones particulares como porque todavía existen, hoy más que nunca, normas jurídicas que no son producidas por el Poder Legislativo ordinario, entre las cuales se hallan los principios jurídicos, que, como es sabido, en la época actual de constitucionalización del derecho asumen una importancia cada vez mayor. Se debe considerar que el *rule of law* debe ocuparse de todas las formas de normatividad jurídica, porque todas concurren a guiar el comportamiento social. Pero cada una de ellas debe ser tratada de acuerdo con su especie y sobre la base de las amenazas a la libertad jurídica que pueden provenir de ella, es decir, del uso arbitrario del poder que cada una hace posible. Hoy, como ya se ha señalado, ciertamente hay que

---

21 Para una crítica de esta creencia, cfr. Silverstein (2003, pp. 427-445).

22 Es interesante observar la reciente aplicación del *rule of law* a la gestión de los “bienes comunes”, es decir, fuera de una dimensión estrictamente política. Cfr. Viola (2016a, pp. 381-398).

23 Aquí es necesario recordar la doctrina alemana del *Rechtsstaat* y el carácter expansivo que la forma de la ley ha asumido allí.

hablar de un *constitutional rule of law* que internalice los métodos interpretativos de los tribunales constitucionales, como –el primero entre todos– el principio de razonabilidad, que por cierto no es ajeno a la tradición jurídica.<sup>24</sup>

## 6. El *rule of law* y la pretensión de justicia

Si ahora volvemos a meditar en los dos caminos de la formación del concepto de derecho y en sus diferentes formas de tratar el *rule of law*, se observa la diferencia entre la propuesta del caso ejemplar –el cual, sin duda, presenta el derecho como modelo moral y de la moral, completo en sí mismo– y la del caso elemental, que ve en el *rule of law* –con el que lo identifica– una idea moral. El primer camino es muy exigente debido a sus presupuestos éticos, pero el segundo parece demasiado frágil, porque en el concepto de derecho hay otros aspectos que el *rule of law* por sí solo no logra capturar si no de una manera vagamente exigente. Me refiero, sobre todo, a la propiedad de la justicia. Es cierto que el *rule of law* prefigura una forma de asociación humana guiada por reglas públicas aplicadas con imparcialidad, pero una sociedad justa requiere mucho más. Cabe mencionar que en ausencia del *rule of law*, la obligatoriedad de la regla jurídica se pone en discusión, pero lo es también por un defecto de justicia, aun si se respeta el *rule of law*.

Por lo tanto, debemos entender que, incluso si queremos seguir el camino minimalista en la formación del concepto de derecho, se necesita incluir en el caso elemental de derecho, junto al *rule of law*, también la pretensión de justicia (o de no injusticia);<sup>25</sup> o, si queremos, una promesa de justicia,<sup>26</sup> que cada regla jurídica lleva inevitablemente en sí misma en referencia a su contenido. Obviamente no quiero decir que por esto mismo la regla jurídica sea justa, porque eso sería una forma de iuspositivismo ideológico. Un reclamo puede ser infundado y una promesa no ser cumplida. Quizás, sea más correcto usar la definición de Radbruch (Wilk, 1950, p. 75) según la cual el derecho es esa realidad cuyo sentido es el de la búsqueda de la justicia. Solo quiero decir que la falta de justicia constituye un problema serio para la plena obligatoriedad de la regla jurídica.

24 Cfr. Fallon (1997, pp. 24-36). El *constitutional rule of law* sigue siendo siempre un modelo formal y, por lo tanto, no debe confundirse con la *rights conception* de Dworkin ni tampoco con la de Allan (2001). Ambas son concepciones sustanciales del *rule of law*.

25 Sobre el *claim to correctness* cfr., obviamente, Alexy (2017, pp. 314-341). Aquí se nota que tal afirmación es adelantada necesariamente por el derecho, al igual que la afirmación de verdad es adelantada necesariamente por la ciencia; y la de la belleza, por el arte.

26 Cfr. Waldron (2000/2001, p. 776).

Sin embargo, esto significa que pertenece a la naturaleza del derecho, junto con el *rule of law*, y distinto de aquel, el tener que ser justo,<sup>27</sup> o normativamente justificado, para que sus intérpretes busquen los significados de las reglas jurídicas que mejor cumplan con este reclamo, es decir, en la medida de lo posible, sobre la base de los materiales jurídicos existentes. Una regla jurídica injusta es defectuosa no solo desde el punto de vista moral, sino también –y eso es lo que aquí importa– desde el punto de vista jurídico. Además, si la obediencia ya no está motivada por la creencia en la rectitud o en la razonabilidad de la regla, entonces la sanción ya no estará más justificada y parecerá muy similar a un acto de mera fuerza.

Por lo tanto, podemos afirmar que el concepto de derecho, incluso si se lo entiende en un sentido minimalista, deberá contener dos dimensiones ideales: la del *rule of law* y la de la justicia, pero esto lleva a reconocer en la naturaleza del derecho una apertura que hace muy difícil afirmar su identidad.

Paradójicamente, parecería que el no derecho es parte esencial de la naturaleza del derecho. En efecto, a través del ideal de justicia penetran en el derecho criterios que provienen del exterior, es decir, de las otras esferas de la vida práctica, como de la moral, de la política, de la economía y, en general, de la sociedad. Mientras que el ideal del *rule of law*, como se ha dicho, es generado por el derecho (o, como afirma Waldron, es el presupuesto del concepto de derecho), es un ideal jurídico; el de la justicia es generado por la moral y por la política. Ciertamente, la justicia correctiva, basada en la igualdad y en la reciprocidad de las compensaciones, es aún en gran parte atribuible al *rule of law* (de hecho, se considera la verdadera y propia justicia “jurídica”); pero la justicia distributiva, que es una prioridad en tanto presupuesto de la justicia correctiva, viene de afuera.<sup>28</sup> Sin embargo, está interiorizada por el derecho hasta el punto de ser parte de su naturaleza, de modo que, por ejemplo, las justificaciones morales que respaldan los derechos humanos se convierten en argumentos jurídicos, o las razones que respaldan las elecciones políticas de la justicia distributiva se convierten en *ratio legis*, es decir, argumentos que respaldan decisiones jurídicas.

En consecuencia, el derecho asume un carácter “reflexivo”, apropiándose de juicios de valor que provienen de la sociedad y continúan a su modo su reelaboración. Es interesante notar que es la pretensión de la justicia lo que confiere al derecho esta dimensión reflexiva, la cual abre el camino a la importancia

27 Es interesante notar que etimológicamente no es *ius* lo que deriva de *iustitia*, sino, por el contrario, *iustitia* deriva de *ius*.

28 Cfr. Viola (2017, pp. 79-94).

de la doctrina y de la jurisprudencia, y ya no el *rule of law*.<sup>29</sup> Sin embargo, este último tiene la tarea de establecer límites a los intentos de realizar la justicia de modo arbitrario (Waldron, 1989, p. 94), o sea, de hacer mal el bien y, de manera constructiva, preparar el terreno de la búsqueda de justicia sustancial con una idea de sociedad basada en la igualdad, en el respeto a las personas, en la fidelidad al derecho y en el *self-restraint* en el uso del poder al que se le solicitan justificaciones razonables. Como ya se ha señalado, legalidad y lealtad al derecho constituyen en conjunto el *rule of law* entendido como práctica social.

Si el valor de la justicia es interno al concepto de derecho, a la par del valor del *rule of law*, entonces será posible un conflicto de valores interno al derecho. Este conflicto tiene un carácter moral, ya que es entre valores morales: por un lado, la exigencia de justicia y, por otro, el valor del orden jurídico representado por el *rule of law*. Sabemos que, muy a menudo, este conflicto se resuelve a favor de este último, confirmando la importancia de un orden estable que sería amenazado por la incerteza de las reglas. Pero están los casos extremos, los de la intolerable injusticia previstos por la fórmula de Radbruch. Esos demuestran que en la práctica jurídica la cuestión de la justicia está siempre presente, incluso cuando está en silencio. Está presente en el ámbito de la deliberación práctica como una razón para obedecer o no la ley y entra de este modo en competencia con otras posibles razones contradictorias.

Las razones para obedecer la ley no pueden limitarse a la necesidad de una autoridad y a su legitimidad, sino que deben extenderse a los modos y a las formas de su ejercicio y a los contenidos normativos que derivan de ella, todas “razones” (incluso las de procedimiento del *rule of law*) que se fundan en valores y están en el mismo nivel. Ninguna de ellas es por definición un as de espadas que anula *a priori* a todas las demás.<sup>30</sup> Si faltara alguna de ellas, el concepto de derecho sería deficiente en algunos aspectos. Sin embargo, el hecho de que bajo ciertas condiciones, en ausencia de justicia sustantiva, el derecho positivo pueda seguir siendo obligatorio considerando todo, muestra la exigencia de salvar tanto como sea posible la estabilidad de las relaciones sociales y las expectativas en ellas maduras, lo que es la misma razón de ser del *rule of law*.

---

29 Simmonds (2010, pp. 1-23) enfatiza la importancia de la dimensión reflexiva del derecho, pero erróneamente la conecta con el *rule of law* y no con el reclamo de justicia.

30 Obviamente, aquí el objetivo polémico es la tesis de Raz sobre las *exclusionary reasons*, que cancelaría la deliberación jurídica. Cfr. Raz (1990, pp. 64-65) y la crítica de Rodríguez-Blanco (2014, pp. 139-160).



## 7. Conclusiones

La propuesta de comenzar desde un concepto minimalista de derecho, para enriquecerlo progresivamente mediante sus implicaciones y las adquisiciones históricas y culturales, me parece más atractiva, con la condición de que, como se ha dicho, se lo haga menos ligero con la introducción de la pretensión de justicia. Eso permitiría probar la flexibilidad y el carácter incluyente frente a la evolución del derecho contemporáneo, especialmente después de su progresiva constitucionalización, que exalta sus elementos constitutivos porque refuerza la idea de justicia y exige una proyección del *rule of law* a nivel transnacional e internacional, especialmente en beneficio del rol de los juristas y de los jueces. El derecho no está hecho solamente de reglas, sino también de doctrina, de jurisprudencia y de principios prácticos.

En la óptica de una consideración del derecho como una obra a realizarse, que es la que se adopta aquí, la teoría jurídica no está separada de la filosofía política y moral, pero esto no significa que no tenga su autonomía relativa.

No está separado porque el sentido del derecho se inscribe dentro de la empresa general de la vida asociada, de la coordinación de las acciones sociales, de la cooperación para lograr fines comunes. El derecho contribuye a esto asegurando continuidad, estabilidad, regularidad, es decir, orden, que ya es un valor respecto al estado de naturaleza (Finnis, 2012, pp. 67-69). Pero no es un instrumento ciego, ya que participa en los fines generales de la sociedad, en las exigencias de justicia, en la defensa de los derechos y en la búsqueda del bien común. En este campo, los medios no son un instrumento, sino una especificación del fin. Por lo tanto, se puede decir que estos fines de la vida política se vuelven propios del derecho, internos a él (Ferrajoli, 2012, pp. 249-250), de modo que no cualquier orden social es por esta razón un orden propiamente jurídico, sino solo el que es correcto o no injusto.

La teoría jurídica conserva, sin embargo, su relativa autonomía, porque el derecho gobierna a su manera el conflicto de valores que es objeto de la deliberación práctica. La problemática de la interpretación de las reglas jurídicas y de su aplicación, que es la base de la obediencia a ellas, y la de la argumentación jurídica, que conduce a la deliberación y a la decisión, son sectores gobernados por vínculos y procedimientos particulares que los hacen especiales. De esta manera, la moral y la política son filtradas por el derecho y deben estar sujetas a sus condiciones de practicabilidad. Y aquí regresa la fórmula del *rule of law*, que es, como se ha dicho, el ideal propiamente jurídico, pero necesitado de nutrición sociopolítica.

Por ello, en lugar de demorarse en discusiones inútiles sobre la conexión o separación entre la moral y el derecho, debería observarse con mayor atención cómo el derecho trata a la moral que trae consigo y aquella con la que participa en la práctica social. Solo que no se trata de una moralidad *tout-court*, sino de una visión condicionada por vínculos jurídicos y por la práctica jurisprudencial, así como por la sensibilidad ética de los operadores del derecho.<sup>31</sup>

Se configura así una ética del derecho positivo que no debe confundirse con la moralidad del derecho de la que hablaba Fuller (1969), ya que se trata de una ética material que puede ubicarse entre la moralidad positiva y la ética normativa. No es moralidad positiva porque los comportamientos sociales se miden por normas cuya validez no depende de la práctica social, sin embargo, esta ética del derecho no puede alejarse demasiado de la moralidad positiva sin perder su correspondencia social y, con eso mismo, su vitalidad. Tampoco es una ética normativa solamente por su carácter asistemático y fragmentado, sino también porque sus justificaciones están condicionadas por la razón artificial en la que consiste el derecho positivo. De todos modos, tiene algo de la ética normativa en la medida en que entre sus justificaciones están también aquellas extraídas de la razón natural, como se evidencia, por ejemplo, en la articulación jurisprudencial de los derechos humanos.

## Bibliografía

- Alexy, R. (2017). The Ideal Dimension of Law. En Duke, G. y George, R. (Eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (pp. 314-341). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316341544.012>
- Allan, T. R. S. (2001). *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of law*. Oxford: Oxford University Press.
- Fallon, R. (1997). "The Rule of Law" as a Concept of Constitutional Discourse. *Columbia Law Review*, 97(1), 1-56.
- Ferrajoli, L. (2012). La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione. *Rivista di Filosofia del diritto*, 1(2), 229-252.
- Finnis, J. (2003). Law and What I Truly Should Decide. *The American Journal of Jurisprudence*, 48, 107-129.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law & Natural Rights* (2ª ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2012). What is the Philosophy of Law? *Rivista di Filosofia del diritto*, 1(1), 67-78.

---

31 Cfr. Waldron (2009a, pp. 2-24; 2009b, pp. 69-82).

- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Gardner, J. (2001). Legal Positivism: 5½ Myths. *The American Journal of Jurisprudence*, 46(1), 199-227.
- Hayek, F. A. von (1960). *The Constitution of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Kelsen, H. (1952). *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934). Torino: Einaudi.
- Kelsen, H. (1998). I fondamenti della democrazia (1955-56). En Kelsen, H., *La democrazia*. Bologna: Il Mulino.
- Michelman, F. (1988). Law's Republic. *The Yale Law Journal*, 97(8), 1493-1537.
- Pattaro E. y Roversi, C. (Eds.). (2016). *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil World. Tome 2: Main Orientations and Topics*. Dordrecht: Springer.
- Postema, G. J. (2014). Fidelity in Law's Commonwealth. En Klimchuk, D. (Ed.), *Private Law and the Rule of Law* (pp. 17-40). Oxford: Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms* (1975). Princeton: Princeton University.
- Rodríguez-Blanco, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Oxford/Portland: Hart Publishing.
- Silverstein, G. (2003). Globalization and the Rule of law: "A Machine that Runs of Itself?". *International Journal of Constitutional Law*, 1(3), 427-445.
- Simmonds, N. E. (2007). *Law as a Moral Idea*. Oxford: Oxford University Press.
- Simmonds, N. E. (2010). Reflexivity and the Idea of Law. *Jurisprudence*, 1(1), 1-23.
- Simmonds, N. E. (2017). Law as an Idea We Live By. En Duke, G. y George, R. (Eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (pp. 245-274). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781316341544.010>
- Tamanaha, B. Z. (2004). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Viola, F. (2005). La libertà come valore politico. En Archideo, L. (Dir.), *La libertad* (pp. 31-55). Buenos Aires: Ciafic Ediciones.
- Viola, F. (2011). *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Torino: Giappichelli.
- Viola, F. (2016a). Beni comuni e bene comune. *Diritto e società*, (2), 381-398.
- Viola, F. (2016b). Introduction: Natural Law Theories in the 20th Century. En Pattaro E. y Roversi, C. (Eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Dordrecht: Springer.
- Viola, F. (2017). Equità e giustizia. En Ferrari, M. (Dir.), *Il problema della giustizia* (pp. 79-94). Milano-Udine: Mimesis.
- Waldron, J. (1989). The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory. En *Ratio Juris*, 2(1), 79-96.
- Waldron, J. (2000/2001). Does Law Promise Justice? *Georgia State University Law Review*, 17(3), 759-788.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- Waldron, J. (2009a). Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, 7(1), 2-24
- Waldron, J. (2009b). Refining the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law*, 7(1), 69-82.
- Wilk, K. (Trad.). (1950). *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*. Cambridge: Harvard University Press.

# EL VALOR DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LAS OC-21/14 Y 23/17 (EL “CANTO DEL TERO” U “OTRO LADRILLO MÁS EN LA PARED DE LA DOCTRINA DEL ‘CONTROL DE CONVENCIONALIDAD’”)

---

**Alfredo M. Vítolo**

Universidad Austral. Universidad de Buenos Aires. Universidad Católica Argentina  
avitolo@derecho.uba.ar

**Recibido:** 20/05/2020

**Aceptado:** 30/05/2020

## Resumen

El trabajo se refiere a los desarrollos inconventionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuestos en las Opiniones Consultivas 21/14 y 23/17 con relación a la pretendida extensión de la doctrina del control de convencionalidad a los contenidos de las opiniones consultivas, utilizando consultas legítimas presentadas por diferentes Estados. El autor sostiene que tales desarrollos no son sino un ejercicio *ultra vires* de las atribuciones del tribunal, no poseen sustento legal y no son otra cosa que la expresión de un “querer ser” del tribunal.

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), control de convencionalidad, opiniones consultivas.

The value of the Interamerican Court of Human Right’s advisory opinions in the light of OCs 21/14 and 23/17 (The “singing of the tero” or “Another brick in the wall of the ‘conventionality control’ doctrine”)

## Abstract

The paper addresses the unconventionality developments of the Interamerican Court of Hu-

man Rights expressed in Advisory Opinions 21/14 and 23/17 regarding the extension of the conventionality control doctrine to the contents of advisory opinions using legitimate questions on substantive matters presented by several States. The author holds that these developments not only are *ultra vires*, but also have no legal basis and are only the result of the Court's wishful thinking.

**Key words:** Interamerican Court of Human Rights (ICHR), conventionality control, advisory opinions.

## 1. Introducción

En agosto de 2014 y noviembre de 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio a conocer dos opiniones consultivas sobre temas de gran interés y actualidad para el sistema interamericano de derechos humanos.

A través de la Opinión Consultiva 21/14,<sup>1</sup> el tribunal desarrolló su visión acerca de las necesidades de dar protección a los niños en contextos de migración, a la luz de las obligaciones que surgen de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana y de la Convención Interamericana para la prevención y sanción de la tortura, teniendo en especial consideración la particular condición de vulnerabilidad de los niños en tales contextos, ante la consulta conjunta que realizaran Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay<sup>2</sup> frente a los crecientes flujos migratorios que se verifican en el continente americano y en el mundo.

A su vez, en la Opinión Consultiva 23/17,<sup>3</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos, apoyándose en la solicitud que le formulara el Gobierno de Colombia,<sup>4</sup> expuso su doctrina sobre la relación inescindible que existe entre la protección del medio ambiente y los Derechos Humanos.

Los desarrollos del tribunal en las materias objeto de las consultas en ambas opiniones consultivas resultan de trascendencia y coadyuvan efectivamente a

---

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21 (en adelante, OC-21/14).

2 La solicitud puede consultarse en [http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_esp.pdf).

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 del 15 de noviembre de 2017. Serie A, No. 23 (en adelante, OC-23/17).

4 La solicitud presentada por el gobierno de Colombia puede consultarse en [http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud\\_14\\_03\\_16\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf).

la mayor vigencia de los derechos humanos en el continente,<sup>5</sup> constituyendo inestimables guías de interpretación para los Estados de la región a fin de lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y evitar eventuales vulneraciones.<sup>6</sup> Pero no es la intención principal de este trabajo indagar sobre los contenidos doctrinarios de ambas opiniones de la Corte Interamericana, sino enfocarnos en otras cuestiones estructurales que surgen de ellas, relacionadas con el rol que tiene (o pretende tener) la Corte en el sistema interamericano de derechos humanos.

Así, en el próximo apartado procuraremos resaltar, si bien sintéticamente y a título introductorio, aquellos aspectos expuestos en las opiniones consultivas que comentamos y que consideramos innovaciones positivas en la doctrina del tribunal. La siguiente parte –eje del presente trabajo– estará dedicada a formular nuestra crítica a la expansión *ultra vires* de la competencia del tribunal y a cómo la Corte utiliza esta ilegítima expansión para pretender otorgar inválidamente valor de norma jurídica obligatoria a la doctrina que surge de las opiniones consultivas. Finalmente, y previo a expresar nuestras conclusiones, en el último apartado llamaremos la atención sobre una afirmación realizada por el tribunal que –*en dictum*– parecería ampliar la protección de los derechos humanos a seres que no son personas humanas, cuestión esta que excede en mucho las competencias de la Corte.

## 2. Aspectos positivos

Tres cuestiones tratadas por la Corte Interamericana en las opiniones consultivas llaman nuestra atención en forma positiva.

### 2.1. La opinión consultiva como “recomendación”

En primer lugar, en la Opinión Consultiva 21/14, el tribunal afirma un aspecto central relativo al alcance de su función consultiva y sobre el cual no se había pronunciado antes: la posibilidad de que la Corte, como parte integrante de su opinión,

---

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1 (en adelante, OC-1/82), § 19.

6 OC-21/14, § 31.

pued[a] también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.<sup>7</sup>

Coincidimos con la interpretación que realiza la Corte acerca de esta cuestión. Si bien el artículo 64.1. de la Convención Americana establece que los Estados “podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, y una recomendación no parecería *a priori* encuadrar estrictamente dentro del alcance del concepto de “interpretación” al que refiere el artículo, no puede olvidarse que, tal como señaló la Corte en reiteradas oportunidades, en ejercicio de su competencia consultiva el tribunal cumple una función “asesora”;<sup>8</sup> ni tampoco que las opiniones consultivas constituyen “un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales”.<sup>9</sup>

Si, conforme dispone el artículo 2 de la Convención Americana, los Estados “se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos [los] derechos y libertades [reconocidos por la Convención]”, bien puede la Corte, a título de contribución o ayuda,<sup>10</sup> a través de la opinión consultiva e interpretando las obligaciones que los Estados asumen en virtud del Pacto, sugerir a los Estados americanos cuáles podrían ser tales medidas.

## 2.2. El diálogo internacional: ¿hacia un verdadero *ius commune*?

En segundo lugar, y de manera gratamente sorprendente ya que no resulta común en la jurisprudencia de la Corte, las conclusiones a las que arriba el tribunal supranacional en la Opinión Consultiva 23/17 se apoyan, entre otros fundamentos, en el modo en el que la cuestión en debate es abordada por las

---

7 OC-21/14, § 30.

8 OC-1/82, § 14. También, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Restricciones a la pena de muerte* (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3 (en adelante, OC-3/83) § 32.

9 OC-1/82, § 39.

10 La Real Academia Española (s.f.) define el verbo “coadyuvar” como “contribuir o ayudar a que algo se realice”.

legislaciones de los distintos países de la región,<sup>11</sup> además de buscar también apoyo en el derecho comparado extrarregional.

Apoyamos con entusiasmo esta apertura de criterio de la Corte, si bien aún tibia, y esperamos que abra la puerta para el reconocimiento de un verdadero *ius commune* interamericano fundado en estándares comunes fijados, no ya unilateralmente por la Corte,<sup>12</sup> sino como resultado de un real diálogo internacional e interjurisdiccional que coadyuve efectivamente a la mayor vigencia de los derechos humanos en el continente. Lamentablemente, hasta hoy, este diálogo, más allá de ser frecuentemente declamado por el tribunal,<sup>13</sup> de hecho resulta inexistente y se parece más a un intento de imponer visiones y estándares unilaterales que de un verdadero diálogo en donde las partes se escuchan mutuamente.<sup>14</sup>

### 2.3. La ampliación del concepto de “jurisdicción” estatal

Por último, también destacamos las precisiones que formula el tribunal –en un aspecto más técnico– con relación a cómo debe interpretarse el concepto de “jurisdicción” tal como este es utilizado en el artículo 1.1. de la Convención Americana, el cual exige a los Estados partes garantizar los derechos humanos a toda persona “que esté sujeta a su jurisdicción”.

En esta cuestión, la Corte Interamericana –con apoyo en principios de derecho internacional–, interpreta el término “jurisdicción” en un sentido amplio,<sup>15</sup> considerando que el término debe entenderse referido “a toda persona

11 OC-23/17, §§ 58, 157, 160, 167, 178 y 231.

12 La posición de la Corte, viéndose a sí misma como estableciendo estándares y no como descubriéndolos, podemos verla reflejada en el informe de la Presidencia del tribunal que acompaña al Informe 2019, cuando expresa: “En relación con la jurisprudencia del presente año cabe señalar que [...] **ampliamos los estándares** relativos a prisión preventiva, así como las garantías al debido proceso en casos relativos a juezas y jueces, así como el alcance y contenido de los principios de independencia judicial e imparcialidad. También, **la Corte desarrolló nuevos e importantísimos estándares** en torno a la libertad de expresión y la protección del discurso hecho por periodistas a la hora de denunciar irregularidades en lo público”, énfasis agregado. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/informe2019/espanol.pdf>.

13 Ver, entre otros, Ferrer Mac-Gregor (2017).

14 “The efficacy of International Human Rights Law depends on its nationalization or constitutionalization in the national real and its enforcement by domestic authorities (especially domestic judges)” (Ferrer Mac-Gregor, 2017, p. 94). Ver, por ejemplo, la saga de la controversia generada en el año 2017 entre la Corte Suprema de la República Argentina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como consecuencia del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Fontvecchia y D’Amico v. Argentina*, en donde el “diálogo” no fue sino un “diálogo de sordos”.

15 OC 23/17, §§ 72 a 104 y especialmente §§ 72 y 77.



respecto de la que (sic) el Estado ejerce sea su competencia territorial, sea su competencia personal e incluso, sea su competencia relativa a servicios públicos”,<sup>16</sup> superando así el criterio tradicional que vinculaba la jurisdicción exclusivamente con la jurisdicción territorial.

De este modo, sostiene acertadamente la Corte:

los Estados no solo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen atribuibles dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero bajo su jurisdicción.<sup>17</sup>

Como ya hemos dicho, todas estas definiciones de la Corte Interamericana, emitidas –si bien como *obiter dicta*– dentro de los límites de las solicitudes que los Estados formularan a la Corte, servirán de inestimable guía para el comportamiento de los Estados de nuestro continente en sus búsquedas por lograr una región en donde el respeto pleno a los derechos de la persona humana sea una realidad,<sup>18</sup> y permitirán una mayor previsibilidad acerca del modo en el que la Corte Interamericana resolverá los futuros casos llevados a su jurisdicción.<sup>19</sup>

Hasta aquí, nuestros elogios a las opiniones del tribunal.

### 3. Las críticas

Sin embargo, junto con los elogios debemos señalar también nuestra preocupación por una serie de conclusiones que surgen de las opiniones emitidas por la Corte Interamericana –y este sí es el objeto principal de este trabajo–, que resultan manifiestamente inconventionales y arbitrarias, en tanto sus fundamentaciones son meramente aparentes y no reflejan sino expresiones de voluntad carentes de todo sustento jurídico.

Tales cuestiones –que se encuentran íntimamente interrelacionadas– son: la

---

16 OC-21/14, § 61.

17 OC-23/17, § 77.

18 Bien dice la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre en su preámbulo que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

19 Como ha señalado la expresidenta del tribunal, Cecilia Medina Quiroga (2005), la opinión consultiva “constituye una interpretación autorizada de las normas de la Convención que la propia Corte, así como también la Comisión, utilizan como fundamento de futuras interpretaciones. Esto último implica que también los Estados deben prestarles atención, porque es probable que ellas sean utilizadas para examinar y decidir futuros casos que los afecten” (p. 224).

utilización *ultra vires* del procedimiento convencional de emisión de opiniones consultivas para pronunciarse sobre materias no consultadas por los Estados y, a partir de allí, pretender exorbitar los efectos de las opiniones vertidas, transformándolas en norma jurídica obligatoria para los Estados.

### 3.1. Expansión inconvencional (*ultra vires*) de la competencia de la Corte Interamericana

En las opiniones consultivas que comentamos, la Corte Interamericana, excediendo claramente sus atribuciones –que son de naturaleza convencional y deben interpretarse conforme al principio de la buena fe, regla general de interpretación de los tratados recogida por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>20</sup>– aprovecha las consultas que le formularan diferentes Gobiernos de la región en cuestiones de notorio interés y preocupación, como son la situación de los niños migrantes y el derecho al ambiente sano, y las utiliza como trampolín para formular declaraciones genéricas (con presunto valor normativo obligatorio y no como mero *obiter*, como veremos más adelante) sobre cuestiones que no le habían sido consultadas y que no guardan ningún tipo de conexidad o relación con aquellas;<sup>21</sup> cuestiones que no fueron motivo de observaciones ni comentarios por los Estados ni por las restantes partes que participaron del proceso de consulta,<sup>22</sup> tampoco fueron objeto de debate en las audiencias públicas convocadas por el tribunal.<sup>23</sup>

20 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 31.

21 De la simple lectura de las solicitudes formuladas por los Estados (ver notas 2 y 4, donde puede apreciarse este hecho). Más aun, en el § 50 de la OC-21/14, la Corte delimita (solamente en lo formal) el alcance que pretende darle a la opinión “[...] acorde a lo requerido por los Estados solicitantes, la presente Opinión Consultiva determina seguidamente, con la mayor precisión posible y de conformidad a las normas traídas a consulta, las obligaciones estatales respecto de niñas y niños, asociadas a su condición migratoria o a la de sus padres y que deben, en consecuencia, los Estados considerar al diseñar, adoptar, implementar y aplicar sus políticas migratorias”. Lo mismo ocurre en la OC-23/17: “§ 35. En la presente Opinión, la Corte se pronunciará sobre las obligaciones estatales en materia ambiental que se relacionan más íntimamente con la protección de derechos humanos, función principal de este Tribunal, por lo cual se referirá a las obligaciones ambientales que se derivan de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos”. Ambas afirmaciones son solo parcialmente correctas, ya que, como veremos, no son los únicos temas sobre los que la Corte se pronuncia.

22 Tales observaciones pueden verse en [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones\\_oc.cfm?nId\\_oc=1399](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=1399) y en [http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones\\_oc.cfm?nId\\_oc=165](http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=165).

23 El video de dichas audiencias y las intervenciones de las delegaciones y personas participantes pueden verse en los siguientes enlaces: <https://vimeo.com/7656870> y <https://vimeo.com/album/4520997>.

Estas decisiones constituyen actos *ultra vires*, es decir, adoptados fuera del ámbito de competencia del tribunal y, por ende, carecen de todo valor jurídico.

Si bien, como ha sostenido en forma constante la Corte Interamericana, al emitir una opinión consultiva el tribunal “no está necesariamente constreñido a los literales términos de las consultas que se le formulan”,<sup>24</sup> no es posible utilizar expansivamente este principio para extralimitar las atribuciones que los Estados confirieron a la Corte a través de la Convención.

Esta actitud de la Corte Interamericana, exorbitando en forma inválida (“inconveniente”, diría el tribunal) sus competencias convencionales, no solo no ayuda al progreso de los derechos humanos en el continente, sino que contraría de un modo grave los propósitos sentados por el Pacto de San José cuando, en su preámbulo, dispone que la Convención procura “consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. Son precisamente las violaciones al principio democrático y a los principios generales de atribución de competencias conforme al derecho internacional que surgen (casi subrepticamente) del texto de las opiniones consultivas que estamos analizando, las que nos llevan a llamar la atención sobre la postura adoptada por la Corte.

El comportamiento del tribunal en estas cuestiones, diciendo que opina sobre algo para –en realidad– opinar sobre algo distinto, puede ser comparado con la acción del tero,<sup>25</sup> esa ave típica del Cono Sur del continente americano que busca engañar a sus predadores emitiendo gritos estridentes lejos de donde tiene el nido para así proteger a sus crías.

La ilegalidad de este modo de actuación de la Corte fue precisamente resaltada –si bien con referencia a otra cuestión y no respecto a la temática discutida en este trabajo– por el juez Humberto Sierra Porto en su voto concurrente en la Opinión Consultiva 23/17, cuando advierte al tribunal que extralimita su competencia en aquellos casos en los que resuelve cuestiones respecto a las cuales no se ha “concedido oportunidad alguna a los intervinientes en el trámite de la opinión consultiva de presentar argumentos a favor o en contra”.<sup>26</sup>

La Corte, con su postura, violenta asimismo el principio que exige interpretar la Convención dentro del contexto en el que es adoptada y conforme al

---

24 OC-23/17, § 27.

25 *Vanellus chilensis*.

26 OC-23/17, voto concurrente del juez Humberto Sierra Porto, § 7.

sentido corriente de los términos utilizados, teniendo en cuenta la intención que tuvieron los Estados al obligarse,<sup>27</sup> lo que exige recurrir, de modo complementario, a los trabajos preparatorios del tratado en cuestión.<sup>28</sup>

Aun cuando pudiera aceptarse que la Corte en su accionar posee poderes implícitos, estos deben resultar necesariamente una derivación lógica de las potestades expresamente atribuidas. Y esto no ocurre. No es posible extraer ni del contexto ni del sentido de los términos de la Convención Americana, ni siquiera dando a sus términos un sentido diferente al ordinario, la potestad que se arroga el tribunal y que constituye entonces un acto *ultra vires* inválido bajo el derecho internacional. Tampoco puede encontrarse en las negociaciones que llevaron a la adopción del Pacto de San José<sup>29</sup> principio ni regla alguna que permita interpretar extensivamente la competencia del tribunal del modo pretendido por la Corte en materias y cuestiones que no guardan relación alguna con el objeto de la consulta que formularon los Estados.

Esta cuestión no es menor, ya que la propia Corte Interamericana ha señalado reiteradamente que su labor interpretativa debe realizarse conforme

los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>30</sup>

Reglas estas que constituyen “reglas del derecho internacional general sobre el tema”.<sup>31</sup> Con su postura en las opiniones consultivas comentadas, la Corte se aparta indebidamente de estas reglas, sentadas por ella misma, para pretender construir(se) potestades inexistentes.

Este rol expansivo (e inconventional) del accionar de la Corte Interamericana no es, sin embargo, novedoso. Ya había quedado expuesto tempranamente en palabras de uno de sus primeros integrantes y primer presidente del tribunal, el juez Rodolfo Piza Escalante, cuando, en su voto razonado acompañando la Opinión Consultiva 4, del año 1984, señaló:

---

27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 31.

28 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 32.

29 Ver Actas y documentos de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos – San José, Costa Rica, noviembre de 1969, Documento OEA/Ser.K/XVI/1.2, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/actas-conferencia-interamericana-Derechos-Humanos-1969.pdf>.

30 OC-1/82, § 33.

31 OC-3/13, § 48, OC-4/84, § 21.

[la] misión más trascendente [de la Corte es] crear jurisprudencia con la audacia, amplitud, intensidad y flexibilidad posible, sin otra limitación que las fronteras insalvables de su competencia... *¡y un poquito más allá, si se puede!*<sup>32</sup>

Aún cuando podamos concordar –en términos generales– con la postura tradicional de la Corte respecto a la necesidad de una interpretación evolutiva del alcance y contenido de los derechos humanos,<sup>33</sup> esta dinámica interpretativa jamás puede ser utilizada para ampliar las competencias procedimentales que los Estados, voluntariamente, han otorgado al órgano, transformando a la Corte Interamericana en legisladora, suplantando la voluntad soberana de los Estados por su propia (e incontrolable) voluntad y alterando así el procedimiento convencionalmente acordado de modificación de la Convención.

Resulta útil, a estos efectos, recordar las palabras del expresidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez:

Las potestades de un órgano jurisdiccional derivan, necesariamente, de la norma que lo instituye, organiza y gobierna. Esta vinculación entre norma jurídica, por una parte, y jurisdicción, por la otra –expresión, en el orden jurisdiccional, del principio de legalidad–, constituye una preciosa garantía para los justiciables y un dato natural y necesario del Estado de Derecho. **Sería inadmisibles y extraordinariamente peligroso para las personas que un órgano jurisdiccional pretendiese “construir”, a partir de su voluntad, la competencia que le parezca pertinente.** Este “voluntarismo creador de jurisdicción” pondría en riesgo el conjunto de los derechos y las libertades de las personas y constituiría una forma de tiranía no menos lesiva que la ejercida por otros órganos del poder público. Es posible que resulte aconsejable, conforme a la evolución de los hechos o del derecho, extender el ámbito jurisdiccional de un órgano de esta naturaleza, a fin de que concurra mejor a la satisfacción de necesidades sociales. Pero esa extensión debe operar a partir de la reforma normativa y no apenas de la decisión voluntariosa –y en esencia arbitraria– del órgano jurisdiccional.<sup>34</sup>

---

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC4/84 del 19 de enero de 1984, voto separado del juez Rodolfo Piza Escalante, § 1. Énfasis agregado.

33 “[L]os tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, § 114), principio reiterado en muchas otras opiniones y casos, entre otros: *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, § 193.

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Voto razonado del juez Sergio García

En forma similar se ha expresado uno de los principales teóricos del derecho internacional, Herscht Lauterpacht. Al referirse a las competencias de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y llamando a la prudencia y cautela del tribunal en el ejercicio de sus atribuciones, en palabras que bien pueden hacerse extensivas al accionar de la Corte Interamericana, Lauterpacht (1982) señala:

Los gobiernos [de los estados] no están preparados para permitir ni tolerar el ejercicio [de actividad legislativa] por un tribunal a quien su propio estatuto le encomienda la aplicación de la ley existente[...] Un tribunal internacional que, notoriamente, cediera a la necesidad de modificar la ley existente, incluso si tal acción pudiera llevarse a cabo dentro de las cuatro esquinas de un principio legal importante, puede provocar una reducción drástica de su actividad. [El Tribunal tiene] un deber de moderación particular para eliminar cualquier justificación de la posible alegación [...], de que se ha producido un exceso de jurisdicción y una usurpación de poderes. (p. 76)<sup>35</sup>

La posición asumida por la Corte Interamericana encuadra, precisamente, en la arbitrariedad que señala García Ramírez y en la falta de prudencia y moderación que requiere Lauterpacht.

La Corte Interamericana, al violentar los límites de sus competencias convencionales, incurre en la misma conducta que tantas veces critica a los Estados cuando les señala los peligros que conlleva la desnaturalización del rol consultivo de la Corte:

la función consultiva de la Corte no puede desvincularse de los propósitos de la Convención [...] Es obvio que toda solicitud de opinión consultiva que se aparte de este fin debilitaría el sistema de la Convención y desnaturalizaría la competencia consultiva de la Corte.<sup>36</sup>

Los excesos de la Corte en la interpretación de los alcances de su función consultiva –precisamente– desnaturalizan a esta, debilitan el sistema de protección de derechos humanos y mellan el prestigio que el tribunal debe mantener si quiere, efectivamente, ser un actor trascendente en el sistema. No puede olvidarse de que el verdadero valor de las decisiones de un tribunal –que no posee “ni la bolsa ni la espada” (Hamilton, 1788, en *El Federalista* Nº 78)– descansa

---

Ramírez, § 15. Énfasis agregado.

35 Traducción propia.

36 OC-1/82, § 25.

-y no es poco- en la confianza que genere su actuación y en la honestidad y seriedad de sus decisiones.

A esto se agrega que esta usurpación de potestades no se funda en argumentaciones jurídicas, sino solo pretende justificarse con la muletilla (en alguna medida reflejo de una soberbia cuasi monárquica) de que la Corte es juez de su propia competencia,<sup>37</sup> regla que, aplicada a estos casos, tal como pretende el tribunal, no constituye sino una falacia lógica a través de la cual la Corte procura ponerse a sí misma en un rol de controlador incontrolado<sup>38</sup> al no existir mecanismos que permitan cuestionar y controlar sus decisiones, a lo que se le suma el déficit democrático que presenta el proceso de nombramiento de sus integrantes y la inexistencia de mecanismos de responsabilidad de estos. De este modo, los jueces interamericanos se transforman, por decisión propia, en superhombres custodios de principios creados, establecidos e interpretados por ellos, pretendiendo imponer tales conclusiones a los Estados sin control alguno.<sup>39</sup>

Actitudes como las señaladas poseen, como señala Ezequiel Malarino (2010, p. 25), un claro contenido antidemocrático y antiliberal y constituyen verdaderos “ladrillos en la pared” que, cada vez más y contrariamente a la visión optimista pregonada por algunos -incluyendo al propio tribunal-,<sup>40</sup> aíslan a la Corte de los Estados que la crearon y le confirieron sus potestades, con grave riesgo para una efectiva vigencia del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

---

37 OC-21/14, § 17; OC-23/17, § 15.

38 El juez Sergio García Ramírez, más allá de haber planteado, como hemos mencionado anteriormente, la necesidad de moderación en el accionar de la Corte, llegó a sostener, parafraseando la famosa sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que, en definitiva, la Convención Interamericana no es sino lo que la Corte Interamericana dice que es (García Ramírez, 2004, p. 5).

39 La Corte Interamericana, frecuentemente hace ya varios años, pretende arrogarse una función que los Estados no le otorgaron: la de ser “intérprete última” de la Convención (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, § 124). Como ya señalamos en un trabajo anterior, la Corte es, sin duda, intérprete de la Convención, pero en modo alguno es intérprete final, sino solo intérprete dentro del marco de sus atribuciones convencionales (ver Vítolo, 2013). No resulta aquí aplicable la postura de la Corte Interamericana, la famosa máxima del juez Jackson de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final” (*Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953)), ya que los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos se encuentran sujetos al proceso de remoción por acusación de la Cámara de Representantes y juicio ante el Senado, haciéndolos así responsables frente a los representantes del pueblo por las violaciones a su mandato constitucional (Constitución de los Estados Unidos, artículo 1). No existe en el sistema interamericano un mecanismo de responsabilidad similar.

40 Ver, a título de ejemplo, el Informe Anual 2019 de la Corte (Corte Interamericana de Derechos

Lamentablemente, el accionar *ultra vires* de diferentes tribunales internacionales resulta más común de que lo que podría pensarse y ya ha generado reacciones adversas en los Estados. En algunos casos, el rechazo se manifiesta en forma velada, como cuando los Estados simplemente ignoran o demoran *sine die* las decisiones que adoptan tales tribunales,<sup>41</sup> pero en otros, el rechazo se manifiesta en forma expresa. Al respecto, cabe recordar la decisión del Tribunal Constitucional de la República Checa del año 2012, que declaró *ultra vires* una sentencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea,<sup>42</sup> y, más recientemente, la decisión de la Corte Suprema de Argentina, que declaró contraria al derecho argentino y, por ende, inejecutable en el país parte de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina*, con fundamento en que la Corte Interamericana, en su sentencia, había extralimitado su competencia convencional para resolver los casos sometidos a su jurisdicción.<sup>43</sup>

Es que, en definitiva, como ha señalado el profesor Eberé Osieke (1982),

el derecho de un estado parte [de un tratado internacional de cuestionar las decisiones de un órgano de dicho tratado] parece derivar de la naturaleza consensual de aquellos. Por tratarse de tratados internacionales, cada parte posee un derecho inherente de supervisar su implementación a fin de asegurar que el órgano no adopte decisiones que resulten incompatibles con su objeto y propósito, o que sea perjudicial a los intereses del estado miembro en exceso de lo que aceptaron al tiempo de hacerse parte [del tratado]. (p. 239)

Es que la obligación del Estado con fundamento en el tratado no es otra que cumplir con aquello a lo que se obligó y no más allá. Es este, y no otro, el sentido de la regla *pacta sunt servanda* prevista en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

---

Humanos, 2020).

41 Las estadísticas dan cuenta de que el accionar de la Corte está lejos de ser un éxito. Así, según su Informe Anual 2019, informó que se mantienen aún bajo supervisión de cumplimiento 223 decisiones (algunas tan antiguas que se remontan al año 1996 –Caso *Neira Alegria vs. Perú*–) y solo 35 casos fueron archivados por cumplimiento de las sentencias. O sea que estos 223 casos poseen medidas dispuestas por el tribunal que se encuentran pendientes de cumplimiento en forma total o parcial. Esto demuestra que el grado de efectividad de las decisiones del tribunal es sorprendentemente bajo.

42 Ver Komárek (2012, p. 323).

43 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso *Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallos: 340:47.



### 3.2. El valor de las opiniones consultivas como fuente principal del derecho interamericano

En las opiniones consultivas que comentamos, la Corte no solo se atribuye potestades inexistentes al pronunciarse inconsultamente sobre cuestiones no requeridas ni debatidas por los Estados, sino que, a través de esta usurpación de atribuciones, pretende –también erradamente– interpretar la Convención para conferir valor de norma jurídica obligatoria a los contenidos de sus opiniones consultivas. Como analizaremos, su razonamiento en esta cuestión se encuentra alejado de cualquier posible principio interpretativo de derecho internacional, lo que transforma sus conclusiones en irrazonables e infundadas. Una vez más, el voluntarismo incontrolado del tribunal, el “querer ser”, prevalece sobre un análisis estricto de su rol convencional.

En las opiniones consultivas que nos encontramos analizando, y cumpliendo con el deseo formulado por el juez Eduardo Ferrer Mc Gregor en una de sus primeras intervenciones como miembro del tribunal llamando a la Corte a reflexionar a futuro sobre “si la ‘norma interpretada’ alcanza eficacia erga omnes más allá de los ‘casos contenciosos’ donde se produce la autoridad de la cosa juzgada; por ejemplo, en las ‘opiniones consultivas’”,<sup>44</sup> la Corte sostiene que las doctrinas sentadas por el tribunal en aquellas participan del mismo carácter obligatorio que pretendidamente tienen sus sentencias en los casos contenciosos, por lo que los Estados deben ejercer, respecto a tales doctrinas, el “correspondiente control de convencionalidad” y aplicarlas en la resolución de sus casos.<sup>45</sup>

En la Opinión Consultiva 21/14, la Corte sienta el principio en estos términos:

[La Corte] estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, cuen-

---

44 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución del 20 de marzo de 2013. Voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, § 59.

45 Sobre los alcances del “control de convencionalidad” nos hemos ya expresado en un trabajo anterior (Vítolo, 2013).

tan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos.<sup>46</sup>

El principio es reforzado sutilmente en la Opinión Consultiva 22/16. En ella, la Corte señala –como al pasar– que: “En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”.<sup>47</sup>

Finalmente, en la Opinión Consultiva 23/17, la Corte Interamericana reitera el razonamiento que había utilizado en la OC-21/14, pero esta vez lo divide, dando autonomía y mayor visibilidad a la regla al exponerla en un considerando propio,<sup>48</sup> separándola de la referencia a lo que la Corte pretende que ocurra con las opiniones consultivas respecto a los Estados que no son parte de la Convención Americana, para quienes el contenido de las opiniones consultivas sería, simplemente, una guía de interpretación.<sup>49</sup> Ahora bien, ¿es sostenible la posición del tribunal? Entendemos que no.

En una modalidad poco común en la labor judicial –si bien más usual en el ámbito del derecho internacional–,<sup>50</sup> la Convención Interamericana autoriza a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), a la Comisión Interamericana y a ciertos órganos enumerados en la Carta de la OEA a consultar a la Corte “acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.<sup>51</sup>

---

46 OC-21/14, § 31. Citas internas omitidas.

47 Corte IDH. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador)*. Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, § 26.

48 OC-23/17, § 28.

49 OC-23/17, § 29.

50 Ver, por ejemplo, la posibilidad que el Pacto de la Sociedad de las Naciones le otorgaba a la Corte Permanente de Justicia Internacional y que la Carta de las Naciones Unidas le otorga a la Corte Internacional de Justicia para emitir opiniones consultivas (Pacto de la Sociedad de las Naciones, artículo 14; Carta ONU, artículo 96). Lo mismo ocurre en el ámbito europeo: el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tras su reforma por el Protocolo 2, le permite a la Corte Europea emitir opiniones consultivas, habiéndose ampliado posteriormente la legitimación para solicitarlas a través del Protocolo 16 del año 2013.

51 Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 64.1.

Asimismo, “[l]a Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.<sup>52</sup>

Algunos autores han cuestionado que la Corte Interamericana haya titulado “opiniones consultivas” a las decisiones emitidas en ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 64.1. de la Convención (Faúndez Ledesma, 2004, p. 989),<sup>53</sup> sosteniendo que se tratan de actos de “interpretación autorizada de la Convención y de las otras obligaciones convencionales asumidas por los estados partes en materia de derechos humanos” (p. 238) en los cuales “la Corte también está actuando como un órgano jurisdiccional y no como un ente meramente asesor en cuestiones de derechos humanos” (p. 948) y pretendiendo, a partir de allí, extraer la obligatoriedad de sus postulados.

No nos caben dudas de que las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana constituyen interpretaciones autorizadas de la Convención y que, técnicamente y en sentido estricto, son un ejercicio de función jurisdiccional, en tanto “dicen derecho” (*juris dictio*). La propia Corte Interamericana lo ha expuesto tempranamente al sostener que el procedimiento de las opiniones consultivas

ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso.<sup>54</sup>

Pero de allí a sostener la obligatoriedad para los Estados de las conclusiones a las que arriba la Corte en ejercicio de la competencia consultiva hay un largo trecho, ya que de tales afirmaciones no resulta lógicamente posible extraer la conclusión pretendida.

Como ya hemos expuesto, no existiendo razones justificadas que permitan una interpretación diferente, al interpretar los términos utilizados en un tratado internacional –en este caso, la Convención Americana sobre Derechos Humanos– debe estarse al sentido corriente de sus términos.<sup>55</sup>

---

52 CADH, artículo 64.2.

53 No obstante, es necesario señalar que esta es la terminología que se ha utilizado a lo largo de los debates que llevaron a la adopción de la Convención y la que viene dada por los antecedentes del derecho internacional.

54 OC-3/83, § 43.

55 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 31. Ver el desarrollo realizado sobre

La Real Academia Española (s.f.), en el *Diccionario de la lengua española*, define los términos “consulta” y “opinión”, que son los que utiliza la Convención Americana al referirse a las opiniones consultivas como “parecer o dictamen” y “juicio y valoración”, respectivamente. Similares alcances se verifican en los diccionarios usuales en inglés, francés y portugués, idiomas en los que se expresa la Corte.<sup>56</sup> En modo alguno pueden interpretarse tales términos con un sentido de obligatoriedad, como pretende el tribunal. Ni el sentido ordinario ni el técnico de las palabras utilizadas permiten esta interpretación.

Por otra parte, a poco que se analicen los trabajos preparatorios del Pacto de San José, puede advertirse sin mayor esfuerzo que la intención de los Estados fue, precisamente, autorizar la emisión por la Corte de “opiniones” y no conferirles otro rol. De hecho, puede verse que el término “opiniones consultivas” es reiterado repetidamente a lo largo de los diferentes proyectos debatidos.<sup>57</sup>

Tampoco las fuentes del derecho internacional general ayudan a la interpretación expansiva del concepto, como pretende la Corte Interamericana.

En efecto, mucho se ha discutido acerca del papel “legislativo” o no de las opiniones consultivas que emite la CIJ,<sup>58</sup> antecedente directo del sistema interamericano. La CIJ ha expuesto, reiteradamente, que sus opiniones consultivas “como tales, no tienen efecto vinculante”<sup>59</sup> y que pretender otorgarle tal carácter “va más allá del alcance atribuido por la Carta [de la ONU] y por el Estatuto [de la Corte] a las opiniones consultivas”,<sup>60</sup> criterio mantenido en forma constante.<sup>61</sup> La propia página web de la CIJ (en términos sencillos, dirigidos al público en general) reitera en forma expresa esta regla.<sup>62</sup>

Es que, claramente, la función contenciosa y la función consultiva son, sus-

---

esta cuestión *supra*.

56 Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 21.

57 Ver Actas y documentos de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos – San José, Costa Rica, noviembre de 1969, Documento OEA/Ser.K/XVI/1.2.

58 Ver, por ejemplo, Mayr y Mayr-Singer (2016).

59 Entre otros, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 65. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/8/008-19500330-ADV-01-00-EN.pdf>.

60 *Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1956, p. 84. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/30/030-19561023-ADV-01-00-EN.pdf>.

61 *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1999, p. 62. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/100/100-19990429-ADV-01-00-EN.pdf>.

62 Ver <https://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction>.

tancialmente, funciones diferentes. Como bien ha señalado el juez Winiarski<sup>63</sup> en su voto en la Opinión Consultiva sobre Interpretación de los Tratados de Paz entre Bulgaria, Hungría y Rumania, “existe el peligro de introducir la jurisdicción contenciosa a través del canal indirecto de las opiniones consultivas”.

El derecho europeo tampoco ayuda a la interpretación que pretende la Corte Interamericana. El Protocolo 16 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que amplía el rol consultivo de la Corte Europea de Derechos Humanos y habilita a los tribunales nacionales de los Estados partes a solicitarle opiniones consultivas, es enfático al señalar que “las opiniones consultivas no serán vinculantes”.<sup>64</sup>

En el ámbito interamericano, ya en la primera opinión consultiva, la Corte se preocupó en señalar que existen diferencias entre el valor de sus decisiones en los casos contenciosos y las que surgen del ejercicio de su competencia consultiva. Así, sostuvo que: “Las Opiniones Consultivas de la Corte [...] por su propia naturaleza, **no tienen el mismo efecto vinculante** que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la Convención”,<sup>65</sup> criterio que reitera al año siguiente al emitir la Opinión Consultiva OC 3/83.<sup>66</sup>

“No tienen el mismo efecto”, dice la Corte. O sea, sus efectos son, obviamente, diferentes.

Con su postura actual, expuesta en las opiniones consultivas que comentamos, la Corte reniega –sin brindar razón alguna que justifique el cambio de posición– de la conclusión a la que había llegado años antes y pretende equiparar los efectos de ambos tipos de pronunciamientos, sentencias y opiniones consultivas, dejando en letra muerta su afirmación anterior sin brindar otra razón para el cambio de posición más que su sola voluntad.

En aquellos sistemas jurídicos que siguen la regla del precedente judicial obligatorio –regla que la Corte Interamericana pretende para sus decisiones–, y como un elemento necesario para cumplir con la garantía de seguridad jurídica que se exige a todo tribunal, los jueces solo pueden dejar sin efecto un precedente anterior (*overruling*) brindando las razones que los llevan a modificar su

---

63 Corte Internacional de Justicia, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 65, opinión disidente del juez Winiarski, § 1. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/8/008-19500330-ADV-01-02-EN.pdf>.

64 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Protocolo 16, artículo 5.

65 OC-1/82, § 51. Énfasis agregado.

66 OC-3/83, § 32.

postura, algo que la Corte Interamericana omite, llevando a que su decisión no pueda sino ser calificada como arbitraria. Sorprende también este punto, toda vez que la Corte Interamericana ha señalado constantemente a los Estados la necesidad de que en ellos prime la seguridad jurídica como un elemento integrante del derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva. Evidentemente, parece que la Corte Interamericana no se siente alcanzada por los mismos estándares que requiere a los tribunales nacionales.

Contrariamente a la postura hoy asumida por la Corte Interamericana, la doctrina continental concuerda –casi sin disidencias– en que en modo alguno las opiniones consultivas emitidas por la Corte puedan resultar obligatorias para los Estados. Así lo han sostenido, entre otros, prestigiosos exintegrantes del tribunal, como Thomas Buergenthal,<sup>67</sup> Alirio Abreu Burelli,<sup>68</sup> Cecilia Medina Quiroga<sup>69</sup> y Pedro Nikken.<sup>70</sup>

Pero si no bastaran estas justificaciones para demostrar lo errado del argumento actual de la Corte en esta cuestión, es necesario destacar que la interpretación que pretende el tribunal entra en conflicto también con una interpretación sistemática de la Convención Americana.

Una simple regla lógica no permite dudar de la naturaleza obligatoria de las sentencias que emite la Corte en ejercicio de su competencia contenciosa. Sostener lo contrario sería un absurdo que llevaría a negar el sentido mismo de la función de la Corte Interamericana como tribunal de justicia.

A la misma conclusión se arriba aplicando el principio interpretativo de la buena fe. No parece acorde a este principio que un Estado acepte ser juzgado por la Corte para luego rechazar estar alcanzado por la decisión.<sup>71</sup> Sin embargo, a pesar de la claridad del principio, los redactores de la Convención Americana

---

67 “In contentious proceedings, [...] the consenting states become formal parties and are under a legal obligation to comply with the Court’s judgements. **That was not true of advisory proceedings**” (Buergenthal, 1985), énfasis agregado.

68 “Sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas, el criterio predominante es que [...] por su propia naturaleza no tienen el mismo efecto vinculante de las sentencias en materia contenciosa.” (Abreu Burelli, 2005, p. 104)

69 “[...] lo que la Corte produce en esos casos es una opinión consultiva que no tiene la fuerza obligatoria de una sentencia [...].” (Medina Quiroga, 2005, p. 224)

70 “Cabe entonces concluir que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado, [...] no son directamente obligatorias para ellos.” (Nikken, 1999, p. 176)

71 Dejamos de lado, desde ya, aquellos casos en los que la Corte Interamericana, al fallar, extralimita sus atribuciones, transformando en nula su decisión, como hemos comentado *supra*.

quisieron reforzar la regla con la finalidad de evitar cualquier duda, incluyendo expresamente en la Convención la obligación de los Estados de cumplir con las decisiones de la Corte “en todo caso en que [los Estados] sean partes”.<sup>72</sup> El mismo refuerzo del principio se advierte en la Carta de las Naciones Unidas con respecto a las sentencias de la Corte Internacional de Justicia.<sup>73</sup>

Sin embargo, ni la Convención Americana ni la Carta de las Naciones Unidas (en su caso, respecto a la competencia consultiva de la Corte Internacional de Justicia) incluyen una regla similar para regular los efectos de las opiniones consultivas. ¿Olvido? En modo alguno. Una interpretación armónica de la Convención lleva a concluir, necesariamente, que no fue voluntad de los Estados que adoptaron tales instrumentos conferir el mismo valor a las opiniones consultivas que a las sentencias emitidas en casos contenciosos.

No es posible sostener, conforme una interpretación sistemática, que si los Estados reforzaron en el texto de la Convención la regla de la obligatoriedad de sus decisiones en un supuesto que no generaba dudas, no habrían hecho lo propio en una situación menos clara, como es el caso de las opiniones consultivas. Si hubieran querido conferirles obligatoriedad, lo habrían dejado expuesto en forma expresa. Pero ello no ocurrió.

Tampoco puede sostenerse que las opiniones consultivas se encuentren alcanzadas por la regla de la obligatoriedad que estipula el artículo 68.1. de la Convención, toda vez que las opiniones consultivas no se emiten en un “caso” ni los Estados revisten el carácter de “parte”, que no son sino los términos utilizados por el artículo.

Otra de las razones que impiden tener por obligatorias las decisiones de la Corte Interamericana en ejercicio de su competencia consultiva es la resultante de confrontar los pretendidos efectos de estas con la amplia legitimación que el Pacto de San José reconoce para solicitarlas. Como ya mencionamos, no solo los Estados partes de la Convención Americana, incluso aquellos que no aceptan la competencia contenciosa de la Corte, pueden solicitar al tribunal la emisión de una opinión consultiva, sino también los restantes Estados miembros de la OEA y diferentes órganos de esta.<sup>74</sup>

---

72 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 68.1.

73 Carta de las Naciones Unidas, artículo 94.1. Tanto en este caso como en el de la Convención Americana, el sentido de la cláusula no era otro que negar el efecto expansivo *erga omnes* de la jurisprudencia.

74 La Corte Interamericana ha considerado a esta como “la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente” (OC-1/82, § 14).

Bien señala la Corte que cuando se expide en el marco de una opinión consultiva, lo hace para todos los Estados del continente y no solo para aquellos que son parte de la Convención o para los que hubieran aceptado su competencia contenciosa, ya que, de ser así, se afectaría el propósito mismo del procedimiento consultivo:

[S]i la Corte circunscribiese su pronunciamiento a aquellos Estados que han ratificado la Convención Americana, sería difícil desvincular la presente Opinión Consultiva de un pronunciamiento específico sobre la legislación y prácticas de los Estados que no han ratificado la Convención en relación con las preguntas planteadas. Esta circunstancia, a juicio de la Corte, limitaría el objeto del procedimiento consultivo, el cual, como ya se dijo, “está destinado [...] a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Además, si la opinión alcanzara sólo a Estados Miembros de la OEA que son Partes de la Convención Americana, el Tribunal prestaría sus servicios consultivos a un número reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta.

Por estas razones, la Corte determina que todo lo que se señala en la presente Opinión Consultiva se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan o no ratificado la Convención Americana o alguno de sus protocolos facultativos.<sup>75</sup>

Ahora bien, si la opinión consultiva sienta doctrina para todo el continente americano, y siendo que conforme un principio no controvertido de derecho internacional todo procedimiento judicial respecto a una cuestión jurídica que afecte a un Estado requiere siempre su consentimiento expreso,<sup>76</sup> no resulta posible sostener –a falta de una disposición expresa– que los efectos de las opiniones emitidas por el tribunal y dirigidas a todos los Estados del continente puedan resultar obligatorias para algunos Estados y simples guías interpretativas para otros, según los Estados hayan o no aceptado la competencia contenciosa

---

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, §§ 58-60.

76 Ver *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 65, Opinión separada del juez Azevedo, en particular § 8. <https://www.icj-cij.org/files/case-related/8/008-19500330-ADV-01-01-EN.pdf>.



de la Corte,<sup>77</sup> como esta pretende.<sup>78</sup> Basta recordar las fórmulas que los Estados utilizan normalmente para reconocer la competencia del tribunal, en las cuales dejan claro que aceptan y reconocen la obligatoriedad de las decisiones de la Corte solo respecto a los “casos” sometidos a su jurisdicción.<sup>79</sup> Como señala la vieja máxima del derecho romano, *ube lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, principio olvidado por la Corte. La distinción que realiza la Corte es, pues, forzada, sin fundamentación normativa y no responde sino a un mero acto de voluntarismo del tribunal.

La cuestión se ve incluso agravada si se tiene en cuenta que, como ya señalamos, no solo los Estados pueden solicitar a la Corte la emisión de opiniones consultivas, sino que también pueden hacerlo diferentes órganos del sistema interamericano, pudiendo entonces suceder que los Estados se vean obligados a seguir una interpretación jurídica resultante de la sola voluntad de entidades ajenas a estos, sin que los Estados hubieran consentido esta posibilidad.

Una última razón (*last, but not least*, diría un autor anglosajón) impide dar fuerza obligatoria a las conclusiones a las que arriba la Corte al emitir una opinión consultiva. Si el tribunal, como lo ha expuesto reiteradamente,<sup>80</sup> puede emitir una opinión consultiva aun cuando la cuestión (o una cuestión sustancialmente similar) estuviera siendo debatida ante su jurisdicción contenciosa, si a esta potestad se le agregase la ahora pretendida obligatoriedad de sus conclusiones en el marco de la competencia consultiva, la Corte, por este medio, violentaría los límites de su competencia al generar una doctrina que obligaría también al Estado cuyo caso está siendo debatido en la jurisdicción contenciosa, afectándose así su derecho de defensa. A la misma conclusión se arriba desde la visión de las presuntas víctimas cuyos derechos violados se encuentran siendo juzgados por el tribunal en un caso concreto. Este aspecto, hoy olvidado por la Corte, fue tempranamente resaltado por ella misma cuando señaló, con cita del recordado internacionalista brasileño Carlos Dunshee de Abranches:

[S]e ha planteado la preocupación por la eventualidad de que, en detrimento del

---

77 No puede olvidarse, con relación a esta cuestión, que el artículo 62.1. de la Convención confiere a los Estados la potestad de reconocer la competencia de la Corte sobre los “casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

78 Ver, a título de ejemplo, el Informe Anual 2019 de la Corte (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

79 Ver [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm).

80 Ver, entre otros, OC-3/83, § 38.

cabal funcionamiento de los mecanismos dispuestos por el Pacto de San José y del interés de la víctima, pueda acudir a la instancia consultiva con el deliberado propósito de trastornar el trámite de un caso pendiente ante la Comisión, “sin aceptar la jurisdicción litigiosa de la Corte y asumir la obligación correspondiente, que es el cumplimiento de la decisión.”<sup>81</sup>

Este aspecto ya había sido señalado por la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la Corte Internacional de Justicia, cuando, en la cuestión de Carelia del Este, el tribunal se excusó de emitir una opinión consultiva existiendo una controversia entre Rusia y Finlandia, señalando que su opinión consultiva podría –no obstante su condición de tal– ser considerada como brindando respuesta a una controversia concreta:

La Corte reconoce el hecho que no se le ha solicitado que resuelva una disputa, sino brindar una opinión consultiva. Esta circunstancia, no obstante, no modifica esencialmente las consideraciones vertidas [...] Dar respuesta a la pregunta sería equivalente a resolver la disputa entre las partes. La Corte, siendo una Corte de Justicia, no puede, ni siquiera al dar una opinión consultiva, apartarse de las reglas esenciales que guían su actividad como un tribunal.<sup>82</sup>

Como bien señala la ya citada opinión del juez Azevedo de la Corte Internacional de Justicia:

Existen ciertos límites que una corte de justicia no puede traspasar, inclusive en el ejercicio de una función consultiva atribuida a aquél como una actividad subsidiaria. Por ejemplo, la ausencia de consentimiento [de los Estados] sin duda constituye un *non possumus*.<sup>83</sup>

La postura de la Corte Interamericana reviste particular gravedad, toda vez que el tribunal, al desarrollar sus argumentos sobre los pretendidos efectos *erga omnes* del control de convencionalidad –postura que hemos criticado en trabajos anteriores por considerarla carente de todo sustento normativo–,<sup>84</sup> omite

81 OC-1/82, § 24. Por otra parte, de la simple lectura de este párrafo puede comprenderse, sin mayor esfuerzo, que la Corte no consideraba que sus opiniones consultivas tuviesen efectos vinculantes.

82 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Status of the Eastern Carelia*, Advisory Opinion, 23 de julio de 1923. [https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_B/B\\_05/Statut\\_de\\_la\\_Carelie\\_orientale\\_Avis\\_consultatif.pdf](https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_05/Statut_de_la_Carelie_orientale_Avis_consultatif.pdf).

83 Ver *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 65, § 8.

84 Ver nota 39.

por completo –como lo exige metodológicamente la doctrina del *stare decisis*– distinguir en su razonamiento entre *ratio decidendi* o *holding* y los diversos *obiter dicta*, pretendiendo otorgar valor normativo a toda su decisión sin formular distinción ni matiz alguno. Contrariamente a lo que postula la Corte Interamericana, no resulta correcto sostener que todo en una decisión judicial posea el mismo valor, sea a título de jurisprudencia o de norma. La utilización de esta regla, desdeñada por la Corte Interamericana en sus pronunciamientos, permitiría, al menos, algún nivel de moderación por parte del tribunal.

Si bien la prudencia con la que debe actuar el tribunal lleva a pensar que no deberían ocurrir situaciones en donde la Corte emita opiniones consultivas que puedan ser malinterpretadas como dirigidas a resolver un caso, es necesario establecer precauciones y limitaciones formales; parafraseando lo que señalara Madison en *El Federalista* N° 51: “Los hombres no son ángeles”, por lo que es necesario establecer recaudos y salvaguardias para evitar los excesos de poder del tribunal.

Desde luego que sostener que las opiniones consultivas no deben resultar obligatorias para los Estados no significa negar en modo alguno su valor. Las opiniones consultivas como tales constituyen una importante fuente de *soft law*<sup>85</sup> o fuente auxiliar del derecho internacional,<sup>86</sup> brindando una importante ayuda a los Estados y permitiendo concretar el principio del efecto útil (*effet utile*) que se reclama a las normas convencionales y al accionar de la Corte.<sup>87</sup> De este modo, el principio de buena fe lleva a la necesidad de que los Estados brinden debida consideración a los principios que surgen de tales opiniones consultivas y no los descarten sin más.

La Corte Interamericana, ya desde su primera opinión consultiva, se preocupó por señalar su rol coadyuvante de los Estados<sup>88</sup> y, en criterio reiterado desde entonces sin excepciones, ha sostenido que

la labor interpretativa que [el tribunal] debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no solo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas

---

85 Como señala el *Diccionario del español jurídico* de la Real Academia Española, por *soft law* debemos entender “actos jurídicos que sin tener fuerza vinculante obligatoria contienen las pautas inspiradoras de una futura regulación de una materia, abriendo paso a un posterior proceso de formación normativa”. Ver también Toro Huerta (2006).

86 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

87 OC-4/84, § 25: “La función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminad[a] también a hacer efectivos [los] derechos y libertades [de la persona humana]”.

88 OC-1/82, § 25.

internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyen a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.<sup>89</sup>

Este mismo criterio se ve reforzado en la Opinión Consultiva 3 (nótese, en este sentido, la utilización del adjetivo “único” que la Corte utiliza para calificar su función):

A lo único que el procedimiento está destinado es a facilitar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.<sup>90</sup>

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Así, puede coincidirse con la Corte Interamericana cuando señaló en 1997 que: “Aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables”;<sup>91</sup> toda vez que, como ha expresado el juez Philadelpho Azevedo de la Corte Internacional de Justicia, su carácter no obligatorio “no priva a una opinión consultiva de todas las consecuencias morales que son inherentes a la dignidad del órgano que la emite”,<sup>92</sup> criterio que refuerza con carácter explicativo la propia Corte Internacional en su página web cuando señala:

a pesar de no tener fuerza vinculante, las opiniones consultivas de la Corte tienen un gran peso legal y autoridad moral. A menudo son un instrumento de diplomacia preventiva y ayudan a mantener la paz. A su manera, las opiniones

---

89 OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, § 29; OC-23/17, § 24.

90 OC-3/83, § 22.

91 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97, de 14 de noviembre de 1997, § 26.

92 *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 65, Opinión separada del juez Azevedo, § 3.

consultivas también contribuyen a la clarificación y el desarrollo del derecho internacional y, por lo tanto, al fortalecimiento de las relaciones pacíficas entre los Estados.<sup>93</sup>

Estos mismos efectos son puestos de manifiesto por la doctrina en el ámbito americano. Así, Abreu Burrelli (2005) dice:

[Las opiniones consultivas] tienen [...] notable trascendencia, contribuyen a generar o a recibir, una *opinio juris* internacional y a establecer los patrones o criterios para el futuro entendimiento de las normas e instituciones, la prevención de los conflictos y la solución de controversias. (p. 104)

En similar sentido se expresó la expresidenta de la Corte, Cecilia Medina Quiroga (2005):

[la opinión consultiva] constituye una interpretación autorizada de las normas de la Convención que la propia Corte, así como también la Comisión, utilizan como fundamento de futuras interpretaciones. Esto último implica que también los Estados deben prestarles atención, porque es probable que ellas sean utilizadas para examinar y decidir futuros casos que los afecten. (p. 224)

Y también Pedro Nikken (1999):

Cabe entonces concluir que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen, en general, un valor análogo al que tienen las sentencias de los tribunales internacionales para los Estados que no han sido partes en el caso sentenciado: si bien no son directamente obligatorias para ellos, representan una interpretación auténtica del Derecho internacional (en el caso de la Convención Americana u “otro tratado” sometido a consulta), que, como fuente auxiliar del mismo, debe ser tenido como norma por los Estados americanos para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. (p. 176)

Todo lo expuesto no lleva sino a la conclusión de que la postura del tribunal sobre esta cuestión constituye solo una expresión de deseos carente de sustento jurídico.

---

93 <https://www.icj-cij.org/en/advisory-jurisdiction>.

#### 4. Apostilla de cierre: un *dictum* tan preocupante como innecesario (o “zapatero, a tus zapatos”)

La Corte Interamericana fue creada para la defensa de los derechos humanos y la protección de las personas frente al accionar estatal violatorio de aquellos. Respecto a esto, no caben dudas.

A su vez, y más allá de algunas diferencias de matices, existe hoy un consenso generalizado, una *opinio iuris* internacional de que los derechos humanos son derechos inherentes a la persona humana, consustanciales a nuestro ser.<sup>94</sup> Es precisamente esta característica, la de la inherencia de los derechos humanos, la que nos diferencia del resto de los animales, plantas y cosas de nuestro planeta.

Por ello, sorprende que la Corte, en su Opinión Consultiva 23/17, al hacer referencia al medio ambiente, introduzca, cual globo de ensayo, una referencia (vaga y genérica, es cierto) a la cuestión de los presuntos derechos de los seres vivos no humanos, quienes conforme con la Corte resultarían “también merecedores de protección en sí mismos”,<sup>95</sup> resaltando que se “advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales”.<sup>96</sup>

Este tema, desde ya controversial y que daría para una larga discusión desde la filosofía, claramente excede en mucho las competencias de la Corte Interamericana, cuya única misión es velar por el respeto a los “derechos humanos”, esto es, por los derechos inherentes e inalienables de la persona humana.

Resultaría un acto de prudencia saludable que la Corte Interamericana se limitara a brindar sus opiniones en los asuntos que se le consultan dentro de los límites de su competencia y no opinar sobre temas que clara y notoriamente la superan.

#### 5. Conclusiones

A lo largo de estas páginas hemos procurado, sin desdeñar elogios a desarrollos que consideramos positivos en la doctrina de la Corte Interamericana, señalar nuestra preocupación por una actitud del tribunal que se verifica en las opiniones consultivas que comentamos –seguramente con base en fundadas ansias de hacer progresar la agenda de derechos humanos en el continente–, que la lleva

---

94 La Declaración Universal de los Derechos Humanos habla de “derechos inalienables de toda la familia humana”.

95 OC-23/17, § 62.

96 OC-23/17, § 62.

a exceder sus atribuciones convencionales y a pretender sentar reglas jurídicas fuera del ámbito de su competencia. Estas actitudes, como hemos expuesto, lejos de contribuir al desarrollo de los derechos humanos, mellan el prestigio del tribunal y son, por tanto, contrarias a aquel objetivo.

La Corte Interamericana, en las Opiniones Consultivas que hemos comentado, ha embozadamente violentado la confianza que los Estados partes de la Convención le confirieron al tiempo de su creación. Es de esperar que la reflexión serena la lleve a reconsiderar sus inconventionales posiciones para mantenerse como un firme guardián de estos, evitando transformarse en un actor irrelevante del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

## Bibliografía

- Abreu Burelli, A. (2005). Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Buergenthal, T. (1985). The advisory practice of the Inter-American Human Rights Court. *American Journal of International Law*, 79(1), 1-27.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Informe Anual 2019*. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/indice.asp>.
- Del Toro Huerta, M. I. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, VI. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160>.
- Fatúndez Ledesma, H. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales* (3ª ed.). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2017). What do we mean when we talk about judicial dialogue?: Reflections of a judge of the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, 30, 89-127.
- García Ramírez, S. (2005). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Hamilton, A. (1788). The Judiciary Department. *El Federalista*, (78). <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>.
- Hamilton, A. o Madison, J. (1788). The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. *El Federalista*, (51). <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>.
- Komárek, J. (2012). Playing with Matches: the Czech Constitutional Court Declares a Judgment of the Court of Justice of the EU Ultra Vires. *European Constitutional Law Review*, 8(2), p. 323-337.

- Lauterpacht, H. (1982). *The development of International Law by the International Court*. Cambridge: Grotius Publications Limited.
- Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Elsner, G., Ambos, K. y Malarino, E. (Coords.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional* (Vol. 1) (pp. 25-62). Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- Mayr, T. F., Mayr-Singer, J. (2016). Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law. *Heidelberg Journal of International Law, ZaöRV*, 76(2), 425-449.
- Medina Quiroga, C. (2005). Las Obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Nikken, P. (1999). La Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Memoria del seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del siglo XXI* (Tomo I, 2ª ed.). San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Osieke, E. (1982). The legal validity of ultra vires decisions of international organizations. *American Journal of International Law*, 77(2), 239-256.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/cultura?m=form>.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario del español jurídico*. <https://dej.rae.es/>.
- Vítolo, A. M. (2013). Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser” – Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”. Ponencia presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional “Jorge Carpizo”. Tucumán, Argentina, septiembre de 2013.

## Legislación citada

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### Corte Internacional de Justicia

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

### Organización de Estados Americanos

Actas y documentos de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos – San José, Costa Rica, noviembre de 1969, Documento OEA/Ser.K/XVI/1.2.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

### Otros

Carta de las Naciones Unidas.



Constitución de los Estados Unidos.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto de la Sociedad de las Naciones.

## Jurisprudencia citada

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

*Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

*Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.* Fondo. Sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

*Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

*Caso Gelman vs. Uruguay.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del 20 de marzo de 2013.

Opinión Consultiva OC-1/82 - “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

Opinión Consultiva OC-3/83 - Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

Opinión Consultiva OC-4/84 - Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

Opinión Consultiva OC-15/97 - Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 14 de noviembre de 1997, Serie A No. 15.

Opinión Consultiva OC-16/99 - El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Opinión Consultiva OC-18/03 - Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Opinión Consultiva OC-21/14 - Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

- Solicitud de Opinión Consultiva formulada por los gobiernos de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. (Observaciones de los Estados al pedido de opinión consultiva. Video registro de la audiencia ante la Corte Interamericana.)

Opinión Consultiva OC-22/16 - Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Opinión Consultiva OC-23/17 - Medio ambiente y derechos humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos

1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 15 de noviembre de 2017, Serie A, No. 23.

- Solicitud de Opinión Consultiva formulada por el gobierno de Colombia. (Observaciones de los estados al pedido de opinión consultiva. Video registro de la audiencia ante la Corte Interamericana.)

### **Corte Internacional de Justicia**

*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1999, p. 62.

*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1950, p. 65.

*Judgments of the Administrative Tribunal of the ILO upon Complaints Made against Unesco, Advisory Opinion*, ICJ Reports, 1956, p. 84.

### **Corte Permanente de Justicia Internacional**

*Status of the Eastern Carelia*, Advisory Opinion, 23 de julio de 1923.

### **Otros**

Corte Suprema de los Estados Unidos, *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953).

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fallos 340:47 (2017).



# LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y LAS SITUACIONES QUE HABILITAN SU DECLARACIÓN. UN ESTUDIO DESDE EL DERECHO COMPARADO

---

**Juan Santiago Ylarri**

Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Universidad de Buenos Aires  
juan@ylarri.com.ar

**Recibido:** 16/04/2020

**Aceptado:** 02/06/2020

## Resumen

Las constituciones suelen incluir ciertos institutos de excepción a los efectos de hacer frente a distintas emergencias. Uno de los requisitos de validez de esas normas de emergencia es que efectivamente exista una situación de emergencia. El presente trabajo tiene por objeto estudiar la regulación del mencionado requisito en diversos textos constitucionales, en particular de América Latina, Europa y Estados Unidos, y en dos tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional en Argentina. Al respecto, debe destacarse la importancia de que el órgano que declare la emergencia justifique la existencia de la circunstancia fáctica excepcional. A su vez, que exista una relación de adecuación entre la declaración y las concretas medidas adoptadas. Finalmente, que se asegure un adecuado control de constitucionalidad.

**Palabras clave:** estado de excepción, declaración de emergencia, situación de emergencia, control de constitucionalidad.

## States of exception and the situations that enable their declaration. A study from comparative law

### Abstract

Constitutions usually include certain exceptional institutes in order to face different emergencies. One of the validity requirements of these emergency regulations is the actual existence of a state of emergency. The purpose of this work is to study the regulation of the mentioned requirement in various constitutional texts, particularly in Latin America, Europe and the United States, and in two international treaties that have constitutional hierarchy in Argentina. In

this regard, it should be stressed the importance that the branch of government that declares the emergency justifies the existence of the exceptional factual circumstance. Also, that there is an adequacy relationship between the declaration of emergency and the specific measures adopted. Finally, that an adequate judicial review is ensured.

**Key words:** state of emergency, declaration of emergency, emergency situation, judicial review.

## 1. Introducción

Las constituciones suelen incluir en sus disposiciones diversos institutos de excepción. Al respecto, podría hacerse una serie de preguntas acerca del modo en el que los textos constitucionales abordan la cuestión: ¿a quién le corresponde declarar la emergencia? ¿Se establecen limitaciones temporales a esos institutos de excepción a pesar de que pueda ser difícil determinar *a priori* el tiempo que dure una emergencia? ¿Tienen los poderes públicos el deber de motivar la efectiva existencia de la circunstancia fáctica excepcional? ¿Puede controlarse jurisdiccionalmente la constitucionalidad de la declaración de emergencia?

El presente trabajo pretende responder a estas y otras preguntas a la luz de las diversas prescripciones constitucionales, así como en ciertos tratados internacionales. En primer lugar, se estudiará el tratamiento de la cuestión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Seguidamente, se analizarán los casos de diversos países latinoamericanos, en particular de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. A su vez, se prestará particular importancia a la Constitución de Estados Unidos. Finalmente, del continente europeo se estudiarán los textos constitucionales de Alemania, España, Francia e Italia. Desde ya, no analizaré en detalle cada uno de los supuestos, lo que excedería los objetivos y la extensión de este trabajo; me limitaré a analizar los textos constitucionales y a recoger el modo en el que los diferentes institutos fueron regulados. Sin perjuicio de ello, estudiaré con mayor profundidad el caso de Estados Unidos, cuyo modelo constitucional fue seguido por nuestro país.

## 2. Los institutos de excepción y las situaciones que habilitan su declaración

En el derecho constitucional cabe distinguir las situaciones de normalidad y las situaciones de excepción. En efecto, como lo ha destacado el jurista español Cruz Villalón (1984, p. 17), la constitución configura un determinado proyecto

en relación con una situación considerada normal y previsible. Sin embargo, aquella norma puede verse súbitamente confrontada con una situación distinta, no prevista, por lo que la constitución puede encontrarse en una situación de no poder asegurar su propia eficacia. De esta situación deriva la distinción entre situaciones de normalidad y situaciones de excepción, o entre circunstancias ordinarias y circunstancias extraordinarias. Por lo tanto, podría decirse que en aquellas circunstancias se vería superada la capacidad normativa de la constitución, imponiéndose la “fuerza normativa de lo fáctico”.

Del mismo modo, en relación con esta distinción entre circunstancias ordinarias y extraordinarias, García Pelayo (1999, pp. 162-163) destaca que el Estado de derecho se rige a través de una estructura jurídica que tiene una vigencia condicionada por la normalidad de su cumplimiento, por el orden de la sociedad a la que se aplica, por la realización espontánea en la mayoría de los casos de la conducta fijada como típica por la ley y, finalmente, por la permanencia de la situación sobre la que se estableció. Pero puede ocurrir que estos supuestos no se configuren, por lo que se estaría ante un caso excepcional al que no se le puede aplicar la regla general y que requiere, por lo tanto, medidas excepcionales. Sin embargo, el autor aclara que para que se trate de un caso excepcional

se requiere que la nueva situación tenga realmente un carácter anormal y, por consiguiente que sea limitada en el tiempo, pues, en caso contrario, nos encontramos ante un cambio general de supuestos que no engendra un derecho excepcional por su naturaleza y por el tiempo de su duración, sino un nuevo Derecho general. (García Pelayo, 1999, pp. 163)

Sin embargo, para evitar que se imponga la referida fuerza normativa de lo fáctico, la constitución puede inclinarse, como respuesta frente a aquella situación de crisis, por incorporar a su ordenamiento un modo alternativo de organización del poder que supone la negación temporal del orden constitucional en principio previsto, pero la cual tiene al menos dos ventajas. Por un lado, mantiene la eficacia formal de la constitución como constitución “alternativa” de emergencia, evitando la imposición de la fuerza normativa de lo fáctico. Por otro lado, facilita la vuelta ordenada a la constitución ordinaria o “legítima”. De este modo, destaca Cruz Villalón (1984, pp. 18-19), este derecho de excepción funciona como una garantía de la constitución ante las situaciones de crisis, aunque posee un peculiar problema: es una garantía que funciona como una suspensión temporal de ciertas prescripciones constitucionales. Sin

embargo, el alcance de la problemática difiere en función de la naturaleza de la crisis de la que se trate. Pero, en todos los casos, adquiere toda su fuerza el viejo principio *salus publica suprema lex*.<sup>1</sup>

Así, se ha sostenido que la necesidad constituye el nexo jurídico entre un elemento fáctico y otro teleológico, facultando a los poderes públicos para adoptar las medidas indispensables en orden a la realización de un concreto fin amenazado por una situación fáctica determinada. A su vez, se ha precisado que a fin de ofrecer una causa de justificación, la necesidad puede operar de dos formas: a través de normas escritas, como, por ejemplo, el derecho de excepción, o bien directamente como un principio general del derecho que sirve como cláusula de cierre o “válvula de escape” ante supuestos de imprevisión normativa (Álvarez García, 1996, p. 47).<sup>2</sup>

En nuestro ámbito, Sagüés, analizando las relaciones entre el derecho constitucional y el derecho de necesidad, considera a la necesidad como opción constitucional, por lo que

la necesidad y la emergencia deben resolverse agotando al máximo todos los recursos que la Constitución contempla, instrumentándolos incluso de modo peculiar para encarar la situación de necesidad, con modalidades que no serían aceptables en épocas de normalidad, pero que sí se “constitucionalizan” en periodos de emergencia. (Sagüés, 1990, p. 1036)

Sin embargo, el autor afirma que en aquellos supuestos hay que tener en cuenta el “principio de restrictividad”, es decir, que el derecho de necesidad solo puede afectar las reglas constitucionales en la medida indispensable para enfrentar la situación de necesidad (Sagüés, 1990, p. 1036; 2016, p. 57).

---

1 El derecho de excepción, lejos de ser una cuestión novedosa, encuentra sus primeros antecedentes en la dictadura constitucional en la república romana. Ha tenido también un desarrollo teórico en el Medioevo a través de la teoría vertical, y adquirió nueva perspectiva en la época moderna con los aportes de Maquiavelo y Bodin. Finalmente, el estado de excepción tuvo un desarrollo y se le dio un marco jurídico-constitucional en la época contemporánea. Sobre el desarrollo del concepto de “estado de excepción” en las diversas épocas, ver León Zaa (2014, pp. 7-122). Asimismo, sobre el desarrollo histórico de los estados de excepción y su incorporación en las diversas constituciones, ver Gross y Ni Aloáin (2006, pp. 17-46).

2 A su vez, se han distinguido dos teorías en relación con la construcción de los estados de emergencia. Por un lado, se encuentra la teoría centrada en el Estado, en la cual se considera que el Estado tiene un derecho “prelegal” o un derecho no positivo de derecho natural para actuar por su autopreservación. Por otro lado, quienes apoyan la teoría centrada en la Constitución no están de acuerdo con la existencia de poderes prelegales del Estado, sino que consideran que aquellos poderes derivan de la Constitución (Jakab, 2006, p. 467).

Ahora bien, con carácter previo a analizar los supuestos enunciados, considero apropiado recordar dos cuestiones específicas. Por un lado, hay que distinguir entre los “eventos o situaciones de emergencia” y los “institutos de emergencia”: los primeros son acontecimientos reales o fácticos, eventos que perturban el orden constitucional con carácter de emergencia; en cambio, los institutos de emergencia son creaciones del derecho que importan medidas de prevención, seguridad y remedio para contener, atenuar o subsanar las emergencias (Bidart Campos, 1995, p. 301; Dalla Vía, 2006, p. 405). La importancia del estudio de la cuestión radica en que los institutos de emergencia poseen dos características fundamentales: por un lado, acrecientan ciertas competencias del poder, reforzando algún órgano del poder; por el otro, originan una restricción a las libertades, derechos y garantías individuales (Bidart Campos, 1995, p. 301; Gross y Ni Aloaín, 2006, pp. 58-59; Jakab, 2006, pp. 460-464; Loianno, 2005, p. 609; Padilla, 2002, p. 32).

Así, luego de hacer mención de las prescripciones sobre el tema en dos instrumentos internacionales de derechos humanos, analizaré los diversos institutos de excepción de cada país. Para una mejor comprensión de cada uno de ellos, en primer lugar reseñaré la regulación constitucional de cada uno de los institutos. Seguidamente, expondré las cuestiones en común que surgen del análisis de cada uno de ellos, poniendo énfasis a los límites a la aplicación de los institutos de excepción y los alcances de su control.

### **3. La suspensión de derechos en los instrumentos internacionales de derechos humanos**

Ciertos tratados de derechos humanos prevén, bajo el nombre de “suspensión”, restricciones y limitaciones que pueden recaer en los derechos que ellos reconocen. Cabe precisar, entonces, que para que aquella suspensión sea legítima debe configurarse una genuina situación de emergencia. En este contexto, se ha indicado que aquella suspensión no puede ser causada por cualquier motivo, sino que se configura “con carácter excepcional y por real causa de emergencia” (Bidart Campos, 2000, p. 359). En el mismo sentido, se ha dicho que a fin de que pueda considerarse que hay una emergencia que justifica la suspensión de derechos, debe existir en el país una situación de extrema gravedad y de tal naturaleza que exista una amenaza real (Dulitzky, 2004, p. 111).

Sobre el tema, me detendré especialmente en el artículo 27 de la Conven-



ción Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, referidos al tema bajo análisis.

### **3.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos**

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27.1., dispone que:

En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Así, cabe advertir que el Pacto de San José de Costa Rica admite la suspensión de ciertos derechos reconocidos únicamente en caso: (a) de guerra; (b) de peligro público; o (c) de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte. A su vez, en relación con las disposiciones que se adopten para combatir aquellas circunstancias excepcionales, el artículo determina que deben ser “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”. Esta previsión no solo reafirma la excepcionalidad de las disposiciones que se adopten, sino que exige que su alcance y vigencia temporal se limite a hacer frente a la situación excepcional. Más adelante se realizarán precisiones respecto a las circunstancias que habilitan el mecanismo de la suspensión de garantías.

Seguidamente, en el segundo apartado del citado artículo 27, se establece que la disposición mencionada no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vivienda), 5 (derecho a la integridad personal), 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre), 9 (principio de legalidad y de retroactividad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos del niño), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos) ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Sobre el punto, Gelli (2008, p. 407) pone de relieve que pese a la ambigüedad del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en especial la denominación del Capítulo IV que

se refiere a la suspensión de garantías, lo que se suspende durante los estados de excepción son algunos derechos allí consagrados y no las garantías procesales, en tanto que los requisitos de eficacia de estas, establecidos en el artículo 8 de la Convención citada, solo pueden restringirse en la medida extrema de su requerimiento para hacer frente a la emergencia y, todo ello, con suficiente control judicial sustantivo y adjetivo.

Finalmente, se establece también la obligación de informar la situación y su cese a los demás Estados partes. Así, el apartado 3 del artículo 27 determina:

Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

De este modo, cabe destacar que los Estados partes se encuentran obligados a fundamentar y explicar las razones por las que se hayan dictado normas tendientes a suspender los derechos. Al respecto, se ha indicado que el artículo 27 no exige una declaración explícita de la emergencia para suspender los derechos, aunque en su apartado 3 especifica que el Estado que haga uso del “derecho de suspensión” tendrá que informar debidamente a los demás Estados partes de la Convención (Sagüés, 2003, p. 116).

Puede decirse que las exigencias de fondo requeridas por el artículo 27 son, en conjunto, muy similares a las del artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: las circunstancias deben ser actuales, excepcionales y de una gravedad tal que se afecte al Estado o a su población de forma importante. Además de estos requisitos, las cláusulas van acompañadas de una serie de garantías procesales que refuerzan los obstáculos contra posibles abusos (Úbeda de Torres, 2007, p. 587).<sup>3</sup>

La Corte Interamericana de Derecho Humanos se ha expedido en dos opiniones consultivas sobre el artículo 27: en la Opinión Consultiva 8 del 30/1/1987 y en la Opinión Consultiva 9 del 6/10/1987. En la primera de ellas, por unanimidad, la Corte resolvió que

---

3 Sobre la comparación de ambos textos, ver también Gros Espiell (1991, pp. 121-132).

en que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1.<sup>4</sup> y 7.6.<sup>5</sup> de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2. de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

Por otro lado, en la Opinión Consultiva 9/1987, el tribunal interamericano se expidió en relación con el requerimiento del Gobierno de la República Oriental del Uruguay, que había sometido al citado tribunal una solicitud de opinión consultiva sobre el alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2. de la Convención Americana. La Corte Interamericana arribó a tres conclusiones. Por unanimidad, resolvió que

deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el hábeas corpus (art. 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (art. 25.1), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

En segundo lugar, dispuso también que

deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (art. 29.c), previstos en el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

En tercer lugar, indicó que las mencionadas garantías judiciales “deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el art. 8 de la Convención”.

---

4 El artículo 25, “Protección Judicial”, en su apartado 1 establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

5 El artículo 7, “Derecho a la Libertad Personal”, en su apartado 6 determina que: “Toda persona privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de tal amenaza dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona”.

### 3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 4.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

Las disposiciones de este tratado son más amplias que las de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, se refiere de un modo general a las “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación”. Es interesante destacar que para que el Estado parte pueda suspender las disposiciones del Pacto, la norma pone de relieve de modo especial la necesidad de la declaración de la situación excepcional. A su vez, en el texto citado se establece que las disposiciones que el Estado parte adopte deben estar vinculadas estrechamente a la situación excepcional que se persigue combatir.

En el segundo apartado del citado artículo 4 se establece que la disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 (derecho a la vida), 7 (prohibición de torturas y tratos crueles), 8 párrafos 1 y 2 (prohibición de esclavitud y servidumbre), 11 (prohibición de encarcelamiento por no poder cumplir con obligación contractual), 15 (prohibición retroactividad en materia penal), 16 (derecho a la personalidad jurídica) y 18 (libertad de pensamiento, conciencia y religión). Finalmente, en el apartado 3 del citado artículo se establece una disposición análoga a la del artículo 27.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos también prevé como causal para declarar el estado de emergencia la existencia de un peligro para “la vida de la Nación”. En efecto, el artículo 15.1. del Convenio Europeo regula la “derogación” de las obligaciones previstas en el Convenio en caso de estado de excepción, el establece que:

En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanar del derecho internacional.

Así, se ha dicho que tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos establecen dos condiciones acumulativas que caracterizan el estado de emergencia y que permiten calificar una situación como tal: que la situación existente sea excepcional y que amenace la vida de la nación (Úbeda de Torres, 2007, p. 583).<sup>6</sup>

## 4. Constitucionales americanas

### 4.1. Argentina

Entre los institutos de emergencia, la Constitución argentina, hasta la reforma de 1994, en su artículo 23, siempre reguló el estado de sitio, aplicable a las emergencias de la guerra (ataque exterior) y a la conmoción interior. En efecto, el mencionado artículo dispone lo siguiente:

En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspensas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino.

De forma concordante, el artículo 99, inciso 16 determina que el presidente

[d]eclara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación, en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribución que corresponde a este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el Artículo 23.

A su vez, el artículo 61 establece que “[c]orresponde también al Senado autorizar al presidente de la Nación para que declare en estado de sitio, uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior”. Finalmente, el artículo 75,

---

6 Sobre la cuestión, se recomienda ver el Informe de la Relatora Especial sobre estados de excepción, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1982/15; los “Principios de Siracusa sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” aprobados en Siracusa en 1984, sobre las “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la Nación”; y la Observación general 29 del 31/8/2001 del Comité de Derechos Humanos.

inciso 29 indica que corresponde al Congreso “[d]eclarar en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de conmoción interior, y aprobar o suspender el estado de sitio declarado, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”.

A su vez, otros autores sostienen que puede incluirse dentro de los institutos de emergencia a la intervención federal, prevista en el artículo 6 de la Constitución, que procede para garantizar la forma republicana de gobierno o repeler invasiones exteriores, y a requisición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas si hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia (Dalla Vía 2002, pp. 40-41; Gelli, 2008, p. 390). En lo que respecta al órgano competente para establecer la intervención federal, el artículo 6 de la Constitución alude al “gobierno federal” sin individualizar cuál es el órgano competente. Sin embargo, esta situación es aclarada en los artículos 75 y 99 de la norma fundamental, que regulan las competencias del Congreso y del Poder Ejecutivo, respectivamente. De esta manera, el artículo 75, inciso 31 establece que le corresponde al Congreso “[d]isponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires”. Paralelamente, el artículo 99, inciso 20 determina que el Poder Ejecutivo “[d]ecreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, y debe convocarlo simultáneamente para su tratamiento”. Finalmente, el segundo párrafo del artículo 75, inciso 31 antes mencionado indica que le corresponde al Congreso “[a]probar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo”. De lo expuesto, se colige que el titular de la competencia de disponer la intervención federal en el territorio de una provincia es el Congreso y que se otorga aquella competencia limitadamente al órgano ejecutivo, quien, en caso de decretar la intervención federal, debe convocar simultáneamente al Congreso.

Luego de la reforma de 1994, se admitieron dos tipos más de emergencias: las que dan lugar a la delegación legislativa y las que autorizan el dictado de decretos de necesidad y urgencia. La delegación legislativa, según el artículo 76, se admite “en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca”.<sup>7</sup> A su turno, el artículo 99, inciso 3 prevé que el Poder Ejecutivo

cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate

---

7 Al respecto, ver Bianchi (1990), Castro Videla y Maqueda (2017) y Santiago (h) y Thury Cornejo (2003).

de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.<sup>8</sup>

El último párrafo de la mencionada norma regula el control que le corresponde ejercer al Poder Legislativo sobre los mencionados decretos:

[el] jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso.

Complementariamente, el artículo 100, inciso 13 establece que le corresponde al jefe de Gabinete de Ministros “refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente”. El trámite y el alcance de la intervención del Congreso no fueron regulados sino hasta el año 2006, fecha en la que se dictó la Ley 26122. En lo que respecta al contralor que le corresponde al Congreso de la Nación, la mencionada norma estableció en su artículo 24 que un decreto solo quedará derogado si ambas Cámaras del Congreso lo rechazan. La doctrina ha criticado lo establecido en la norma (Elias, 2010; Sabsay, 2010), criterio que comparto, pues requerir el rechazo de ambas *Cámaras de un decreto de necesidad y urgencia constituye un contrasentido, en tanto para la aprobación de una ley por parte del Congreso se requiere la conformidad de las dos Cámaras*, en función de lo estipulado por el artículo 78 de la Constitución nacional.<sup>9</sup>

Por otro lado, cabe precisar que, a raíz de la crisis generada por el Covid-19, la doctrina ha debatido respecto a si correspondía o no declarar el estado de sitio, o bien si el Presidente debía limitarse a dictar decretos de necesidad y

---

8 Sobre el particular, ver Midón (2012). A su vez, Sacristán (2014) ha estudiado distintos institutos que integran las “medidas de emergencia”, como el estado de asamblea, la ley marcial, las facultades extraordinarias o la suma del poder público, el estado de prevención y de alarma, el estado de guerra interno y la revolución.

9 He desarrollado en profundidad las facultades legislativas del presidente en Ylarri (2019a, pp. 147-212).

urgencia. Como lo expuse en otra oportunidad, estimo que ha sido acertado acudir al dictado de estos decretos con fuerza de ley, sin perjuicio del control del adecuado control judicial sobre estos (Ylarri, 2020).

En cuanto a la utilización de los institutos de excepción en la práctica, en Argentina, como en muchos países, se han producido grandes abusos. Así, por ejemplo, en lo que respecta al estado de sitio, se ha indicado que la historia argentina demuestra el abuso que se hizo del instituto y la desviación de poder de los sucesivos gobiernos *de iure* y *de facto*, que convirtieron “a la excepción en normalidad y a la transitoriedad en permanencia” (Ekmekdjian, 2008, pp. 284-285). En el mismo sentido, se ha dicho que en nuestro país se usó y abusó del estado de sitio y se extendieron hasta límites intolerables las restricciones de los derechos y garantías, a la vez que se fortaleció la rama ejecutiva del poder y se debilitó el principio de separación de poderes. De este modo, la larga vigencia del estado de sitio en la Argentina convirtió un remedio excepcional en un recurso reiterado (Gelli, 2008, pp. 393-395). También, cabe destacar la opinión de Nino (2005), quien sostiene que la institución del estado de sitio “ha sido lisa y llanamente el cementerio de nuestras libertades” (pp. 489-492) y que ha habido abusos al estado de sitio con la correspondiente condescendencia judicial. Del mismo modo, Gargarella (1996, pp. 246-247) sostiene que la Corte Suprema ha actuado con ligereza en temas como la intervención federal o el estado de sitio. Sobre el punto, el autor aduce que en la aplicación de aquellos institutos, el Ejecutivo suele extender su poder hasta puntos extremos, llegando a violentar directamente contra los derechos individuales. Así, afirma que en los momentos de mayor violencia política es cuando cabe esperar una actuación también decidida y enérgica por parte de la Corte Suprema, pero aquella ha asumido una actuación inversa a la que le correspondía.

Lo propio ha ocurrido, por ejemplo, con las normas de emergencia económica. La doctrina es coincidente en la existencia de una emergencia económica permanente en la Argentina desde hace casi un siglo (Bianchi, 1991; Lorenzetti, 2003; Vanossi, 2003; Ylarri, 2019a). Así, cabe destacar que, en un primer momento y a partir del precedente *Ercolano*<sup>10</sup> –en el cual la Corte Suprema reconoció el poder de policía amplio–, las limitaciones a los derechos individuales con ocasión de la existencia de una emergencia económica se realizaron por medio de una ley formal. Sin embargo, a partir del reconocimiento de la Corte Suprema de la validez de los decretos de necesidad y urgencia en el precedente

---

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ercolano*, Agustín c/Lantieri de Renshaw, Julieta s/consignación, 28/4/1922, Fallos: 136:161.



*Peralta*,<sup>11</sup> las medidas de emergencia no solo fueron adoptadas por ley formal, sino también a través de los decretos de necesidad y urgencia y por medio de la delegación legislativa. De esta manera, en la Argentina, las crisis económicas y sociales han generado mayores demandas al Estado, y es el Poder Ejecutivo quien ha adquirido un rol preponderante en la adopción de las medidas tendientes a hacer frente a la emergencia económica (Ylarri, 2016). El plazo limitado por el cual deben regir los institutos de excepción ha sido claramente burlado. Pensemos en la Ley 25561<sup>12</sup> –dictada en los primeros días del año 2002–, que declaró la emergencia pública sobre numerosas materias y estuvo vigente hasta 2017; incluso, la emergencia social allí declarada rigió hasta el año 2019, inclusive. A fines de aquel año, se dictó la Ley 27541, llamada “de solidaridad social y reactivación productiva”, que nuevamente declaró la emergencia pública en distintas materias y delegó numerosas facultades al Ejecutivo.

## 4.2. Bolivia

La Constitución de Bolivia prevé un capítulo específico con relación a los estados de excepción. En su artículo 137 indica que el presidente del Estado tiene la potestad de declarar el estado de excepción “en caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural”. Según lo estipulado por el artículo 138.I, la vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Aquella aprobación de la declaración debe indicar “las facultades conferidas y guardará estricta relación y proporción con el caso de necesidad atendida por el estado de excepción”.

Una vez finalizado el estado de excepción, según lo estipula el artículo 139.I, el Ejecutivo debe rendir cuentas a la Asamblea Legislativa Plurinacional “de los motivos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, así como del uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley”.

## 4.3. Brasil

La Constitución de Brasil de 1988 establece en su título V un apartado respecto

---

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional (Ministerio de Economía-B.C.R.A)*, 27/12/1990, Fallos: 313:1513.

12 La Ley 25561 fue prorrogada por las leyes 25972, 26077, 26204, 26339, 26456, 26563, 26729, 26896, 27200 y 27345.

a la “defensa del estado y las instituciones democráticas”, que regula los institutos del estado de defensa y del estado de sitio.

En su artículo 136, en relación con el estado de defensa, indica que el presidente de la República puede, oídos el Consejo de la República y el Congreso de Defensa Nacional, decretar el estado de defensa para preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados “el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente inestabilidad institucional o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones”. A su vez, en el apartado 5, se indica que si el Congreso nacional estuviese en período de vacaciones, será convocado, extraordinariamente, en el plazo de cinco días. Conforme al apartado 6, el Congreso debe examinar el decreto en el plazo de diez días contados desde su recepción, debiendo continuar funcionando en tanto el estado de defensa estuviese en vigor. Finalmente, en el apartado 7 se estipula que si se rechaza el decreto, cesa inmediatamente el estado de defensa.

En lo que respecta al estado de sitio, el artículo 137 de la Constitución brasileña establece que el presidente de la República puede, oídos el Congreso de la República y el Consejo de Defensa Nacional, solicitar al Congreso Nacional autorización para decretar el estado de sitio en los casos de “1. Conmoción grave de repercusión nacional o sucesión de hechos que demuestren la ineficacia de la medida tomada durante el estado de defensa; 2. Declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera”. El mismo artículo determina que al solicitar autorización para decretar el estado de sitio o su prórroga, el presidente de la República “señalará los motivos determinantes de la solicitud”.

Por su parte, el artículo 138.1 indica que el decreto de estado de sitio debe indicar su duración, las normas necesarias para su ejecución y las garantías constitucionales que quedan suspendidas. En el caso del primer supuesto del artículo 137, es decir, en caso de conmoción grave de repercusión nacional, el estado de sitio no puede decretarse “por más de treinta días ni prorrogarse, de cada vez, por plazo superior”. En el caso del segundo supuesto del mencionado artículo, esto es, en caso de declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera, el estado de sitio puede ser decretado por todo el tiempo que perdure la guerra o la agresión armada extranjera.

A su vez, según determina el artículo 138.2, si el presidente solicita la autorización para decretar el estado de sitio durante período de vacaciones parlamentarias, el presidente del Senado Federal, de inmediato, debe convocar extraordinariamente al Congreso Nacional para que este se reúna dentro de

cinco días a fin de examinar el acto. Finalmente, el artículo 138.3 indica que el Congreso Nacional permanece en funcionamiento hasta el término de las medidas coercitivas.

Por otro lado, cabe destacar que el artículo 62 de la Constitución brasileña establece el supuesto de “medidas provisionales” que puede adoptar el presidente.

En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al congreso Nacional, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días.

A su vez, se establece que “las medidas provisionales perderán eficacia desde la adopción si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso Nacional regular las relaciones derivadas de ellas”.<sup>13</sup>

#### 4.4. Chile

La Constitución de Chile de 1980, con sus posteriores reformas, establece un apartado especial respecto a los “estados de excepción constitucional”, el cual incluye el estado de asamblea, el estado de sitio, el estado de catástrofe y el estado de emergencia.

De modo general, el artículo 39 determina que el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas solo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: “Guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.

El artículo 40 de la Constitución chilena regula el estado de asamblea y el estado de sitio. El estado de asamblea se declara “en caso de guerra exterior” y el estado de sitio “en caso de guerra interna o grave conmoción interior”. Ambos institutos son declarados “por el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional”. En cuanto a su duración, el último párrafo del citado artículo indica que

---

13 Sobre las medidas provisionales se ha dado un fenómeno de reiteración en la utilización de este mecanismo en Brasil, pero la Corte ha renunciado a poner un freno a esas reiteraciones (Castro E. Camargo, 2011).

[l]a declaración de estado de sitio sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga. El estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad.

En lo que respecta al estado de catástrofe, el artículo 41 de la Constitución chilena indica que lo declara el presidente “en caso de calamidad pública”. A su vez, en el segundo párrafo se indica que el presidente de la República está obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. A continuación, se establece que “el Congreso Nacional único podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta”.

El artículo 42 señala que el estado de emergencia se configura “en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación”, y que le corresponde al presidente de la República su declaración, debiendo determinar las zonas afectadas por dichas circunstancias. Respecto al plazo, resalta que “no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional”.

Cabe recordar que el presidente Piñera declaró el estado de emergencia como consecuencia de las manifestaciones que comenzaron en el mes de octubre de 2019.

El artículo 44 señala que una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquellos, y que las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de estos.

Por último, cabe señalar que la Constitución chilena veda al Poder Judicial controlar la situación de emergencia invocada por la autoridad pública para dictar los estados de excepción. En efecto, el artículo 45 determina que “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39”.

## 4.5. Colombia

Los “estados de excepción” en Colombia están regulados en el Capítulo VI de la Constitución de 1991. Se prevé el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia.

El estado de guerra exterior se encuentra regulado en el artículo 212, el cual establece que puede ser declarado por el presidente de la República con la firma de todos los ministros, y mediante su declaración “el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad”.

El estado de conmoción interior puede ser declarado, según el artículo 213 de la Constitución

[e]n caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía.

Este instituto de excepción es declarado por el presidente de la República con la firma de todos los ministros “por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República”.

En relación con los dos institutos mencionados, el artículo 214 indica “[l]os decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción”.

Finalmente, en relación con el estado de emergencia, el artículo 215 establece que puede ser declarado cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 antes mencionados y que “perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”. Asimismo, se prevé que es el presidente, junto con la firma de todos los ministros, quien debe declarar el estado de emergencia. En cuanto al plazo, puede ser por períodos de hasta treinta días, pero que en total no excedan los noventa.

Esta situación excepcional permite al presidente dictar decretos con fuerza de ley, debiéndose expresar allí los motivos de la declaración: “Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos

los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”.

A su vez, se establece la responsabilidad del presidente y de los ministros “cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero”. Cabe destacar también que en el texto constitucional se prevé específicamente la intervención de la Corte Constitucional:

El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.<sup>14</sup>

Por otro lado, en relación con la situación que da lugar al dictado de estos institutos de excepción, la Corte Constitucional colombiana ha indicado que el principio de temporalidad apunta a que toda medida de excepción tenga una duración limitada de acuerdo con las exigencias de la situación. Es decir que se prohíbe la permanencia de las medidas de excepción una vez finalizada la emergencia, así como la adopción de medidas por tiempo ilimitado. De lo contrario, se daría el fenómeno de la institucionalización de los regímenes de excepción.<sup>15</sup>

Por último, aquel tribunal sostuvo que la regulación constitucional de los estados de excepción busca limitar la discrecionalidad del Gobierno en su declaración y ejercicio.

La Carta Política de 1886 –con sus reformas– no estableció controles suficientes para prevenir su abuso. Su declaratoria, por ejemplo, era considerada un acto meramente político y no susceptible de control jurídico, esto es, una potestad completamente discrecional del Presidente de la República. Así, frente a los abusos cometidos bajo la figura del estado de sitio durante la vigencia de la Constitución Política de 1886, que de exceptivo pasó a ser crónico, y en precaución ante la acumulación extraordinaria de poderes en manos del ejecutivo, la Carta Política de 1991 estable-

---

14 En relación con la emergencia económica en Colombia y su utilización en el contexto del presidencialismo colombiano, ver Ortiz Gutiérrez (2017).

15 Sentencia C-219/11, del 30 de marzo de 2011, sobre la Revisión oficiosa del Decreto Legislativo 015 de 2011 “Por el cual se establecen los límites máximos de velocidad para garantizar la seguridad vial en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica” (expediente RE-194). Ver también la Sentencia C-216/11, del 29 de marzo de 2011, por el cual se revisó la constitucionalidad del Decreto 020 del 7 de enero de 2011 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por razón de grave calamidad pública” (expediente RE-19).

ció un estricto régimen regulatorio de los estados de excepción para mantener la plena vigencia del Estado de Derecho, aún en periodos de anormalidad, en guarda del principio democrático, de la separación de poderes y de la primacía de los derechos fundamentales. La alteración extraordinaria de la normalidad admite, en el constitucionalismo, la posibilidad de la alteración excepcional de las competencias legislativas. Si mediante leyes de facultades extraordinarias el Congreso de la República puede habilitar al Presidente de la República para el ejercicio de precisas funciones legislativas, a través de los estados de excepción, el propio Jefe de Gobierno se reviste a sí mismo de poderes de legislación, sin la mediación de otro poder. De ahí la necesidad de que el control de constitucionalidad de la declaración de estados de excepción y el ejercicio de los poderes que de allí emanan, sea jurisdiccional, automático, integral y estricto, sin perjuicio del control político constitucionalmente previsto. Al otorgar poderes excepcionales dirigidos a conjurar la crisis extraordinaria, se faculta al Ejecutivo para fijar contenciones al régimen jurídico ordinario y establecer restricciones a los derechos de los ciudadanos, cuidando en todo caso de no introducir alteraciones desproporcionadas al orden legal vigente y de minimizar las limitaciones de los derechos durante su vigencia.<sup>16</sup>

Asimismo, la Corte Constitucional indicó que

los estados de excepción no excepcionan la Constitución y no son, ni pueden ser un Estado de facto. Si bien la Carta Política le confiere al Presidente de la República poderes extraordinarios, éstos no revisten un grado absoluto, al encontrarse limitados por diversos tipos de controles que buscan impedir los excesos y a la vez garantizar los principios fundamentales que soportan el Estado de derecho.<sup>17</sup>

#### 4.6. Ecuador

La Constitución ecuatoriana de 2008 prevé una sección específica titulada “estados de excepción”, y en su artículo 164 se indica que el estado de excepción podrá ser declarado por el presidente de la República “en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural”. Se establece, a su vez, que debe observar los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad, y que el decreto que establezca el estado de excepción contendrá, entre otras cuestiones, “la determinación de la causal y su motivación”.

---

16 Sentencia C-156/11, del 9 de marzo de 2011, sobre la Revisión de constitucionalidad del Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010, “Por el cual se declara el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública” (expediente RE-171).

17 Ídem.

Asimismo, el artículo 166 establece la obligación de notificar la declaración del estado de excepción a la Asamblea Nacional, a la Corte Constitucional y a los organismos internacionales que corresponda. A su vez, determina que “[s]i las circunstancias lo justifican, la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo, sin perjuicio del pronunciamiento que sobre su constitucionalidad pueda realizar la Corte Constitucional”, distinguiéndose así el control político que se realiza en la Asamblea Nacional del control de constitucionalidad que hace el órgano correspondiente.

En lo que respecta a la vigencia del estado de excepción, se establece que

[e]l decreto de estado de excepción tendrá vigencia hasta un plazo máximo de sesenta días. Si las causas que lo motivaron persisten podrá renovarse hasta por treinta días más, lo cual deberá notificarse. Si el Presidente no renueva el decreto de estado de excepción o no lo notifica, éste se entenderá caducado.

Cuando las causas que motivaron el estado de excepción desaparezcan, la Presidenta o Presidente de la República decretará su terminación y lo notificará inmediatamente con el informe correspondiente.

#### 4.7. México

El artículo 29 de la Constitución mexicana dispone que

[e]n los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación.

Al mismo tiempo, establece que aquella medida debe ser adoptada

por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.<sup>18</sup>

---

18 Este primer párrafo del artículo 29 fue reformado en 2014 (Párrafo reformado DOF 10/2/2014).



En los siguientes párrafos, el artículo se refiere a los derechos de los que no puede suspenderse su ejercicio; a la necesidad de fundar y motivar las medidas que se adopten y los requisitos exigidos para su validez;<sup>19</sup> a los efectos de las medidas llevadas a cabo una vez finalizada la restricción o suspensión de los derechos; y al control de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad y validez de las medidas dictadas durante la restricción o suspensión.<sup>20</sup>

#### 4.8. Paraguay

La Constitución de Paraguay de 1992, en su título III “del estado de excepción”, específicamente en su artículo 288, establece la forma de la declaración del estado de excepción, sus causales, la vigencia y sus plazos.

Sobre el particular, determina que el Congreso o el Poder Ejecutivo están facultados para declarar el estado de excepción “en caso de conflicto armado internacional, formalmente declarado o no, o de grave conmoción interior que ponga en inminente peligro el imperio de esta Constitución o el funcionamiento regular de los órganos creados por ella”. La declaración del estado de excepción puede ser en todo o en parte del territorio nacional y por un término de sesenta días como máximo. En el caso de que dicha declaración fuera efectuada por el Poder Ejecutivo, la medida debe ser aprobada o rechazada por el Congreso dentro del plazo de cuarenta y ocho horas. Este término de sesenta días puede prorrogarse por períodos de hasta treinta días sucesivos, para lo cual se requiere mayoría absoluta de ambas Cámaras.

A su vez, se indica que durante el receso parlamentario el Poder Ejecutivo puede decretar, por única vez, el estado de excepción por un plazo no mayor de treinta días, pero debe someterlo dentro de los ocho días a la aprobación o rechazo del Congreso, el cual quedará convocado de pleno derecho a sesión extraordinaria únicamente para tal efecto.

Por otro lado, se requiere que el decreto o la ley que declare el estado de excepción contengan “las razones y los hechos que se invoquen para su adop-

---

19 “La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.”

20 “Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.”

ción, el tiempo de su vigencia y el territorio afectado, así como los derechos que restrinja”. Por su parte, el Congreso, por mayoría absoluta de votos, puede disponer en cualquier momento el levantamiento del estado de excepción “si considerase que cesaron las causas de su declaración”.

#### 4.9. Perú

La Constitución peruana de 1993 establece un capítulo específico sobre el tema titulado “régimen de excepción”. Se prevé el estado de emergencia y el estado de sitio. De este modo, en su artículo 137 se determina que el presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente:

1. El estado de emergencia, “en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación”, previsto en su apartado 1.
2. El estado de sitio, para casos “de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan”, regulado en su apartado 2.

#### 4.10. Uruguay

En lo que respecta a los institutos de excepción regulados en la Constitución uruguaya, cabe resaltar el artículo 168, el cual establece las atribuciones del presidente de la República. En su inciso 17, se dispone que le corresponde

[t]omar medidas prontas de seguridad en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dando cuenta, dentro de las veinticuatro horas a la Asamblea General, en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estándose a lo que éstas últimas resuelvan.

Cabe citar también las disposiciones del artículo 31 que establecen que

[l]a seguridad individual no podrá suspenderse sino con la anuencia de la Asamblea General, o estando ésta disuelta o en receso, de la Comisión Permanente, y en el caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria; y entonces sólo para la aprehensión de los delincuentes, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 17 del Artículo 168.

Finamente, en el artículo 253 se prevé la ampliación de la jurisdicción militar en caso de guerra.<sup>21</sup>

#### 4.11. Venezuela

La Constitución venezolana prevé un capítulo específico sobre los “estados de excepción”. De modo general, el artículo 337 indica que el presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Establece que se califican expresamente como tales

las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

A continuación, la Constitución venezolana enumera, en su artículo 338, los diversos estados de excepción.

En primer lugar, determina que puede decretarse el estado de alarma “cuando se produzcan catástrofes, calamidades públicas u otros acontecimientos similares que pongan seriamente en peligro la seguridad de la Nación o de sus ciudadanos o ciudadanas”. Indica que dicho estado de excepción durará hasta treinta días, siendo prorrogable por treinta días más.

El texto constitucional venezolano, a diferencia de otras constituciones analizadas, también prevé específicamente el “estado de emergencia económica”, que puede decretarse “cuando se susciten circunstancias económicas extraordinarias que afecten gravemente la vida económica de la Nación”. Determina que su duración será de sesenta días, prorrogables por un plazo igual.

A su vez, establece que puede decretarse “el estado de conmoción interior o exterior en caso de conflicto interno o externo, que ponga seriamente en peligro la seguridad de la Nación, de sus ciudadanos o de sus instituciones”. Este instituto se prolonga hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.

La última parte del artículo 339 determina que la aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional.

Finalmente, resta observar que, según el artículo 339, el decreto que declare el estado de excepción debe ser

---

21 Sobre los estados de excepción en Uruguay, ver Pérez Pérez (1999, pp. 121 y ss.).

presentado, dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, a la Asamblea Nacional, o a la Comisión Delegada, para su consideración y aprobación, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad.

Se indica, a su vez, que el decreto debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Finalmente, cabe señalar que en caso de que cesen las causas que lo motivaron, la declaración del instituto de excepción debe ser dejada sin efecto. Sobre el punto, el artículo citado indica que el presidente de la República “puede solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron”.

## 5. Constitución de Estados Unidos

La Constitución de Estados Unidos de 1787 no contiene disposiciones específicas respecto a los estados de excepción. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que esta norma constitucional establece ciertas previsiones con respecto al caso de guerra. Así, el artículo I en su sección 8 le otorga al Congreso la competencia de declarar la guerra. A su vez, en la sección 9 del mismo artículo se expresa que “el privilegio del habeas corpus no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión”.<sup>22</sup>

En este contexto, se ha dicho que con la sola excepción de la suspensión del *writ of habeas corpus*, para hacer frente a situaciones de guerra o de crisis, el texto fundamental norteamericano no ha previsto mecanismo alguno ante supues-

---

22 Otras disposiciones en relación con la guerra están previstas en el artículo I, sección 10 (“Sin dicho consentimiento del Congreso ningún Estado podrá establecer derechos de tonelaje, mantener tropas o navíos de guerra en tiempo de paz, celebrar convenio o pacto alguno con otro Estado o con una potencia extranjera, o hacer la guerra, a menos de ser invadido realmente o de hallarse en peligro tan inminente que no admita demora”); en el artículo III, sección 3 (“La traición contra los Estados Unidos sólo consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiéndoles ayuda y protección. A ninguna persona se le condenará por traición si no es sobre la base de la declaración de los testigos que hayan presenciado el mismo acto perpetrado abiertamente o de una confesión en sesión pública de un tribunal”); en la Enmienda III (“En tiempo de paz a ningún militar se le alojará en casa alguna sin el consentimiento del propietario; ni en tiempo de guerra, como no sea en la forma que prescriba la ley”), y en la Enmienda V (“Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público”).

tos de necesidad. Sin embargo, se destaca que no han faltado situaciones de emergencia en el derecho norteamericano. Diversos presidentes han adoptado medidas necesarias para hacer frente a las situaciones de crisis, medidas que, en tiempos normales, son de exclusiva competencia del Congreso (Álvarez García, 1996, pp. 114-115). De este modo, se pone como ejemplo los casos de Abraham Lincoln durante la Guerra de Secesión, de Theodor Roosevelt o Woodrow Wilson en la Primera Guerra Mundial, de Franklin D. Roosevelt en la Segunda Guerra Mundial o de Harry Truman en los inicios de la Guerra Fría.<sup>23</sup>

En lo que respecta al caso de Lincoln, el Congreso ratificó con posterioridad diversas medidas llevadas a cabo por el Presidente, aun cuando fueron adoptadas fuera de sus competencias.<sup>24</sup> A efectos de fundamentar el ejercicio de dichas facultades, Lincoln argumentó no solo con base en fundamentos jurídicos, sino también sobre conceptos más amplios –como los políticos, prudenciales o pragmáticos–, señalando que la Constitución debería ser leída en el sentido de que le otorga al presidente todos los poderes de hacer lo necesario para preservar la

---

23 A su vez, se ha dicho que las actividades de emergencia fueron numerosas en la posguerra debido a que Estados Unidos pasó la mayor parte de las tres décadas siguientes a 1945 ya sea involucrado en un conflicto armado o en una postura de casi-guerra requerida por su continua confrontación con la Unión Soviética. Por lo tanto, el ejercicio de los poderes supuestamente temporales se convirtió en una característica permanente del Gobierno de Estados Unidos. Las declaraciones de emergencia nacional emitidas por Roosevelt en 1939 y 1941, aunque inspirada en la Segunda Guerra Mundial, se mantuvieron en vigor hasta 1952. En 1950, después del estallido de la guerra de Corea, el presidente Harry Truman proclamó la existencia de otra emergencia nacional, que se mantuvo en vigor incluso después de la retirada estadounidense de Vietnam en 1973. La persistencia de situaciones de emergencia nacional declaradas por el Presidente mantuvieron operativos cientos de estatutos especiales, cada uno de los cuales requiere una emergencia para ser eficaz, y muchos de ellos delegan amplias facultades discrecionales para el Ejecutivo. De este modo, en 1974, el Comité Especial de Emergencias Nacionales y Poderes de Emergencia Delegados llegó a la conclusión de que el Gobierno de emergencia se había convertido en la norma en los Estados Unidos. Al respecto, ver Belknap (1983, pp. 67 y ss.).

En este sentido, cabe destacar que existe un trabajo muy completo con relación a los poderes de emergencia en Estados Unidos. En efecto, el Comité Especial de Emergencias y Poderes Delegados de Emergencia del Senado de Estados Unidos le encomendó a Harold Relyea que redactara cronológicamente la historia del Gobierno de Estados Unidos durante las emergencias (Relyea, 1974).

24 En este sentido, se ha dicho que entre el 4 de abril y el 4 de julio de 1861 Lincoln demostró seguramente el mayor y más impresionante despliegue del Poder Ejecutivo en la historia de Estados Unidos. Actuando como protector de la Unión, hizo un llamamiento a las milicias, impuso un bloque en los puertos de los Estados del Sur, pagó fondos desproporcionados a personas privadas no autorizadas a recibir esos pagos, autorizó al comandante del Ejército a suspender el *writ of habeas corpus* en el área entre Filadelfia y Washington –y luego entre el área abarcada entre Washington y Nueva York– y amplió el ejército y la marina más allá de los límites fijados por el Congreso. Para el momento en que el Congreso pudo intervenir, se dice que aquel órgano no tuvo otra opción que ratificar lo actuado por el Presidente a través del recurso a la técnica del *bill of indemnity* (Gross y Ni Aoláin, 2006, pp. 47-48).

Nación y la Constitución misma, remarcando que la Constitución no es un pacto suicida (Lincoln, citado en Fallon Jr., 2013, p. 334).<sup>25</sup> Sin embargo, la Suprema Corte norteamericana se pronunció en el caso *Ex parte Lambdin P. Milligan*<sup>26</sup> de 1866 sobre la ilegalidad de las garantías constitucionales relativas a la libertad individual y, en general, de la suspensión de la Constitución en períodos de crisis. Allí, la Suprema Corte dispuso que autorizar a las autoridades militares a juzgar a civiles –en áreas donde los tribunales civiles estaban funcionando– violaba la Enmienda V y la VI. En efecto, se puso de relieve que la Constitución está vigente aun en cualquier período de crisis.<sup>27</sup> A su vez, en el citado precedente se indicó que la ley marcial no podía declararse simplemente ante una amenaza de invasión, sino que la necesidad debía ser real y presente.<sup>28</sup>

Se ha dicho que durante la Primera Guerra Mundial y con posterioridad, la Suprema Corte modificó sustancialmente la interpretación de la Constitución efectuada en el caso *Ex parte Lambdin P. Milligan*. Así, con relación a las situaciones de emergencia y su contextualización en la Constitución, en el caso *Wilson v. New*, de 1917, la Suprema Corte norteamericana expresó que

mientras la emergencia no crea poder, puede, en cambio, suministrar la ocasión para el ejercicio del poder; y aunque no puede dar vida a un poder que no ha

---

25 En este contexto, Fallon Jr. (2003) expresa que a la hora de analizar esta situación de crisis, la Suprema Corte debía realizar un argumento constitucional que resultara persuasivo, bajo las circunstancias, no solo al Congreso, sino también a los ciudadanos americanos. Al respecto, el autor señala que: “In cases of true emergency, such as that which Lincoln confronted at the outset of the Civil War, the ultimate court under the Constitution of the United States may be the court of public opinion. When the President and the courts differ in their interpretations of the Constitution, the American people ordinarily think the President should accept the courts’ judgment. In wartime, the situation may sometimes be different. Lincoln’s political stature did not suffer much from his defiance of a judicial order in *Ex parte Merryman*, nor has his historical reputation diminished” (Fallon Jr., 2013, p. 319).

Mucho tiempo después, aquella expresión dio lugar a un libro de Posner (2006), quien analiza las restricciones de derechos en épocas de emergencia.

26 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Ex parte Lambdin P. Milligan*, 71 U.S. 2 (1866).

27 En efecto, la Suprema Corte indicó que: “The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times and under all circumstances. No doctrine involving more pernicious consequences was ever invented by the wit of man than that any of its provisions can be suspended during any of the great exigencies of government. Such a doctrine leads directly to anarchy or despotism, but the theory of necessity on which it is based is false, for the government, within the Constitution, has all the powers granted to it which are necessary to preserve its existence, as has been happily proved by the result of the great effort to throw off its just authority” (pp. 120-121).

28 “Martial law cannot arise from a threatened invasion. The necessity must be actual and present, the invasion real, such as effectually closes the courts and deposes the civil administration.” (p. 127)

existido nunca, sin embargo, puede suministrar una razón para el ejercicio de un poder existente ya gozado.<sup>29</sup>

De este modo, en el precedente *Wilson v. New*, el Chief Justice White sentó las bases sobre las cuales la Suprema Corte, en las próximas dos décadas, erigiría la doctrina de los poderes de emergencia. En las primeras etapas de la construcción, sin embargo, se ha precisado que los jueces que construyeron esta doctrina no reconocieron explícitamente sus fundamentos (Belknap, 1983, p. 67).

Así, en *Highland v. Russell Car & Snow Plow Co.*, de 1929,<sup>30</sup> el máximo tribunal norteamericano confirmó tanto las disposiciones de la Lever Act que autorizó al Presidente a fijar los precios del carbón, como los reglamentos promulgados por el presidente Wilson para hacer cumplir esta disposición en un caso en el que se pretendía declarar su inconstitucionalidad por violar la libertad de contratar, garantizada por la Enmienda V. De acuerdo con el Justice Butler, quien escribió para la mayoría, el estatuto y los reglamentos eran ejercicios adecuados de los poderes de guerra del Gobierno Federal. Asimismo, dejó en claro que

bajo la Constitución y con las garantías que hay establecidas para la protección de la vida, la libertad y la propiedad, el Congreso y el Presidente ejercen el poder bélico de la nación, y tienen amplia discreción en cuanto a los medios que han empleado con éxito para llevar a cabo. Las medidas aquí impugnadas son apoyadas por una fuerte presunción de validez, y que no pueden dejarse de lado a menos que se demuestre claramente que son arbitrarias y repugnantes a la Constitución.

Estas aseveraciones del Justice Butler en el precedente *Highland* son completamente coherentes con la posición adoptada por la Suprema Corte en varios casos anteriores, los cuales involucraban normas de control de alquileres. En efecto, el Congreso y la Legislatura de Nueva York habían promulgado leyes para paliar la escasez de viviendas en el distrito de Columbia y la ciudad de Nueva York, causada por la movilización de la Primera Guerra Mundial y la correlativa reducción de la construcción de viviendas civiles. La Suprema Corte confirmó ambas medidas, teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, que las leyes señaladas incluían una declaración proclamando la existencia de una emergencia que requería el dictado de la mencionada legislación.<sup>31</sup> Así, Belk-

---

29 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wilson v. New*, 243 U.S. 332 (1917).

30 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Highland v. Russell Car & Snow Plow Co.*, 279 U.S. 253 (1929).

31 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Chastleton Corp. v. Sinclair*, 264 U.S. 543 (1924), con relación al distrito de Columbia; y *Block v. Hirsh*, 256 U.S. 135 (1921), con relación a Nueva York. En efecto,

nap (1983, p. 67) apunta que aquellas emergencias de alguna manera habían ampliado el campo de acción legítima del Gobierno y que la fuente de aquella autoridad adicional era algo más que el poder de la guerra federal.

Por otro lado, cabe destacar que el máximo tribunal norteamericano ha señalado que dado que la circunstancia fáctica de emergencia es la que amplía temporalmente la extensión de la autoridad del Gobierno, si con posterioridad desaparece la situación de emergencia, aquella legislación sería inconstitucional.<sup>32</sup> Por su parte, en el caso *Veix v. Sixth Ward Building*,<sup>33</sup> de 1940, la Suprema Corte de los Estados Unidos puntualizó que una ley de emergencia no es inconstitucional, una vez terminada la emergencia, si su contenido pudo dictarse, según la Constitución, como poder permanente.

El *Chief Justice* Hughes retomó la justificación de las normas de emergencia contenida en el precedente *Wilson v. New* en el caso *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, de 1934, en el sentido de que si bien la emergencia no crea un nuevo poder, da ocasión para el ejercicio de un poder.<sup>34</sup> En sentido con-

---

teniendo en cuenta ambos casos, se ha dicho que las leyes sobre alquileres de emergencia fueron convalidadas durante y después de la guerra, pero fueron declaradas inválidas una vez que la emergencia finalizó (Field, 1999, p. 166).

- 32 Al respecto, cabe remitirse a lo expuesto por el *Justice* Holmes, emitiendo la opinión de la Suprema Corte en el caso *Chastleton Corp. v. Sinclair*, 264 U.S. 543 (1924). Con relación al pensamiento de Holmes sobre las emergencias, cabe citar el trabajo de Vermeule (2008), quien pone de relieve que para Holmes, la existencia y la duración de una emergencia es una cuestión judicial, por lo que los jueces tienen la competencia de declarar que la circunstancia fáctica de emergencia ya no continúa.
- 33 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Veix v. Sixth Ward Building & Loan Ass'n of Newark*, 310 U.S. 32 (1940). El *Justice* Reed emitió la opinión de la Corte y luego de citar diversos casos, entre los que se encontraba *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934), destacó: "The cases cited in the preceding paragraph make repeated reference to the emergency existing at the time of the enactment of the questioned statutes. Many of the enactments were temporary in character. We are here considering a permanent piece of legislation. So far as the contract clause is concerned, is this significant? We think not. ¶Emergency does not create (constitutional) power, emergency may furnish the occasion for the exercise of power.¶ We think of emergencies as suddenly arising and quickly passing. The emergency of the depression may have caused the 1932 legislation, but the weakness in the financial system brought to light by that emergency remains. If the legislature could enact the legislation as to withdrawals to protect the associations in that emergency, we see no reason why the new status should not continue".
- Con respecto a esta sentencia, Elias (2013, pp. 128-129) aduce que la Suprema Corte norteamericana adoptó un enfoque en el que la ponderación es contextual y global. En efecto, afirma que el consecuencialismo implica que el punto exacto en el que la legislación de emergencia restringe de manera impermisible los derechos de propiedad será siempre móvil e imposible de conocer de antemano.
- 34 "Emergency does not create power. Emergency does not increase granted power or remove or diminish the restrictions imposed upon power granted or reserved. The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the Federal Government and its limitations of the power of the States were determined in the light of emergency, and they are not altered by emergency. What power was thus granted and what limitations were thus imposed are questions which have



trario se expresaba el *Justice Sutherland* en su disidencia en aquel caso, quien entendía que una disposición de la Constitución no podía significar una cosa en un momento dado y otra cosa enteramente distinta en otra.

En este contexto, cabe señalar que quienes apoyaban la legislación del *New Deal* pretendían utilizar la doctrina de los poderes de emergencia como justificación de aquellas medidas. En efecto, la Ley Nacional de Reconversión de la Industria (National Industrial Recovery Act, NIRA) y la Ley de Ajuste Agrícola (Agricultural Adjustment Act, AAA) contenían declaraciones de una emergencia nacional muy seria, por lo que esta declaración hacía a la gran extensión de regulación económica otorgada al gobierno federal “más aceptable y menos aterradora”. Sin embargo, muchos juristas condenaron que la noción de una emergencia económica podría expandir los poderes constitucionales del Congreso (Belknap, 1983, p. 67). En definitiva, se ha dicho que cuando la Suprema Corte rechazó la Ley Nacional de Reconversión de la Industria (National Industrial Recovery Act), rechazó al mismo tiempo la doctrina de los poderes de emergencia (Vermeule, 2008, p. 166).<sup>35</sup>

Por otro lado, en relación con el control judicial de otra emergencia, la ley marcial, la Suprema Corte norteamericana señaló que si bien el Ejecutivo tiene amplia discreción para determinar cuándo la emergencia pública es tal como para dar lugar a la necesidad de la declaración de la ley marcial, y su adecuación a la necesidad,<sup>36</sup> ha mencionado también –en el caso *Duncan v. Kahanamoku*–<sup>37</sup> que

---

always been, and always will be, the subject of close examination under our constitutional system. While emergency does not create power, emergency may furnish the occasion for the exercise of power. Although an emergency may not call into life a power which has never lived, nevertheless emergency may afford a reason for the exertion of a living power already enjoyed.”

35 El autor cita el caso *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935), en el cual se indica que “extraordinary conditions do not create or enlarge constitutional power”. Más adelante, se hará referencia a este precedente. Al mismo tiempo, indica que aunque después de 1937 la doctrina de los poderes de emergencia no desapareció por completo, fue relegada al segundo escalón de las ideas constitucionales. Volvió a aparecer en contextos económicos o de paz en el derecho constitucional de Estados Unidos, como por ejemplo en el caso *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), pero no como un argumento fundamental (cabe destacar que el caso *Usery* fue revocado por el precedente *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985)). La doctrina de los poderes de emergencia resultó ser más robusta en contextos relacionados con la guerra y la seguridad nacional en lugar de las emergencias económicas, como las que dieron lugar a las medidas del *New Deal*. Sin embargo, aduce que, incluso allí, las invocaciones de los poderes de emergencia en algunos casos de notoria seguridad nacional en los años 1940 y 1950, especialmente en el precedente *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944), trajeron cierto descredito a esta doctrina.

36 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943).

37 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304 (1946), voto concurrente del *Justice Stone*.

la acción ejecutiva no es una prueba de su propia necesidad, y el juicio de los militares aquí no es concluyente de que todas las medidas adoptadas de conformidad con la declaración del estado de guerra haya sido justificada por la exigencia.

En efecto, en el último caso mencionado, se puso de relieve que la ley marcial había sido proclamada el 7 de diciembre de 1941, inmediatamente después del ataque a Pearl Harbor, pero que no cabía ninguna duda de que cuando los peticionarios White y Duncan fueron sometidos a juicios militares el 25 de agosto de 1942 y el 2 de marzo de 1944, respectivamente, se advertía que la situación que había dado lugar a la declaración de la ley marcial ya no subsistía y los tribunales territoriales de Hawái eran perfectamente capaces de ejercer su jurisdicción penal ordinaria.<sup>38</sup>

Por otro lado, y en otro orden de ideas, cabe destacar también el precedente *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, llamado *The Steel Seizure Case*, de 1952. En el caso, el presidente Truman había intervenido las fábricas de acero para incrementar la producción y evitar una huelga. Sin embargo, la Suprema Corte declaró la nulidad de tal decisión, estableciendo que ello era competencia del Congreso.<sup>39</sup> Se ha dicho que el pensamiento de la Suprema Corte norteamericana, en este caso, es que si la Constitución ha asignado al Congreso el poder de tomar ciertas decisiones, ese poder es exclusivo y el presidente carece de poder implícito o inherente para ejercitar por sí tales atribuciones. Asimismo, si el Congreso no ha conferido expresamente el poder que le otorga el artículo I a favor del presidente, es decir, a través de una delegación, ese silencio legislativo debe ser interpretado como prohibición del ejercicio de tales facultades por el Ejecutivo (Bianchi, 1991, p. 141). De acuerdo con la doctrina expuesta, Tribe (1988, p. 239) ha llamado a esta limitación presidencial “los límites silenciosos de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo”.<sup>40</sup>

---

38 Ver especialmente el voto concurrente del *Justice* Murphy.

39 Cabe destacar el voto concurrente del *Justice* Jackson en relación con el derecho de emergencia: “The appeal, however, that we declare the existence of inherent powers ex necessitate to meet an emergency asks us to do what many think would be wise, although it is something the forefathers omitted. They knew what emergencies were, knew the pressures they engender for authoritative action, knew, too, how they afford a ready pretext for usurpation. We may also suspect that they suspected that emergency powers would tend to kindle emergencies. Aside from suspension of the privilege of the writ of habeas corpus in time of rebellion or invasion, when the public safety may require it, they made no express provision for exercise of extraordinary authority because of a crisis. I do not think we rightfully may so amend their work, and, if we could, I am not convinced it would be wise to do so, although many modern nations have forthrightly recognized that war and economic crises may upset the normal balance between liberty and authority”. Un explicación extensa del caso puede encontrarse en Rehnquist (1987). Para un análisis más reciente, ver Swaine (2010).

40 Por su parte, Posner y Vermeule (2007, p. 50) señalan que en realidad en la causa no existía una

La cuestión sobre las medidas adoptadas durante la emergencia y su validez constitucional se desarrollará más adelante, cuando se analicen los efectos que ha producido la crisis económica de 1929 en la interpretación por parte de la Suprema Corte de la “cláusula contractual” y el “debido proceso” previsto en la Enmienda XIV, donde se destacan precedentes como *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*<sup>41</sup> y *West Coast Hotel v. Parrish*.<sup>42</sup>

En este sentido, cabe destacar que el máximo tribunal norteamericano admitió finalmente la constitucionalidad de la legislación del *New Deal*, entre las cuales se destacan la Ley Nacional de Reconversión de la Industria, la Ley de Ajuste Agrícola y la Ley Nacional de Relaciones Laborales (National Labor Relations Act, NLRA). La doctrina coincide que el *New Deal* marcó uno de los principales puntos de inflexión en la historia constitucional de Estados Unidos. Cuando Roosevelt asumió el cargo, la Suprema Corte siguió interpretando la Constitución de tal manera que imponía restricciones significativas en la actividad reguladora del gobierno federal. Al final del *New Deal*, sin embargo, el poder federal sobre asuntos económicos y sociales se había convertido esencialmente ilimitado (Belknap, 1983, p. 67). En efecto, se ha indicado que dos de las grandes innovaciones en la etapa del *New Deal* ha sido la expansión del Estado regulador (*regulatory state*) y el cambio de poder de los estados al gobierno federal (Sunstein, 1987, p. 421).

En esta misma línea, Rossiter (1948, p. 264), al referirse al *New Deal*, sostiene que las emergencias económicas del siglo XX han tenido efectos definitivos y duraderos en el gobierno democrático constitucional. En efecto, considera que las medidas del *New Deal* adoptadas en 1933 trajeron muchas alteraciones permanentes en la estructura constitucional: importantes delegaciones permanentes del poder de emergencia,<sup>43</sup> como por ejemplo la “Ley de Emergencia Bancaria” (*Emergency Banking Act*), una gran expansión de la Administración,

---

verdadera emergencia. Sostienen: “The Youngstown case, in which the Court invalidated Harry S Truman’s order to take control of production at the nation’s steel mills to prevent a threatened strike, is a possible example, albeit a slightly muddy one, because the decision came late in a stalemated foreign war (the Korean War) conducted by a deeply unpopular president, rather than in the heat of a genuine emergency”.

41 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*, 290 U.S. 398 (1934).

42 Suprema Corte de los Estados Unidos, *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937).

43 En el mismo sentido, se ha destacado que, a lo largo del tiempo, se han incrementado extensas delegaciones de los poderes de emergencia del Congreso al Presidente (Lobel, 1989, p. 1385).

una marcada ruptura del principio federal<sup>44</sup> y un gran incremento del poder presidencial basado en el liderazgo del Ejecutivo en el proceso legislativo y en la delegación de poder. Así, los años exitosos posteriores del *New Deal* trajeron consigo estos cambios como permanentes técnicas e instituciones de gobierno.

Estados Unidos ha hecho también una gran utilización de los poderes de emergencia como consecuencia del atentado a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001. Una de las medidas más importantes adoptadas para combatir aquella emergencia fue la Ley Patriota (USA Patriot Act). Así, se ha sostenido que si bien fue el Legislativo quien sancionó la norma, lo cierto es que se admitieron muchos poderes extraordinarios al presidente y muchas partes de la ley eran controvertidas (Scheppele, 2006, pp. 231-232). En efecto, los atentados terroristas llevaron a que hubiera una gran discusión respecto a los alcances de los poderes del presidente. La Suprema Corte norteamericana se expidió en tres casos resueltos el 28 de junio de 2004, reconociendo el derecho a acceder a un tribunal a aquellos que se encontraban detenidos por ser considerados parte de la guerra contra el terrorismo.<sup>45</sup>

Finalmente, cabe precisar que el presidente Donald Trump ha declarado la emergencia nacional concerniente a la pandemia del Covid-19 a través de la Proclamación 9994 del 13 de marzo de 2020, sustentándose, entre otras, en la Ley de Emergencias Nacionales (National Emergencies Act). También ha dictado medidas apoyándose en la Ley Stafford de Ayuda ante Desastres y Asistencia de Emergencia (Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act), la cual diseñó de manera sistemática el modo de interacción entre el gobierno federal y los gobiernos estatales y locales ante una emergencia.

En relación con el alcance de la actuación judicial en situaciones de emergencia, se ha dicho muy gráficamente que si se da una situación de crisis nacional, los jueces “tienden a ir a la guerra” (Belknap, 1980, p. 59). Así, en situaciones de emergencia, los tribunales asumen una actitud altamente deferencial cuando se trata de revisar acciones y decisiones gubernamentales (Gross y Ní

---

44 Del mismo modo, se ha dicho que la Suprema Corte, durante la etapa del *New Deal*, reescribió la historia del derecho constitucional y modificó de forma permanente la expansión de los poderes federales. Al respecto, ver *Roots* (2000, p. 259 y ss).

45 Estos casos son *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Rumsfeld v. Padilla*, 542 U.S. 426 (2004); y *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004). Cabe destacar también el caso *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008), en el cual la Suprema Corte norteamericana declaró inconstitucional la denegación del *habeas corpus* a quienes no fueran ciudadanos y estuvieran retenidos como combatientes enemigos. Sobre las tres primeras sentencias, ver el comentario de Frosini (2006). A su vez, sobre los poderes del presidente en la guerra contra el terrorismo, ver Chemerinsky (2015, pp. 560-570).

Aoláin, 2006, p. 78). En el mismo sentido, Rossiter (1984) señala que la Suprema Corte pareciera ser un “observador bastante inofensivo” de las decisiones que adoptan el Congreso y el Poder Ejecutivo para combatir una emergencia. Por su parte, Posner y Vermeule (2007) describen de este modo la deferencia de los jueces ante las situaciones de emergencia: “Cuando una emergencia tiene lugar, el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente, y los tribunales son deferentes. Cuando la emergencia entra en decadencia, los jueces se vuelven más audaces y la búsqueda del alma comienza” (p. 3).

Por otro lado, cabe destacar que si bien durante todas las guerras de los Estados Unidos la Constitución ha permanecido vigente y no ha guardado silencio en esas situaciones, se ha dicho que indudablemente, en algunas cuestiones, habla de modo más apagado, en tonos más equívocos que en tiempos de paz (Falon Jr., 2013, p. 333). Esta situación trae a colación lo expuesto por el Chief Justice Marshall en el caso *McCulloch v. Maryland*, en el cual expuso que la Constitución había sido diseñada para ser adaptable a las diversas crisis de los asuntos humanos.<sup>46</sup> A su vez, cabe señalar que sin perjuicio de que los jueces adopten una actitud deferente en casos de emergencia con relación a las medidas adoptadas por el Gobierno, esto no implica que el ejercicio de tales facultades no tenga límites. En este sentido, cabe resaltar lo expresado por el Justice O’Connor en el caso *Hamdi v. Rumsfeld*, donde expresó que el estado de guerra “no es un cheque en blanco para el Presidente”.<sup>47</sup>

## 6. Constituciones europeas

### 6.1. Alemania

La Ley Fundamental de Bonn, de fecha 8 de mayo de 1949, omitió prever las distintas situaciones excepcionales que podían permitir la suspensión del ejercicio de determinados derechos (León Zaa, 2014, p. 112). Con posterioridad, el estado

---

46 Suprema Corte de los Estados Unidos, *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819). En efecto, en el precedente citado se expresó lo siguiente: “This provision is made in a Constitution intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs. To have prescribed the means by which Government should, in all future time, execute its powers would have been to change entirely the character of the instrument and give it the properties of a legal code. It would have been an unwise attempt to provide by immutable rules for exigencies which, if foreseen at all, must have been seen dimly, and which can be best provided for as they occur. To have declared that the best means shall not be used, but those alone without which the power given would be nugatory, would have been to deprive the legislature of the capacity to avail itself of experience, to exercise its reason, and to accommodate its legislation to circumstances”.

47 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

de excepción tuvo una amplia reglamentación en la enmienda introducida en la Constitución el 24 de junio de 1968, por lo que se modificó de forma decisiva la situación constitucional de la República Federal de Alemania. De este modo, la nueva legislación de emergencia agregó, modificó o eliminó veintiocho artículos constitucionales. Asimismo, se dictaron, entre 1965 y 1968, “leyes simples de emergencia” que contienen alrededor de trescientos artículos (Schneider, 1999, p. 114).

De este modo, se ha señalado que se dificulta tener un cuadro confiable de la situación jurídica de la cuestión, no solo por el volumen de las normas como por la complicada técnica legislativa en atención a las numerosas referencias. Asimismo, teniendo en cuenta lo expuesto, se ha diferenciado, si bien no surge expresamente en el ordenamiento,

las disposiciones objetivas para el caso de una situación de emergencia externa e interna, así como disposiciones tales que han surgido dentro del marco de la legislación de emergencia, pero que no contienen Derecho de emergencia o solo de forma limitada. (Schneider, 1999, pp. 114-115)

Así, por un lado, se prevén casos de emergencia externa, que es el supuesto del llamado “caso de defensa” a causa de un ataque armado de fuerzas extranjeras. Por otro lado, se prevén casos de emergencia interna para los casos de catástrofes naturales, de accidentes muy graves, así como peligros que amenacen la permanencia de la Federación, de un Estado Federado o del ordenamiento constitucional democrático-liberal. Pero es dable destacar que, en estos dos últimos casos, “no se ha previsto una determinación o proclamación del Estado de Emergencia” (Schneider, 1999, pp. 114-115). En este contexto, cabe resaltar de forma particular los siguientes institutos:<sup>48</sup>

1. El “mecanismo de ayuda” en caso de catástrofes naturales y especialmente en caso de accidentes graves previsto en el artículo 35, apartados 2 y 3. Sobre este aspecto, cabe resaltar que la última parte del apartado 3 indica que las medidas adoptadas del Gobierno Federal se suspenderán en cualquier momento a petición del Bundesrat [Consejo Federal] y, en cualquier caso, “sin demora alguna después de haber sido conjurado el peligro”.
2. El estado de emergencia interior estipulado en el artículo 91, que tiene lugar para “la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land”.

---

48 Las citas de la Ley Fundamental de Alemania corresponden a la traducción efectuada por García Macho y Sommermann (2010).

3. El artículo 81.a establece la aplicación de determinadas disposiciones jurídicas “en caso de tensión”.<sup>49</sup>
4. El capítulo X.a establece el “caso de defensa”. Se determina en su artículo 115.a.1 que

[l]a declaración de que el territorio federal es objeto de una agresión armada o que una agresión tal es inminente (caso de defensa) la hará el Bundestag [Parlamento Federal] con la aprobación del Bundesrat. Dicha declaración se hará a petición del Gobierno Federal y requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, la mayoría de los miembros del Bundestag.<sup>50</sup>

Por su parte, el artículo 115.1.2, en lo que respecta a la finalización del caso de defensa, indica que

[e]l Bundestag, con la aprobación del Bundesrat, podrá declarar en cualquier momento, mediante una decisión que deberá ser promulgada por el Presidente Federal, la terminación del caso de defensa. El Bundesrat podrá exigir que el Bundestag adopte una decisión a este respecto. Deberá declararse la terminación del caso de defensa tan pronto como hubieren desaparecido las condiciones que dieron lugar a su declaración.

5. El “estado de necesidad legislativa” del artículo 81 de la Constitución alemana, en la cual se permite la adopción de medidas de urgencia. Sin embargo, se ha dicho que se trata de una fórmula excepcional, muy limitada y de difícil utilización, tanto que no se ha utilizado nunca en la práctica (Aragón Reyes, 2016, p. 19).

---

49 El artículo 80.a establece: “Cuando en la presente Ley Fundamental o en una ley federal sobre la defensa, con inclusión de la protección de la población civil, se establezca que determinadas disposiciones jurídicas no pueden ser aplicadas más que con arreglo a lo establecido en el presente artículo, no estará permitida la aplicación de las mismas fuera del caso de defensa a menos que el Bundestag constate la existencia del caso de tensión cuando apruebe expresamente su aplicación. La comprobación del caso de tensión y la aprobación expresa en los casos previstos en el artículo 12a, apartado 5, frase 1, y apartado 6, frase 2, requieren una mayoría de dos tercios de los votos emitidos [...]”.

50 Este instituto posee una extensa regulación. En efecto, además de las disposiciones del artículo 115.a –que prevé el concepto y la declaración del caso de defensa–, en el artículo 115.b se establece la transferencia al canciller federal de la jefatura y del mando de las Fuerzas Armadas; en el artículo 115.c, la competencia legislativa ampliada de la Federación; en el artículo 115.d, el procedimiento legislativo aplicable a los proyectos urgentes de ley; en el artículo 115.e, las atribuciones de la Comisión Conjunta; en el artículo 115.f, las atribuciones del Gobierno Federal; en el artículo 115.g, la posición de la Corte Constitucional Federal; en el artículo 115.h, el funcionamiento de los órganos constitucionales; en el artículo 115.i, las atribuciones de los Gobiernos de los Länder; en el artículo 115.k, la duración de la vigencia de las medidas jurídicas excepcionales; y en el artículo 115.l, la derogación de las leyes y medidas extraordinarias, la terminación del caso de defensa y la conclusión de la paz.



Finalmente, cabe señalar que el artículo 20 establece los fundamentos del orden estatal, precisando que “la República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social” (apartado 1) y que “[e]l poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho”. Seguidamente, en el apartado 4 se establece el derecho de resistencia: “[c]ontra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”. Este derecho de resistencia, se ha indicado, es como un último recurso a utilizar para la defensa del orden democrático-liberal de la Ley Fundamental, por lo que se establece un derecho a la resistencia en relación con la legislación de emergencia (Schneider, 1999, p. 116).

## 6.2. España

El ordenamiento constitucional español de 1978, señala Cruz Villalón (1984, p. 47), ha adoptado el modelo de derecho de excepción “clásico” en el Estado de derecho, basado en la previsión, ante el supuesto de una situación de emergencia, de una serie de modificaciones puntuales y concretas respecto a la vigencia ordinaria de la Constitución, esto es, un estado excepcional. El autor indica que este derecho de excepción se diversifica en una pluralidad de estados excepcionales, cada uno de ellos vinculado a un tipo específico de emergencia, los cuales son los estados de alarma, de excepción y de sitio.

Dentro del título primero (“De los derechos y deberes fundamentales”), capítulo quinto (“De la suspensión de los derechos y libertades”) de la Constitución Española, se encuentra el artículo 55, que en su primer apartado regula la suspensión colectiva de los derechos individuales. Esta norma establece que diversos derechos reconocidos en la Constitución Española<sup>51</sup> pueden ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución.<sup>52</sup>

Así, el artículo 116.1 de la Constitución Española prevé tres situaciones: estados de alarma, de excepción y de sitio, estableciendo que una ley orgánica regulará las competencias y limitaciones correspondientes. La ley orgánica que

---

51 Se refiere a los previstos en los artículos 17; 18, apartados 2 y 3; 19; 20, apartados 1 a) y d), y 5; 21; 28, apartado 2; y 37, apartado 2 CE.

52 A su vez, indica que en el supuesto de declaración de estado de excepción, se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 CE. No se hará referencia a la suspensión individual de los derechos individuales. Sobre el punto, ver Martínez Cuevas (2002).



regula la cuestión es la 4/1981, la cual, en su artículo 1, de modo general determina que procede la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando “circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes”.

Sobre el particular, la doctrina indica que el estado de alarma es un estado excepcional concebido sustancialmente frente a las catástrofes naturales y accidentes de gran magnitud. El estado de excepción es el estado excepcional civil previsto frente a situaciones de grave alteración del orden público. Finalmente, el estado de sitio, como estado de excepción militar, está previsto para aquellas situaciones extremas en las que está en juego directamente la supervivencia del Estado como Estado soberano y su ordenamiento constitucional (Cruz Villalón, 1984, p. 52).

*Estado de alarma.* El artículo 116.2 de la Constitución Española se refiere al estado de alarma, estableciendo que será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, quien debe reunirse inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. La norma afirma que el decreto debe determinar el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración.

En cuanto a las situaciones que pueden dar lugar a la declaración del estado de alarma por parte del Gobierno, la ley orgánica establece que deben producirse alguna de las siguientes

alteraciones graves de la normalidad: a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud. b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves. c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 [derecho a la huelga] y 37.2 [derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo] de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo. d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que, a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental, aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio.<sup>53</sup>

---

53 Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, del 28 de abril, Fundamento Jurídico 8.

Desde la sanción de la Constitución de 1978, el Gobierno recurrió a esta figura en dos oportunidades. La primera de ellas, al dictar el Decreto 1673/2010, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, y el Decreto 1717/2010, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el decreto antes citado. La promulgación del estado de alarma se debió a la situación laboral de los controladores civiles del tráfico aéreo. El Gobierno justificó la medida en virtud del artículo 19 del texto constitucional español con relación a la libre circulación. El Congreso de los Diputados, mediante acuerdo del Pleno de 16 de diciembre de 2010, autorizó la prórroga del estado de alarma. Los controladores del tráfico aéreo recurrieron en amparo aquella prórroga, pero el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012 consideró que era inadmisibile el recurso de amparo.

La segunda oportunidad en que fue declarado el estado de alarma fue a través del Decreto 463/2020, del 14 de marzo, con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el Covid-19, el cual fue prorrogado en distintas oportunidades. Al respecto, cabe señalar que la Sala Primera del Tribunal Constitucional, mediante Auto del 30 de abril, no admitió un recurso de amparo contra la sentencia que había desestimado una demanda interpuesta por un sindicato para poder manifestarse el día del trabajador. El tribunal consideró que no se daban las circunstancias que permitieran el ejercicio del derecho de reunión por la situación de pandemia. Sostuvo que la relación entre el derecho a la vida y el de reunión exigía una ponderación por la que, ante la falta de las garantías de seguridad en una situación de máximo contagio, debía primar el primer derecho.<sup>54</sup>

*Estado de excepción.* El artículo 116.3 de la Constitución española indica que debe ser declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La norma establece que la autorización y proclamación del estado de excepción debe determinar expresamente los efectos de este, el ámbito territorial al que se extiende y su duración, el cual no podrá exceder de treinta días, siendo dicho plazo prorrogable por otro plazo igual con los mismos requisitos.

El artículo 13.1. de la Ley Orgánica 4/1981 precisa que el Gobierno puede solicitar al Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción cuando

---

54 Al respecto, ver especialmente el Fundamento Jurídico 4.

el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo.

*Estado de sitio.* El artículo 116.4 de la Constitución Española indica que debe ser declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno, debiendo el Congreso determinar su ámbito territorial, duración y condiciones. Por su parte, el artículo 32 de la Ley Orgánica 4/1981 establece que el Gobierno puede proponer al Congreso de los Diputados la declaración de estado de sitio cuando “se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios”.

Por otro lado, cabe destacar que la Constitución admite que el Gobierno pueda dictar decretos-leyes. Sobre el punto, el artículo 86.1 indica que

[e]n caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha rechazado la aproximación del instituto del decreto-ley al derecho de excepción, al destacar que la extraordinaria y urgente necesidad “no ha de entenderse en el sentido extremo de confiar el Decreto-ley para ordenar situaciones –o intervenir en acontecimientos– de excepcional amenaza para la comunidad o el orden constitucional”.<sup>55</sup> En efecto, el tribunal ha destacado que la necesidad justificadora de los decretos-leyes no puede entenderse como una necesidad absoluta que suponga un peligro grave para el sistema constitucional o para el orden público, entendido como normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y normal funcionamiento de los servicios públicos, sino que hay que entenderlo con mayor amplitud como necesidad relativa.<sup>56</sup>

En el mismo sentido, la doctrina ha señalado que los supuestos excepcio-

---

55 Sentencia del Tribunal Constitucional, 111/1983, del 2 de diciembre, Fundamento Jurídico 6.

56 Sentencia del Tribunal Constitucional, 6/1983, del 4 de febrero, Fundamento Jurídico 5.

nales a los que debe hacer frente el decreto-ley no son equiparables a las previsiones del artículo 116 del texto constitucional español (Carmona Contreras, 1997; Garrorena Morales, 2014, p. 213; Ylarri, 2019b, pp. 59-60). En particular, De Otto (1988, p. 197) destaca que el presupuesto habilitante no es ninguno de los instrumentos excepcionales del artículo 116 de la Constitución española, sino “una anomalía de tono menor”.

### 6.3. Francia

La Constitución de Francia de 1958 concede al presidente de la República un conjunto de facultades extraordinarias, que fueron denominadas por André Hauriou (1980, p. 627) como “el ejercicio de una dictadura temporal en período de urgencia”.

De este modo, el artículo 5, en su primer párrafo, dispone que el presidente de la República “velará por el respeto a la Constitución y asegurará, mediante su arbitraje, el funcionamiento regular de los poderes públicos, así como la permanencia del Estado”. Ahora bien, el artículo 16 determina que cuando “las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido”, el presidente de la República debe tomar las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional. Las medidas que adopte deben “estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión” y el Consejo Constitucional será consultado sobre ello.

El último párrafo del mencionado artículo establece una consulta al Consejo Constitucional. En efecto, señala que tras treinta días de ejercicio de los poderes excepcionales,

el Consejo Constitucional podrá ser solicitado por el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores, a efectos de examinar si se siguen cumpliendo las condiciones enunciadas en el primer párrafo. Se pronunciará lo antes posible mediante anuncio público. Procederá de pleno derecho a este examen y se pronunciará en las mismas condiciones al término de sesenta días de ejercicio de los poderes excepcionales y en cualquier momento pasado este plazo.

De este modo, se ha dicho que para que el presidente pueda ejercer el mencionado instituto, se necesita la confluencia de un par de circunstancias de hecho: (a) que se aprecie la grave e inminente amenaza de las instituciones de la República, la independencia del Estado francés, la intangibilidad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales; y (b) que se observe la circunstancia que lleve consigo la interrupción del funcionamiento normal de los poderes públicos constitucionales. A su vez, cabe precisar que es al presidente al que le corresponde evaluar si se dan las situaciones de hecho, no teniendo fuerza vinculante las consultas previas al primer ministro, presidente del Senado, presidente de la Asamblea Nacional y Consejo Constitucional (León Zaa, 2014, pp. 111-112).

Finalmente, el artículo 36 de la Constitución francesa establece que el estado de sitio debe ser decretado por el Consejo de Ministros y que su prórroga después de doce días solo podrá ser autorizada por el Parlamento.

#### 6.4. Italia

En lo que respecta al caso italiano, el artículo 13 de la Constitución indica que si bien la libertad personal es inviolable, en

casos excepcionales de necesidad y de urgencia, especificados taxativamente en la ley, la autoridad de orden público podrá adoptar medidas provisionales que deberán ser comunicadas dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la autoridad judicial y que, de no ser confirmadas por ésta en las cuarenta y ocho horas subsiguientes, se considerarán revocadas y no surtirán efecto alguno.

A su vez, la Constitución italiana prevé la situación de guerra, indicándose en su artículo 78 que la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores “acordarán el estado de guerra y conferirán al Gobierno los poderes necesarios”.

Por otro lado, cabe destacar de forma especial la potestad del Gobierno de dictar decretos que tengan fuerza de ley en casos extraordinarios de necesidad y urgencia. En este sentido, el artículo 77 establece que, en principio, el Gobierno no puede dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria, salvo en “casos extraordinarios de necesidad y de urgencia”. La mencionada norma dispone:

No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia (*in casi straordinari di necessità e urgenza*) el Gobierno adopte, bajo su res-

ponsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el día mismo para su conversión a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en ley dentro de los sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos.

En relación con el presupuesto que habilita el dictado de estos decretos, la doctrina ha puesto de manifiesto que debe presentarse una situación extraordinaria, la cual no pueda ser afrontada con los instrumentos ya previstos. A su vez, se afirma que deben concurrir tanto la necesidad –la intervención debe ser inevitable– y la urgencia, es decir, que la intervención no pueda ser pospuesta (Bin y Pitruzzella, 2009, p. 351; De Vergottini, 2010, p. 207).

En sus comienzos, la Corte Constitucional italiana tuvo un abierto rechazo a controlar este tipo de normas. Luego, reconoció su facultad fiscalizadora sobre la constitucionalidad de la valoración política llevada a cabo por el Gobierno y el Parlamento con relación a situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, dando razón a una generalizada opinión de la doctrina en ese sentido (Carmona Contreras, 1997, p. 64). Así, se ha sostenido que la prohibición de reiteración de los decretos-leyes “ha ocurrido gracias a la labor de la Corte Constitucional, que ha puesto un freno en las reiteraciones” (Castro E Caramago, 2011; Celotto, 2002). En efecto, la Corte Constitucional italiana, en su jurisprudencia, ha establecido que puede verificar la existencia de una “evidente carencia” de los presupuestos de necesidad y urgencia. Sobre el punto, adujo que

[l]a preexistencia de una situación de hecho que comporte la necesidad de la utilización de un instrumento excepcional como el decreto-ley, constituye un requisito de validez constitucional de la adopción de dicha disposición, de manera que la eventual evidente carencia de ese presupuesto constituye en primer término un vicio de inconstitucionalidad del decreto-ley adoptado fuera de su ámbito de aplicación constitucionalmente previsto.<sup>57</sup>

## 7. Límites a los institutos de excepción y los alcances de su control

Con relación a la temática objeto de la presente investigación, del análisis de las

---

57 Sentencia de la Corte Constitucional, 128/2008, Fundamento Jurídico 8.1. En el mismo sentido, ver la sentencia 171/2007.

constituciones citadas pueden puntualizarse diversas cuestiones que se detallan a continuación.

### **7.1. Órgano competente para declarar el instituto de excepción**

La mayoría de las constituciones analizadas establecen que el acto declarativo del instituto de excepción es efectuado por el órgano Ejecutivo y sujeto a la aprobación del órgano Legislativo.<sup>58</sup> En algunos casos, como en Estados Unidos, en nuestro país –a los efectos de declarar el estado de sitio en caso de conmoción interior– o en Alemania –por ejemplo, en el caso de defensa–, corresponde al Congreso.

A su vez, en otros supuestos, se prevé la intervención del órgano Legislativo en caso de que se prorrogue la situación de excepción. De este modo, la Constitución chilena requiere que en el caso de sucesivas prórrogas del estado de emergencia, el presidente solicite “siempre del acuerdo del Congreso Nacional”;<sup>59</sup> en Colombia, en caso de conmoción interior, la segunda prórroga “requiere concepto previo y favorable del Senado de la República”;<sup>60</sup> en Perú, para la prórroga del estado de sitio se requiere la aprobación del Congreso;<sup>61</sup> y en España se establece que el plazo de vigencia del estado de alarma no puede ser prorrogado sin la autorización del Congreso de los Diputados.<sup>62</sup> Finalmente, en Venezuela se determina que “la aprobación de la prórroga de los estados de excepción corresponde a la Asamblea Nacional”.<sup>63</sup>

### **7.2. Limitación temporal del instituto de excepción**

Las disposiciones constitucionales de los diversos países analizados, al regular los estados de excepción, establecen su duración limitada en el tiempo y, en muchas ocasiones, se determinan plazos específicos.

La Constitución de Brasil dispone de modo genérico que las medidas que se

---

58 Artículo 137 de la Constitución de Bolivia; artículos 136 y 137 de la Constitución de Brasil; artículo 40 de la Constitución de Chile; artículo 339 de la Constitución de Venezuela; artículo 115 de la Constitución de Alemania; artículo 116 de la Constitución de España; y artículo 36 de la Constitución de Francia.

59 Constitución de Chile, artículo 42.

60 Constitución de Colombia, artículo 213.

61 Constitución de Perú, artículo 137.2.

62 Constitución de España, artículo 116.2.

63 Constitución de Venezuela, artículo 339.

adopten deben restablecer el orden público o la paz social en “breve tiempo”,<sup>64</sup> así como que los decretos que establezcan la medida de emergencia deben determinar o indicar el tiempo de su duración.<sup>65</sup> A continuación, determina un plazo específico de duración del estado de sitio: no puede decretarse por más de “treinta días, que no puede prorrogarse, de cada vez, por plazo superior”.<sup>66</sup>

Del mismo modo, la Constitución de Chile establece que la declaración del estado de sitio “sólo podrá hacerse por un plazo de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República solicite su prórroga”.<sup>67</sup> En Colombia, se prevé que el estado de conmoción interior puede ser declarado “por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales”.<sup>68</sup> En el caso del estado de emergencia, puede ser declarado “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”, y que “el Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias”.<sup>69</sup> La Constitución ecuatoriana determina que el estado de excepción tiene una vigencia máxima de sesenta días, pudiéndose renovar por treinta días más si persisten las causas que lo motivaron.<sup>70</sup> En el caso de Paraguay, puede declararse el estado de excepción “por un término de sesenta días como máximo. [...] Dicho término de sesenta días podrá prorrogarse por períodos de hasta treinta días sucesivos”. Finalmente, Venezuela prevé también plazos específicos para los institutos de excepción previstos en su norma fundamental. Así, la duración del estado de alarma es de hasta treinta días, prorrogable por treinta días más; la del estado de emergencia económica, hasta sesenta días, prorrogables por un plazo igual; y el estado de conmoción interior o exterior se prolonga hasta por noventa días, siendo prorrogable hasta por noventa días más.<sup>71</sup>

La Constitución de México no establece una duración específica del instituto de excepción, pero habilita a suspender las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, “pero deberá hacerlo por

---

64 Constitución de Brasil, artículo 136.

65 Constitución de Brasil, artículos 136 y 138.

66 Constitución de Brasil, artículo 138.

67 Constitución de Chile, artículo 40.

68 Constitución de Colombia, artículo 213.

69 Constitución de Colombia, artículo 215.

70 Constitución de Ecuador, artículo 166.

71 Constitución de Venezuela, artículo 338.



un tiempo limitado”.<sup>72</sup> De este modo, corresponde destacar también que algunas constituciones, si bien prevén un límite temporal para ciertas situaciones de excepción, no fijan un plazo concreto. En efecto, la Constitución de Brasil indica que la declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera podrá ser decretada por todo el tiempo que perdurase la guerra o la agresión armada extranjera.<sup>73</sup> La Constitución chilena señala que el estado de asamblea mantendrá su vigencia “por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad”.<sup>74</sup> La Constitución francesa estipula que las medidas a adoptar deben llevarse a cabo “en el menor plazo”.<sup>75</sup> Finalmente, la Constitución alemana, en relación con el mecanismo de ayuda en caso de catástrofes naturales y especialmente en caso de accidentes graves, establece que las medidas del Gobierno Federal adoptadas deben suspenderse “sin demora alguna después de haber sido conjurado el peligro”.<sup>76</sup>

### **7.3. Deber de motivar la existencia de la circunstancia fáctica excepcional**

Otra cuestión trascendente es que en la declaración del instituto de excepción el órgano correspondiente debe expresar los motivos por los cuales se declara la medida. En efecto, en Brasil, al solicitarse autorización para decretar el estado de sitio o su prórroga, el presidente de la República “señalará los motivos determinantes de la solicitud”;<sup>77</sup> en Colombia, se requiere que la declaración del estado de emergencia sea “motivada”;<sup>78</sup> en Paraguay, la declaración del estado de excepción debe contener “las razones y los hechos que se invoquen para su adopción”;<sup>79</sup> finalmente, en México, se exige que la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar “fundada y motivada”.<sup>80</sup>

---

72 Constitución de México, artículo 29.

73 Constitución de Brasil, artículo 138.

74 Constitución de Chile, artículo 40.

75 Constitución de Francia, artículo 16.

76 Constitución de Alemania, artículo 35.3.

77 Constitución de Brasil, artículo 137.

78 Constitución de Colombia, artículo 215.

79 Constitución de Paraguay, artículo 288.

80 Constitución de México, artículo 29.

#### **7.4. Control del órgano legislativo sobre las causas que motivaron el dictado del instituto de excepción**

Algunas constituciones prevén explícitamente que el órgano Legislativo puede dejar sin efecto la declaración de emergencia efectuada por el órgano Ejecutivo si cesan las causas que lo motivaron.

En efecto, en Chile, con relación al estado de catástrofe, se establece que “el Congreso Nacional único podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta”.<sup>81</sup> La Constitución paraguaya indica que el Congreso, por mayoría absoluta de votos, puede disponer en cualquier momento el levantamiento del estado de excepción, “si considerase que cesaron las causas de su declaración”.<sup>82</sup> Por su parte, la Constitución ecuatoriana prevé que si las circunstancias lo justifican, “la Asamblea Nacional podrá revocar el decreto en cualquier tiempo”.<sup>83</sup> También la Constitución de Venezuela determina que si cesan las causas que lo motivaron, la declaración del instituto de excepción debe ser dejada sin efecto. En esta línea, el presidente de la República “puede solicitar su prórroga por un plazo igual, y será revocado por el Ejecutivo Nacional o por la Asamblea Nacional o por su Comisión Delegada, antes del término señalado, al cesar las causas que lo motivaron”.<sup>84</sup>

#### **7.5. El control de constitucionalidad de la declaración**

En lo que respecta al control judicial de las declaraciones de emergencia, en general se guarda silencio sobre el tema.

Algunas constituciones prevén expresamente la intervención del órgano encargado de controlar la constitucionalidad de la norma. En efecto, la Constitución ecuatoriana establece la obligación de notificar la declaración del estado de excepción, entre otros, a la Corte Constitucional, quien se debe pronunciar sobre su constitucionalidad.<sup>85</sup> A su vez, en Venezuela, se estipula que el decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado dentro de los ocho días siguientes a su promulgación, entre otros, “a la Sala Constitucional del Tribu-

---

81 Constitución de Chile, artículo 41.

82 Constitución de Paraguay, artículo 288.

83 Constitución de Ecuador, artículo 166.

84 Constitución de Venezuela, artículo 339.

85 Constitución de Ecuador, artículo 166.

nal Supremo de Justicia, para que se pronuncie sobre su constitucionalidad”.<sup>86</sup> Asimismo, la Constitución de Colombia estipula que el Gobierno debe enviar a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los “decretos legislativos” que dicte en el marco de un estado de emergencia, para que aquella decida sobre su constitucionalidad.<sup>87</sup> Por último, el texto constitucional mexicano determina que los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, deben ser revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual debe pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.<sup>88</sup>

Por el contrario, la Constitución chilena veda al Poder Judicial controlar la situación de emergencia invocada por la autoridad pública para dictar los estados de excepción. En efecto, determina que “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción”.<sup>89</sup>

## **7.6. Relación entre la declaración del instituto excepcional y la circunstancia fáctica que le sirve de base**

El texto constitucional de Bolivia prevé una previsión al respecto. Indica que el estado de excepción que se declare debe guardar “estricta relación y proporción con el caso de necesidad atendida por el estado de excepción”.<sup>90</sup>

Asimismo, cabe mencionar que la Constitución de Colombia estipula, con relación al estado de guerra exterior o conmoción interior, que los decretos legislativos “solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción”.<sup>91</sup> A su vez, se afirma que en el estado de emergencia “podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos”.<sup>92</sup>

La relación de adecuación entre la medida de emergencia adoptada y la cir-

---

86 Constitución de Venezuela, artículo 339.

87 Constitución de Colombia, artículo 215.

88 Constitución de México, artículo 29.

89 Constitución de Chile, artículo 45.

90 Constitución de Bolivia, artículo 138.

91 Constitución de Colombia, artículo 214.

92 Constitución de Colombia, artículo 215.

cunstancia fáctica ha sido también puesta de relieve por la Corte Suprema en su jurisprudencia sobre el control del estado de sitio. Así, el máximo tribunal consideró que no existía relación de adecuación entre la restricción impuesta y las razones que habían motivado la declaración del estado de sitio en los casos *Timerman*,<sup>93</sup> *Spadoni*<sup>94</sup> y *Solari Yrigoyen*.<sup>95</sup>

Esta cuestión está relacionada también con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional español relativa a la conexión de sentido en relación con los decretos-leyes. El mencionado tribunal ha indicado que un decreto-ley no puede incluir disposiciones que “por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar”.<sup>96</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional español, en una consolidada jurisprudencia, sostiene que debe existir una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y la medida concreta adoptada para subvenir a la misma,<sup>97</sup> y que el decreto-ley “siempre tendrá que ser la respuesta normativa adecuada congruentemente con la situación de necesidad alegada como título habilitante de la puesta en marcha de esta fuente del Derecho”.<sup>98</sup> Así, el tribunal afirma que necesariamente debe existir una conexión de sentido “en términos de adecuación y congruencia”.<sup>99</sup> Es por ello que el Tribunal Constitucional considera que debe constatar la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan, de manera que estas últimas guarden una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar”.<sup>100</sup> En este sentido, cabe recordar que, en distintas ocasiones, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de decretos-leyes por entender que no se cumplía con el requisito

---

93 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Timerman, Jacobo*, 20/7/1978, Fallos: 300:816.

94 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Spadoni, Horacio Ernesto*, 8/3/1983, Fallos: 305:204.

95 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Solari Yrigoyen, Hipólito s/hábeas corpus*, 11/3/1983, Fallos: 305:269.

96 Sentencia del Tribunal Constitucional, 29/1982, del 31 de mayo, Fundamento Jurídico 3.

97 Sentencia del Tribunal Constitucional, 29/1982, del 31 de mayo, Fundamento Jurídico 3; 182/1997, del 20 de octubre, Fundamento Jurídico 3; 137/2003, del 3 de julio, Fundamento Jurídico 4; 68/2007, del 28 de marzo, Fundamento Jurídico 7; 29/2015, del 19 de febrero, Fundamento Jurídico 3; y 48/2015, del 5 de marzo, Fundamento Jurídico 5.

98 Sentencia del Tribunal Constitucional, 6/1983, del 4 de febrero, Fundamento Jurídico 5 *in fine*.

99 Sentencia del Tribunal Constitucional, 137/2011, del 15 de septiembre, Fundamento Jurídico 5.

100 Sentencia del Tribunal Constitucional, 96/2014, del 12 de junio, Fundamento Jurídico 5; y 27/2015, del 19 de febrero, Fundamento Jurídico 3.

de la conexión de sentido entre la medida adoptada y la situación de urgencia que se pretendía atender.<sup>101</sup>

### **7.7. Rendición de cuentas y responsabilidad ulterior por inexistencia de la situación excepcional por la cual se dictó un instituto de excepción**

La Constitución de Bolivia prevé que, una vez finalizado el estado de excepción, según lo estipula el artículo 139.I, el Ejecutivo debe rendir cuentas a la Asamblea Legislativa Plurinacional “de los motivos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, así como del uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley”.<sup>102</sup>

Por su parte, la Constitución colombiana establece la responsabilidad del presidente y de los ministros “cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas”, es decir, en caso de que no hayan sobrevenido hechos que “perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”.

## **8. Conclusiones**

Agamben (2003, p. 25) señala que, en el siglo XX, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente devino en una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos llamados “democráticos”. Para evitar estos abusos, creo que es necesario que las prescripciones constitucionales acerca de los institutos de excepción sean lo más detalladas posible, a los efectos de establecer directrices claras sobre el modo en que los poderes públicos deben ejercer las facultades excepcionales. En este sentido, Holmes (2004) hace una comparación muy clara respecto a las decisiones adoptadas durante emergencias con los protocolos que siguen los médicos en situaciones de emergencia. Pone de relieve que estos últimos, aun cuando una vida está en juego, siguen estrictos protocolos de cómo actuar; su aplicación lleva tiempo, pero evitan caer en equivocaciones. Del mismo modo, destaca la importancia

---

101 Sentencia del Tribunal Constitucional, 31/2011, del 17 de marzo; 1/2012, del 13 de enero; 26/2016, del 18 de febrero. Ver también la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1997, del 28 de octubre, voto particular del magistrado Vicente Gimeno Sendra; y 11/2002, del 17 de enero, voto particular del magistrado Pablo García Manzano.

102 Constitución de Bolivia, artículo 139.I.

de que, aun en emergencia, existan reglas y procedimientos claros, pues las reglas no funcionan siempre y exclusivamente como restricciones que inhabilitan, sino que pueden servir como pautas estables que permiten enfocarse en el propósito, recordar los objetivos a largo plazo y los peligros colaterales que, de otro modo, podrían pasar desapercibidos en una crisis urgente (Holmes, 2004, pp. 303-304).

A su vez, entiendo que si bien muchas veces, como lo ha expresado la Corte Suprema, el carácter temporal que caracteriza a la emergencia “no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses, sino que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado”,<sup>103</sup> el establecimiento de plazos precisos en los que los poderes públicos pueden ejercer facultades excepcionales facilitará un mejor control jurisdiccional sobre la cuestión. Como señalé, téngase presente que la delegación es admitida en nuestro país siempre que contenga un plazo, sin precisar con exactitud la duración de esta, lo que ha llevado a delegaciones que han durado varios lustros.

Por otro lado, considero que son muy acertadas las prescripciones constitucionales que requieren que se deba motivar respecto a la existencia de la circunstancia fáctica excepcional. Esto también posibilitará un control jurisdiccional más adecuado sobre la cuestión. Recurrir a fórmulas como las que refieren –que una situación es un hecho de público y notorio conocimiento– no permite conocer las verdaderas causas que habilitan la declaración de un instituto de excepción. Tener certeza sobre esos hechos facilita el control sobre la relación de adecuación de la situación que se busca conjurar y las concretas medidas adoptadas.

Finalmente, atento a los excesos en los que se suelen incurrir en la utilización de los institutos de excepción, creo que hay que admitir el control jurisdiccional sobre las medidas adoptadas. Es cierto que al Poder Ejecutivo y/o al Poder Legislativo les corresponde declarar la emergencia, y estos tienen mejor información respecto a la cuestión. Si bien, como se analizó, los órganos jurisdiccionales suelen ser deferentes a las medidas que adoptan los poderes públicos para enfrentar las crisis, es importante que se aseguren mecanismos para que estas sean pasibles de un adecuado y equilibrado control jurisdiccional que permita revisar la existencia de la circunstancia fáctica excepcional y, en definitiva, su constitucionalidad.

---

103 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Nadur, Amar c/Borelli Francisco*, 15/5/1959, Fallos: 243:449.

## Bibliografía

- Agamben, G. (2003). *Estado de excepción*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora.
- Álvarez García, V. (1996). *El concepto de necesidad en derecho público*. Madrid: Civitas.
- Aragón Reyes, M. (2016). *Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional*. Madrid: Iustel.
- Belknap, M. R. (1980). The Supreme Court Goes to War: The Meaning and Implications of the Nazi Saboteur Case. *Military Law Review*, (89), 59-95.
- Belknap, M. R. (1983). The New Deal and the Emergency Powers Doctrine. *Texas Law Review*, 62, 67-109.
- Bianchi, A. B. (1990). *La delegación legislativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Bianchi, A. B. (1991). La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica. *La Ley*, t. 1991-C, 141-171.
- Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Tomo I). Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo II). Buenos Aires: Ediar.
- Bin, R. y Pitruzzella, G. (2009). *Diritto Costituzionale* (10ª ed.). Torino: G. Giappichelli Editore.
- Carmona Contreras, A. M. (1997). *La configuración constitucional del decreto-ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castro E Camargo, M. A. (2011). *Decretos-leyes y jurisdicción constitucional. Estudios comparados*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Castro Videla, S. M. y Maqueda Fourcade, S. (2017). *La delegación legislativa y el Estado regulatorio: una mirada crítica al agujero negro de la regulación*. Buenos Aires: Ábaco.
- Celotto, A. (2002). Parlamento y poderes legislativos del gobierno en Italia: el abuso del Decreto de Urgencia (Decreto ley). *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (55), 75-94.
- Chemerinsky, E. (2015). *Constitutional Law. Principles and Policies* (5ª ed.). Nueva York: Wolters Kluwer.
- Cruz Villalón, P. (1984). *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid: Tecnos.
- Dalla Via, A. R. (2002). El problema de la naturaleza jurídica de la emergencia. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 283, 37-45.
- Dalla Via, A. R. (2006). *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- De Otto, I. (1988). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes* (2ª ed.). Barcelona: Ariel.
- De Vergottini, G. (2010). *Diritto Costituzionale* (7ª ed.). Padua: Cedam.
- Dulitzky, A. E. (2004). Alcance de las obligaciones internacionales de los Derechos Humanos. En Martín, C., Rodríguez Pinzón, D. y Guevara B., J. A. (Comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (pp. 79-117). Ciudad de México: Universidad Iberoamericana.
- Ekmekdjian, M. A. (2008). *Manual de la Constitución Argentina* (6ª ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Elias, J. S. (21 de diciembre de 2010). Urgencia, necesidad y decretos. *La Ley. Suplemento Universidad de San Andrés*, (7).
- Elias, J. S. (2013). Leyes de emergencia económica y control judicial de constitucionalidad: radiografía de una relación difícil. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, II(1), 115-156.

- Fallon Jr., R. H. (2013). *The dynamic constitution: an introduction to American constitutional law and practice* (2ª ed.). Cambridge: Cambridge University.
- Field, O. P. (1999). *The effect of an unconstitutional statute*. Washington, D. C.: Beard Books.
- Frosini, T. E. (2006). El estado de derecho se ha detenido en Guantánamo. *Revista española de derecho constitucional*, 26(76), 33-74.
- García Macho, R. y Sommermann, K. P. (Trad.). (2010), *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Berlín: Deutscher Bundestag.
- García Pelayo, M. (1999). *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Garrarena Morales, A. (2014). *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes* (3ª ed.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada* (Tomo I, 4ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Gros Espiell, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gross, O. y Ni Aoláin, F. (2006). *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Jakab, A. (2006). German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency - Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse. *German Law Journal*, 7(5), 460-464.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho Constitucional e instituciones políticas* (2ª ed.). Madrid: Ariel.
- Holmes, S. (2004). In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. *California Law Review*, 97(2), 301-355.
- León Zaa, J. C. (2014). *El estado de excepción en el constitucionalismo andino: especial consideración de Chile y Perú*. (Tesis doctoral). <http://eprints.ucm.es/24605/1/T35116.pdf>.
- Lobel, J. (1989). Emergency Power and the Decline of Liberalism. *Yale Law Journal*, 98, 1385-1433.
- Loianno, A. (2005). Estado de sitio y derechos humanos: la excepcionalidad de la emergencia. En Sabsay, D. A. (Dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional* (pp. 609-632). Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. L. (2003). Nunca más: Emergencia económica y derechos humanos. *La Ley*, t. 2003-A, 1207-1221.
- Martínez Cuevas, M. D. (2002). *La suspensión individual de derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*. Granada: Comares.
- Midón, M. A. R. (2012). *Decretos de necesidad y urgencia: en la Constitución Nacional y en los ordenamientos provinciales* (2ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Nino, C. S. (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Ortiz Gutiérrez, J. C. (2017). El presidencialismo colombiano. En García Belaunde, D. et al., *El presidencialismo latinoamericano y sus claroscuros* (1ª ed.) (pp. 167-223). Cochabamba: Kipus.
- Padilla, M. M. (2002). El control judicial de las declaraciones de emergencia. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 283, 31-35.
- Pérez Pérez, A. (1999). Los sistemas constitucionales de Alemania y Uruguay frente a situacio-



- nes de excepción. En Demasi, C., Pérez Pérez, A., Rico, A., Schneider, H. y Sontheimer, M., *Estado de derecho y estado de excepción. Alemania y Uruguay: las décadas violentas* (pp. 121-135). Montevideo: Trilce.
- Posner, R. A. (2006). *Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency*. Oxford: Oxford University Press.
- Posner, R. A. y Vermeule, A. (2007). *Terror in the balance: security, liberty, and the courts*. Oxford: Oxford University Press.
- Rehnquist, W. H. (1987). *The Supreme Court, how it was, how it is*. Nueva York: William Morrow and Co. Inc.
- Reylea, H. (1974). *A Brief History of Emergency Powers in the United States*. Washington: US Government Printing Office.
- Roots, R. I. (2000). Government by Permanent Emergency: The forgotten History of the New Deal Constitution. *Suffolk University Law Review*, 33, 259-296.
- Rossiter, C. L. (1948). *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton: Princeton University Press.
- Sabsay, D. A., (2010). DNU e inconstitucionalidad de la ley 26.122. *La Ley Online, La Ley*, AR/DOC/930/2010, 1-3.
- Sacristán, E. B. (2014). Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, 1(1), 39-66.
- Sagüés, N. P. (1990). Derecho Constitucional y derecho de la Emergencia. *La Ley*, t. 1990-D, 1036.
- Sagüés, N. P. (2003). La declaración del estado de emergencia económica por el derecho nacional y el transnacional. *Revista Iberoamericana de Derecho Constitucional*, 2003(1), 113-117.
- Sagüés, N. P. (2016). *Constitución bajo tensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Santiago (h.), A. y Thury Cornejo, V. (2003). *Tratado sobre la delegación legislativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Scheppele, K. L. (2006). North American emergencies: The use of emergency powers in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, 4(1), 213-243.
- Schneider, H. P. (1999). Problemas de la Constitución de emergencia y de la legislación de emergencia a la luz de la ley fundamental. En Demasi, C., Pérez Pérez, A., Rico, A., Schneider, H. y Sontheimer, M., *Estado de derecho y estado de excepción. Alemania y Uruguay: las décadas violentas* (pp. 101-120). Montevideo: Trilce.
- Sunstein, C. R. (1987). Constitutionalism after the New Deal. *Harvard Law Review*, 101, 421-510.
- Swaine, E. T. (2010). The Political Economy of Youngstown. *Southern California Law Review*, 83, 263-339.
- Tribe, L. H. (1988). *American Constitutional Law* (2ª ed.). Nueva York: The Foundation Press, Inc.
- Úbeda de Torres, A. (2007). *Democracia y Derechos Humanos en Europa y América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid: Reus.
- Vanossi, J. R. (2003). El mar no perdona. *La Ley*, t. 2003-C, 950-959.
- Vermeule, A. (2008). Holmes on Emergencies. *Stanford Law Review*, 61, 163-202.

- Ylarri, J. S. (2016). Emergencia económica (a la luz del caso argentino). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (10), 179-190.
- Ylarri, J. S. (2019a). *La emergencia económica. El control de constitucionalidad de la situación de emergencia económica y su declaración normativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Ylarri, J. S. (2019b). *Los decretos-leyes y el control de la "extraordinaria y urgente necesidad"*. Buenos Aires: Lajouane.
- Ylarri, J. S. (2020). Los alcances del control judicial sobre las normas adoptadas para enfrentar el Coronavirus. En Falke, I. (Dir.), *La Tutela de la Salud Pública. El Derecho Procesal en Épocas del Coronavirus*. Buenos Aires: IJ Editores.



# LA SATISFACCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. PANORAMA JURISPRUDENCIAL <sup>1</sup>

---

**Manuel Espejo Lerdo de Tejada**

Universidad de Sevilla

manuelespejo@us.es

**Recibido:** 25/04/2020

**Aceptado:** 25/05/2020

## Resumen

La regla general en derecho español es que los herederos forzosos, descendientes o ascendientes reciban bienes de la herencia en pago de su derecho; y en lo que se refiere al cónyuge viudo, el derecho hereditario forzoso viene concretado en un usufructo sobre una parte de la herencia. Se analizan aquí, en primer lugar, los casos excepcionales en que el testador puede lograr que los herederos forzosos perciban dinero no hereditario; y, en segundo lugar, los modos de conmutar el usufructo del cónyuge viudo por otro modo diferente de percepción. Finalmente, se dedican también unas páginas a la posibilidad reconocida al testador por el artículo 831 del Código Civil de encomendar al cónyuge viudo la facultad de distribuir la herencia como estime conveniente entre los descendientes comunes y la medida en que esta facultad puede afectar a la legítima de estos últimos.

**Palabras clave:** herencia, legítima, pago, usufructo, cónyuge, descendientes, facultades.

## The satisfaction of the forced shares in the Spanish Civil Code. Case law overview

### Abstract

The general rule in Spanish law is that forced heirs, descendants or ascendants, receive assets from the estate in payment of their right; and, as far as the widowed spouse is concerned, the forced inheritance right is specified in a usufruct over a part of the estate. This paper examines,

---

1 El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación SEJ584: “Sociedad, Mercado y Derecho”. Habida cuenta de que se ha realizado en una estricta situación de confinamiento, no ha sido posible el acceso a toda la bibliografía pertinente, por lo que se ha optado por realizar una exposición exclusivamente jurisprudencial. Se deben citar como obras generales sobre la legítima en el Código Civil español de las que depende este escrito las que figuran en la bibliografía.

firstly, the exceptional cases in which the testator can ensure that the forced heirs receive money that is not inherited and, secondly, the ways in which the widowed spouse's usufruct can be exchanged for a different form of entitlement. Finally, there are also a number of pages focusing on the possibility recognized to the testator by article 831 of the Civil Code of entrusting the widowed spouse with the power to distribute the estate as he or she sees fit among the common descendants, and the extent to which this power can affect the forced shares of the latter.

**Key words:** inheritance, forced shares, payment, usufruct, spouse, descendants, faculties.

## 1. El pago en metálico de la legítima de los descendientes

### 1.1. Supuestos y requisitos

La percepción de los derechos que la ley concede con carácter imperativo a los legitimarios debe realizarse por regla general con bienes pertenecientes a la herencia, pues el artículo 806 del Código Civil (CC) define “la legítima” como porción de bienes de la que el causante no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, que se llaman, por ese motivo, “herederos forzosos”.<sup>2</sup> Por esta concreta razón, el contador-partidor nombrado en el testamento carecería de la facultad de satisfacerla en bienes no hereditarios,<sup>3</sup> pues un poder jurídico de este tipo no tendría naturaleza particional.

No obstante, este rasgo característico de la legítima solamente tiene carácter

---

2 Sentencia del Tribunal Supremo, 28 mayo de 1958 [RO]: STS 1513/1958: “Por regla general, [...], el derecho de los legitimarios así ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago”; y 31 marzo de 1970 [RJ] 1970/1854: “A la recurrente le fueron adjudicados los inmuebles [...] del inventario y una cantidad, en metálico, compensatoria de valores, por lo que fue respetada la intangibilidad cualitativa de su legítima, ya que en nuestro Ordenamiento jurídico, [...] ha de ser abonada con bienes de la herencia, porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios”.

3 Se refiere, en concreto, al metálico extrahereditario la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN), 13 mayo de 2003 [RJ] 2003/4477. En ella, el contador-partidor había hecho “la asignación de todos los bienes de la herencia a uno de los interesados imponiéndole la obligación de pagar los derechos correspondientes a los otros interesados en metálico”, lo que para la RDGRN “implica un acto de disposición [...] que no puede entenderse comprendida entre las [facultades] de partir que al contador partidor le vienen asignadas por la Ley en su condición de tal. Otro tanto cabría decir del derecho de los legitimarios, intangible no sólo en el aspecto cuantitativo sino también en el cualitativo que, por más que de naturaleza discutida en Derecho común, no puede el contador partidor cambiar por un conflicto frente a las herederas so pena de desvirtuarlo completamente, algo que el legislador ni tan siquiera permite en el caso de que el testador lo imponga o autorice (cfr. artículo 841) si no es con consentimiento de los afectados o aprobación judicial (artículo 843), amén del necesario respeto de otra serie de garantías como los plazos preclusivos de todo el proceso de partición y pago”. Debe advertirse que la competencia para aprobar la partición prevista en el artículo 843 del CC hoy viene atribuida al secretario judicial o al notario y no al juez, competente hasta las reformas del año 2015.

natural y no imperativo, como demuestran varios preceptos del Código que regulan diversos supuestos en los que el testador puede sustituir la percepción *in natura* por la atribución de metálico extrahereditario. En suma, el sistema legitimario español muestra, de este modo, un nuevo ejemplo de flexibilidad al conceder al causante no solamente la facultad de elegir aquellos bienes de su patrimonio que quiera atribuir al legitimario por cualquier título,<sup>4</sup> tal como pudiera ser la donación o el legado de cosa propia del causante, sino incluso la de imponerle que perciba dinero extrahereditario en los casos y términos específicamente regulados.

Primeramente, esto sucede cuando se dan diversos presupuestos de carácter objetivo, contemplados en los artículos 821, 829 y 1056.2 del CC.

En el primer supuesto, se prevé que el testador haya realizado un legado a un extraño que esté sujeto a reducción por lesionar la legítima. Pues bien, contra la regla general que establece la reducción *in natura*, en este caso, si el legado consiste en una “finca que no admita cómoda división” (artículo 821 del CC), la reducción del legado y la satisfacción del legitimario a cargo del legatario podría hacerse en metálico, siempre que la reducción no absorbiera la mitad del valor de la finca.<sup>5</sup>

En el segundo caso, se regula la mejora a un descendiente en una “cosa determinada” (artículo 829 del CC), supuesto en que si el valor de la cosa desbordara la parte disponible, la satisfacción de la legítima perjudicada puede hacerse en metálico.

Finalmente, en el tercer supuesto, el testador puede atribuir parcialmente sus bienes. Si se diera el caso de que la atribución particional excediera del valor de la cuota y perjudicara la legítima de otros herederos forzosos, siempre que recaiga sobre una “explotación económica” o “sociedad de capital” que se quiera mantener indivisa en interés de la misma explotación y de la familia, la satisfacción de la legítima también puede hacerse en metálico (artículo 1056.2 del CC).<sup>6</sup>

---

4 Cfr. artículo 815 del CC.

5 En la Sentencia del Tribunal Supremo, 19 julio de 1982 (RJ 1982/4256) se aplica la misma regla de reducción cuando afecta a una finca donada, ya que según el artículo 654 del CC la reducción de las donaciones se realizará siguiendo las normas previstas para los legados. Por tanto, cuando se haya acreditado la indivisibilidad de la misma finca, la reducción podría hacerse en metálico, que es lo que procedía en el caso de esta Sentencia del Tribunal Supremo.

6 El tratamiento de estas tres hipótesis no será objeto de este trabajo, pues se refieren a instituciones que requerirían una atención específica más extensa de la que en estas páginas podríamos dedicarle, como son la reducción de legados, la mejora (es decir, la posibilidad de que el testador dentro de la

En segundo lugar, los artículos 841-847 del CC prevén el pago en dinero de la porción hereditaria de los legitimarios sin que se requiera la concurrencia de circunstancias objetivas como las que acabamos de analizar. En la rúbrica de la sección sí se precisa que se trata de pago “en casos especiales”, pero esa especialidad no viene marcada por características particulares del contenido objetivo de la herencia, como podemos comprobar en el artículo 841 del CC, que simplemente dispone que:

El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

También corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del Código Civil.

Por supuesto, se trataría de pagar con dinero extrahereditario,<sup>7</sup> pues si fuera hereditario, al testador le bastaría ordenar un legado dinerario en pago de la legítima, posibilidad amparada por la regla general del artículo 815 del CC. Y también, entonces, sin necesitar una previsión específica del testador, el contador-partidor podría adjudicar el dinero a cualquiera de los coherederos como expresión de su facultad de realizar la partición.

En algún supuesto concreto es difícil calificar qué marco normativo de entre los expuestos rige el pago en metálico,<sup>8</sup> con las dificultades de régimen y efectos que ello puede provocar.<sup>9</sup> Y es que los artículos 841-847 del CC vienen a exigir

---

legítima global de los descendientes introduzca diferencias cuantitativas y cualitativas entre los legitimarios) y la partición hecha por el causante.

- 7 En este sentido, ver Sentencia del Tribunal Supremo, 18 julio de 2012 (RJ 2012/8364): “El heredero o contador partidor autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario [...] no se requiere que el dinero que sirve para pagar la legítima forme parte del caudal relicto, teniendo en cuenta, además, el carácter fungible del dinero”; y 22 octubre 2012 (RJ 2012/10413): “Compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial”. También se hace eco de esta postura jurisprudencial la RDGRN, 18 julio de 2016 (RJ 2016\4601).
- 8 Cfr. SAP Castellón, 28 mayo 2013 (JUR 2013/266265). En ella, es precisamente el adjudicatario de metálico quien pretendía que se le pagara así y no con bienes hereditarios, pues consideraba que la disposición testamentaria, al decir que el pago en metálico se establecía “para evitar que se perjudique la rentabilidad de las fincas”, suponía una remisión a lo establecido en el artículo 1056.2 del CC, que obligaba al adjudicatario al pago en metálico y no solo le daba esa facultad.
- 9 Como se aprecia en la Sentencia del Tribunal Supremo, 9 diciembre de 2010 (RJ 2011/1415). En el testamento se incluía una cláusula del siguiente tenor: “La finca de campo que posee en este término el pago Palomar [...], se adjudique, por considerarla indivisible a sus tres hijos que son los

unos especiales requisitos para que el pago en metálico sea posible; especialmente las notificaciones que deben hacerse en unos determinados plazos,<sup>10</sup> que, por el contrario, esas otras normas no contemplan en absoluto.<sup>11</sup> Hay que pensar que las especiales cautelas que se exigen en el supuesto de los artículos 841-847 del CC se adoptan precisamente por la ampliación o generalización de la facultad de pago en metálico que esas normas suponen, y, por tanto, son aplicables solamente al supuesto especial de los artículos 841-847 y no a los demás casos. Así parece deducirse también de los propios artículos 845 y 846. No obstante, no parece haber sido este el planteamiento del legislador en la reforma del artículo 1056 operada en el año 2003, que se inclinó a pensar que los artículos 841-847 son aplicables al caso del artículo 1056.<sup>12</sup>

Los artículos 841-847 regulan una facultad de pago en metálico concedida por el testador a los coherederos que sean escogidos como adjudicatarios de bienes, de la que estos pueden no hacer ejercicio;<sup>13</sup> así, según el artículo 842 del CC,

---

que la llevan, llamados don Cipriano, doña Genoveva y doña Edurne, por partes iguales, [...] y a los cuales se les hará esta adjudicación en pago de todo o parte de los derechos que tienen en la sucesión, compensando a los restantes herederos en efectivo con la cantidad suficiente para cubrir la legítima estricta de los mismos”.

10 Cfr. artículos 843 y 844.1 del CC.

11 Cfr. artículos 821, 829 y 1056.2 del CC.

12 La SAP Cádiz, 23 de marzo de 2007 (JUR 2007/172616), partió también de esta aplicación general de los artículos 841-847 del CC (incorrecta a nuestro juicio) y afortunadamente fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo, 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011/1415). Por tanto, de momento hay que estar a la idea sostenida por esta última sentencia, que ya hemos analizado en la nota 8.

13 En ese sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de octubre 2012 (RJ 2012/10413), afirmó: “En este supuesto, a diferencia de lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil, y pese al mero tenor literal del artículo 841, el testador o, en su caso, el contador-partidor expresamente autorizado, en rigor, no está ordenando imperativamente la conmutación del pago de la legítima, sino facultando a alguno o algunos de sus hijos o descendientes para que, si así lo quieren (842 del Código Civil), se adjudiquen todo o parte del caudal relicto, compensando a los demás legitimarios con dinero no herencial. Con lo que el pago en metálico de la legítima viene a constituir una facultad y no una carga del heredero llamado en principio a quedarse con los bienes del caudal relicto”. También SAP Castellón, 28 de mayo 2013 (JUR 2013/266265), ya analizada en la nota 7. No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 22 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4387), dejó abierta la posibilidad de que se ordenara por el testador el pago en metálico, al decir que “en el supuesto de este expediente, más que una facultad de pago de legítima en metálico, lo que ha dispuesto la testadora es una orden, y aunque en puridad se pague la legítima en metálico, los herederos que deben hacerlo carecen de elección y deben cumplir la voluntad de la testadora. Pero esto no debe impedir que la legitimaria tenga sus garantías y protección legal en los mismos términos que la facultad del 841 del Código Civil”. Pero que una disposición testamentaria de ese tenor haya sido eficaz, en cuanto voluntariamente cumplida y no impugnada por los legitimarios a quienes se les atribuyeron los bienes, no prejuzga que sea plenamente válida como auténtica obligación exigible, lo cual sería discutible fuera de los casos que legalmente autorizan esa hipótesis.



cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1058 a 1063 de este Código.

Por su parte, el legitimario perceptor de dinero no puede propiamente exigir el pago en metálico.

En cambio, los artículos 829 y 1056.2 del CC no reconocen una simple facultad del adjudicatario, sino una obligación impuesta por el testador; mientras que en el artículo 821, si el legatario no quisiera usar del derecho a pagar en metálico, la finca se vendería en pública subasta a instancia de cualquiera de los interesados.

En tercer lugar, hemos de añadir que aunque el mecanismo de los artículos 841-847 constituye la autorización más general y amplia que dedica el CC al pago en metálico, en la práctica no es tan frecuente su utilización a juzgar por el escasísimo número de referencias jurisprudenciales. Quizá, las importantes dudas exegéticas que plantean estos artículos, su deficiente redacción y la consiguiente inseguridad en su aplicación hacen poco atractivo recurrir a ellos. Además, en la práctica, el causante puede lograr una finalidad parecida si distribuye sus bienes entre los descendientes mediante actos *inter vivos*. Así, por vía de la colación, el donatario deberá compensar en metálico a los demás legitimarios si no existen otros bienes de similar naturaleza en la herencia;<sup>14</sup> siempre que, en este caso, el donante haya dejado clara su voluntad de que el donatario colacione, lo que puede hacer imponiendo una carga a la donación para evitar que el donatario eluda la práctica de la colación repudiando la herencia. Otra posibilidad que tiene el causante es la distribución de los bienes entre los descendientes mediante una partición realizada por él, con lo que se asegura el necesario respeto a su voluntad en cuanto al modo de distribuir los bienes entre los legitimarios (artículo 1056.1 del CC), aunque, en este caso, el pago en metálico no está contemplado más que para el supuesto especial de que exista una explotación económica o una sociedad de capital que el causante quiera conservar indivisa (artículo 1056.2 del CC).

---

14 Cfr. artículos 1045, 1047 y 1048 del CC.

## 1.2. La conmutación de la legítima por metálico en los artículos 841-847 del CC

### 1.2.1. Presupuestos de aplicación

#### 1.2.1.1. Presupuesto subjetivo: la pluralidad de hijos o descendientes

El adjudicatario de los bienes, facultado a satisfacer en metálico la porción hereditaria de los demás, solamente puede ser un hijo o descendiente, pero no un extraño, ni un ascendiente ni el cónyuge del causante. No obstante, el artículo 831 del CC permite que el causante confiera a su cónyuge facultades sobre las legítimas de los descendientes comunes que son más intensas desde el punto de vista cualitativo y también cuantitativo, como veremos en el último apartado de este trabajo.

Por otra parte, la posibilidad de pago en metálico se refiere solamente a la legítima de los descendientes, aunque en la doctrina a veces se ha propuesto la aplicación analógica a la legítima de los ascendientes. En lo que se refiere a la legítima del cónyuge viudo, existe una norma que permite la conmutación por voluntad de los herederos<sup>15</sup> y, en un caso especial, por voluntad del cónyuge (artículo 840 del CC); por ello, entendemos que, *a fortiori*, el sistema permitiría que la conmutación se realizara por disposición del causante.

¿Sería factible que un heredero extraño percibiera bienes de la herencia imputables al tercio libre, y que la facultad de pago en metálico funcionara a cargo de los legitimarios que percibieran los demás bienes de la herencia? Pese a que ello se ha negado, no vemos obstáculos especiales: no se olvide el tenor literal de los artículos 845 y 846 del CC, que proclaman la preponderancia de la voluntad del testador, y que, en este caso, el pago de la legítima no queda a cargo del extraño, sino de los legitimarios adjudicatarios de los bienes, lo que parece que cumple con las previsiones legales.

Cabe preguntarse, finalmente, si el adjudicatario de los bienes puede ser un descendiente de ulterior grado que no sea legitimario, es decir, si un nieto cuyo padre o madre viva pueden recibir los bienes hereditarios, quedando obligados a satisfacer a los hijos del causante su legítima en dinero. Parece que sí,<sup>16</sup> ya que

15 Cfr. artículo 839 del CC.

16 En este sentido, la SAP Madrid, 16 de noviembre de 2004 (JUR 2005/46511), ha afirmado que “El precepto ha sido objeto de diversas interpretaciones doctrinales en cuanto a su posible aplicación a los nietos. Sin embargo, la mejor doctrina, [...] es la de que el nieto puede también ser adjudicatario en el sentido del referido artículo 841. No es legitimario, pero puede ser mejorado y le pueden ser aplicables las prescripciones del artículo en cuestión, siempre que el testador se refiera explícitamente al mismo o a su contenido literal y específico. Se trata, como decimos, de una interpretación doctrinal con representantes muy notables [...]. Otros ponen de manifiesto que la dicción del artículo 842 del propio Código parece contradecir esa interpretación al hablar de que ‘cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria a sus hermanos podrá

los nietos pueden ser incluso mejorados por su abuelo en vida del padre, y aquí hay mucho de elección de uno de los descendientes en detrimento de los otros aunque no haya propiamente mejora; por tanto, quien puede lo más, parece que podría también lo menos.

En la doctrina se ha planteado si la facultad de conmutar resulta transmisible *inter vivos* y *mortis causa* a los causahabientes del legitimario facultado para ello. Pensamos que sí: este poder jurídico no tiene carácter personalísimo que lo haga intransmisible.

### 1.2.1.2. Presupuesto voluntario

#### 1.2.1.2.1. La necesidad de que el causante autorice la conmutación

La ley no exige que el causante autorice el pago en metálico en una forma determinada, lo que sí exige es que haya una manifestación expresa de su voluntad.<sup>17</sup> Cabría que esa declaración se hiciera en testamento, lo más corriente en la práctica; pero también, de acuerdo con las previsiones del artículo 1056 del CC, cabría conferir esta facultad en acto *inter vivos* o, asimismo, autorizar al contador-partidor en el acto *inter vivos* en que se lo nombra.<sup>18</sup>

---

exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia”. No obstante, la SAP consideró que para que ello fuera posible, la facultad de los artículos 841-847 del CC “debiera estar ordenada clara y terminantemente [...] por el testador”, lo que no sucedía en el caso de autos, ya que el testamento simplemente exponía “tras consideraciones históricas, sentimentales y familiares, la voluntad del testador -‘en cuanto sea posible’- de que se adjudiquen todas sus tierras a su nieto Rafael y a su hijo Augusto, padre de aquél [...]. Sin embargo, el contador-partidor testamentario, el ya fallecido Sr. Fidel, estimó que la adjudicación de las fincas al nieto Rafael no cumplía realmente la voluntad del testador, pues no cumplirían -ni él ni su padre- el deseo de aquél de mantener las fincas en la familia, deseo que quedaría frustrado por la venta de dichas fincas ‘ya contemplado desde antes de la misma adjudicación’”. Además, para reafirmar esa solución, estaba el hecho de que el contador-partidor testamentario había fallecido y se había procedido a la partición judicial de la herencia, y dentro de este procedimiento la “simple contadora-partidora de una partición judicial no tiene facultades para la adjudicación íntegra del único bien que se tenía que dividir”.

- 17 Por eso, en el caso de la SAP Valencia, 22 de marzo de 2019 (JUR 2019\149077), en la que el contador-partidor había “pretendido pagar en metálico la porción de la legítima de la demandante, modalidad de pago que no estaba recogida en el testamento, ni tampoco contaba con la facultad expresa que debía otorgarle el testador en virtud del artículo 841 CC”, se pudo llegar a la conclusión de que la partición estaba viciada de nulidad.
- 18 Cfr. artículo 1057.1 del CC. Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 de julio de 2016 (RJ 2016\4601): “Para que la partición del contador se sujete a lo establecido en los artículo 841 y siguientes es preciso que la autorización del testador se refiera al artículo 841, ya sea invocándolo numeralmente o bien refiriéndola al supuesto en él previsto, con sus propias palabras o con otras cualesquiera con sentido equivalente, aunque técnicamente sean impropias o incorrectas, o simplemente de significado distinto si por su sentido resulta indudable la intención del testador de conferir una autorización que encaje con el supuesto del artículo 841. Así

La determinación de la suma dineraria de la legítima se habrá de realizar necesariamente en un momento posterior a la muerte del causante (artículo 847 del CC) y corresponde concretarla al contador-partidor testamentario o al contador-partidor dativo si han sido nombrados, si no, a todos los coherederos. Pero si hay contadores, será necesario el acuerdo de los interesados con la liquidación que estos practiquen, contra la regla común que es dejar al margen a los herederos de la práctica de la partición. Con relación a este acuerdo de los coherederos, se precisa la aprobación del secretario judicial o del notario para dar valor a lo decidido por el contador-partidor.

En cuanto al precepto, cabe que el causante haya autorizado al contador-partidor testamentario o al dativo para efectuar la adjudicación a uno con la carga del pago en metálico. Es dudoso si el contador-partidor puede determinar quién entre los legitimarios es el adjudicatario o adjudicatarios de bienes y quién o quiénes deben percibir su legítima en metálico. Se ha dicho que su cometido es, simplemente, realizar el inventario, valorar y adjudicar los bienes y asignar el metálico a los sujetos que haya determinado el causante, con apoyo en la prohibición de hacer testamento por comisario (artículo 670 del CC) y en la prohibición de la delegación de la facultad de mejorar (artículo 830 del CC). Según esta explicación, la primera norma, pese a la excepción del artículo 671, no autorizaría la atribución de todos los bienes a uno solo de los llamados que elija el comisionado, aunque sea en calidad de compensar a los demás en dinero. La segunda norma también lo impediría, según esta misma opinión, porque en el artículo 841 habría una mejora cualitativa. Por tanto, es el causante quien debe designar a los adjudicatarios de los bienes y a los legitimarios que deben recibir su porción en dinero. A nuestro juicio, las razones no resultan plenamente convincentes, puesto que el pago en metálico es, en la concepción legal, una facultad de tipo particional y no un testamento por comisario ni una mejora. Ciertamente, lo más seguro será que el causante designe a los perceptores de los bienes, pero si no lo hace y le confía esa decisión al contador-partidor, parece de un rigor excesivo dejar sin efecto esta voluntad. Es más, en la historia de la elaboración del precepto hay un dato significativo: si bien en la propuesta de redacción del artículo 841 se exigía expresamente que el testador designara a los que percibirían los bienes, durante la tramitación parlamentaria dicho requisito se eliminó.

---

lo será en los casos en que el testador designe heredero universal a uno de los descendientes legitimarios o a varios, y legue a los demás legitimarios y mejorados la compensación que, para satisfacer sus respectivas legítimas, el instituido o los instituidos deban abonarles en metálico”.

En el caso de que la facultad de pago en metálico hubiera sido atribuida al contador-partidor, sea testamentario o dativo, las normas parecen dar a entender que el contador tampoco está propiamente obligado a ello, sino que tiene una simple facultad de hacer las adjudicaciones en metálico, pero puede también no hacerlas.

### **1.2.1.2.2. ¿Es necesaria la voluntad del causante si hay contador-partidor dativo?**

Parte de la doctrina ha sostenido que el artículo 841.2 del CC autorizaría al contador-partidor dativo a realizar el pago en metálico, aunque el causante no se lo hubiera concedido, es decir, que contaría con esa facultad por concesión de la ley.<sup>19</sup> No obstante, esta interpretación tiene un apoyo muy débil. En efecto, el párrafo segundo considera que el contador-partidor dativo se encuentra facultado para realizar el pago en metálico en el “mismo supuesto del párrafo anterior”, que exige la expresa orden del testador. Por eso parece necesaria esa voluntad expresa del causante, aunque sea del todo infrecuente en los casos en que procede el nombramiento de contador-partidor dativo. Otros autores consideran preciso que el secretario judicial, o el notario, autoricen al contador-partidor dativo para realizar las atribuciones en metálico a petición de los legitimados para solicitar su nombramiento. Se alega a favor de esta tesis que el artículo 80.2.b del Reglamento Hipotecario (RH) menciona la posibilidad de que exista un “documento público acreditativo de haberse conferido al contador-partidor dativo tal facultad”, frase que parecería permitir que la autorización al contador-partidor dativo no constara en el testamento. Sin embargo, una norma reglamentaria no puede prevalecer contra el tenor de la ley, sino más bien interpretarse de acuerdo con esta. Además, el RH no dice que el documento al que se refiere proviene de la autoridad competente y podría tratarse de un documento del propio causante, o de todos los hijos o descendientes a los que la conmutación pudiera afectar. En suma, el precepto reglamentario no autoriza que, al realizar el nombramiento, el secretario judicial o el notario puedan atribuir la facultad de pago en metálico de la legítima.

La historia de la tramitación de la reforma del CC de 1981 apoya esta interpretación. El párrafo segundo del artículo 841 se introdujo en el texto legal

---

19 En este sentido, parece que decide la SAP Ciudad Real, 29 de septiembre de 2003 (JUR 2004/48042), pues era imposible en su caso que el testamento, otorgado previamente a la entrada en vigor de los artículos 841-847 del CC en su actual versión, hubiera previsto el pago en metálico cuando antes no se reconocía esa facultad.

irregularmente, porque el texto de la norma ya había sido aprobado definitivamente con otro contenido y la modificación se añadió en la versión publicada (por una mano anónima), pero siguiendo el texto de una enmienda que no había sido aprobada y que se había justificado así:

El tenor del proyecto parece dejar abierta la posibilidad de que cuando el contador partidador sea dativo, pueda ejercer la facultad de pago en metálico sin existir autorización del testador a tal efecto. La redacción propuesta en esta enmienda cierra el camino a esta eventual interpretación, a la vez que elimina la distinción entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Por otro lado, no tiene sentido que el contador-partidor testamentario precise la expresa autorización del causante y que el dativo no. Los supuestos no son tan distintos como para merecer esta diversidad de tratamiento: a identidad de supuesto, debe corresponder una regulación similar; pero si cupiera distinguir, resultaría mucho más razonable entender implícita esta facultad en el contador testamentario, que cuenta con la confianza del testador que, en el dativo, ha sido nombrado sin su intervención.

Además, en el sistema del Código, la intangibilidad cualitativa de la legítima solo se excepciona cuando hay una expresa manifestación de voluntad del causante: así sucede en los artículos 808.3, 821, 829 y 1056.2. Quizá, alguien podría dudar de la conveniencia de la obligatoria percepción de las cuotas *in natura*; incluso cuando se trata de los herederos voluntarios, esta regla lleva a resultados tan absurdos como la del artículo 1062.2, en el que, en los casos de objetiva indivisibilidad de las cosas o desmerecimiento de su valor, no cabe obligar a un heredero a percibir su parte en metálico y que otro se quede con el bien indivisible, sino que cualquier heredero puede imponer la venta de la cosa en pública subasta. Estamos de acuerdo con que, en este caso límite, podría ser conveniente dotar al contador-partidor testamentario y al dativo de la facultad de obligar a los herederos a recibir dinero en lugar de bienes. Pero si se opinara así, sería necesario modificar esta norma; lo que no parecería justificado es destruir la coherencia del régimen del Código sobre la legítima, además con ocasión de unos preceptos que precisamente no están redactados pensando en las particularidades objetivas de los bienes, como hemos destacado al principio.

Debe tenerse en cuenta que no es contador-partidor dativo el nombrado en un procedimiento de división de herencia<sup>20</sup> ni tampoco el nombrado de mutuo

---

20 SAP Madrid, 16 de noviembre de 2004 (JUR 2005/46511), citada anteriormente.

acuerdo por los herederos.<sup>21</sup> Por tanto, estos otros contadores no están facultados para pagar en metálico salvo que los herederos lo autoricen expresamente.

### **1.2.1.3. Presupuesto objetivo**

Se ha planteado si resulta admisible que una parte de los bienes hereditarios se adjudique con la carga del pago en metálico y otra parte sin ella a los extraños, o incluso a unos legitimarios que se desentenderían del pago en metálico. La literalidad de la norma es clara en un sentido positivo: se pueden atribuir todos los bienes hereditarios o parte de ellos. Desde luego, es necesario, según el artículo 841 del CC, que el gravado con ese deber de pago en metálico sea un hijo o descendiente, por tanto, el extraño queda al margen de esa carga.

Cabe la duda de si quienes no estén gravados con la carga pueden ver revocadas sus atribuciones particionales por la aplicación del artículo 844.2 del CC en caso de impago de las legítimas conmutadas por metálico. A nuestro juicio, la partición no puede revisarse después, en cuanto se refiere a la porción de los herederos no gravados por el pago en metálico precisamente porque la hipótesis del precepto viene a ser una resolución por incumplimiento y el adjudicatario sin gravamen no habría incurrido en él. Por consiguiente, si en el futuro habría que hacer la partición del modo normal en aplicación del artículo 844.2, lo adjudicado sin el gravamen no entraría en la nueva partición.

## **1.2.2. La práctica de la conmutación**

### **1.2.2.1. Comunicación de la opción de pago en metálico a los legitimarios**

La decisión de realizar el pago en metálico por parte de los descendientes facultados para ello no producirá efectos si no se comunica a los perceptores de metálico en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión (artículo 844 del CC); se trata de un plazo de caducidad.

Es probable que el relativamente breve plazo legal esté justificado porque en las herencias destinadas a familiares próximos no es probable que pase mucho tiempo sin conocer el fallecimiento del causante y sin aceptar la herencia. Quizá sea mucho más difícil realizar en plazo la comunicación si la facultad se ha conferido al contador-partidor, sobre todo al dativo, pues su nombramiento puede dilatarse más allá de un año tras la sucesión.

---

21 Pese a que la SAP Ciudad Real, 29 de septiembre de 2003 (JUR 2004/48042), citada anteriormente, dice lo contrario.

La comunicación se ha dicho que debe realizarla cada heredero y no el contador-partidor facultado para realizar el pago en metálico,<sup>22</sup> lo cual parece bastante discutible. A nuestro juicio, sería razonable pensar que la decisión de realizar una partición con pago en metálico podría hacerla el contador-partidor, y que los obligados a pagar en metálico podrían oponerse a ello según el artículo 842 del CC. Asimismo, dicha comunicación habrá de ser individual, expresa (no bastaría que el adjudicatario de los bienes se comportara como heredero único) y es conveniente que se realice de modo fehaciente.

Hay quien opina que los hijos adjudicatarios deberán presentar en ese mismo tiempo la propuesta de liquidación de la herencia con las sumas que deben abonarse, realizada con el consentimiento de todos ellos o, en su defecto, aprobada por el secretario judicial o el notario. Creemos que, a falta de una exigencia legal, la propuesta y aprobación puede realizarse perfectamente después de la comunicación a los legitimarios, siempre que el pago no se retrase más allá del plazo legalmente previsto para realizarlo.

## **1.2.2.2. Las operaciones particionales**

### **1.2.2.2.1. Respeto a la voluntad del causante**

Según el artículo 846 del CC, el pago en metálico no “afectará a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas”. Cabe pensar que la norma se refiere a la existencia de diferentes previsiones particionales hechas por el testador que pueden referirse a los legitimarios que deban percibir su porción en metálico, a los atributarios de los bienes y a los extraños. En cuanto a las primeras, habría que asegurar el respeto a la voluntad del testador por encima de todo, evitando que el adjudicatario o el contador-partidor puedan aprovechar la opción de pago en metálico para no tenerlas en cuenta, porque si el testador había previsto la atribución de un determinado bien a un legitimario aparte de lo que podría recibir en metálico como pago del resto de su cuota, deberá respetarse dicha voluntad. Con relación al segundo tipo de previsiones particionales, como se hicieron por el causante contando con que el pago en metálico iba a realizarse, si luego ello no es así y estas no dejan bienes suficientes para satisfacer la porción hereditaria de los otros legitimarios, habrá que dejarlas de lado al menos parcialmente. Puede suceder, no obstante, que se lleven a cabo: por ejemplo, si el contador-partidor decidió respetar esa

---

22 Incidentalmente así lo afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de octubre de 2012 (RJ 2012/10413), citada anteriormente.



adjudicación satisfaciendo en metálico la porción de los demás aplicando el artículo 1062 y sin que los perceptores de metálico solicitaran oportunamente que se vendiera en pública subasta.<sup>23</sup> Finalmente, en cuanto a las previsiones particionales realizadas para rellenar la cuota de los extraños, habrá que puntualizar que el respeto absoluto a estas preconizado por la norma del artículo 846 tendrá siempre el límite de las legítimas.

#### 1.2.2.2. Valoración

El artículo 847 del CC se ocupa de determinar el momento en que es necesario valorar los bienes de la herencia para calcular la cantidad que se debe a los legitimarios perceptores de metálico “al tiempo de liquidarles la porción”. La norma obedece a que el pago en dinero puede realizarse bastante tiempo después de la muerte del causante y, en ese período, cabe que varíe el valor de los bienes o el de la moneda. Por tanto, la cantidad que debe percibir el legitimario debe ser considerada como deuda de valor y no de dinero. Evidentemente, este criterio se aplicará a los casos en que el aumento o la disminución del valor sea por obra del tiempo o de la naturaleza, pero no cuando obedezca a las mejoras realizadas por el adjudicatario del bien. A este respecto, resulta ilustrativo el criterio de valoración a efectos de la colación de las donaciones que se encuentra expresado en el artículo 1045.

La solución legal acredita que aunque el causante haya adjudicado los bienes hereditarios a un legitimario, la comunidad hereditaria existente entre todos ellos continúa hasta que se materialice la partición y las adjudicaciones.

Como la atribución de la opción prevista por los artículos 841-847 del CC no supone un verdadero acto dispositivo del causante, la situación de comunidad persiste, aunque ciertos legitimarios tengan la facultad de satisfacer en metálico los derechos de los demás legitimarios. Se trata de una forma especial del pago de la legítima y es lógico que se realice con arreglo al valor de los bienes al ser distribuidos.

---

23 Por ejemplo, en el caso de la SAP Valencia, 23 de enero de 2009 (AC 2009/658), en el que una de las partes mantenía una postura claramente obstaculizadora al mantener simultáneamente la petición de venta en pública subasta y la adjudicación en proindiviso. Bastaba, por tanto, que la SAP hubiera respondido que si esa parte no pretendía la adjudicación del inmueble, sino la venta en pública subasta, “y estando conformes los mismos con las cuotas hereditarias y con el valor de la vivienda manifestados por el contador partidior en su cuaderno particional, el resultado para los apelantes sería el mismo, esto es, recibir en metálico la proporción que les corresponde sobre el valor de la vivienda”, y que esto se vendiera en pública subasta o se adjudicara con la carga de pago en metálico, como se hizo respetando la voluntad del testador.

### 1.2.2.3. El abono de frutos, rentas e intereses

Para realizar la liquidación, se han de tener en cuenta “los frutos y rentas hasta entonces producidas”. A partir de ese instante, es decir, desde la liquidación, “el crédito metálico devengará el interés legal”, lo cual es una solución que no concuerda bien con el criterio valorista de la primera parte del precepto y que ha merecido alguna crítica. No obstante, puede considerarse correcta la solución para facilitar el cálculo de la suma que finalmente debe pagarse. Se debe hacer notar que, frente a lo que a veces se dice, esta previsión no acerca la posición del legitimario a la de un acreedor: no procede el pago de intereses legales cuando el deudor paga dentro del plazo que tiene para ello, porque en nuestro Código los intereses legales son de tipo moratorio. En cambio, en esta hipótesis sí que se generan intereses pese a que no exista mora.

### 1.2.2.3. La aprobación de las operaciones particionales

Según el artículo 843 del CC: “Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación por el Secretario judicial o Notario”. La norma establece una de las más importantes particularidades de este supuesto de pago en metálico de la legítima frente a lo que resulta requerido en los demás casos previstos por el legislador (artículos 821, 829 y 1056.2 del CC). En este precepto, se requiere que la partición sea confirmada expresamente por todos los hijos o descendientes o, en su defecto de esa declaración de voluntad de los interesados, que sea aprobada por el secretario judicial o el notario. El sentido de esta intervención de los interesados es garantizar que la liquidación y el cálculo de las cantidades que deban pagarse sean correctos,<sup>24</sup> como también las concretas atribuciones de bienes que puedan haberse realizado. La necesidad de consentimiento unánime hace que la posición de los perceptores de metálico sea muy fuerte y pueda bloquear un tanto la operatividad de esta previsión,<sup>25</sup> pero su

24 Pues se trata de salvaguardar la integridad cuantitativa de la legítima: Sentencia del Tribunal Supremo, 22 de octubre de 2012 (RJ 2012/10413). Lo que no es posible para esos interesados, evidentemente, es rechazar la decisión de conmutar que ha conferido el causante: así, SAP Valencia, 23 de enero de 2009 (AC 2009/658).

25 Ver, por ejemplo, el caso Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8364); o el de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 29 de diciembre de 2014 (RJ 2015/154): “No puede entenderse que el consentimiento de los legitimarios, o la subsidiaria aprobación judicial, sean innecesarios porque aquellos hayan rechazado el inventario, la valoración de los bienes y el cálculo de la cuantía de su legítima. En contra de lo que pretende el recurrente, una cosa es renunciar a la herencia o al legado y otra muy distinta rechazar las concretas operaciones

exigencia es razonable y coherente con la naturaleza hereditaria de la legítima en nuestro sistema.

El modo en que debe producirse la intervención del secretario judicial o del notario y los criterios que estos deberían tener en cuenta al realizar su cometido, así como los efectos de la oposición de los interesados, no se encuentran desarrollados por el CC y tampoco por la ley de jurisdicción voluntaria. Debe tenerse en cuenta que esta última establece unas normas de tramitación que deben aplicarse “a todos los expedientes de jurisdicción voluntaria en lo que no se opongan a las normas que específicamente regulen las actuaciones de que se trate”,<sup>26</sup> al menos a los “que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales”.<sup>27</sup> Ello nos llevaría a la necesidad de aplicar las reglas de los artículos siguientes, entre las que hay un principio que querríamos destacar: en el Preámbulo X, se dice que “salvo que la ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto”, lo cual resulta concretado normativamente en el artículo 17.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV). Este criterio conduce a resultados discutibles: debe tenerse en cuenta que la intervención de los interesados en la partición, que se concreta en que deban consentirla o en que deba ser aprobada por el secretario judicial o el notario, tiene por fin garantizar que la liquidación de la legítima sea correcta, es decir, salvaguardar la integridad cuantitativa de su legítima. En la hipótesis de la norma, la partición se habrá realizado por una de las partes interesadas, pero la oposición de los demás legitimarios revela la existencia de un conflicto entre ellos. La aprobación por el Secretario judicial o el Notario solamente es adecuada si actúa en un caso como medio de evitar el bloqueo de la partición por la pasividad de uno de los legitimarios, pero no valdría como mecanismo de resolución de un conflicto, porque la jurisdicción voluntaria existe para la tutela de derechos e intereses en materia de derecho civil en los que no exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso.<sup>28</sup>

A nuestro juicio, sería bueno recordar aquí lo previsto por el artículo 787.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) para el caso del procedimiento judicial de división de la herencia, que exige, ante la oposición de un heredero al

---

particionales. Y ante la falta de acuerdo entre los interesados no caben otros recursos que los legalmente previstos”.

26 Cfr. artículo 13 de la LJV.

27 Cfr. artículo 1.1 de la LJV.

28 Cfr. artículo 1.2 de la LJV.

proyecto de partición, que el tribunal oiga a las partes y admita “las pruebas que propongan y que no sean impertinentes o inútiles, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal” hasta que se dicte sentencia. Por tanto, si existe oposición de los interesados a la partición proyectada, resulta razonable que el responsable del expediente deniegue su aprobación y las partes puedan dirimir sus diferencias en un procedimiento judicial. Que esto es razonable lo confirma el artículo 787.2 de la LEC, que solamente permite al secretario judicial aprobar la partición judicial en ausencia de oposición de cualquier interesado. Este debería ser el criterio en un supuesto como el nuestro, en el que la partición ha podido ser realizada por algunos de los interesados en claro conflicto de intereses con los demás.

Doctrinalmente se ha considerado que el contador-partidor testamentario podría realizar la partición sin necesidad de aprobación del secretario judicial o del notario ni de los herederos, puesto que el sentido de esa figura es evitar los conflictos que puedan surgir entre los hijos o descendientes, y si se exigiera el consentimiento de los hijos o aprobación del secretario judicial o el notario, se estaría quitando virtualidad al nombramiento de contador-partidor. En coherencia con ello, se ha estimado también que el artículo 80.2 del RH sería de difícil conciliación con ese criterio, pues viene a exigir para la inscripción de la partición en el Registro de la Propiedad el documento acreditativo del acuerdo. Contra esta opinión pensamos que la partición realizada por el contador-partidor no resulta dispensada de la aprobación por los legitimarios o, en su defecto, por el secretario judicial o el notario, pese a lo que pueda deducirse de la finalidad general que tiene el nombramiento de un contador-partidor: la norma del artículo 843 del CC es bastante clara, no establece excepciones de ningún tipo y estaría justificada por la defensa de las legítimas. Bajo esta interpretación, la norma del RH sería perfectamente legal.

La aprobación de la partición por los legitimarios o, en su defecto, por el secretario judicial o el notario explica que cuando en la herencia intervenga un extraño –el cual, por definición, no está gravado por el pago en metálico–, la partición de los bienes en cuanto a él le afecta no podrá ser posteriormente revisada si el pago en metálico de la porción de los legitimarios no tiene lugar.

#### **1.2.2.4. Pago y garantía**

El pago de la legítima en metálico deberá hacerse en el plazo de un año desde el momento de la comunicación a sus perceptores, salvo pacto en contrario (artí-

culo 844 del CC). Por tanto, si la comunicación se hubiera hecho el último día de su plazo, el pago deberá efectuarse antes de los dos años contados desde la apertura de la sucesión. Si se entabla un procedimiento judicial ordinario sobre la procedencia del pago en metálico o de las cantidades calculadas, el plazo de un año relativo al pago solamente comenzará a contar desde la firmeza de la sentencia que determine la cantidad a pagar.<sup>29</sup>

El pacto en contrario al que se refiere la norma es el concluido por el conjunto de los legitimarios, es decir, por el adjudicatario y los perceptores de metálico. Parece razonable pensar que dicho pacto podría establecer plazos diferentes de pago para cada uno de ellos y que su contenido podría alargar o acortar el plazo legalmente previsto. Se ha dicho que el plazo es indisponible para el causante, pero ello no resulta excesivamente claro. Es obvio que un alargamiento de los plazos supondría establecer un gravamen sobre la legítima que debe considerarse prohibido por el artículo 813 del CC; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actual artículo 1056.2 del CC prevé la posibilidad, para su peculiar hipótesis, de que el plazo se amplíe hasta los cinco años. Por tanto, si alguno de los bienes de la herencia fuera una explotación económica, cabe pensar en que la ampliación del plazo es perfectamente factible por identidad de *ratio*. Por el contrario, la reducción del plazo por el causante es perfectamente posible puesto que no afecta a la consistencia del derecho de los legitimarios.

Corresponderán al perceptor de la legítima en dinero las garantías propias del legatario de cantidad (artículo 844 del CC), es decir, la anotación preventiva de su valor prevista por el artículo 48 de la Ley Hipotecaria (LH).<sup>30</sup> Se trata de una anotación preventiva que legalmente debe solicitarse dentro de los ciento ochenta días siguientes a la muerte del causante y que se practica sobre cualquier bien inmueble de la herencia, siempre que no haya sido legado específicamente a otra persona (esta última previsión se adapta bien a lo dispuesto en el artículo 845 del CC). Correlativamente, en este mismo plazo de ciento ochenta días el heredero no puede obtener la inscripción a su favor de los bienes de la herencia, más que si los legatarios renunciaran a su derecho de anotación.<sup>31</sup> De esa manera, se elimina

---

29 Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8364).

30 La Sentencia del Tribunal Supremo, 18 de julio de 2012 (RJ 2012/8364), dijo que “la ley permite cambiar la cualidad con que el legitimario va a participar en la sucesión y por ello autoriza este legado de crédito”. Pero la afirmación sobre la naturaleza del derecho del legitimario es discutible, porque en el supuesto previsto por estos preceptos, si no se realizara el pago dentro del plazo legalmente establecido, el legitimario perjudicado puede pedir la partición normal, facultad que no tiene, en cambio, un legatario de dinero o de un crédito.

31 Cfr. artículo 49 de la LH.

el peligro de que puedan aparecer terceros adquirentes que traigan causa del heredero y que pretendan estar protegidos en su adquisición por la publicidad del Registro, con el consiguiente menoscabo del derecho de los legitimarios.

A la hora de aplicar el precepto al supuesto de pago en metálico, resulta que el plazo para solicitar la anotación puede ser insuficiente: es posible que, transcurridos los ciento ochenta días previstos, el heredero adjudicatario de los bienes ni siquiera se haya pronunciado acerca de su voluntad de optar por el pago en metálico. Además, los preceptos registrales están pensados en un legado de una suma determinada en el testamento, cuya adaptación al caso de los artículos 841-847 del CC es difícil porque en este supuesto la suma solo se determina en el momento de la liquidación. Por esta razón, se ha propuesto la razonable interpretación de que el plazo de ciento ochenta días comience a correr desde el momento en que se notifique la liquidación a los perceptores de metálico.

Otra garantía para el legitimario, acaso la más universal, es la posibilidad de oponerse a la práctica de la partición, prevista para los acreedores en el artículo 1082 del CC, la cual no requiere la presencia de bienes inmuebles en la herencia, a diferencia de la anotación preventiva.

También podrían ser solicitadas como garantías las medidas cautelares de los artículos 721 y subsiguientes de la LEC, y se ha apuntado la posibilidad de aplicar la fianza contemplada en el artículo 800 de la CC para que el instituido pueda entrar en posesión de los bienes que se le dejan bajo condición suspensiva o resolutoria potestativa negativa. En nuestro caso, efectivamente, el pago se configura como el mecanismo que consolida la partición y ello autorizaría a pedir fianza al heredero que quiere entrar en posesión de los bienes adjudicados, pues el pago se configura en la ley como un evento de tipo suspensivo o resolutorio. Cabe que el instituido no quiera dar fianza, y a ello no se lo podrá obligar. En ese caso, habrá que aplicar el sistema de garantía del artículo 801 de la CC: la puesta de la herencia en administración hasta la fecha en que la condición se cumpla, es decir, hasta el momento del pago. A partir de ese momento (*existente condicione*), el atributario de los bienes los adquirirá con carácter puro.

### **1.2.3. Resolución de la partición y caducidad de la facultad de pago en metálico**

Transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad de pago y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición. Esta regla implica que la adjudicación de bienes hecha a uno o a varios de los legitimarios, conforme los artículos 841-

847 del CC, está sometida a la condición –bien suspensiva, bien resolutoria– de que se efectúe realmente el pago de las cuotas legitimarias pagaderas en dinero. Ello explica que, en caso de impago, se proceda a repartir la herencia “según las disposiciones sobre la partición”. Naturalmente, dicha condición deberá consignarse en la escritura de partición y habrá de reflejarse en la eventual inscripción que se practique en el Registro de la Propiedad. Así, la legítima pagadera en dinero se encontrará perfectamente garantizada. Por eso, el artículo 80.2 del RH exige para inscribir la partición realizada con base en estos artículos la expresa referencia o mención al artículo 844 del CC. Cabe pensar que ello impide la aparición de terceros adquirentes protegidos por la fe pública registral, pues el carácter claudicante de la adjudicación constaría expresamente en el Registro.

Para evitar que el legitimario perceptor del metálico obstaculice el pago y provoque la ineficacia de la partición, bastaría el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la suma debida.

A nuestro juicio, la resolución de la partición por el transcurso del plazo no es automática, sino que debe instarla el legitimario insatisfecho que también podría exigir el pago del metálico. Eso es lo que explica que el legislador haya previsto para el perceptor de metálico las garantías de los legatarios de cantidad. Nada impide que esta facultad de opción del legitimario insatisfecho, en caso de pluralidad de perceptores de metálico, lleve a que cada uno de los afectados opte por un sistema diferente de satisfacción de su cuota hereditaria.

Se ha planteado si cabe la sustitución del adjudicatario que renuncie o no cumpla su obligación de pagar en metálico por otro adjudicatario que se subrogase en la misma carga y condición. Evidentemente, el problema sería que se dilatará la realización de la partición, porque ello afectaría directamente el derecho de los legitimarios. Por eso, únicamente cabría semejante sustitución si el causante la hubiera previsto o la realizara el contador-partidor, siempre que los plazos para el pago de las legítimas no se alargaran más allá de los previstos por las normas.

## **2. Pago en metálico de la legítima de los ascendientes**

También en este caso la percepción con bienes pertenecientes al causante es un rasgo de la legítima que tiene carácter natural, por tanto, el contador-partidor testamentario carece de la facultad de satisfacer en metálico las porciones de los interesados. También en este caso varios preceptos del Código demuestran que la percepción *in natura* no es imperativa, aunque los supuestos en que es posible la percepción de metálico extrahereditario son menos numerosos que

en el caso de la legítima de los descendientes; por ejemplo, no cabe aplicar aquí el artículo 829 del CC porque no hay mejora de los ascendientes, ni tampoco los artículos 841-847 CC que aluden solamente a los descendientes, aunque algunos autores propugnan que este último mecanismo podría aplicarse a los ascendientes. Quizá, la decisión legal de no permitir el pago en metálico de la legítima de los ascendientes esté justificada por el hecho de que los retrasos en la percepción de la legítima que impone este sistema son especialmente inconvenientes en el supuesto de los ascendientes, normalmente de edad avanzada.

Sin duda, resulta posible legar a un extraño una “finca que no admita cómoda división” (artículo 821 del CC), incluso cuando invada la parte de legítima del ascendiente, quedando a cargo del legatario el pago en metálico de la legítima lesionada.

Tampoco cabe duda de que el causante puede distribuir sus bienes entre los ascendientes mediante actos *inter vivos*, aunque la propia hipótesis de que los ascendientes hereden a los descendientes se presta poco a este tipo de previsiones, como evento improbable que es. Pero, en su caso, podría así asegurarse que, vía colación, el donatario deba, y no solo pueda, compensar en metálico a los demás legitimarios si no existen otros bienes en la herencia.<sup>32</sup> En este caso, es preciso que el causante deje clara su voluntad –que deberá expresarse como una carga de la donación misma– de que el donatario colacione para evitar que la repudiación de la herencia por el donatario eluda la colación. Otra posibilidad de distribución de los bienes entre los ascendientes es que el causante, mediante una partición realizada por él, se asegure el necesario respeto a su voluntad (artículo 1056.1 del CC).

Resulta controvertido en la doctrina si la adjudicación del artículo 1056.2 del CC puede hacerse solo a uno de los ascendientes o incluso a un extraño, quedando obligado a satisfacer en metálico la legítima de los demás.

### **3. La conmutación del usufructo viudal**

#### **3.1. Facultad de conmutar de los herederos**

El CC español concede al cónyuge viudo una legítima en usufructo cuya cuantía varía en función de que las personas con las que concurre en la sucesión sean descendientes o ascendientes del causante o no lo sean.<sup>33</sup>

Pero al igual que sucede con las demás legítimas, existen mecanismos para evi-

32 Cfr. artículos 1045, 1047 y 1048 del CC.

33 Cfr. artículos 834-838 del CC.



tar que el cónyuge viudo perciba sus derechos precisamente en usufructo. Se trata así de flexibilizar las reglas imperativas por tenerse en cuenta que, en algunos casos, la dinámica del usufructo puede ser conflictiva. Así, el artículo 839 del CC reconoce a los herederos<sup>34</sup> –pero no al propio cónyuge viudo– la facultad de conmutar el usufructo viudal sustituyéndolo por “una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo”. Es decir, se propicia legalmente una solución que puede facilitar la circulación y la gestión de los bienes, evitando la incómoda situación que el usufructo generaría especialmente en los casos en que el usufructuario y el nudo propietario no tengan buenas relaciones entre sí. En cambio, parece acertado decir que no existe la facultad de conmutar el usufructo universal o, en general, el que exceda del concedido imperativamente por la ley,<sup>35</sup> salvo que esa posibilidad haya sido prevista y concedida por el testador.

Los legitimados para tomar la iniciativa de conmutar son los herederos de cualquier clase, e incluso se ha afirmado que también los legatarios, siempre que estén afectados por el usufructo legal del viudo y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como sobre el de libre disposición. Pero como son legitimados solamente los afectados por el usufructo viudal, no está permitida la facultad de elección al propio cónyuge viudo.<sup>36</sup> Según la jurisprudencia,

---

34 Y resulta también que es una facultad transmisible a los herederos del legitimado cuando fallece “sin haberlo ejercitado ni renunciado”, quedando así subrogados “en el mismo derecho de sustitución que éste hubiera podido ejercitar si viviera”, Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de abril de 1956 (RJ 1956\1930).

35 Así lo sostiene la SAP Cantabria, 25 de septiembre de 2003 (AC 2003\1949): “Si la conmutación que regula el artículo 839 CC es la concreción en otros bienes del usufructo en que consiste la legítima del cónyuge viudo, resulta obvio que tal concreción no es posible respecto del usufructo que no constituye la legítima del cónyuge viudo. En consecuencia, si por la extensión del usufructo se ha rebasado los márgenes propios de la legítima viudal que señalan, según los casos, los artículos 834, 837 y 838 CC, no es posible el ejercicio de esa facultad de conmutación”.

36 Sentencia del Tribunal Supremo, 25 de octubre de 2000 (RJ 2000\8549): “La facultad de elegir una de estas formas expresadas en el artículo 839 corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testados o abintestato, o, incluso, legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, ya sean descendientes, ascendientes o colaterales del causante o, incluso, extraños al mismo, y tanto si dicha cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como en el de libre disposición, y desde esta óptica, en consonancia a que la mención de ‘herederos’ se refiere sólo a los ‘afectados’ por el usufructo de la viuda, a quienes compete la posibilidad de elegir entre las distintas opciones establecidas en el artículo 839, al tratarse de una carga sobre su porción hereditaria, es preciso entender que a ellos exclusivamente les está permitida la facultad de elección, que no se facilita a la recurrente, dado que ella es la beneficiaria de la cuota viudal usufructuaria, con independencia de la institución de heredera universal verificada por el causante en su testamento, todo ello en consonancia con el texto de artículo 839, que sólo permite la elección a los ‘herederos que tienen que satisfacer al cónyuge su parte de usufructo’, en donde no encaja la figura de doña Carmen Amalia R. V. M., quien, aun siendo heredera, tiene que recibir, pero no dar”. También SAP Cuenca, 26 de abril de 2006 (JUR 2006\159042).

la decisión de los afectados debe ser unánime, lo que parece correcto, aunque pudiera terminar por imponer una situación conflictiva.<sup>37</sup>

El contador-partidor tampoco tiene la facultad de conmutar,<sup>38</sup> si acaso podría proponer la conmutación y recabar para ella el consentimiento de los afectados.

Una vez que los interesados deciden la conmutación y la manera de hacerla, deberán contar también con el acuerdo del cónyuge o, en su defecto, con la aprobación judicial.<sup>39</sup> Es necesario el acuerdo con el cónyuge porque la valoración del patrimonio es una cuestión delicada que afecta al contenido de su propio derecho, lo cual no deben decidir en solitario los demás interesados, y porque una vez realizada la conmutación los bienes de la herencia dejan de estar afectos al usufructo que corresponde al cónyuge (artículo 839.2 del CC). Por ese motivo, para obtener el consentimiento del cónyuge, resultará normal que se le ofrezca algún tipo de garantía alternativa.<sup>40</sup>

¿Qué criterio debe tomar en consideración el juez a la hora de aprobar la conmutación? Hay sobre ello algunas valiosas aportaciones de la jurisprudencia-

---

37 Sentencia del Tribunal Supremo, 30 de junio de 2006 (RJ 2006\3978): “El 839 prevé la conmutación del mismo por acuerdo unánime con todos sus herederos, pudiendo satisfacerse asignándole una renta vitalicia”. También SAP Murcia, 4 de febrero de 2006 (JUR 2006\68577).

38 Aunque en la Sentencia del Tribunal Supremo, 8 de junio de 2011 (RJ 2011\4400), se rechazó la validez de la conmutación con argumentos muy genéricos e imprecisos: “Por infringir claramente lo dispuesto en el artículo 839 del Código Civil, que determina las formas en que los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte en el usufructo, sin que lógicamente se puedan atribuir para ello bienes en propiedad sin el consentimiento expreso de todos los herederos”. Ver también, en el sentido del texto, SSAP Lugo, 27 de junio de 2007 (JUR 2007\309980); y Cantabria, 25 de septiembre de 2003 (AC 2003\1949); así como la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 17 de mayo de 2002 (RJ 2002\8574), referida a un usufructo universal legado al cónyuge que pretendía sustituirse por bienes en plena propiedad: “Esa alteración sólo puede ser ya el resultado de un acuerdo entre el legatario y los herederos, sin que en tal negocio pueda prescindirse de la intervención de éstos por la actuación del albacea (artículos 902 y 1259 del Código Civil)”; y 30 de septiembre de 2013 (RJ 2013\7706), en que la afirmación se realizó sin directa relación con el caso.

39 Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de julio de 2009 (RJ 2009\4465); y 4 de octubre de 2001 (RJ 2001\7542). Dijo esta última: “Consenso no sólo de herederos sino también con la participación del propio cónyuge viudo como titular de su cuota, en este caso, según lo dispuesto en el artículo 838 ascendente a los dos tercios de la herencia, cuando no exista ese mutuo acuerdo dicha satisfacción se adoptará en virtud del mandato judicial”. Para la SAP Madrid, 30 de septiembre de 2019 (JUR 2019\309119): “Al cónyuge viudo no le corresponde la iniciativa de la conmutación de su usufructo, ni tan siquiera puede oponerse a la realizada por los herederos (con el acuerdo unánime de los mismos), sino que su intervención se circunscribe a la fase de valoración de su derecho y concreción de los bienes afectos a su satisfacción, pues respecto de estos actos sí que es preciso su acuerdo, y en el supuesto de no haberlo, corresponderá decidir al Juez”.

40 Lo que vemos en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 (RJ 2019\1360), en que los hijos y herederos del causante, por un lado, y la viuda de este, por otro, convinieron como transacción aprobada judicialmente la conmutación de la cuota legal usufructuaria de esta por el pago de una renta vitalicia.

cia. Así, se ha dicho que en la valoración de los bienes de la herencia no sirven los valores fiscales,<sup>41</sup> sino que deben aportarse los reales. En cambio, para estimar el valor del usufructo sí sirven las reglas fiscales, que lo calculan a partir de la edad del viudo a falta de otro mejor criterio.<sup>42</sup>

Sobre la valoración de los bienes de la herencia y del usufructo, los tribunales han hecho dos precisiones más que entendemos acertadas: “El patrimonio relicto ha de valorarse a los precios y cotizaciones del momento mismo de la conmutación, y no a los de la apertura de la sucesión”;<sup>43</sup> y “se estima más equitativo el fijar la edad del usufructuario, a estos efectos, al momento del fallecimiento del causante”, pues en caso de apreciar la edad en el momento en que se va a conmutar se dejaría a los herederos la posibilidad de retrasar la decisión y disminuir el importe de lo que deben satisfacer al viudo.<sup>44</sup>

En cuanto al tiempo en que los interesados pueden optar por la conmutación, la SAP Asturias, 25 de mayo de 2004 (JUR 2004\185542), siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo, 28 marzo 1924, y con argumentos que se deben compartir, entendió que

sólo puede tener efecto con anterioridad a la formalización de la partición [...] toda vez que, de subsistir esa facultad en los herederos hasta después de practicada legalmente la partición, la adjudicación nunca tendría carácter definitivo ni el viudo adquiriría jamás la exclusiva propiedad de lo que se le adjudicara en pago, supuesto inadmisibles dado el carácter de generalidad del precepto contenido en el artículo 1068.<sup>45</sup>

---

41 SAP Las Palmas, 8 de mayo de 1996 (AC 1996\933): “No es de aplicación la legislación fiscal a la fijación civil del valor de la finca y del usufructo que lo grava en un tercio, ya que esta reglamentación trata únicamente de establecer las bases impositivas de los impuestos de radicación y de sucesiones, pero carecen de efectos jurídico-civiles, respecto a los cuales son un simple elemento más de determinación, que ha de ser completado con pericias, ya que no siempre el valor fiscal coincide con el valor real del mercado del bien, en el tráfico económico y jurídico”.

42 Sentencia del Tribunal Supremo, 13 de abril de 1956 (RJ 1956\1930): “Si bien las normas administrativas no sirven en principio para gobernar las relaciones civiles, se utilizan frecuentemente como normas complementarias del derecho privado, y otras veces marcan una orientación que llena lagunas de la legislación común, cual acontece con el Reglamento de Derechos Reales en punto a la capitalización del usufructo, sobre todo mientras no se ofrezca al juzgador –como no se ofrece por el recurrente– otro criterio o procedimiento de valoración más justo y más adecuado a la situación creada en el proceso”.

43 SAP Murcia, 4 de febrero de 2006 (JUR 2006\68577).

44 SAP Lugo, 2 de marzo de 2006 (JUR 2006\172229).

45 Añadió que “En esta misma línea se ha orientado la mayoría de la doctrina [...] aludiendo a la necesaria estabilidad de las adjudicaciones y de la situación del viudo, e incluso a la dicción del párrafo segundo del citado artículo 839 (‘mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge’), que parece incompatible con el posible

Evidentemente, una vez conmutada la legítima, no cabe revisar la cuantía de la renta vitalicia otorgada a la viuda o al viudo por el hecho de haberse venido a menos los negocios pertenecientes a la herencia; en definitiva, no cabe revisar por los herederos la opción de conmutación que tomaron al atribuirle a la viuda o viudo una renta vitalicia en lugar de los productos de determinados bienes, como podrían haber hecho.<sup>46</sup>

Se ha planteado la duda de si el testador puede imponer la conmutación, incluso determinar los bienes que se le deben atribuir al viudo, o establecer una conmutación por bienes o conceptos diferentes a los previstos en la norma. Desde el punto de vista del cónyuge viudo, si se ha respetado la cuantía establecida por las normas imperativas –lo que siempre podrá discutir judicialmente–, no debe ser un problema para ello, pues el testador cuenta siempre con la posibilidad de señalar los bienes sobre los que va a recaer el usufructo. Y parece que si los herederos pueden imponer la conmutación, de igual modo podrá imponerla el testador que sea consciente de los conflictos que el usufructo podría generar. Desde la perspectiva de los herederos que no sean legitimarios, tampoco existirán dificultades de derecho imperativo; y si los herederos son legitimarios, la conmutación impuesta por el testador tendrá el límite de sus legítimas; por tanto, lo atribuido al viudo deberá percibirlo con cargo a la parte libre. Una cosa es que los legitimarios puedan conmutar sacrificando parte de los bienes que perciben como legítima y otra es que eso pueda imponerlo el testador.

---

ejercicio tardío de esta opción, cuando la herencia ya ha sido partida. Es cierto que un sector minoritario ha defendido la tesis contraria [...] y que actualmente, la sentencia de 25 de octubre de 2000 parece optar por la tesis contraria, al indicar que el artículo 839 ‘no impone esta cortapisa temporal’. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta apreciación, más que por razones de fondo, que al menos no se consignan en dicha resolución, parece venir motivada por la consideración que en la misma se hace a continuación de que la partición se había hecho sin la concurrencia del heredero y por ello sólo pudo ejercitar dicha facultad una vez conocida la virtualidad de aquélla”. Nos hemos referido anteriormente a la Sentencia del Tribunal Supremo, 25 de octubre de 2000 (RJ 2000\8549), y, en lo que se refiere a este punto, resulta confusa, pero cabe destacar que la intervención del heredero en la partición no resultaba necesaria por tratarse de una partición realizada por contador-partidor. La pregunta, entonces, queda todavía en el aire y sin responder: si en el caso de que la partición se realice por contador-partidor, los herederos, a la vista del resultado de esta, pueden o no ejercitar la facultad de conmutar.

- 46 Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 (RJ 2019\1360): “Las partes pudieron establecer el derecho de la viuda a un porcentaje de los beneficios de la empresa, lo que le hubiera hecho partícipe en el riesgo de la explotación empresarial. Al no hacerlo así, y fijar el derecho a una renta vitalicia, actualizable con el i.p.c., los herederos asumieron el riesgo propio de la explotación empresarial y del mercado inmobiliario”. Porque, como con acierto añade la sentencia, el hecho de “que, como consecuencia de los años de crisis inmobiliaria, la empresa viera reducidos sus beneficios y que el valor de la sociedad disminuyera, no comporta que tal riesgo empresarial deba ser compartido por la viuda, de la misma manera que un incremento en los beneficios empresariales no le daría derecho a exigir un aumento de la cuantía de su renta”.

### **3.2. Facultad de conmutar del cónyuge viudo**

Según el artículo 840 del CC: “Cuando el cónyuge viudo concorra con hijos sólo del causante, podrá exigir que su derecho de usufructo le sea satisfecho, a elección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes”.

En el precepto se modifican algunos aspectos de la conmutación en este supuesto específico: por un lado, la decisión de conmutar corresponde al cónyuge, aunque cabe pensar que, cuando no ejercite esta facultad, los herederos que sean hijos solo del causante también podrán ejercitar la posibilidad de conmutar, en aplicación del artículo 839 del CC.<sup>47</sup> En los supuestos en que existan otros herederos, además de los previstos en esta norma, cabe pensar que la facultad de conmutar se ejercería de modo independiente, y de acuerdo con su régimen propio, para cada uno de los grupos de herederos gravados por el usufructo.

Por otro lado, en el caso del artículo 840 del CC, las modalidades de conmutación previstas legalmente son dos y no tres: la entrega de un capital en dinero o de un lote de bienes. Los hijos pueden elegir entre ellas de común acuerdo y cabe pensar que, al igual que sucede en el caso del artículo 839 del CC, el cónyuge viudo debe aprobar la liquidación o, en su defecto, tendrá que decidir la autoridad judicial.

Naturalmente, según la afección real de la que habla la segunda parte del artículo 839 del CC, debe entenderse que existe también en el supuesto de este otro precepto.

### **4. Pago de la legítima de descendientes comunes por el cónyuge superviviente facultado para partir**

De acuerdo con el artículo 831 del CC, el testador podrá conferir la facultad de realizar mejoras y de adjudicar bienes concretos a los hijos o descendientes comunes, al cónyuge superviviente o al otro progenitor si no están casados entre sí. Incluso puede concederse la facultad de satisfacer las legítimas con bienes pertenecientes al superviviente y no al causante. Por tanto, el cónyuge fiduciario no tendrá que respetar la igualdad ni la homogeneidad de los lotes establecidas por los artículos 1061 y 1062 del CC. Lo único que precisa la ley

---

47 En el interesante caso estudiado en la Sentencia del Tribunal Supremo, 5 de abril de 2019 (RJ 2019\1360), citado anteriormente, que contemplaba un supuesto de concurrencia del cónyuge solo con hijos de su consorte de un matrimonio anterior, no sabemos quién tomó la decisión de conmutar.

es que deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las demás disposiciones del causante en favor de estos, y que en lo que se refiere a los descendientes no comunes, la existencia de estas facultades no podrá alterar el régimen de sus legítimas.

La norma es muy confusa y plantea una serie de dudas. En primer lugar, según la norma, el fiduciario podrá realizar su función en un solo acto o en varios, siempre que lo haga dentro del plazo con el que cuente. Pero la concreta determinación del plazo queda a la voluntad del causante, que incluso podría llegar a autorizar que el fiduciario realice la partición en su propio testamento. ¿Significa esto que el fiduciario podría imponer el aplazamiento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes? Es cierto que si el causante así lo establece y el supérstite se arroga esa facultad, no es fácil que los legitimarios quieran enfrentarse a un ascendiente que los pueda dejar reducidos a su legítima estricta usando la facultad de mejorar a otros descendientes, pero, teóricamente, podrán exigir sus legítimas estrictas una vez abierta la sucesión.<sup>48</sup>

En segundo lugar, se plantea si el fiduciario puede o no atribuir la empresa familiar del modo previsto por el artículo 1056.2 del CC, es decir, transmitir la empresa familiar a un descendiente y pagar en metálico la legítima de los demás descendientes, siempre que sean comunes (con la posibilidad de aplazamiento prevista en el citado precepto). Ante la duda, y para evitar litigios, sería muy conveniente que estas facultades se confieran expresamente por el testador, aunque es bastante posible que incluso sin esa voluntad se deban entender incluidas en las aludidas genéricamente por el precepto. En cambio, no vemos obstáculos en que la atribución de un inmueble de difícil división a uno de los legitimarios implique la percepción en metálico de la legítima de los demás si estamos en las circunstancias del artículo 821 del CC.

En tercer lugar, en el caso de la legítima de los descendientes no comunes, el artículo 831 del CC dice que rigen las reglas generales, es decir que debe entenderse que el pago debería realizarse con bienes hereditarios sin que, por supuesto, quepa nunca un aplazamiento y sin que sea posible que el fiduciario recorte la porción de legítima que les corresponda realizando mejoras.

---

48 En este sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo, 24 de mayo de 2019 (RJ 2019\2113): “La cuestión relativa al momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, a tenor de lo dispuesto en la redacción vigente del artículo 831 CC, es una cuestión no

## Bibliografía

- Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Valpuesta Fernández, M. R. y Orduña Moreno, F. J. (Dir.). (2016). *Código civil comentado* (Tomo II). Navarra: Aranzadi.
- De la Cámara Álvarez, M. (1990). *Compendio de Derecho sucesorio*. Madrid: La Ley.
- Espejo Lerdo de Tejada, M. (1996). *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. (1973) *Derecho de sucesiones* (Vol. II). Barcelona: Bosch.
- Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil* (Tomo V). Barcelona: Bosch.
- Rivas Martínez, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones Común y Foral* (4ª ed.). Madrid: Dykinson.
- Torres García, T. (Coord.). (2012). *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1974). *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer. Las legítimas*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- Vallet de Goytisolo, J. B. (1982). *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (Tomo XI). Madrid: Edersa.

---

exenta de debate en la doctrina civilista, por diversas razones. En primer lugar, y de forma principal, [...] porque el citado precepto, en su apartado tercero, no se pronuncia al respecto. De forma que el silencio de la norma favorece diversas interpretaciones acerca del momento del pago de la legítima estricta de los descendientes comunes. El segundo lugar, hay que precisar que esta sala no se ha pronunciado aún sobre la cuestión debatida; de forma que no se cuenta con una doctrina jurisprudencial que aporte una previa fundamentación sobre el presente caso. Por último, hay que tener en cuenta que un sector de la reciente doctrina científica, en contra de lo que podemos calificar como posición tradicional, se ha decantado por una interpretación flexible del artículo 831 CC que, en el supuesto de que el testador no haya fijado un plazo para el ejercicio de las facultades concedidas al cónyuge fiduciario, va desde el reconocimiento del plazo legal de dos años previsto en el citado artículo para el ejercicio de dichas facultades, hasta el otorgamiento del propio testamento del cónyuge fiduciario, como plazo final para el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes. En este contexto, esta sala considera que el criterio de la sentencia de la Audiencia en favor del pago de la legítima estricta, tras la apertura de la sucesión testamentaria y una vez fijada su cuantía, resulta correcto por las siguientes razones.

Si bien el origen del artículo 831 CC está en algunos Derechos Forales, (caso de la fiducia colectiva aragonesa, del fiduciario comisario del Derecho Navarro, del comisario del Derecho vizcaíno, o de las facultades de designación y distribución otorgadas al cónyuge supérstite en el Derecho catalán, entre otros supuestos), la interpretación de esta norma, al margen de la autonomía o clara diferenciación que presenta su actual regulación respecto de las aplicaciones forales señaladas, queda sujeta a los principios del sistema sucesorio del Código Civil.

En aplicación de los principios del sistema sucesorio del Código Civil, hay que resaltar que la legítima estricta (entre otros, artículos 806, 808 y 815 CC) constituye un derecho básico del legitimario cuyo pago no puede quedar sujeto a plazo por el testador, salvo en los casos que expresamente lo disponga la propia norma. Supuestos, entre otros, del artículo 1056 CC, caso de la preservación indivisa de una explotación, o del artículo 844 CC, caso del pago de la legítima en metálico.

El artículo 831.3 CC no contempla un régimen específico para el pago de la legítima estricta de los descendientes comunes, por lo que de la interpretación del citado precepto no cabe extraer una excepción, cuál es la aplicación de un plazo, bien el de dos años previsto para el ejercicio de las facultades del cónyuge fiduciario (artículo 831.2 CC), o bien el del momento del otorgamiento del testamento del cónyuge fiduciario, que resulta contrario a los principios de nuestro sistema sucesorio y carecen de cobertura expresa por la norma”.

# LEGAL DESIGN THINKING, VISUALES EN LOS CONTRATOS Y SU VALIDEZ LEGAL

---

**José A. Vega Sainz**

Trabajador independiente. Abogado senior y Head of Legal Innovation en Oster Abogados  
jvegasainz@ius.austral.edu.ar

**Recibido:** 2/04/2020

**Aceptado:** 2/05/2020

## Resumen

De acuerdo con los resultados de un estudio realizado por la IACCM, en la actualidad, los contratos no son redactados ni funcionan como querrían sus usuarios. En general, se pone mucho énfasis en la minimización del riesgo y en los mecanismos de resolución en caso de conflicto, pero no se trabaja a efectos de que el contrato sea una herramienta para que las partes puedan cumplir con sus objetivos comerciales. Dicha situación exige un cambio de paradigma. Una alternativa al paradigma actual es el denominado “derecho preventivo y proactivo”, cuyo objetivo es el de prevenir el conflicto antes de que surja, incentivando la colaboración entre las partes e intentando que el contrato sirva como una herramienta a dichos efectos. Para ello, es necesario que los contratos sean verdaderamente comprensibles y utilizables por sus verdaderos usuarios. Una manera de procurar que así sean es mediante la aplicación de herramientas propias del *Legal Design Thinking* y el diseño contractual, tal como el uso de herramientas visuales: íconos, líneas de tiempo, ciclos, diagramas y tablas, entre otros. Entendemos que la utilización de este tipo de herramientas tiene plena validez legal en tanto que el principio de libertad contractual permite a las partes determinar el contenido, estilo y formato del contrato.

**Palabras clave:** pensamiento de diseño legal, diseño legal, diseño contractual, derecho preventivo y proactivo, herramientas visuales, visuales, contratos.

## Legal Design Thinking, visuals in contracts and its legal validity

### Abstract

According to the results of recent studies, contracts today are not drafted or work the way its users intend. In general, too much emphasis is made in minimizing risk and not much work is made in order for contracts to serve as tools for the parties to accomplish their commercial



objectives. This situation demands a change of paradigm. An alternative to the current paradigm is that of “Proactive and Preventive Law”, which objective is to prevent the occurrence of a conflict before it arises, incentivizing collaboration and trying to make contracts serve as a tool for those purposes. In order for this to be accomplished, it is necessary to work to make contracts truly understandable and usable by its true users. One way to procure for contracts to be more understandable and usable is by means of tools that Legal Design Thinking and contract design make available to us, such as visual tools: icons, timelines, cycles, diagrams and tables, among others. We understand that the use of these kind of tools has full legal validity as the principle of contractual freedom allows for the parties to determine the content, style and format of a contract.

**Key words:** Legal Design Thinking, legal design, contract design, proactive and preventive law, visual tools, visuals, contracts.

## 1. Introducción

Normalmente, los abogados nos esmeramos en redactar contratos que sean válidos y exigibles, donde se logre minimizar al máximo posible los riesgos de nuestro cliente y en virtud de los cuales este pueda lograr una posición favorable en caso de conflicto. Si bien todos estos fines son loables e importantes, rara vez serán los fines principales de nuestro cliente. Las empresas suscriben contratos con la finalidad de lograr un determinado objetivo comercial o para lograr una colaboración efectiva y beneficiosa con la otra parte. En teoría, no debería existir empresa alguna que suscriba un contrato con la finalidad de litigar y reclamar a la otra parte por daños y perjuicios (Haapio, Plewe y Roy, pp. 2016, 1-2), (Passera, Haapio y Barton, 2013, pp. 2-4) y (Passera, 2017a, pp. 19-20). Entonces, las preguntas surgen por sí mismas: ¿estamos negociando y redactando contratos de forma eficaz? ¿Acaso estamos desviando el foco de atención de nuestros clientes? ¿Deberíamos centrarnos en la minimización del riesgo o más bien en su gestión y la consecución de objetivos comerciales?

Entendemos que los contratos deberían ser negociados y redactados teniendo en mente no solo la posibilidad de conflicto, sino principalmente teniendo en cuenta los objetivos comerciales de las partes. Así, en las negociaciones se debería poner foco en los objetivos que pretenden alcanzar las partes y debería intentarse encontrar oportunidades de sinergia entre ellas. Por otro lado, en los contratos debería plasmarse claramente aquello que se pretende conseguir o lograr, prever los procesos que se llevarán a cabo para alcanzar dichos objetivos y establecer los mecanismos de gestión necesarios para lograr una colaboración efectiva.

Sin embargo, muchas veces, parecería ser que las negociaciones suelen cen-

trarse en tecnicismos legales, la minimización del riesgo (y no en su gestión), la posibilidad de que existan controversias y la resolución de conflictos. Esto puede generar que la relación entre las partes se recienta *ab initio* en el proceso de negociación y se pierda la oportunidad para estructurar una relación colaborativa que verdaderamente genere valor.<sup>1</sup>

De acuerdo con los resultados de un estudio realizado por la International Association for Contract & Commercial Management (IACCM), actualmente, los contratos no son redactados ni funcionan como quisieran sus usuarios. La mayoría de los profesionales que trabajan con contratos comerciales expresan que estos son difíciles de entender y de utilizar (Association for Contract & Commercial Management [IACCM, 2015]).

En dicho estudio, se pone de manifiesto que, al redactar los contratos, normalmente no se enuncian de forma clara los objetivos de las partes y suele faltar un marco en el que se refleje adecuadamente la relación comercial subyacente. Por otro lado, se enumera entre las causas por las cuales los contratos fracasan el hecho de que las negociaciones se tornan innecesariamente extensas y que no se suele involucrar en ellas a todos los partícipes e interesados (*stakeholders*). También se hace referencia a que el proceso de negociación se centra excesivamente en la mitigación del riesgo, creando un marco de negociación adversarial que no resulta adecuado para fomentar la innovación y creación de valor (IACCM, 2015).<sup>2</sup>

Este marco –tal como es descripto por la IACCM– nos lleva a plantear algunas premisas que pueden servir a efectos de intentar cambiar la situación actual: (a) deberíamos entender que los verdaderos usuarios de los contratos son sus partes y no los abogados y los jueces; (b) el principal marco de actuación de los contratos no son los tribunales, sino el ámbito comercial y empresarial (principalmente en lo que refiere a la gestión de proyectos); (c) el verdadero fin por el que se suscribe un contrato es para que las partes logren conseguir sus objetivos comerciales y generar una verdadera colaboración entre ellas; y

---

1 Ver Frydinger, Hart y Vitasek (2019), donde se repasa el camino que transitaron algunas organizaciones para modificar el modelo de contratación que utilizaban, superando relaciones que producían frustraciones y gastos en recursos para pasar a relaciones que producen sinergias y valor agregado para las partes.

2 Asimismo, en Passera (2017a, pp. 102 y ss.), se realizan diversos estudios e investigaciones demostrando que el uso del lenguaje plano y de herramientas visuales hace que los contratos sean más entendibles y mejoren su usabilidad. Los estudios fueron realizados respecto a diversos grupos, tales como estudiantes, empleados públicos y ejecutivos del sector privado, mostrando resultados similares en todos los casos.

(d) consecuentemente, los contratos deberían ser negociados, diseñados y redactados en vista a lo descrito en los puntos (a), (b) y (c), teniendo en cuenta quiénes son sus verdaderos usuarios, cuál es su marco de actuación y cuáles son las finalidades y objetivos que se pretenden alcanzar.

En el presente trabajo, se introducen los conceptos de *Legal Design Thinking* (pensamiento de diseño aplicado al Derecho) y el Derecho Proactivo y Preventivo, que entendemos pueden contribuir a dar respuesta a la situación descrita más arriba. Luego, se hace una revisión de distintas herramientas visuales que pueden utilizarse en los contratos para lograr un mejor diseño contractual. Finalmente, se realiza un breve análisis respecto a la viabilidad legal de la incorporación de visualizaciones en los contratos y su posible regulación por las partes.

## **2. El derecho proactivo y preventivo y el *Legal Design Thinking***

La situación descrita en el apartado anterior exige un cambio de paradigma. Podría decirse que el paradigma actual gira en torno a lo que se suele denominar como “derecho reactivo”, que se enfoca en minimizar y mitigar los riesgos asociados a un contrato y a partir del cual se procura negociar y redactar el documento teniendo en cuenta principalmente la posibilidad de que surja un conflicto. A nuestro parecer, el problema de este modelo radica en que hace que sea difícil lograr sinergias y una colaboración efectiva entre las partes.

Una alternativa al paradigma actual es el denominado “derecho proactivo y preventivo”, cuyo objetivo es el de prevenir el conflicto antes de que surja, incentivando la colaboración entre las partes e intentando que el contrato sirva como una herramienta a dichos efectos (Passera, 2017a, pp. 21-22). Según este enfoque, los contratos deben actuar como medios que propicien y faciliten los negocios y objetivos comerciales de las partes, que sean instrumentos para facilitar la gestión de proyectos y herramientas de comunicación (Tsygankova, 2016, pp. 1-2), (Passera, 2017a, pp. 19-30) y (Hapio, Plewe y Roy, 2016, pp. 2-3). En líneas generales, la idea es que si los objetivos de las partes son cumplidos, existe una buena colaboración entre ellas y logran implantarse procesos y mecanismos de gestión, es menos probable que surja un conflicto.

Para que estas funciones del contrato puedan ser concretadas, es necesario lograr que los contratos sean realmente comprensibles y utilizables por todos los actores involucrados en su ciclo de vida, incluidos gerentes, jefes de proyecto, financieros y equipos de trabajo, y no solo por los jueces y abogados. Asimismo, si se logra que los contratos sean más claros, fáciles de entender y se mejora su

usabilidad, es probable que sean más y mejor utilizados por las partes y que existan menos dudas en cuanto a su interpretación (que es una de las principales causas de conflicto). Una manera de lograr estos objetivos puede ser a través de la aplicación de conceptos y herramientas propios del *Legal Design Thinking* y el diseño contractual.<sup>3</sup>

El *Design Thinking* –o pensamiento de diseño– es una técnica utilizada por los diseñadores para resolver problemas complejos mediante la comprensión y empatía con el usuario. Es una lente a través de la cual se pueden observar los problemas desde la perspectiva del usuario, para así detectar sus inquietudes y necesidades e intentar darles solución. Dado que se trata de una técnica, es adaptable y puede aplicarse a distintos campos para la resolución de sus problemas: el derecho no escapa a ello. Así, nace una técnica específica, denominada *Legal Design Thinking*, que pretende aplicar este pensamiento de diseño al campo del derecho, adaptándolo según las problemáticas específicas de este (Hagan, caps. 1-2), (Rossi y Pamirani, 2017, p. 3). Una aplicación del *Legal Design Thinking* en lo que respecta a la negociación y redacción de contratos es el “diseño contractual”.

### 3. Diseño contractual y herramientas visuales

Bajo las premisas del diseño contractual, los contratos no deberían ser solo redactados, sino “diseñados” para que sus verdaderos usuarios (que nosotros entendemos son aquellas personas que intervendrán en la ejecución del contrato, como puede ser un jefe de proyecto o un equipo de trabajo, entre otros) puedan darles un uso real y útil. Esto, además, podría coadyuvar a que los contratos cumplan con su finalidad preventiva de conflictos.<sup>4</sup>

Para poder realizar un efectivo diseño contractual, el *Legal Design Thinking* pone a nuestra disposición un amplio abanico de herramientas que introduce en el área del diseño contractual, valiéndose de patrones de trabajo propios de los campos del diseño de la información, del diseño de la comunicación y del

3 Cfr. Haapio, Plewe y Roy (2016, pp. 2-3) y Tsygankova (2016, p. 1).

4 Cfr. Passera y Haapio (2013), donde se califica a los contratos como objetos de frontera; Passera, Haapio, Plewe y Roy (2016, p. 3), donde se califica a los contratos como herramientas de comunicación y facilitadores de negocios; Passera (2017a, pp. 21-22, 32-26 y 50-61), donde, además de referirse a la función preventiva de conflicto de los contratos, se analiza de qué manera la forma en que se negocian, redactan y presentan los contratos puede influir en la percepción de la relación entre las partes, logrando una mayor colaboración y generando sinergias entre ellas; Passera, (2017b), donde también se hace referencia a la función preventiva de los contratos y se los califica como instrumentos para lograr el entendimiento entre las partes, que asisten en la comunicación y colaboración entre las partes y la empodera para lograr sus cometidos.

diseño de documentos (Passera, 2017a, p. 24), (Passera y Haapio, 2013, p. 38) y (Passera, 2017b, pp. 8-10). Así, por ejemplo, diversas guías y manuales analizan el uso de instrumentos tales como tipografía, tamaño de letra, uso de espacios en blanco, cantidad de renglones por página y técnicas de resaltado, con la finalidad de mejorar la usabilidad de los contratos.<sup>5</sup>

Por otra parte, es posible utilizar herramientas visuales dentro de los contratos, tales como íconos, líneas de tiempo o diagramas, las cuales pueden facilitar la interpretación y lectura de los contratos, especialmente por aquellos usuarios que no poseen conocimientos técnico-legales.<sup>6</sup> Estos instrumentos deberían permitir que el documento en sí mismo aparezca como más amigable al usuario, invitando a su lectura y facilitando su uso y navegación.<sup>7</sup>

La elección de una u otra herramienta visual en el diseño de un contrato debería estar basada en un análisis previo, donde se defina quiénes serán sus usuarios y qué uso harán del documento.<sup>8</sup> En este sentido, resultaría aconsejable que se analice el perfil de los usuarios con el fin de indagar cómo utilizarán el contrato y entender a qué dificultades pueden verse expuestos. En base a ello, podrían seleccionarse las herramientas más idóneas para diseñar el contrato adecuadamente.

A continuación, presentamos algunas herramientas visuales que pueden ser utilizadas en el diseño contractual:<sup>9</sup>

- Esquemas de colores: consiste en agregar colores a las distintas cláusulas o secciones de un contrato mediante la incorporación de algún tipo de formato en los títulos y subtítulos, fondos y sombreados, entre otros. El objetivo de la utilización de esta herramienta es lograr un cierto orden en el documento, que asista al usuario a la hora de diferenciar entre las distintas secciones del contrato y facilite su navegación.
- Referencias internas con colores: radica en utilizar colores para identificar

---

5 Ver Tsygankova (2016), Adams (2013) y Felker et al. (1981), entre otros.

6 Cfr. Passera (2017a), donde el resultado de los estudios realizados demuestra que la utilización de herramientas visuales en los contratos ayuda a: (a) mejorar la comprensión de los contratos; (b) encontrar información relevante de forma más fácil y rápida; y (c) mejorar la usabilidad del documento.

7 Cfr. Passera (2017b), donde se revisa distintos tipos de herramientas visuales y sus aplicaciones.

8 Cfr. Passera y Haapio (2013, pp. 40-41), donde se revisan las distintas dimensiones del diseño de contratos centrados en el usuario y se hace referencia a las necesidades de los usuarios, las características del documento y su contenido.

9 Para ver más sobre la utilización de estas y otras herramientas, ver Passera (2017a, pp. 41-49), donde se pueden encontrar tablas y sus distintos tipos de visualizaciones y propósito; Passera (2017b) y Tsygankova (2016), entre otros.

las distintas cláusulas o secciones de un contrato y luego, cuando en una cláusula o sección del documento se hace alusión a otra, utilizar el color asignado a esta última. Por ejemplo, si la cláusula segunda del contrato fue identificada con el color verde, al hacer referencia a dicha cláusula más adelante en el contrato, la referencia debería llevar ese mismo color, facilitando así al usuario la navegación del documento.

- **Resaltados:** es una herramienta a través de la cual se enfatiza determinada cláusula, frase o palabra mediante la utilización de un tipo de fuente distinta, subrayados, cursivas, negritas o colores. Esta herramienta puede utilizarse para dotar de mayor importancia a distintas secciones del contrato o para llamar la atención con respecto a algún término o cuestión específicos.
- **Íconos:** son imágenes pequeñas y simples, de alto valor representativo, que acompañan a una cláusula escrita del contrato. Los íconos pueden ser utilizados para facilitar la navegación del documento, como así también para lograr una mayor y mejor retención de algún concepto importante. Nunca deben ser utilizados de forma aislada, sino como complemento al texto contractual, ya que no proveen información precisa por sí mismos.

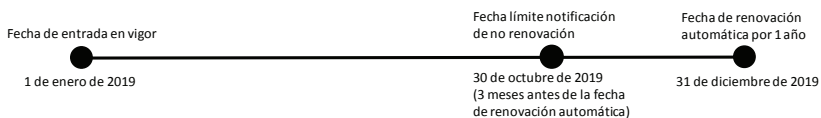
Ejemplo:



**Facturación.** El proveedor deberá emitir a favor del cliente una factura electrónica de conformidad con las exigencias legales vigentes al momento de la facturación.

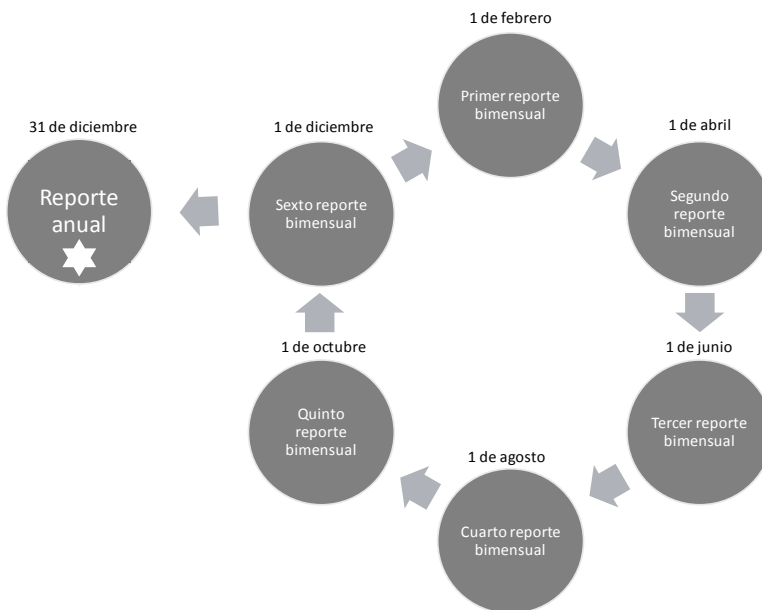
- **Líneas de tiempo:** consiste en ubicar distintos eventos, plazos o fechas dentro de una línea horizontal que representa un período determinado de tiempo. Normalmente, se utiliza para acompañar una cláusula escrita y tiene como finalidad clarificar el contenido de esta o asistir en su interpretación.

Ejemplo:



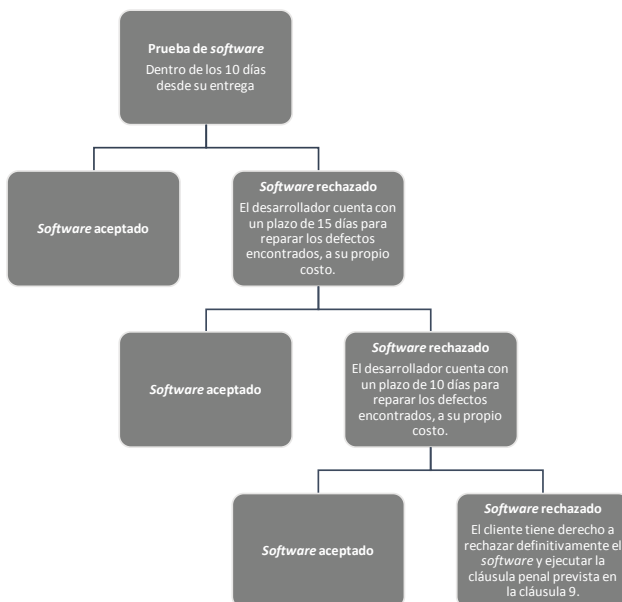
- Ciclos: son una herramienta que se utiliza para graficar una secuencia de eventos que se suceden en el tiempo hasta llegar a un punto final, a partir del cual los eventos vuelven a repetirse en el mismo orden. Los ciclos normalmente son representados en forma circular, a efectos de indicar que, al final, los eventos deben volver a repetirse. De manera similar a las líneas de tiempo, se utilizan para acompañar una cláusula escrita, intentando clarificar su contenido o asistir en la interpretación.

Ejemplo:



- Diagramas: los diagramas son representaciones gráficas de las distintas variables que pueden ocurrir en una secuencia de eventos o actividades a desarrollar. Resultan sumamente útiles a la hora de representar procesos, ya que muestran de forma gráfica la manera en la que estos se llevarán a cabo y sus distintas variables.

Ejemplo:



- Tablas: son herramientas que permiten organizar información en líneas y columnas, de modo tal que pueda ser esquematizada o comparada.

Ejemplo:

Quién	Derecho de uso	Derecho de comercializar	Derecho de crear obras derivadas
<b>Licenciario</b>	No tiene derecho a utilizar el <i>software</i> para sus actividades propias. Puede utilizar el <i>software</i> dentro del marco de sus actividades de comercialización a clientes finales.	Tiene el derecho de comercializar el <i>software</i> a clientes finales.	No tiene derecho a realizar obras derivadas a partir del <i>software</i> ni a modificarlo.
<b>Sublicenciario</b>	Tiene derecho a utilizar el <i>software</i> para sus actividades propias de acuerdo a lo previsto en el acuerdo de licencia modelo incluido en el Anexo C.	No tiene derecho a comercializar el <i>software</i> en ningún caso.	No tiene derecho a realizar obras derivadas a partir del <i>software</i> ni a modificarlo.



Otras herramientas visuales que pueden utilizarse son las imágenes e ilustraciones, gráficos, personas y cuadros comparativos, entre otros. Cabe destacar que, en esta materia, rige la libertad de las partes, quienes podrían utilizar cualquier tipo de herramientas visuales que ideen, siempre que estas sirvan adecuadamente a las necesidades de los usuarios del contrato.

#### **4. El principio de libertad contractual, interpretación e integración de los contratos**

Ninguna norma vigente en la República Argentina regula de manera específica la utilización de herramientas visuales dentro de los contratos. Por esta razón, analizaremos la normativa general contenida en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) que aplica a los contratos, la formación del consentimiento y la expresión de voluntad de las partes, con el objetivo de intentar discernir si es posible incorporar visuales en los contratos. Asimismo, realizaremos algunas consideraciones sobre las normas contenidas en el CCC respecto a la interpretación e integración de los contratos.

El artículo 957 del CCC define “contrato” como “[...] el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular [...] o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Por otra parte, el artículo 958 del mismo cuerpo normativo prevé el principio de libertad de contratación, según el cual “[l]as partes son libres de celebrar un contrato y determinar su contenido [...]”. Finalmente, el principio de la buena fe contractual es receptado en el artículo 961 del CCC, donde se establece que

[l]os contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.

Conforme a lo previsto en el CCC, el principio de libertad contractual autoriza a las partes de un contrato a determinar libremente el contenido de este, lo que por lógica debe incluir también la posibilidad de determinar su estilo y formato, con la posibilidad de incorporar herramientas visuales en el documento.<sup>10</sup> Si un contrato es la manifestación de la voluntad de las partes, estas deben tener la libertad de decidir cuál es la mejor manera de manifestar dicha

---

10 Cfr. Passera (2017a, p. 22), donde se establece que el principio de libertad contractual incluye la posibilidad de las partes de determinar el contenido, estilo y formato del contrato.

voluntad: si a través de palabras, de visuales o mediante una combinación de ambas. Puede suceder que sea mucho más efectivo e idóneo expresar determinado concepto a través de una herramienta visual, como una línea de tiempo, una imagen o un diagrama, con lo cual debe existir una amplia libertad para que las partes hagan uso de cualquier tipo de herramienta que les permita manifestar su voluntad de la forma más conveniente posible.

Por otro lado, según el principio de buena fe, los contratos obligan a las partes no solo a lo que está formalmente expresado en palabras, sino a todas las consecuencias que podrían considerarse comprendidas en ellas. Una buena manera de poner de manifiesto aquello que no puede expresarse en palabras es a través de visuales. Como hemos dicho, estas herramientas pueden facilitar a las partes la manifestación de su voluntad de forma más clara y precisa en el contrato, permitiendo que se expresen determinadas consecuencias y previsiones que quizás no pueden ser adecuadamente explicitadas de otra manera.

Asimismo, las herramientas visuales también pueden funcionar como un apoyo a la hora de interpretar las palabras. Según se prevé en el artículo 1061 del CCC, “[e]l contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes y al principio de la buena fe”. En este sentido, las visuales que se incorporen a un contrato pueden ser utilizadas a efectos de interpretar el documento conforme a lo que pudo haber sido la intención común de las partes al momento de contratar. Dicha intención puede, en ocasiones, surgir de forma más clara a través de una visual que a través de las palabras.

Asimismo, debemos hacer mención al principio de interpretación contextual contenido en el artículo 1064 del CCC, conforme al cual “[l]as cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto”. Las cláusulas del contrato no necesariamente deben consistir en texto escrito, sino que las visuales que se incluyan en el documento también pueden ser entendidas como cláusulas en el sentido del artículo 1064 del CCC.

Bajo este entendimiento, no debería leerse el contrato tomando únicamente en consideración su texto escrito, como tampoco debería interpretarse el sentido de las herramientas visuales del contrato de forma aislada. Más bien, se deberá dar un sentido apropiado al conjunto del acto, constituido en este caso tanto por las palabras escritas como por visuales. Cabe destacar que, la mayoría de las veces, las herramientas visuales que se incluyan en un contrato acompañarán al texto escrito de una cláusula o sección con la finalidad de clarificar su contenido o asistir en su interpretación y no existirán de forma independiente.

Esto hace que deban ser necesariamente interpretadas en conjunto con el texto y no de forma aislada.

Por otro lado, el artículo 1065 del CCC indica que

[c]uando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares; b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración; c) la naturaleza y finalidad del contrato.

Las visuales que se incluyan en un contrato servirán como una fuente más de interpretación. Como se explicará más adelante, las visuales pueden surgir a partir de la misma negociación del contrato entre las partes y ser incluidas luego en el documento. Esto podría permitir conocer con mayor exactitud cuál fue la intención de las partes al momento de contratar.

Finalmente, en el artículo 964 del CCC, se entiende que el contenido del contrato se integra con: (a) las normas indisponibles contenidas en el ordenamiento jurídico; (b) la voluntad de las partes; (c) las normas supletorias; y (d) los usos y costumbres del lugar de celebración que sean aplicables, bien porque las partes han decidido incorporarlos al contrato o porque son regularmente observados en el lugar donde se celebra el contrato, en tanto estos no sean irrazonables. Al respecto, diremos:

1. En cuanto a las normas indisponibles, las visuales no podrán estar en contraposición a estas normas. En caso de que así sea, deberán tenerse como no incluidas dentro del contrato.
2. En relación con la voluntad de las partes, ya hemos dicho que las herramientas visuales son un medio más a través de las cuales puede expresarse dicha voluntad. Por lo tanto, debe entenderse que las visuales integran el contrato.
3. Las normas supletorias solo deberán integrar el contrato cuando una determinada cuestión no se encuentre regulada por la voluntad de las partes, sea esta expresada por medio de palabras o de visuales.
4. Las visuales pueden ser una gran herramienta para referenciar o incorporar usos y costumbres al contrato. Quizás, el ejemplo más claro de esto son los incoterms, respecto a los cuales existe una gran cantidad de infografías donde se explica cómo funciona cada uno. Estas infografías podrían ser incorporadas al contrato o a sus anexos en caso de que las partes lo estimen conveniente.<sup>11</sup>

---

11 Ver Thompson (2020), entre otros.

## 5. Regulación de las herramientas visuales en los contratos

Conforme lo hemos expuesto, la inclusión de herramientas visuales dentro de los contratos debe ser considerada válida. Entendemos que el principio de libertad contractual permite a las partes expresar su voluntad de la manera que estimen más adecuada, tanto en palabras como a través de otros medios. Asimismo, opinamos que las visuales deben integrar el contrato y que al momento de interpretar el documento debe tomarse en consideración tanto el texto escrito como las herramientas visuales. Sin perjuicio de lo anterior, resulta posible que, en determinadas ocasiones, las visuales contradigan el texto contractual. De esta manera, resultaría conveniente regular la inclusión de estas herramientas dentro del contrato.

Actualmente, en la práctica contractual suelen agregarse títulos a las cláusulas con el propósito de facilitar la lectura y navegación del documento. Asimismo, es usual regular el uso que se hace de esta herramienta bajo una cláusula que normalmente se denomina “títulos” o “encabezados”, donde se establece que “los encabezados incluidos en el contrato han sido incluidos únicamente por razones de conveniencia y no tienen efecto sustancial en la interpretación del contrato”. Por otra parte, en caso de que el contrato sea redactado en dos idiomas, suele establecerse una cláusula donde se le otorga prevalencia a una u otra versión, del siguiente modo: “el contrato se realiza tanto en idioma español como en inglés. Sin embargo, la versión en español prevalecerá en el caso de un conflicto en el que surjan discrepancias o inconsistencias entre los términos de ambas versiones”.

Si tomamos como base las técnicas de regulación a las que hemos hecho referencia en relación con los encabezados e idiomas, podemos ensayar un modelo de cláusula que rijan el uso de herramientas visuales en el contrato.<sup>12</sup> A continuación, presentamos nuestra propuesta de cláusula modelo, sin perjuicio de que las partes de un contrato podrían adoptar alguna otra postura según las particularidades de cada caso en concreto:

Las herramientas visuales incluidas en el presente contrato (tales como el uso de colores, tipografías, diagramas, tablas e íconos, entre otros) son válidas y expresan la voluntad de las partes. En consecuencia, estas integran el contrato y surtirán efectos para su interpretación junto con el texto escrito del acuerdo. Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que surja un conflicto basado en

---

12 Cfr. Passera y Haapio (2013, p. 44), donde se prevé que, en caso de conflicto, podría prevalecer el texto contractual o las visuales, tal como sucede en los casos en los que el contrato tiene versiones en varios idiomas y se establece que una versión debe prevalecer sobre las otras.

discrepancias o inconsistencias entre el texto escrito del contrato y las herramientas visuales incluidas en este, deberá prevalecer [lo establecido en el texto escrito del contrato/lo previsto en las herramientas visuales incluidas en el contrato].

## 6. Aplicación práctica

El proceso de diseño contractual tendría que empezar desde el momento de la negociación del contrato, donde debería ponerse de manifiesto cuál es la intención de las partes para contratar y cuáles son sus objetivos, para que así estos puedan ser alcanzados, implementando procesos y mecanismos de gestión y procurando que se generen sinergias entre las partes. Asimismo, sería conveniente involucrar en el proceso de negociación a todos los posibles usuarios del contrato, procurar conocerlos e indagar sobre sus necesidades y requerimientos. La finalidad sería diseñar un contrato que efectivamente logre satisfacer sus necesidades.

En el proceso de negociación contractual, también pueden utilizarse herramientas de *Legal Design Thinking* a efectos de encaminar las negociaciones, poner de manifiesto los objetivos, necesidades y preocupaciones de las partes, fomentar la colaboración, aclarar el entendimiento que cada una de ellas tiene con respecto a alguna cuestión específica, etc. Esto, además, tiene una ventaja inconmensurable, que radica en el hecho de que si las partes utilizan visuales en la negociación, estas pueden ser guardadas para luego ser incorporadas en el contrato.

Por ejemplo, si las partes en una reunión de negociación se encuentran discutiendo sobre cómo implementar determinado proceso y nosotros, como abogados, recomendamos la utilización de un diagrama para graficar ese proceso y trabajarlo en la reunión, podremos luego incorporarlo como parte del futuro contrato, en donde podría quedar plasmada de forma mucho más clara la intención de las partes.<sup>13</sup>

Luego, una vez que se tenga claro cuáles son los objetivos y las necesidades de las partes, se conozca a todos los partícipes e interesados y haya quedado de manifiesto cuál es el entendimiento que hay con respecto a los distintos preceptos que se incluirán en el contrato, se podría avanzar con el efectivo diseño del contrato. Sería de buena práctica iniciar esta etapa con una sesión de lluvia de ideas (*brainstorming*) (si es posible, con un grupo interdisciplinario) a efectos de determinar cuáles son las herramientas –visuales o no– más adecuadas para

---

13 Cfr. Passera (2017a, pp. 142-146).

utilizar en el diseño del documento. Luego de ello, y de acuerdo al resultado de esa reunión, podríamos avanzar con la redacción del contrato.

En nuestra opinión, deberíamos apuntar a elaborar un contrato flexible, donde se establezca claramente cuáles son los objetivos de las partes, los mecanismos y procesos que se utilizarán para la consecución de dichos objetivos y las formas de gestión que habrá en caso de conflicto. En definitiva, deberíamos procurar elaborar un contrato que sirva como una herramienta para fomentar la colaboración entre las partes y facilitar la concreción de sus metas, intentando disminuir la posibilidad de que surja un conflicto.

Sin perjuicio de lo anterior, la eventualidad del conflicto siempre existirá. En consecuencia, más allá de que se utilicen herramientas visuales en el contrato o un lenguaje más plano, se debería siempre mantener el rigor técnico necesario para asegurar la plena validez de todos los términos incluidos en el documento. En caso de que surjan dudas en el proceso judicial (o bien de mediación o arbitral) respecto al sentido o funcionamiento de las herramientas visuales incorporadas en un contrato, se podría citar a las partes o bien a un experto en diseño de la información con el fin de aclarar la cuestión. En definitiva, las visuales deben ser siempre un elemento más para interpretar el contrato e intentar desentrañar cuál fue la verdadera intención de las partes al momento de contratar y no una cuestión que genere mayor complejidad en esta labor.

## 7. Reflexiones finales

El *Legal Design Thinking* provee al jurista de una nueva técnica y una enorme cantidad de herramientas que puede utilizar para realizar su labor con mayor eficiencia. Sin embargo, para aprovechar estas nuevas herramientas, debemos estar dispuestos a instruirnos en esta materia, dejar de lado nuestros prejuicios y cambiar nuestra manera de trabajar. Por otra parte, no desconocemos que la adopción de estas nuevas herramientas requerirá del análisis académico, doctrinario y jurisprudencial, tanto para dar luz sobre la mejor manera de utilizarlas como para dar certeza sobre su viabilidad legal.<sup>14</sup>

El presente trabajo no pretende ser sino una primera aproximación al tema, por medio de la cual se intenta introducir los conceptos del derecho proactivo y preventivo, el *Legal Design Thinking* y el diseño contractual, sobre los que poco

---

14 Por ejemplo, se ha pregonado la posibilidad de que existan contratos meramente visuales en determinados campos para asistir a grupos de analfabetos o con dificultades de entendimiento.

se ha escrito en el ámbito del derecho argentino.<sup>15</sup> La esperanza es que, en el futuro, surjan más investigaciones sobre estos temas y se abra el debate sobre su uso e implementación en la práctica.

## Bibliografía

- Adams, K. (2013). *A Manual Style for Contract Drafting*. Estados Unidos: American Bar Association.
- Dore, T. G. (2020). *Legal Design Thinking*. Un nuevo enfoque para el proceso de familia. *Suplemento especial. Derecho, Innovación y Tecnología*, 111-120.
- Felker, D., Pickering, F., Charrow, V. y Holland, M. (1981). *Guidelines for Document Designers*. Washington, D. C: American Institutes for Research.
- Frydinger, D., Hart, O. y Vitasek, K. (2019). A New Approach to Contracts. *Harvard Business Review*. <https://hbr.org/2019/09/a-new-approach-to-contracts>.
- Haapio, H., Plewe, D., y Roy, R. (2016). Next Generation Deal Design: Comics and Visual Platforms for Contracting. En Schweighofer, E. et al. (Eds.), *Networks. Proceedings of the 19<sup>th</sup> International Legal Informatics Symposium IRIS 2016*. Viena, Austria, 373-380.
- Hagan M., *Law by Design*. <http://www.lawbydesign.co/en/home>.
- International Association for Contract & Commercial Management. (IACCM) (2015). Ten Pitfalls to Avoid in Contracting. [http://cdn2.hubspot.net/hubfs/483419/Free\\_Resources/J11652-10Pitfalls-16pp-2015-06-08-web.pdf?\\_\\_hstc=149696361.d81122da2fac7b3a070fd5a0a0c4f755.1583318203608.1583318203608.1583318203608.1&\\_\\_hssc=149696361.1.1585754871265&\\_\\_hsfp=3273370589&hsCtaTracking=6b863b06-7c44-486b-9558-e3a2d-cccc0ea%7Cde6bf51f-acf3-47cb-aaae-d6620dadd564](http://cdn2.hubspot.net/hubfs/483419/Free_Resources/J11652-10Pitfalls-16pp-2015-06-08-web.pdf?__hstc=149696361.d81122da2fac7b3a070fd5a0a0c4f755.1583318203608.1583318203608.1583318203608.1&__hssc=149696361.1.1585754871265&__hsfp=3273370589&hsCtaTracking=6b863b06-7c44-486b-9558-e3a2d-cccc0ea%7Cde6bf51f-acf3-47cb-aaae-d6620dadd564).
- Passera, S. (2017a). *Beyond the Wall of Contract Text*. (Disertación doctoral). Aalto Publication Series.
- Passera, S. (2017b). *Contracts as Interfaces: Exploring visual representation patterns in contract design*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Passera, S. y Haapio, H. (2013). Transforming Contracts from Legal Rules to User-Centered Communication Tools: a Human-Information Interaction Challenge. *Communication Design Quarterly*. <https://doi.org/10.1145/2466489.2466498>.
- Passera, S., Haapio, H. y Barton, T. D. (2013). Innovating Contract Practices: Merging Contract Design with Information Design. *Proceedings of the 2013 Academic Forum on Integrating Law and Contract Management: Proactive, Preventive and Strategic Approaches*.
- Rossi, A. y Palmirani, M. (2017). From Words to Images Through Legal Visualization. *Lecture Notes in Computer Science*, 10791, 72-85.
- Thompson, B. (2020). Incoterms® 2020 Explained - The Complete Guide. <https://incodocs.com/blog/incoterms-2020-explained-the-complete-guide>.
- Tsygankova, T. (2016). Design of Good Commercial Contracts - Practical Tools for Contract Drafters. Schweighofer, E. et al. (Eds.), *Networks. Proceedings of the 19<sup>th</sup> International Legal Informatics Symposium IRIS 2016*. Viena, Austria, 407-414.

---

15 De nuestra investigación surge que el único trabajo que se ha publicado en la materia respecto al *Legal Design Thinking* es Dore (2020), pp. 111 y ss.).

# PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PRODUCTOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL

---

**Michelle Azuaje Pirela**

Instituto de Investigación en Derecho, Centro de Regulación y Consumo,  
Universidad Autónoma de Chile  
michelle.azuaje@uautonoma.cl

**Recibido:** 30/04/2020

**Aprobado:** 18/05/2020

## Resumen

Tradicionalmente, para el “derecho de autor” es “autor” la persona natural que crea una obra original, desde el momento mismo de su creación y sin necesidad de registro ni formalidades. Este régimen especial goza de protección constitucional en diversos ordenamientos jurídicos. Por otra parte, hoy en día existen algoritmos de inteligencia artificial que de forma “autónoma” son capaces de crear lo que podrían considerarse obras del espíritu si fuesen realizadas por seres humanos. Sin embargo, bajo las concepciones vigentes no podría atribuirse titularidad de derechos de autor sobre productos realizados por “no-humanos”. Por ello, el objetivo del presente trabajo es determinar, a partir del análisis del derecho chileno (con algunas puntuales referencias a experiencias de derecho comparado), si el mandato constitucional de proteger la propiedad intelectual implica que dicha titularidad debe reconocerse o, en su defecto, que deben crearse nuevos derechos intelectuales para los productos de la inteligencia artificial.

**Palabras clave:** autoría, constitución, derecho de autor, inteligencia artificial, obra algorítmica, titularidad.

## Legal protection of artificial intelligence products in the intellectual property system

### Abstract

Traditionally for “copyright”, “author” is the person who creates an original work, from the moment of its creation, without the need for registration or formalities. This special regime is constitutionally protected in various legal systems. On the other hand, today there are artificial



intelligence algorithms that, “autonomously”, can create what could be considered works of the spirit if they were carried out by human beings. However, under the current conceptions, ownership of copyrights on products made by “non-humans” could not be attributed. Hence, the objective of this work is to determine, from the analysis of Chilean law (with some references to comparative law) whether the constitutional mandate to protect intellectual property implies that said ownership should be recognized or, failing that, that new intellectual rights should be created for artificial intelligence products.

**Key words:** authorship, constitution, copyright, artificial intelligence, algorithmic work, ownership.

## 1. Introducción

De acuerdo con lo establecido en el artículo 19 número 25 de la Constitución Política chilena (en adelante, CPCCh), el derecho de autor asegura a las personas el derecho sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. Esta protección especial tradicionalmente se ha reconocido en virtud de la originalidad de la obra, de la que se ha desprendido la consideración de que el autor deba ser una persona natural pues, en principio, el aporte creativo que conlleva lo “original” es propio de la inteligencia del ser humano, quien, a su vez, está dotado de una personalidad jurídica que se manifiesta en su obra y que lo hace ser susceptible de tener derechos y obligaciones.

Sin embargo, la cuarta revolución industrial y, con ella, otra inteligencia distinta a la “natural” o propia del ser humano, la llamada “inteligencia artificial” (en adelante, IA) han venido a plantear nuevas preguntas o desafíos para el derecho en general y para el derecho de autor en particular, pues la IA supone que las máquinas son capaces de hacer tareas propias de las personas humanas (Copeland, 1993, p. 1).

Es así como, gracias a ella, existen robots (más bien algoritmos) que, de forma autónoma –esto es, sin intervención humana directa que dé la orden–, son capaces de “redactar textos”,<sup>1</sup> preparar informes –incluso jurídicos–, “com-

---

1 Por ejemplo, Shelley, una IA desarrollada por el MIT Media Lab, “crea” historias de miedo; aunque su trabajo consiste en que primero escribe un inicio y luego invita a colaboradores humanos a continuar con la narración. Su página web es <http://shelley.ai/>.

poner” o “colaborar en la composición” de piezas musicales,<sup>2</sup> “pintar”,<sup>3</sup> etc. productos que podrían reunir las condiciones para ser considerados obras originales y, por tanto, estar jurídicamente protegidos si es que hubiesen sido creados por personas naturales.

Estas “capacidades” de la IA han dado paso a que algunos afirmen que existen nuevas formas de creatividad, entre ellas: “la creatividad computacional” (López de Mántaras, 2016, p. 5), aquella que obtiene resultados similares a los de los seres humanos sin que necesariamente existan decisiones creativas de estos últimos para el logro del resultado. Mediante este “*software* creativo” pueden realizarse las más diversas tareas en las que, dada la escasa o nula participación humana, se aduce que el algoritmo de IA actúa como ente “creativo” y no como una mera herramienta, de ahí que se hable de “productos autónomos de la IA”.

Piénsese, por ejemplo, en los *chatbots* (robots conversacionales) que se utilizan para resolver consultas jurídicas. Aunque normalmente estas consultas versan sobre problemas de baja complejidad, eventualmente alguna de ellas podría requerir un grado de profundidad y creatividad mayor cuyo resultado, si fuera hecho directamente por una persona, podría ser considerado una obra original. Piénsese también en el “robot periodista” Dreamwriter, un algoritmo de IA que “redacta noticias” de forma autónoma.

Pero si el derecho de autor nace en virtud de la originalidad, algunos de los productos “creativos” generados por la IA, que desde cierto punto de vista serían considerados obras originales, podrían quedar desprovistos de protección jurídica precisamente porque la participación humana es mínima o nula. Y también porque el derecho de autor corresponde al autor, esto es, una persona humana o natural que crea una obra original, y la normativa tradicional no contempla situaciones para resolver una eventual “titularidad de los robots”.

Esto lleva a cuestionarse si tal consecuencia resulta contraria al mandato constitucional de “reconocer y proteger la libertad de crear y difundir las artes” y, con ello, la propiedad intelectual o el derecho de autor que permitirían

---

2 Esto fue posible a través de la plataforma Flow Machines, cuyo software “aprendió” al menos trece mil distintas formas de escritura y lectura de partituras (melodía, armonía), de estilos y composiciones (principalmente jazz y pop), almacenando toda esa información en una gran base de datos (Big Data) denominada Lead Sheet Data Base. En ese sentido, el compositor Benoit Carré arregló, produjo y escribió las letras de la canción *Daddy’s Car* con estilo pop inspirado en las características de The Beatles. Al respecto véase: Flow Machines (2019) y Díaz (2016).

3 Se hace referencia aquí al proyecto “*The Next Rembrandt*” ([www.nextrembrandt.com](http://www.nextrembrandt.com)), por el que, a través del uso de Big Data, se logró que un computador “pinte” como lo haría Rembrandt (Microsoft Reporter, 2016).

la posibilidad de que “alguien” pudiese beneficiarse del producto económico de lo creado, ya que, en estricto rigor, de uno u otro modo en los proyectos de IA sí intervienen personas humanas. Por eso, en las páginas siguientes se analiza si el mandato constitucional de proteger la propiedad intelectual implica que deben reconocerse derechos de autor o, en su defecto, nuevos derechos de propiedad intelectual para los productos de la IA.

Para responder a lo anterior, se revisa la legislación chilena haciendo puntuales referencias a experiencias de derecho comparado, ello debido a que, por su novedad, en Chile –como en varios países de América Latina– la temática que se analiza no ha sido suficientemente abordada desde el punto de vista científico y jurisprudencial.

## 2. ¿Por qué se protege la propiedad intelectual?

A lo largo de la historia, se han planteado múltiples razones para justificar la existencia de la propiedad intelectual como una propiedad especial diferenciada de la propiedad ordinaria. Pero alrededor de ellas es posible encontrar también en la literatura, por una parte, a autores “defensores” que, desde sus orígenes, la consideran “la especie más sagrada del género propiedad” (Le Chapelier, 1791, p. 16), y, por otra parte, a otros “críticos” que cuestionan o ponen en duda la necesidad misma de su existencia (Álvarez Amézquita, Salazar y Padilla Herrera, 2015, pp. 61-76).<sup>4</sup>

Muchas de las discusiones que se han planteado al respecto giran en torno a cuáles formas de propiedad tendrían que adquirir los bienes incorporeales<sup>5</sup> (si es que deberían tener una) o en cuanto a la condición misma de la propiedad intelectual en tanto propiedad privada. Lo cierto es que en un mundo globalizado en el que las innovaciones tecnológicas y los desarrollos de IA están a la orden del día, en un mundo en el que los plazos y bienes susceptibles de propiedad

---

4 Para profundizar en los fundamentos que se han esgrimido a lo largo de la historia para justificar la existencia de la propiedad intelectual (en sentido amplio), estos autores han realizado una compilación de las teorías más relevantes disponibles en la filosofía, el derecho y la economía, contribuyendo a consolidar la dimensión teórica sobre la materia.

5 A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos en los que se utilizan los términos “bienes materiales” y “bienes inmateriales”, en Chile se distingue entre bienes “corporales” e “incorporales”. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 19 número 24 de la Constitución Política chilena, se asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus “diversas especies” sobre toda clase de bienes “corporales” o “incorporales”. Del mismo modo, el artículo 583 establece que: “Sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad”.

intelectual (los que son en su esencia incorporeales) se han incrementado, estos debates recobran su importancia.

Y es que lo dicho plantea una verdadera paradoja pues, por una parte, los defensores presuponen que en la medida en que las creaciones de la mente humana estén protegidas, habrá más bienes culturales y tecnológicos para fomentar el desarrollo y el bienestar de la sociedad. En esa misma lógica, los críticos aducen que la existencia de esta propiedad especial va en contra precisamente del acceso a la producción cultural por los monopolios legales que establece, creando una innecesaria escasez que no existía previamente. En este orden, tal vez el argumento más fuerte que pueda plantearse en contra de la propiedad intelectual está en el hecho de que los bienes incorporeales tienen una serie de características que los diferencian de los corporales y que dieron fundamentación al derecho de propiedad ordinaria.

En particular, la propiedad sobre los bienes corporales se ha justificado, entre otras cosas, en el carácter escaso y excluyente de este tipo de bienes, que hace que no sean susceptibles de ser utilizados en cualquier momento por cualquier persona sin ninguna restricción. En función de ello, el liberalismo erigió la propiedad privada como un límite ordenador en un contexto de individuos enfrentados entre sí, para evitar el conflicto y garantizar una utilización eficiente de aquello que es escaso. Pero si la propiedad intelectual es una especie de la propiedad ordinaria, se genera una verdadera contradicción cuando se intentan aplicar los principios de esta última a los bienes intelectuales. Fundamentalmente porque los bienes incorporeales (y, en consecuencia, los bienes intelectuales) son susceptibles de ser utilizados en cualquier momento por cualquier persona sin ninguna restricción. Esto es, pueden ser usados simultáneamente por la totalidad de la humanidad, por tiempo indefinido y sin que merme su calidad o cantidad (Fazio, 2019, pp. 121-145).

Al ser eso así, ¿cuál sería el fundamento para justificar la existencia de un derecho de propiedad sobre los bienes incorporeales? Pues bien, sobre eso habría que mencionar que, tratándose de bienes de naturaleza distinta (corporales e incorporeales), resulta lógico que no puedan aplicarse los mismos principios. Bajo esa óptica, ciertamente buscar la justificación en la característica de su agotamiento o escasez, o en su uso no excluyente (no rivalidad), siempre resultaría insuficiente y habría que buscarla en otras razones.

La verdad es que, en el fondo, la propiedad intelectual supone también una forma de evitar conflictos, pero que, en este caso, encamina sus esfuerzos a proteger bienes intelectuales, aquellos que son fruto del trabajo intelectual, de

la actividad creadora de las personas y el resultado de su esfuerzo, o, incluso, de la inversión en tiempo y dinero que realizan los creadores intelectuales (Álvarez Amézquita, Salazar y Padilla Herrera, 2015, pp. 61-76).

De ahí que suele afirmarse que la propiedad intelectual existe también para promover la innovación y el desarrollo tecnológico, social, personal y humano (World Intellectual Property Organization, 2016), pues quienes invierten esperan poder recibir el retorno de su inversión. De esta forma, pese a las mencionadas discusiones y a que estas justificaciones no están exentas de crítica (como muchas otras en derecho), tanto el derecho de autor como la propiedad industrial gozan de un reconocimiento constitucional y legal explícitamente diferenciado de la propiedad ordinaria en diversos ordenamientos a nivel mundial (Cándano Pérez y Moreno Cruz, 2019, p. 135).<sup>6</sup>

En efecto, como se indicaba al inicio, la CPCh reconoce y protege en su artículo 19 número 25, por una parte, genéricamente la “libertad de crear y difundir las artes”, y, por otra parte, el derecho de autor y la propiedad industrial. Por lo tanto, el derecho de autor es un derecho fundamental (Rogel Vide, 2015, p. 67)<sup>7</sup> interconectado con la libertad de creación y, en ese mismo orden, con la libertad de expresión. Adicionalmente, siendo que la propiedad intelectual es una especie del género propiedad, estará también amparada en cuanto tal en el texto constitucional (artículo 19 número 24 de la CPCh), que, además de reconocer la existencia de “diversas especies”, reconoce aquella que recae sobre bienes incorporeales.

A este respecto, aunque la CPCh no define lo que habrá de entenderse por “bien incorporal” al consagrar la propiedad sobre “toda clase de bienes corporales e incorporeales”, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido el origen constitucional de la protección de los bienes intelectuales en cuanto in-

---

6 Y no solo eso, además, el párrafo segundo del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 reconoce a la propiedad intelectual como un derecho humano. En ese sentido, tanto la citada disposición como el artículo 15.1 a) y c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contemplan el derecho a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de la autoría de las producciones científicas, literarias o artísticas.

7 El derecho de autor es también denominado “propiedad intelectual” para resaltar la pertenencia de lo creado al autor. Sin embargo, esta afirmación de que el derecho de autor es un derecho fundamental es frecuente, pero no pacífica. Por ejemplo, en el caso de España se discute pues dicho término no es recogido expresamente por el artículo 20.1 b) de la Constitución de 1978, que debe ser interpretado de forma sistemática con los tratados internacionales válidamente celebrados, incorporados y publicados en el ordenamiento jurídico. En este orden, Díaz (2008) advierte que si la propiedad intelectual se hubiese considerado un derecho fundamental en la Constitución española, no habría sido regulada por una ley ordinaria, sino por una Ley Orgánica, como resulta preceptivo del artículo 81.1 de esta (p. 138).

corporales (Peñailillo, 2007, p. 18; Sandoval López, 2006, pp. 66-68). En efecto, el citado artículo 19 número 25 señala en su cuarto inciso que serán aplicables a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número 24 del artículo 19, esto es, el relativo a la propiedad ordinaria (Cándano Pérez y Moreno Cruz, 2019, p. 151).

En otro orden de ideas, continuando con la redacción del artículo 19 número 25, resulta necesario precisar que una cosa es que se proteja la libertad para “crear” y otra, la propiedad sobre el resultado de aquello, esto es, la propiedad intelectual sobre lo creado. Esto permite entender que si bien existe un derecho de las personas “a ser autor” amparado en la referida libertad de crear y difundir las artes, solo será autor (y, por tanto, detentará los derechos subjetivos respectivos) quien efectivamente haya creado una obra en las condiciones que establece la ley respectiva. En ese sentido, el derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley, que en la actualidad es la Ley 17336 de propiedad intelectual (en adelante, LPI).

### 3. ¿Qué protegen la propiedad intelectual y el derecho de autor?

En términos generales, la propiedad intelectual es el área del derecho que regula la creación, uso y explotación del trabajo que es resultado de procesos creativos o mentales. En su acepción restringida, “propiedad intelectual” se refiere al “derecho de autor”, el cual comprende un conjunto de prerrogativas o facultades que nacen por el solo hecho de la creación de la obra en favor de los autores de “obras de la inteligencia” en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera sea su forma de expresión.

En los países de tradición jurídica latina, además de la expresión “derecho de autor”, se utilizan las expresiones “propiedad literaria y artística” y “propiedad intelectual” (Lipszyc, 2001, p. 19). Así que, en ocasiones, es posible encontrar a autores que se refieren a “propiedad intelectual” como sinónimo de “derecho de autor”.<sup>8</sup> En ese contexto, la propiedad intelectual –en oposición a la propiedad industrial– se relaciona con la protección de las creaciones del espíritu en las que queda plasmada la personalidad del autor, tratándose de creaciones únicas y no producidas industrialmente o en serie.

---

8 En el ordenamiento jurídico chileno “propiedad intelectual” se entiende como derecho de autor y su contenido está regulado por la Ley 17336 que lleva por título “de Propiedad Intelectual”.

En su acepción amplia –que es la que se utiliza en el marco de los instrumentos internacionales administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)–, la propiedad intelectual se relaciona con las creaciones de la mente que incluyen invenciones, obras literarias y artísticas, así como símbolos, nombres e imágenes utilizados en el comercio. De ahí que, en ese contexto, se divida en dos categorías: la propiedad industrial, que abarca las patentes de invención, las marcas, los diseños industriales y las indicaciones geográficas; y el derecho de autor, que comprende las obras literarias, las películas, la música, las obras artísticas y los diseños arquitectónicos, entre otros. Vinculados a este último están los derechos conexos al derecho de autor, que son aquellos que corresponden a los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones o ejecuciones, a los de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los de los organismos de radiodifusión respecto a sus programas de radio y televisión.

Además, en el mundo creativo es posible hallar otros derechos *sui generis* que han venido reconociéndose de la mano del desarrollo tecnológico. La existencia de estos sirve para entender que cuando se habla de derechos intelectuales es posible que coexistan diferentes categorías de derechos, cuyo ámbito de protección, aunque relacionado, puede ser diverso, no siendo extraña la creación de figuras que atiendan a la particularidad de algunos fenómenos.

En efecto, como ejemplo de derechos *sui generis* puede mencionarse que, en virtud de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 27 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –conocidos por sus siglas como ADPIC o TRIPs– (OMC, 1994), los Estados miembros pueden decidir que no se concederán patentes en sus países para determinados tipos de invenciones vegetales y animales. En ese sentido, se les permite excluir de la patentabilidad “las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos”. No obstante, también se dispone que debe otorgarse protección a las obtenciones vegetales ya sea mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* (esto es, un sistema creado específicamente con este fin) o mediante una combinación de aquellas y este.

Por otra parte, también puede mencionarse como ejemplo de derechos *sui generis* el que se reconoce sobre algunas bases de datos en el derecho español y que protege “la inversión sustancial, evaluada cualitativa o cuantitativamente, que realiza su fabricante ya sea de medios financieros, empleo de tiempo, es-

fuerzo, energía u otros de similar naturaleza, para la obtención, verificación o presentación de su contenido”.<sup>9</sup>

Esas otras categorías de derechos existen también bajo el amparo de la norma constitucional, que reconoce y protege en general un derecho de propiedad especial sobre los resultados del pensamiento que se manifiestan en un acto de creación o producción intelectual. Y aunque la concreción de estos derechos subjetivos viene dada por la ley, en principio nada obsta para que un Estado pueda crear nuevas formas de proteger la propiedad intelectual o bien nuevas categorías de derechos intelectuales atendiendo a circunstancias y características específicas.

Con respecto al derecho de autor, que es el que interesa a efectos de este trabajo, debe precisarse que para que nazca es necesario que exista una obra, que ella sea original y que también exista un autor. Como regla general, el autor de dicha obra será el titular original de las facultades morales y patrimoniales que devienen de este régimen jurídico especial.

De manera que, aunque el derecho de autor es uno solo, tiene una doble vertiente compuesta por las facultades morales que nacen, por una parte, de la proyección de la personalidad del autor mediante su obra (y que son esenciales al derecho y, por tanto, irrenunciables). En ese sentido, se considera que los productos intelectuales tienen un valor intrínseco por ser expresión de la dignidad y la creatividad humanas. Y, por otra parte, están las facultades patrimoniales, cuya naturaleza es más bien económica y se vinculan con la explotación de la obra y la posibilidad de beneficiarse del producto económico de ella.

Por lo anterior, los conceptos de “obra” y “autor” se encuentran interconectados en la medida en que uno es objeto y el otro es sujeto de protección del derecho de autor. Así que para determinar si existe o debe existir un derecho de autor o similar para los productos de la IA, se requiere analizar los conceptos citados en relación con el contexto de la IA.

### **3.1. La obra original en el contexto de la IA**

El objeto del derecho de autor es “la obra”, término que no suele estar definido en las leyes de propiedad intelectual. De acuerdo con la doctrina, una obra intelectual se refiere a aquellos bienes inmateriales que se expresan a través de

---

9 Este régimen puede hallarse en el Título VIII, artículos 133 al 137 del Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.



una forma determinada, o bien que constituyen creaciones originales reflejo de la inteligencia y la sensibilidad humana que pueden ser percibidas por el resto de la sociedad a través de su materialización en un soporte determinado (Valdés, 2016, pp. 7-30). De este concepto se deduce que las obras creativas gozan de la protección del derecho de autor si son originales.

Pero las legislaciones tampoco definen lo que habrá de entenderse por “originalidad.” Así que es de nuevo la doctrina la que precisa que ella se refiere al aporte creativo que diferencia a la obra de otras creaciones preexistentes, lo que puede ser entendido desde al menos tres perspectivas o criterios: objetivos, subjetivos y mixtos (Márquez, 2001).

Para las teorías o criterios objetivos, bajo la tutela de los derechos de autor, solo se encontrarán aquellas creaciones humanas que sean objetivamente nuevas, es decir, que se traten de una aportación al patrimonio cultural de algo que no existía. Se exige, pues, que la obra pueda diferenciarse de las demás en cuanto a novedosa por su contenido o por el modo de expresión. Este criterio sigue el sistema anglosajón (Derclaye, 2014).

Las teorías o criterios subjetivos, en cambio, consideran que debe protegerse la creación siempre y cuando sea un reflejo de la personalidad del autor, es decir, que conlleve un “sello” del autor con la creatividad propia de este, con elementos que la distingan de otras del mismo género. Así, la obra no tiene que ser nueva para quedar protegida por el derecho de autor, siendo suficiente con que se trate de una expresión distinta de las anteriores, signada por la impronta personal del autor, quien le imprimió un mínimo esfuerzo creativo (Antequera Parilli, 2007, pp. 448-449).

La diferencia entre ambas posturas radica en que la originalidad en sentido objetivo busca la ausencia de una obra homóloga en el pasado, en tanto que la originalidad en sentido subjetivo tiene en cuenta la marca de la personalidad del autor que resulta de su esfuerzo creador. Un criterio mixto tendrá en cuenta no solo que se trate de una obra no existente previamente, sino también que ella lleve la impronta personal de su autor (Colombet, 1997, p. 7).

En ese sentido, el sistema chileno pertenece a la tradición subjetiva de la propiedad intelectual. Esta concepción resalta la vinculación de la persona con su obra como proyección de su personalidad. Vinculación que, se ha entendido, solo puede existir entre una persona natural y la obra. Conforme a ella, el autor crea de la nada a partir de su propia inspiración y en soledad. Así que la obra deviene como la prolongación de la personalidad misma del autor, exteriorizada por medio de su creación (Walker Echenique, 2014).

Bajo ese contexto, la realidad que plantea la IA supone al menos el desafío de repensar los conceptos de “obra” y “originalidad” porque existen sistemas que pueden servir de herramientas tradicionales, pero también existen otros de los que se afirma que podrían actuar de forma autónoma, en circunstancias no contempladas antes por el derecho, tomando decisiones creativas que generen resultados que podrían considerarse originales (rompedores de esquemas, nuevos y distintos de lo previamente existente) sin que necesariamente exista intervención humana directa, requisito que, según lo dicho, sería necesario para el nacimiento del derecho de autor.

En ese sentido, sobre la base del subcampo de la IA llamado “creatividad computacional”, desde el mundo de la computación se ha propuesto que en lugar de considerar al programa de computación como herramienta de ayuda a los creadores humanos, este podría verse como una entidad creativa en sí misma porque existen programas informáticos capaces de replicar aspectos del comportamiento creador artístico.<sup>10</sup> Para entenderlo, piénsese, por ejemplo, en AARON, un sistema robótico desarrollado por el artista y programador Harold Cohen y que es capaz de usar un pincel con su brazo robótico y pintar en un lienzo sin ayuda (López de Mántaras, 2016, pp. 5-15). ¿Es realmente AARON un ente creativo?

Pues bien, más allá del debate jurídico que dicha propuesta plantea y que más adelante se señala (que la IA sea considerada el ente creativo), dado que estos sistemas “pertenecen a alguien” o bien “son alimentados por alguien”, las interpretaciones pueden ser varias.

En efecto, a inicios de 2020, un tribunal en China determinó que un texto creado por el robot periodista Dreamwriter antes mencionado debe recibir la misma protección que los textos creados por seres humanos. En ese sentido, se dictaminó que un trabajo generado por IA califica para la protección de los derechos de autor. El fallo se produjo después de que la empresa Tencent demandara a una plataforma en línea que proporciona información sobre préstamos por copiar un artículo contentivo de un informe financiero escrito por el robot sin autorización de Tencent.

El tribunal también señaló que el acusado, Shanghai Yingxun Technology Company, infringió los derechos de autor de Tencent y debía asumir responsabilidad civil. Dado que este último ya había eliminado el trabajo objeto de la infracción, se ordenó a Shanghai Yingxun Technology Company que pagara

---

10 Se ha llegado al punto de que, en ocasiones, las personas no son capaces de determinar cuáles productos han sido generados por un ordenador y cuáles por un ser humano.

a Tencent por pérdidas económicas y protección de derechos. Los derechos fueron entonces para el titular de la IA. La decisión se fundó en que la forma de expresión del artículo se ajustaba a los requisitos del trabajo escrito y el contenido mostró la selección, el análisis y el juicio de la información y los datos relevantes del mercado de valores. Además, el tribunal estimó que su estructura era razonable, la lógica era clara y tenía cierta originalidad (Yan, 2020).

Sin embargo, desde la perspectiva tradicional de la originalidad, en principio la obra creada mediante sistemas de IA solo podría reputarse original si interviniese el factor humano en su generación, y dicha intervención no se limita a actividades meramente técnicas (pues estas, si es que fueran dignas de protección, lo serían tal vez a través de otros regímenes jurídicos, pero no por el derecho de autor), sino que su participación constituye un “mínimo esfuerzo creativo”, jurídicamente relevante como para que pueda reconocerse algún derecho, ya que, como se indicó, al vincularse a la personalidad del autor, se requiere su “impronta personal”, y si es la máquina la que toma las decisiones “creativas”, ¿cuál sería la personalidad humana que se plasma en el resultado?

Pero, aunque es posible que no haya intervención directa o inmediata para el logro de un producto concreto (eventual “obra”), en el proceso de desarrollo de proyectos de IA pueden existir diversos sujetos intervinientes. Por ejemplo, aquellos que “entrenan” al sistema para que sea capaz de hacer determinadas tareas automatizadas. El mayor problema desde esa perspectiva está en que la legislación actual no contiene una norma expresa que determine a quién atribuirle una determinada autoría o titularidad. Así que es esa una gran pregunta que debe formularse a la hora de repensar los regímenes tradicionales.

En ese sentido, una posible titularidad de derechos sobre los productos de la IA plantearía como mínimo las siguientes alternativas: (a) derechos de autor para la IA (entiéndase el robot, algoritmo, computador, ordenador o programa de ordenador); (b) derechos sobre la creación para el programador o diseñador del sistema; (c) derechos sobre la creación para el usuario del programa; (d) derechos tanto para el programador como para el usuario del programa; o bien (e) que el producto o creación se encuentre en el dominio público por no existir sujeto a quien pueda atribuírsele con claridad la titularidad (Ríos Ruiz, 2001, p. 7).

En relación con esta última alternativa, ante un debate similar al que se analiza en este trabajo, pero en este caso planteado en el ámbito de la propiedad industrial frente a la posibilidad de que un robot pueda ser considerado como inventor y, en consecuencia, titular de una patente, la falta de una norma expresa llevó a la Oficina Europea de Patentes a concluir que no podría determinarse la

titularidad de ningún derecho en favor de ningún sujeto porque el “creador” (inventor), en este caso la IA, es objeto y no sujeto de derechos, por tanto, no tiene personalidad jurídica, no cuenta con derechos ni con la capacidad para ejercer alguno (European Patent Office, 2020).

Pero tal conclusión lleva a plantearse al menos: ¿qué sentido tendría que diversos instrumentos nacionales e internacionales promuevan la libertad de crear si luego quienes están detrás de lo creado –en este caso, un producto de IA– no pueden participar del beneficio económico de su creación debido a sistemas anacrónicos o ambigüedades legislativas? ¿O es que no es su creación porque el sistema –que fue alimentado y diseñado por alguien– arrojó un resultado de forma asincrónica? ¿Por qué ninguno de los sujetos que hacen al sistema capaz de lograr el resultado o producto podría merecer alguna retribución económica si la hubiera? ¿Podría hacerlo quien invirtió en el proyecto?

Ante las diversas interpretaciones posibles, se evidencia que existe ambigüedad, por lo que convendría que el legislador al menos fijase algunos criterios o aclarase qué hacer frente a estos productos con el propósito de generar mayor seguridad jurídica, pues en definitiva es este uno de los grandes fines que el derecho está llamado a satisfacer.

### **3.2. El autor en el contexto de la IA. ¿Por qué no es posible considerar a la IA como sujeto de protección autoral conforme a la legislación vigente?**

Aunque está claro que no todo lo que cree el ser humano es merecedor de protección autoral y lo mismo tendría que ocurrir con los productos de la IA, no está de más reflexionar en cuanto a si llegó el momento de repensar algunos conceptos, entre los cuales se hallan el de “autoría” y “titularidad”, pues, según ha quedado de manifiesto, las capacidades de los algoritmos de IA también plantean la pregunta sobre si se está frente a nuevos entes capaces de crear obras del espíritu y, en consecuencia, ante posibles nuevas formas de autoría que tendrían que ser reconocidas –¿o no?– por el derecho.

Para eso habría que cuestionarse: ¿qué es lo que los diferencia de ser solo una herramienta? (Guadamuz, 2017). Si se considera que algunas nuevas formas de IA imitan al cerebro humano, ¿podrían existir la originalidad y creatividad en el producto de una imitación que la máquina hace del cerebro? ¿Sería realmente de la máquina que logra la creación o de la persona que hubo detrás? ¿Puede existir originalidad en aquellos casos en los que, para lograr el resultado, la intervención de las personas físicas es indirecta o mediata y la creación es fruto

de la actividad autónoma de una máquina inteligente o de una red neuronal? (Cuerva de Cañas, 2018, p. 738)

Pues bien, aunque no todo lo que se crea a través de (o “por”) un programa de computación o ciertas tecnologías puede llegar a considerarse una “obra” (en términos de derecho de autor), la realidad es que –lo haya reconocido o no el derecho– los algoritmos de IA crean piezas musicales, pinturas, textos, etc., por lo que es imperativo decidir a quién corresponde la titularidad de dichas creaciones, ¿o es que no hay ninguna? Téngase en cuenta que resulta importante determinar quién es el sujeto de derecho, pues será él el facultado por ley o por contrato para ejercer los derechos patrimoniales y morales que conforman el derecho de autor. O bien, si es que no hay uno, para determinar que el producto, por no ser obra, se encuentra en el dominio público, quedando claros los límites a sus posibles usos o accesos.

A este respecto, en Chile, la LPI no define lo que debe entenderse por “autor,” aunque señala en su artículo 7 que es titular original del derecho el autor de la obra. Así que el estudio de los sujetos del derecho de autor se realiza tomando como referencia la distinción que hace la LPI entre titular originario y titular secundario. En este orden de ideas, la doctrina chilena entiende por “adquisición originaria” a aquella en que el derecho que se une al sujeto surge en este directamente y de un modo autónomo, es decir, independientemente de una relación jurídica con una determinada persona (Walker Echenique, 2014). De esta forma, el titular originario de la propiedad intelectual es aquel sujeto cuyo derecho surge en este directamente y de forma autónoma.

Asimismo, en el artículo 8, la LPI establece que se presume autor de la obra (salvo prueba en contrario) a quien aparezca como tal al divulgarse aquella, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual. Por su parte, en el artículo 5 de la LPI se señala que, para sus efectos, se entenderá por “obra individual” aquella que sea producida por una sola persona natural,<sup>11</sup> y por “obra en colaboración” la que sea producida conjuntamente por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados. En tanto que la “obra colectiva” es la que se ha producido por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica<sup>12</sup> que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre.

---

11 Téngase en cuenta que de acuerdo con el artículo 55 del Código Civil chileno: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición [...]”.

12 Conforme a lo dispuesto en el artículo 545 del Código Civil chileno, la persona jurídica es: “Una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”.

Sobre la base de estas normas, en Chile no sería admisible una autoría no humana, pues para ser autor antes habría que ser persona, sujeto de derecho (Rogel Vide, 2018, p. 13). Aunque es cierto que, a la fecha de elaboración de este trabajo, la jurisprudencia chilena no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema relativo a una eventual autoría de la IA.

Y a la misma conclusión se llegará en diversos ordenamientos.<sup>13</sup> Eso es así, además, porque la doctrina y la jurisprudencia han entendido que no puede haber obra del espíritu sin, precisamente, este último, que es privativo del género humano, único con la aptitud para sentir, pensar, entender, analizar, expresar, realizar el acto de creación. Que es, en definitiva, lo que ha tutelado tradicionalmente el derecho de autor: “la personalidad y creatividad del autor manifestadas a través de su obra” (Valdés, 2016, pp. 7-30).

Y es que incluso cuando en virtud de la ley deben reconocérsele ciertas categorías de derechos de propiedad intelectual a las personas jurídicas, se habla de titularidad de derechos derivada o secundaria,<sup>14</sup> pero la originaria corresponde siempre a una persona natural o física: “el autor”. Y es autor la persona que concibe y realiza alguna obra literaria o crea y ejecuta alguna artística. Así que, efectivamente, si se considera que el algoritmo de IA es “objeto” y no sujeto de derecho, bajo la legislación actual no puede atribuírsele la categoría de autor.

En efecto, ya en el derecho comparado se han generado algunos pronunciamientos jurisprudenciales tendentes a negar la posibilidad de que “autores no-humanos” puedan tener las prerrogativas que ofrece el derecho de autor. Tal es el caso del conocido “*Selfie de Naruto*” ocurrido en Estados Unidos, en el que se discutió si un macaco hembra de nombre Naruto podía tener derechos autorales. El 23 de abril de 2018, la Corte de Apelaciones para el 9<sup>no</sup> Circuito confirmó que

---

13 En efecto, en España, por ejemplo, la conclusión sería la misma, ya que de acuerdo con el artículo 5.1. del Real Decreto Legislativo 1/1996, del 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: “Se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria artística o científica”.

14 Como regla general, el titular originario de una obra es el autor. Excepcionalmente, la ley contempla ciertas hipótesis en las que el titular originario no es el autor sino otra persona, incluso permitiendo que sea una persona jurídica. Lo relevante es que en cada una de dichas hipótesis se aplica el criterio de adquisición originaria, es decir que el derecho de autor se une al titular directamente y de un modo autónomo. Una de las hipótesis de excepción mencionada se refiere a la autoría de derechos derivados del programa de computación. A este respecto, la ley señala que, tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario. Respecto a los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputarán cedidos a este los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario. A pesar de ello, estas excepciones no redefinen la noción de autor, sino que alteran las reglas generales sobre titularidad de los derechos de autor (Walker Echenique, 2014).

los animales (no-humanos) no pueden ser autores de obras.<sup>15</sup> En el mismo orden, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha expresado que el derecho de autor solo se aplica a las obras que constituyen creaciones intelectuales originales atribuidas al autor, quien es, como se ha dicho, una persona natural.<sup>16</sup>

Sin embargo, en relación con lo anterior, habría que decir que el hecho de que no sea posible designar como autor a una máquina no implica necesariamente que los productos de la IA siempre y en todos los casos estarán en el dominio público, por lo que es necesario realizar otras consideraciones. Conviene precisar entonces que las obras creadas con la ayuda de un sistema de IA serán de quien las creó, siéndolo de aquel que haya diseñado el programa si de la utilización de este y de sus posibilidades resultare la obra creada, y en caso de colaboración entre varios, incluso podría hablarse de “coautoría” (Rogel Vide, 2018, p. 14).

Pero en aquellos casos en los que no media intervención humana directa, es posible, como se indicó, que dichas creaciones se consideren en el dominio público en la medida en que no exista sujeto a quien atribuirle la titularidad. Para obtener una respuesta diferente, antes será necesario cambiar la legislación.

#### **4. Hacia el reconocimiento de la “obra algorítmica” y de un derecho de propiedad intelectual para los productos autónomos de la IA**

Como ha quedado de manifiesto, el complejo fenómeno de la IA va haciendo más patente la necesidad de fijar algunos criterios en el área de propiedad in-

---

15 Aunque no es el único ni el primer caso donde la Oficina de Copyright de Estados Unidos se pronuncia al respecto, vale la pena hacer referencia a una serie de casos en los que se ventilaba la posible autoría de un animal, o bien de un “no-humano”, ya que en estos casos se hacía hincapié en que el derecho de autor se reconoce solo a personas. Se trata del “*Selfie de Naruto*”. En esta serie de casos, el fotógrafo británico David Slater sostenía tener derechos de autor sobre una fotografía tomada en 2011 por un macaco hembra llamada *Naruto*. A decir de Slater, él construyó el ambiente que resultó en la fotografía, ya que viajó a Indonesia, reunió al grupo de macacos y preparó su equipo de fotografía de modo que se propiciara la situación. Al respecto, en diciembre de 2014, la Oficina de Copyright de Estados Unidos señaló que las obras creadas por no-humanos “tales como una fotografía tomada por un macaco” se encuentran fuera de la protección del *copyright*. Sin embargo, algunos expertos en el área llegaron a opinar que el rol de Slater en el proceso para lograr la fotografía era suficiente como para reconocer algún derecho de propiedad intelectual, teniendo en cuenta sobre todo que Slater es británico (no estadounidense), que la fotografía se tomó en Indonesia y otra serie de detalles que la rodearon. Así que tal vez, conforme a la ley británica, habría obtenido un mejor resultado. Al respecto, véase el análisis que hace Guadamuz (2016).

16 Incluso en el caso de las fotografías que constituyen obras originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor. Véase *Infopaq Infernacional A/S v. Danske Dagbaldes Forening* (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72482&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7434080>). También Derclaye (2014).



telectual. De hecho, esta necesidad ya fue advertida por la OMPI (2020a), la cual ha llamado a sus Estados miembros y a terceras partes interesadas a debatir en relación con el impacto de la IA sobre la propiedad intelectual y a formular colectivamente preguntas que coadyuven en la generación de nuevas políticas en el área.<sup>17</sup>

Y es que cada logro tecnológico de la humanidad ha supuesto debates y también que el Derecho deba reinventarse para dar respuesta a nuevas realidades y conflictos que resultan difíciles de ignorar. Así, la llegada de la cuarta revolución industrial, de la “creatividad computacional” y de otras formas de creatividad<sup>18</sup> sin duda implican un cambio en los procesos creativos (Gervás, 2018) que han venido a aportar nuevos productos por medio del uso de herramientas más sofisticadas. Pero no hay que perder de vista que siguen siendo las personas las que, a través del desarrollo de sus capacidades intelectuales, de su trabajo y esfuerzo o de su inversión, hacen que las máquinas logren resultados y productos sorprendentes que, eventualmente, pueden tener algún valor económico o incluso moral. Y es ahí donde se encuentra el fundamento de la existencia misma de la propiedad intelectual y su protección constitucional.

De esta forma, aunque desde un punto de vista subjetivo y bajo los conceptos tradicionales existen verdaderas dificultades para determinar cuáles de esas intervenciones humanas podrían considerarse jurídicamente relevantes y, en consecuencia, si efectivamente puede hablarse de obra y autor en el contexto de la IA, la verdad es que no es esa la única fórmula que podría aplicarse, ya que incluso aplicar criterios objetivos o mixtos podría dar cabida a que los productos autónomos de la IA queden jurídicamente protegidos sin ambigüedades.

Asimismo, a pesar de la humanización que suele hacerse de la tecnología y en particular de los sistemas de IA y de los robots, conforme al estándar actual, lo cierto es que cualquiera sea la forma de IA que medie en el resultado de una creación, a lo sumo aquella será el instrumento a través del cual se obtenga el producto, pero no autor, incluso si el resultado que se consigue es impredecible y automatizado.

Así que lo que la legislación debe resolver es a quién podrían darle derechos autorales u otro tipo de derechos *sui generis* si no puede aplicarse fácilmente la noción tradicional de autor o de obra, esto porque la herramienta y el pro-

---

17 Por Chile véase OMPI (2020b).

18 También en sus trabajos, Navas Navarro (2018; 2019) analiza otros tipos de creatividades, así como el concepto y clases de “arte computacional” que podrían dar paso a la protección de lo que esta autora denomina las “obras producidas por algoritmos”.



ducto en cuestión no se obtienen de formas tradicionales. O bien si es que deben reconocerse expresamente un “derecho de autor computacional” o, más específicamente, una “obra algorítmica”. Lo anterior, con el propósito de precisar sus particularidades, como ha ocurrido en otras ocasiones frente a otros desarrollos tecnológicos. Piénsese, por ejemplo, en la discutida protección que se reconoce a las bases de datos y a la fotografía en la que terminó por admitirse la existencia de obras fotográficas, pese a que se discutía, entre otras cosas, si existía suficiente originalidad en ellas. ¿Por qué no podría existir entonces una “obra algorítmica”?

Pues bien, frente al problema de que la IA no es persona y, por no serlo, no puede ser autor o titular de derechos –aunque sus productos cumplan con caracteres de apreciable originalidad–, una primera alternativa para su protección sería analizar la conveniencia de incorporar en los ordenamientos jurídicos aquella idea avanzada por el Parlamento Europeo en 2017 sobre la eventual creación de una “personalidad jurídica digital” para los robots<sup>19</sup> y que estos sean considerados una nueva categoría o ficción de “persona”, que hasta el momento no existe en Chile pues solo se reconocen personas naturales y jurídicas.

Ahora bien, aunque no es del todo descartable esta alternativa, antes habría que preguntarse qué utilidad podría tener desde la perspectiva del derecho de autor. Pues, al igual que pasa con las personas jurídicas, esa persona jurídica “digital” o “robótica” –con el estado actual de la tecnología– es y tendría que ser gobernada por personas humanas para cumplir fines humanos (Lacruz Mantecón, 2018, pp. 74-77).

Así que la titularidad en comento convendría más bien entregársela directamente a la persona humana o jurídica que gobierna la máquina<sup>20</sup> sin que parezca necesario el reconocimiento de una nueva forma de personalidad, jurídi-

---

19 En efecto, en la Resolución del Parlamento Europeo, del 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), se llegó a plantear, en un párrafo sobre posibles soluciones jurídicas, la posibilidad de crear a largo plazo una “personalidad electrónica”, esto es, una personalidad jurídica específica para los robots, de forma que, como mínimo, los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente (Parlamento Europeo, 2017). De inmediato, se alzaron las voces expertas a pronunciarse sobre lo que, para muchos abogados y catedráticos de derecho civil, resultaría inviable. Al respecto, véanse, entre otros, Lacruz Mantecón (2018), Puyol (2018) y Rogel Vide (2018).

20 Programador, diseñador, usuario o fabricante que hizo posible que la máquina generase el resultado protegible, lo cual, en todo caso, tendría que ser aclarado por la ley, lo que no ocurre en la actualidad.

camente hablando. De esta forma, al menos en la actualidad, no parece viable ni conveniente tal alternativa, salvo cambio de la situación o de la tecnología hoy conocida.

A falta de tal personalidad, y aplicando criterios tradicionales, ocurrirá que pueda considerarse que el producto en cuestión se encuentre en el dominio público y, por tanto, esté libre de derechos de autor. Sin embargo, esta solución no parece tener en cuenta a los distintos sujetos que podrían intervenir en estos proyectos, que, en definitiva, son una nueva forma de expresar la creatividad humana por mucho que, como se ha dicho, en los hechos se tienda a humanizar las capacidades de la máquina; esta actúa porque alguien –una o varias personas– la creó y “entrenó” para poder hacer lo que hace. Tampoco parece alentar el avance tecnológico ni fomentar la inversión en innovación y el uso de la IA. Pues, en definitiva, siempre hay un ser humano detrás en alguna de las tareas que se ejecutan para que el algoritmo logre el resultado eventualmente protegible.

En este orden de ideas se concuerda con Ríos Ruiz (2001), quien hace casi dos décadas advertía que los productos de la IA (que puedan calificar como obras) no deben entrar en el dominio público, porque en ellos es posible determinar uno o varios eventuales titulares, que serán las personas que realizan los ajustes necesarios para la creación del trabajo y el resultado final arrojado por el dispositivo. Ello estará directamente relacionado y subordinado a los elementos de entrada que se le proporcionen. Incluso en aquellos casos en que las obras sean generadas de manera supuestamente autónoma (o automatizada) por un computador, teniendo en cuenta el estado actual de la técnica, siempre habrá una participación directa o indirecta de un ser humano, bien sea en la alimentación de los mencionados datos iniciales o en los procesos desarrollados (Ríos Ruiz, 2001, pp. 5-13). Si eso es así, tales sujetos y productos no podrían quedar desprovistos de protección.

Conviene recordar en ese sentido que si la CPCh asegura y protege a todas las personas, la propiedad intelectual y la “libertad de crear y difundir las artes” y todo tipo de bienes incorporeales, resulta que el Estado debe desarrollar las actuaciones tendentes a garantizar plenamente su ejercicio o al menos a facilitarlos, y la ambigüedad en nada contribuye a que esto se cumpla. Incluso, podría resultar inconstitucional que se impida o dificulte la libertad de creación directa o indirectamente o, más aún, que se amplíe injustificadamente la hipótesis de libre utilización por terceros de lo que bien podrían ser nuevas formas de obras del espíritu (Rogel Vide, 2015, p. 68), sobre todo si el fundamento para ello es el silencio o la ambigüedad de la ley.

Pero es lo cierto que, en la actualidad, la ley no ofrece respuestas claras. Por lo tanto, luce como alternativa una reforma legislativa que podría conllevar al establecimiento de criterios de originalidad en el contexto de la IA. Esta eventual reforma no implica necesariamente la obligación de reconocer “autoría” a un objeto o de crear una “personalidad jurídica digital”, pero sí de proteger el trabajo de las personas que hay detrás.

De manera que los criterios de originalidad que se establezcan podrían incluso considerar aspectos objetivos, como los esfuerzos realizados y/o la inversión hecha, ya que, como apunta Saiz García (2019), afirmar que no es posible proteger mediante un derecho exclusivo los resultados producidos por las máquinas de forma autónoma –mediante sistemas de IA– no parece satisfacer y alentar las expectativas de quienes invierten tiempo y grandes sumas en innovación, materiales y capital humano para el desarrollo de este tipo de proyectos (pp. 33-34).

En efecto, en el derecho español se ha propuesto la creación de un derecho *sui generis* para aquellas creaciones que reúnan las características suficientes para ser consideradas obras, atendiendo a las necesidades actuales y particulares del sector y ponderando otros derechos e intereses en juego. Y esta es una cuestión relevante que ya ha inspirado la existencia misma de algunos regímenes de propiedad intelectual vigentes que consideran valiosa la inversión en trabajo, tiempo y dinero realizada por algunos para obtener una verdadera obra.

En este orden, también resulta interesante la experiencia del enfoque recogido en el artículo 9.3 de la Ley de Derecho de Autor, Diseños y Patentes del Reino Unido (Copyright, Designs and Patents Act 1988),<sup>21</sup> que, al referirse a la categoría “*computer-generated Works*” (obras generadas por computadoras), dispone que en el caso de una obra literaria, dramática, musical o artística generada por computadora, se considerará que el autor es la persona que realiza los arreglos necesarios para la creación de la obra. Además, el artículo 178 de dicha ley define una obra generada por computadora como aquella que “es generada por una computadora en circunstancias tales que no existe un autor humano de la obra”.

En ese sentido, la protección sería para aquel que dio las instrucciones para llevar a cabo la obra o para aquel que realiza los arreglos necesarios para la creación de esta. De manera que, en algunos casos, el derecho será del programador y, en otros, del usuario del programa, esto es, la persona natural que está detrás

---

21 Fórmulas similares pueden hallarse también en los siguientes textos normativos: New Zealand Copyright Act de 1994, Ireland Copyright Act and Related Rights Act de 2000, y South Africa Copyright Act de 1978.

de la máquina. Queda por precisar qué se entiende por “instrucciones para llevar a cabo la obra” o por “arreglos necesarios para la creación de esta” (Guadamuz, 2017; Navas Navarro, 2018, pp. 285-286). Aunque es cierto que esta solución deviene de una tradición jurídica distinta a la de los ordenamientos abordados en este trabajo, sirve como valioso antecedente a considerar frente a algunos de los retos que debe enfrentar el derecho de autor en el contexto de la IA.

## 5. Conclusiones

La IA es una realidad que ya está presente en la vida de las personas facilitando muchas tareas, y los sistemas de IA son herramientas que, bien administradas, pueden contribuir al desarrollo económico de una sociedad. Su uso en incremento supone también el surgimiento de nuevos conflictos, algunos de los cuales impactan al derecho de propiedad intelectual para imponerle nuevos desafíos.

De la existencia de normas constitucionales que reconocen, protegen y garantizan a todas las personas la libertad para crear y difundir las artes, y también un derecho de propiedad sobre lo creado, resulta contradictorio que algunos productos autónomos de la IA queden desprovistos de protección por el silencio de la ley, por su ambigüedad o por la tendencia generalizada de humanizar a la tecnología que hace que se pierda de vista lo que realmente es: una sofisticada herramienta creada y mantenida por y para las personas.

La existencia de sistemas que “imitan” las capacidades de lo humano no hacen sino poner de manifiesto que este se superó a sí mismo y, por lo tanto, que su esfuerzo o inversión deberían ser protegidos. Así que no es al “robot” a quien el derecho estaría tutelando, sino a las personas que hay detrás de la máquina, gracias a las cuales se ha logrado un nuevo producto con una nueva forma de expresión que debería ser protegible por el solo acto de creación, pero ello no está exento de dificultades.

Si se tiene en cuenta todo lo aquí analizado, es necesario insistir entonces en que conviene que el legislador de la propiedad intelectual “repiense” ciertas instituciones para poder dar cabida al creciente desarrollo tecnológico y, por qué no, a la obra algorítmica o a la protección de algunos productos de la IA. Es, pues, imperativo replantearse algunas figuras y conceptos tradicionales, ya que se están generando nuevas creaciones eventualmente dignas de protección jurídica que podrían quedar desprovistas de ella porque el derecho va a una velocidad distinta.

Esto no implica necesariamente reconocer autoría a un objeto o crear una tercera categoría de persona (aunque ello no es del todo descartable), sino dotar al ordenamiento jurídico de criterios que permitan determinar ya sea que no hay ninguna titularidad o bien a quién y bajo qué supuestos correspondería la titularidad o autoría de las obras algorítmicas, sobre la consideración de un “mínimo esfuerzo creativo” que atienda a la especialidad de la creatividad computacional u otras formas de creatividad propias del área. O incluso al reconocimiento de otro tipo de esfuerzos, como la inversión de medios financieros, el empleo de tiempo, esfuerzo, energía u otros de similar naturaleza para la obtención, verificación o presentación del producto generado por la IA.

A este respecto, aunque proveniente de una tradición ajena a la chilena, es interesante, por una parte, la solución que encontró el Reino Unido, conforme a la cual se considerará que el autor de un producto generado por computadora es la persona que realiza los “arreglos necesarios” para la creación de la obra. Una solución que adopte esta alternativa tendría que definir cuáles pueden ser dichos arreglos necesarios, por ejemplo: ¿la alimentación del sistema?, ¿el uso?, ¿el diseño?

Por otra parte, la protección puede consistir, como se ha propuesto en España, en la creación de un nuevo derecho *sui generis* que atienda a las particularidades del contexto de la IA. Esta solución puede manejarse como una alternativa que ya se ha utilizado para dar cabida a otras nuevas creaciones humanas, y resulta especialmente atractiva porque es complejo que los productos autónomos de la IA puedan ajustarse del todo al estándar de “obra” y “autor” conocido hasta ahora, el cual nació para resolver otros tipos de problemas y situaciones.

Por el momento, a falta de reformas por la complejidad que estas entrañan y dado que es un debate que apenas comienza, quedará en manos de la jurisprudencia pronunciarse caso a caso sobre estos y otros nuevos problemas que plantea el uso de sistemas de IA en la medida en que vayan presentándose.

## Bibliografía

- Álvarez Amézquita, D., Salazar, O. E. y Padilla Herrera, J. (2015). Teoría de la propiedad intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía. *Civilizar*, 15(28), 61-76.
- Antequera Parilli, R. (2007). *Estudios de derecho de autor y derechos afines*. Madrid: Editorial Reus.

- Cándano Pérez, M., y Moreno Cruz, M. (2019). Propiedad intelectual en Cuba. Una mirada crítica a su reconocimiento constitucional. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 8(1), 133-165. <http://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2019.51115>
- Colombet, C. (1997). *Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el mundo*. Madrid: UNESCO.
- Copeland, J. (1993). *Artificial Intelligence: Philosophical Introduction*. Nueva Jersey: Wiley-Blackwell.
- Cuerva de Cañas, J. (2018). La propiedad intelectual en el mundo digital. En Piñar Mañas, J. L. y De la Quadra-Salcedo, T. (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho* (pp. 719-739). Madrid: Ministerio de Industria, Comercio y Turismo.
- Derclaye, E. (2014). Assessing the impact and reception of the Court of Justice of the European Union case law on UK copyright law: what does the future hold? *Revue Internationale du Droit d'auteur*, (240), 5-117.
- Díaz, J. (2016). Daddy's Car: la inteligencia artificial como herramienta facilitadora de derechos de autor. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (22), 83-100.
- Díaz de Lezcano Sevillano, I. (2008). Las reformas de la propiedad intelectual de 2006. En Macías Castillo, A. (Coord.), *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual* (pp. 135-152). Madrid: La Ley.
- European Patent Office (EPO). (2020) *Grounds for the decision (Annex) Application Nr.18275174.3*. <https://register.epo.org/application?documentId=E4B63OBI2076498&number=EP18275174&lng=en&npl=false>.
- Fazio, A. (2019). Fundamentos conceptuales de la propiedad intelectual. Liberalismo y crítica. *Ideas y Valores*, 68(170), 121-145.
- Flow Machines. (2019). AI Makes Pop music in the style of any composer (the Beatles too!). <http://www.flow-machines.com/ai-makes-pop-music/>.
- Gervás, P. (2018). *La creatividad computacional como frontera de la inteligencia artificial y su potencial de impacto sobre la creación literaria*. <https://www.accioncultural.es/media/2018/ebook/Anuario/7PabloGervas.pdf>.
- Guadamuz, A. (2016). The monkey selfie: copyright lessons for originality in photographs and internet jurisdiction. *Internet Policy Review*, 5(1), 1-12.
- Guadamuz, A. (2017). La inteligencia artificial y el derecho de autor. *Revista de la OMPI*, (5). [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2017/05/article\\_0003.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html).
- Lacruz Mantecón, M. (2018). Potencialidades de los robots y capacidades de las personas. En Rogel Vide, C. (Coord.), *Los robots y el Derecho* (pp. 25-77). Madrid: Editorial Reus.
- Le Chapelier, I-R-G. (1791). *Rapport fait par M. Le Chapelier, sur la pétition des auteurs dramatiques dans la séance du jeudi 13 janvier 1791, avec le Décret rendu dans cette séance*. Paris: Imprimerie nationale. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k48171h/f18.image>.
- Lipszyc, D. (2001). *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO.
- López de Mántaras, R. (2016). *La inteligencia artificial y las artes. Hacia una creatividad computacional*. <https://www.bbvaopenmind.com/articulos/la-inteligencia-artificial-y-las-artes-hacia-una-creatividad-computacional/>.
- Márquez, M. (2001). *El requisito de la originalidad en los derechos de autor*. [http://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974\\_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf](http://www.uaipit.com/uploads/publicaciones/files/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf).

- Microsoft Reporter (2016). *The Next Rembrandt*. <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>.
- Navas Navarro, S. (2018). Obras generadas por algoritmos. En torno a su posible protección jurídica. *Revista de Derecho Civil*, V(2), 273-291.
- Navas Navarro, S. (2019). Creación Original e Inteligencia Artificial. En Navas Navarro, S. (Dir.), *Nuevos desafíos para el Derecho de Autor. Robótica, Inteligencia Artificial, Tecnología* (pp. 27-45). Madrid: Editorial Reus.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2020a). *Draft Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence*. [https://www.wipo.int/meetings/en/doc\\_details.jsp?doc\\_id=470053](https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=470053).
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (2020b). *Public Consultation on AI and IP Policy - Submissions. Query: Chile*. [https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial\\_intelligence/submissions-search.jsp?type\\_id=&territory\\_id=36&issue\\_id=](https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/submissions-search.jsp?type_id=&territory_id=36&issue_id=).
- Organización Mundial del Comercio (OMC). (1994). *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*. [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intel2c\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel2c_s.htm).
- Parlamento Europeo (2017). *Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL))*. [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.html).
- Peñailillo Arévalo, D. (2007). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Puyol, J. (2018). *Robots: ¿Hacia un nuevo concepto de “personalidad jurídica”?* <https://confilegal.com/20181217-hacia-un-nuevo-concepto-de-personalidad-juridica/>.
- Ríos Ruiz, W. (2001). Los sistemas de inteligencia artificial y la propiedad intelectual de las obras creadas, producidas o generadas mediante ordenador. *Revista la propiedad inmaterial*, (3), 5-13.
- Rogel Vide, C. (2015). *Estudios completos de propiedad intelectual*. (Vol. V). Madrid: Editorial Reus.
- Rogel Vide, C. (2018). Robots y personas. En Rogel Vide, C. (Coord.), *Los robots y el Derecho* (pp. 7-23). Madrid: Editorial Reus.
- Saiz García, C. (2019). Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/354489/446475>.
- Sandoval López, R. (2006). *Marcas comerciales: Contiene la Ley 19.039, sobre propiedad industrial, reformada por la Ley 19.996, de 2005*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Valdés, C. (2016). Las obras del espíritu y su continente. Arquetipo, prototipo, bocetos y ejemplares; propiedades existentes al respecto. En Anguita Villanueva, L. A. (Coord.), *Tensiones entre la propiedad intelectual y la propiedad ordinaria* (pp. 7-30). Madrid: Editorial Reus.
- Walker Echenique, E. (2014). *Manual de Propiedad Intelectual*. Santiago de Chile: Thomson Reuters ProView.
- World Intellectual Property Organization (WIPO) (2016). *Understanding industrial property*. <https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4080>.
- Yan, Li (2020). *Court rules AI-written article has copyright*. <http://www.ecns.cn/news/2020-01-09/detail-1fzsqcrm6562963.shtml>.

# EL ARBITRAJE LABORAL EN LOS ESTADOS UNIDOS

---

**Sebastián Sirimarco**

Universidad Austral  
ssirimarco@austral.edu.ar

**Recibido:** 16 de abril de 2020

**Aceptado:** 18 de mayo de 2020

## Resumen

El propósito de este estudio es examinar las aristas generales que caracterizan a los procesos arbitrales en los Estados Unidos y señalar algunos puntos de contacto y diferencias con el servicio de justicia administrado por el Poder Judicial de ese país. Asimismo, se analiza la relación existente entre los citados sistemas y su compatibilidad, especialmente en lo que respecta a los alcances y limitaciones de las facultades revisoras del órgano judicial en el trámite arbitral. Para ello, el trabajo aborda los aspectos normativos más relevantes del instituto, la evolución jurisprudencial en la materia y un relevamiento empírico acerca de la aplicación práctica del arbitraje a los casos contenciosos individuales y pluriindividuales de derecho del trabajo. Finalmente, se introduce el debate sobre los aciertos y dificultades de ambos sistemas, a fin de propiciar el desarrollo de fórmulas superadoras dirigidas a mejorar desenvolvimiento de las relaciones laborales.

**Palabras clave:** derecho del trabajo, arbitraje, sistemas alternativos de resolución de conflictos, relaciones laborales.

## Employment arbitration in the United States

### Abstract

This article examines the general characteristics of employment arbitration in the United States of America and identifies main commonalities and differences vis-à-vis court conducted proceedings. It also analyses how both systems relate to each other and their compatibility, especially concerning the scope and limitations of judicial review with respect to arbitral proceedings and awards. To that end, this paper addresses the main statutory regulations and judicial decisions that govern employment arbitration, as well as some statistics drawn from arbitral cases. Finally, this article opens the debate on the factual achievements and shortcomings of both employment disputes resolution systems, as a manner of setting a basis for discussion of fostering industrial relations.

**Key words:** employment law, arbitration, alternative dispute resolution systems, industrial relations.



## 1. Características generales

El arbitraje se erige como un servicio de justicia alternativo al brindado por el Poder Judicial, que, en su formulación, procura dar mayor celeridad y eficiencia a la resolución de conflictos, por la posibilidad que ofrece de ajustar su trámite a las características y necesidades particulares de cada actividad y de evitar la masividad de casos que se concentran en los estrados judiciales.

En aras de estas metas, el ordenamiento jurídico faculta a las partes integrantes de la relación de trabajo para que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, individual o colectiva, puedan delimitar y resolver sus conflictos, presentes o futuros, según un procedimiento diseñado de conformidad a sus peculiares intereses. De modo tal que dicha vía adjetiva solo es procedente si las partes se someten voluntariamente y por escrito, ya sea antes o después de haberse suscitado la controversia en cuestión (Serrano Acitores, s.f.).

En cuanto a las condiciones de validez para la celebración y ejecución de este tipo de cláusulas, resultan aplicables las previsiones de la Ley Federal de Arbitraje y las normas locales y federales que regulan los contratos en general.<sup>1</sup>

A efectos del análisis académico, algunos autores especializados en la materia conceptualizan al arbitraje como un sistema privado para la resolución de controversias, pues su fuente es el acuerdo de partes, por contraste al sistema judicial, de evidente carácter público por su origen estrictamente legal (Willborn et al., 2017, p. 1125).

Sin embargo, más allá de las organizaciones privadas dedicadas a la actividad arbitral,<sup>2</sup> este servicio alternativo de justicia también se encuentra gestionado desde el sector público, tanto federal como estatal (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España, 2014, p. 152).

Así, encontramos el Servicio Federal de Mediación y Conciliación,<sup>3</sup> que, como agencia independiente del gobierno federal, interviene ante conflictos suscitados en las relaciones laborales que puedan causar interrupciones en el comercio interestatal, ofreciendo a las partes someter la controversia a mediación y/o arbitraje.<sup>4</sup>

Al respecto, es interesante señalar que los árbitros actuantes no son empleados públicos de esa agencia, sino profesionales independientes de acreditada trayectoria y experiencia en la materia, seleccionados para integrar un registro

---

1 Cfr. Ley Federal de Arbitraje (FAA), Title 9, U.S. Code, § 2.

2 Por ejemplo, la Asociación Americana de Arbitraje, la Asociación de Resolución de Disputas Chicago Internacional y la Fundación JAMS, entre otras.

3 Cfr. Ley Taft-Hartley, 29 U.S.C. §§ 151-169.

4 Cfr. <https://www.fmcs.gov/aboutus/> y <https://www.fmcs.gov/aboutus/our-history/>.

especial de la repartición conforme a su idoneidad, nómina de la cual son sorteados para el tratamiento de cada caso en particular.<sup>5</sup>

En cuanto a su instrumentación, la mayoría de las cláusulas arbitrales resultaban, en un comienzo, del producto de la concertación colectiva, encontrándose así expresamente pautadas en los respectivos convenios colectivos de trabajo (Colvin y Gough, 2015; Willborn et al., 2017, p. 1125).

El caso típico de incorporación del arbitraje a los convenios colectivos de trabajo se da cuando las partes negocian un régimen de estabilidad impropia<sup>6</sup> o algún otro tipo de beneficio a favor del colectivo de trabajadores involucrado en la convención, a cambio del compromiso de someter las eventuales reclamaciones que pudieran suscitarse en su interpretación y aplicación ante el foro arbitral que allí se determine (Willborn et al., 2017, p. 1125-1126).

En la actualidad, la cláusula arbitral también se considera válidamente inserta tanto en el contrato de trabajo, como en el reglamento de empresa o manual de empleados<sup>7</sup> y en el formulario de solicitud de ingreso al puesto laboral (Colvin y Gough, 2015; Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España, 2009, pp. 152-153).

## 2. Evolución histórica

Los primeros servicios federales de arbitraje laboral creados en los Estados Unidos, como la Comisión de Mediación y Conciliación de Trabajadores Ferrovia-

---

5 Cfr. <https://www.fmcs.gov/services/arbitration/information-fmcs-roster-arbitrators/>.

6 Cabe notar que la regla general en los Estados Unidos es la del empleo *at will*, lo que implica, en principio, la libre disponibilidad de la continuidad del vínculo laboral para ambas partes, sin obligación de indemnizar a la contraria por haber decidido unilateralmente su ruptura. Sin embargo, las partes -colectiva o individualmente- se encuentran autorizadas a pautar distintas modalidades de estabilidad, como ser la determinación de un plazo fijo para la contratación, la imposición de un preaviso, el pago de indemnizaciones o la predeterminación de las causales por las que sería posible al empleador denunciar el contrato de trabajo. El empleador podría verse interesado en pautar un régimen de estabilidad por diversos motivos: hacer más atractiva la oferta laboral y así convocar a empleados mejor calificados, como compensación por el pago de salarios más bajos que los del promedio de la actividad, por la relocalización de un trabajador en otro Estado o ciudad, a cambio de la suscripción de una cláusula de no competencia, cuando el empleador compra el fondo de comercio a otra persona mediante el pago de un precio y un contrato de trabajo con “estabilidad”, o por la simple presión del sindicato y su poder de negociación para imponerla, entre otros.

7 Para profundizar acerca de cómo se conforma el consentimiento de las partes a través de los manuales de empleo, ver Willborn et al. (2017, p. 123).

rios<sup>8</sup> y el Servicio de Mediación y Conciliación Federal,<sup>9</sup> fueron concebidos para intervenir ante conflictos colectivos de trabajo suscitados en actividades que pudieran impactar en el comercio interestatal (Donner, 2014; Serrano Acitores, s.f.), en ejercicio de las facultades conferidas por la Constitución Nacional al gobierno federal en materia de regulación del comercio.<sup>10</sup>

Posteriormente, conforme su evolución y desarrollo histórico, el arbitraje fue ganando un espacio también como un mecanismo de resolución de casos contenciosos individuales y pluriindividuales alternativo al Poder Judicial, habiendo alcanzado en la actualidad un uso extendido en los Estados Unidos (Colvin y Gough, 2015; Donner, 2014).

Si bien el sistema en estudio ha sido razonablemente aceptado en el ámbito de los trabajadores sindicalizados, encontró ciertas resistencias respecto a aquellos dependientes no alcanzados por un convenio colectivo de trabajo (Willborn et al., 2017, p. 1126).

Asimismo, un gran porcentaje de los tribunales judiciales fueron reacios a reconocer la validez de las cláusulas arbitrales por considerarlas una prórroga indebida de sus propias jurisdicciones (Willborn et al., 2017, p. 1126), sustentándose para ello en reglas jurídicas desarrolladas a través del *common law*<sup>11</sup> o en normas locales de nivel estadual dirigidas a restringir la aplicación de cláusulas arbitrales en los contratos.

Ante ello, y en ejercicio de las referidas facultades para regular la actividad comercial, fue promulgada la Ley Federal de Arbitraje,<sup>12</sup> con el propósito de intentar revertir la hostilidad legislativa y judicial verificada contra los acuerdos de arbitraje y colocarlos al mismo nivel que cualquier otro tipo de contrato.<sup>13</sup>

En este sentido, el juez Clarence Thomas<sup>14</sup> precisó que el objetivo de la Ley Federal de Arbitraje no es la reducción de costos y plazos en la resolución de

---

8 Board of Mediation and Conciliation for Railway Labor.

9 Federal Mediation and Conciliation Service.

10 Para profundizar la noción de la cláusula de comercio en la Constitución de los Estados Unidos, se recomienda la lectura de Stone et al. (2013, pp. 179-242).

11 Nos referimos a esta expresión como a las normas de alcance general de fuente jurisprudencial para distinguirla de las normas de origen legal formal.

12 12/02/1925 (43 Stat. 883); Title 9, U.S. Code.

13 Cfr. *Supreme Court of the United States*, 500 U.S. 20 (1991), *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*; *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576, 581, 128 S.Ct. 1396, 170 L.Ed.2d 254 (2008); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 2011 563 U.S. 333, 131 S.Ct. 1740; *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24, 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983).

14 Según su voto concurrente en *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 2011 563 U.S. 333, 131 S.Ct. 1740.

los reclamos entre las partes de un contrato, sino únicamente tornar exigibles sus cláusulas arbitrales más allá de su complejidad.

Dicha interpretación surge de la simple lectura del mentado cuerpo normativo, pues su previsión sustantiva establece que toda cláusula contractual que establezca el arbitraje como mecanismo para la resolución de las controversias resulta válida, irrevocable y ejecutable para las partes, a excepción de que tal estipulación devenga anulable conforme al derecho aplicable a los contratos en general.<sup>15</sup>

En ese orden, el criterio jurisprudencial reaccionario a la jurisdicción arbitral fue progresivamente corregido por imperio de la doctrinada emanada de la Suprema Corte de Justicia Federal, que indica que los tribunales inferiores deben hacer prevalecer la voluntad negocial expresada en el acuerdo de partes según los estándares legales aplicables a cualquier otro tipo de contrato y, consecuentemente, también deben exigir el cumplimiento de la vía arbitral, así como la ejecución forzada de sus laudos.<sup>16</sup>

### **3. Ámbito de aplicación**

#### **3.1. Territorial**

En principio, no se verifican restricciones legales para la determinación de este tipo de prórroga jurisdiccional en cuanto a su faceta territorial. Empero, si han sido limitados judicialmente los efectos de cláusulas donde la selección del foro arbitral, por su lugar de asiento, implicó en los hechos una restricción indebidamente opresiva para alguna de las partes o devino en una especie de carta indemnidad para el miembro fuerte de la relación laboral frente a los reclamos de su contraria, según las circunstancias particulares que se acreditaron en cada caso concreto.<sup>17</sup>

#### **3.2. Personal**

La autonomía de la voluntad se encuentra también limitada por imperio de la ley respecto a los sujetos y los intereses comprometidos en la disputa.

En ese sentido, la Ley Federal de Arbitraje expresamente prohíbe su aplica-

---

15 Cfr. FAA, § 2.

16 Cfr. *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564, 568 (1960); *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582-83 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593, 597 (1960).

17 Cfr. United States District Court, E.D.N.C. 190 F.Supp. 3d 477 (2016), *Mitchell v. HCL America, Inc.*

ción a los contratos de trabajadores portuarios y ferroviarios y de cualquier otro tipo de trabajadores involucrados en el comercio interestatal o internacional.<sup>18</sup>

La exclusión legal de “cualquier tipo trabajadores involucrados en el comercio interestatal o internacional” llevó a controvertir la inclusión de las cláusulas arbitrales en todos los contratos de trabajo en general, con fundamento en el criterio amplio de “comercio” desarrollado por la doctrina y jurisprudencia constitucional norteamericana.<sup>19</sup>

Elevada la cuestión a la máxima instancia judicial federal, el tribunal cimero se pronunció al respecto indicando que la Ley Federal de Arbitraje alcanza a la mayoría de los contratos de trabajo y que la exclusión legal debe interpretarse con carácter restrictivo, considerándose a tal efecto dirigida solo a los trabajadores dedicados al transporte interjurisdiccional de bienes para su comercialización.<sup>20</sup>

A todo evento, es dable resaltar que el acuerdo de partes resulta inoponible a las agencias gubernamentales que, en su calidad de autoridad de aplicación de una ley, poseen legitimación activa para demandar su cumplimiento ante el Poder Judicial.<sup>21</sup> Ello, en virtud del efecto relativo de los contratos y en tanto las facultades legales de una repartición pública no resultan disponibles para los particulares.<sup>22</sup>

---

18 Cfr. FAA, Chapter 1, § 1. La exclusión de tales categorías profesionales tiene un origen histórico sustentado en el concepto negativo que los sindicatos representativos de esas actividades tuvieron respecto al arbitraje al momento de la promulgación de la ley, y en particular a la tenaz defensa de esos intereses realizada por el congresista Furuseth, de procedencia gremial. La fuerte organización sindical de esos trabajadores y el poder de esas asociaciones sindicales permitió sostener la exclusión. En cuanto a algunos de los fundamentos ventilados, cabe mencionar que, a esa fecha, los trabajadores marítimos eran los únicos obligados por ley federal a suscribir contratos individuales de trabajo en forma previa a embarcarse. Se temió, entonces, la inclusión de cláusulas determinadas unilateralmente por el empleador a través de contratos de adhesión. Asimismo, se sostuvo que el arbitraje resultaba una mera creación contractual destinada a garantizar la ejecución de las previsiones contractuales en detrimento de las normas laborales protectorias que habían conquistado y beneficiaban a los trabajadores, las cuales, hasta ese entonces, habían sido aplicadas pacífica e invariablemente por los jueces. Se cuestionó también la imparcialidad de los árbitros y se sostuvo que los trabajadores marítimos estaban sujetos a la jurisdicción marítima de neto raigambre constitucional federal y carácter de improrrogable. En simultáneo, el entonces secretario de comercio, Herbert Hoover (posterior presidente de los Estados Unidos), estaba urgido por fortalecer la implementación del arbitraje como política pública federal, especialmente en relación a las transacciones comerciales, por lo que gestionó la sanción de la ley con la exclusión en estudio para facilitar su promulgación. Cfr. Finkin (1996).

19 Para profundizar la noción de la cláusula de comercio en la Constitución de los Estados Unidos, se recomienda la lectura de Stone et al. (2013, pp. 179-242).

20 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Circuit City Stores, Inc. v Adams*, 532 U.S. 105 (2001).

21 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279 (2002).

22 La Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, en su condición de autoridad de aplicación del conjunto de leyes dirigidas a garantizar la igualdad de oportunidades y trato en el trabajo, se encuentra facultada para demandar judicialmente su acatamiento en caso de verificar algún tipo de

### 3.3. Material

Por su origen convencional, los sujetos involucrados en el acuerdo se encuentran autorizados a determinar qué tipo de conflictos habrán de ser sometidos al foro arbitral, y la validez de tales previsiones también deberá ser merituada en función de la Ley Federal de Arbitraje y la normativa aplicable a los contratos en general.

En ese orden, la Suprema Corte de Justicia Federal ha señalado que la acreditación de la improcedencia legal del foro arbitral oportunamente acordado resulta una carga de la parte que la invoca y debe inferirse claramente del propio texto de la norma en la que se sustenta el reclamo, del historial de su debate parlamentario o bien por la demostración de un conflicto inherente entre el arbitraje y los propósitos ínsitos en la ley. Empero, corresponde que tal planteo de incompetencia sea evaluado por los tribunales con una clara deferencia a favor de la jurisdicción arbitral, según lo determina la Ley Federal de Arbitraje.<sup>23</sup>

Tal como fue expresado, el arbitraje puede involucrar el tratamiento de conflictos colectivos, individuales y pluriindividuales del trabajo.

La Oficina Nacional de Relaciones Laborales, en una anterior integración, cuestionó la validez de cláusulas arbitrales para el tratamiento de los conflictos colectivos de trabajo por considerarlas violatorias de la actividad concertada de los trabajadores para la defensa de sus derechos e intereses, expresamente protegida por la Ley Nacional de Relaciones Laborales.<sup>24</sup>

No obstante, el máximo tribunal federal puntualizó que dicho cuerpo legal refiere a las acciones propias de la negociación colectiva y no a la resolución de los conflictos colectivos de trabajo en general, por lo que las cláusulas contractuales que establecen su tratamiento por la vía arbitral resultan válidas y exigibles.<sup>25</sup>

Por su fuente convencional, la doctrina y la jurisprudencia se debatieron acerca de cuáles cuestiones podían ser resueltas mediante arbitraje. Particularmente, si solo el cumplimiento de los derechos y obligaciones específicamente previstos en el contrato y el acuerdo colectivo o también los emergentes de las leyes aplicables a la materia (Finkin, 1996, pp. 287-288).

---

incumplimiento normativo por parte de empleadores públicos o privados que cuenten con más de quince trabajadores en su plantilla de personal. Cfr. Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (Pub. L. 88-352) (Title VII), as amended, as it appears in volume 42 of the United States Code, beginning at section 2000e; Suprema Corte de los Estados Unidos, *Equal Employment Opportunity Commission v. Waffle House, Inc.*, 534 U.S. 279 (2002).

23 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Gilmer v. Interstat/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

24 Cfr. National Labor Relations Act (1935), § 7.

25 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Epic Systems Corp. v. Lewis*, 584 U.S. (2018).

En respaldo de la postura restrictiva, se sostuvo que la combinación del interés público previsto en el cumplimiento de la ley y la naturaleza de los reclamos de origen legal tornaban inapropiado el arbitraje para la elucidación de tales controversias.<sup>26</sup> Asimismo, fue invocada la doctrina sentada por el Tribunal Federal cimero en la tríada de casos derivados de *Alexander v. Gardner-Denver Co.*<sup>27</sup>

A través del referido criterio jurisprudencial, se estableció que las cláusulas arbitrales previstas en los contratos de empleo para la resolución de las controversias emergentes de un convenio colectivo de trabajo<sup>28</sup> usualmente no afectan la legitimación activa de dichos trabajadores para reclamar ante el Poder Judicial los derechos consagrados en leyes o decretos, en tanto provienen de una fuente normativa distinta a la convencional y versan sobre aspectos diferentes a los reglados en el contrato.<sup>29</sup>

No obstante, la Suprema Corte de Justicia Federal tuvo oportunidad de precisar su doctrina en *Gilmer v. Interstat/Johnson Lane Corp.*<sup>30</sup> Allí, indicó que, en la citada tríada de casos,<sup>31</sup> las cláusulas arbitrales no incluían la posibilidad de dar tratamiento a los conflictos emergentes de derechos de fuente legal, por lo que los árbitros no se encontraban autorizados a resolver dichos reclamos y, consecuentemente, las partes contaban con legitimación para tratar tales controversias ante el Poder Judicial.<sup>32</sup>

Es decir, la Corte simplemente señaló que las partes habían convenido someter únicamente las controversias suscitadas en la aplicación del contrato o del convenio colectivo, pero que no cabía hacer extensiva esa renuncia a ocurrir por la vía judicial respecto a otros reclamos provenientes de regulaciones ajenas a dichos plexos convencionales, en tanto no fueron incluidos expresamente en esos acuerdos.

---

26 Cfr. *United States Court of Appeals, Second Circuit, American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (1968).

27 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Alexander v. Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974); *Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 450 U.S. 728 (1981); *Mc Donald v. West Branch*, 466 U.S. 284 (1984).

28 En la generalidad de estos casos, el propio convenio colectivo de trabajo impone la inclusión y los alcances de la cláusula arbitral en los contratos individuales de trabajo, cuando no el modelo completo como una especie de contrato de trabajo por adhesión.

29 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Alexander v. Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974); *Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 450 U.S. 728 (1981); *Mc Donald v. West Branch*, 466 U.S. 284 (1984).

30 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Gilmer v. Interstat/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

31 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Alexander v. Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974); *Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 450 U.S. 728 (1981); *Mc Donald v. West Branch*, 466 U.S. 284 (1984).

32 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Gilmer v. Interstat/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

En ese orden, advirtió que si bien los derechos individuales de los empleados pueden encontrarse subordinados a los intereses colectivos ventilados en la unidad de negociación del convenio,<sup>33</sup> es posible también verificar una potencial distinción entre las ventajas perseguidas por el sindicato que ejerció la representación colectiva respecto a los beneficios propios de cada trabajador consagrados en otras normas que no fueron comprometidos en la concertación.<sup>34</sup>

En definitiva, el Tribunal ordenó a las partes el cumplimiento de los propios términos de lo pautado como en cualquier otro tipo contrato, sin señalar incompetencia alguna de carácter genérico respecto al foro arbitral para entender en la aplicación de las leyes.

Asimismo, precisó que cuando una parte accede a arbitrar sus demandas de fuente legal no renuncia a las prerrogativas sustantivas que la ley le garantiza, sino que tan solo somete su resolución a un árbitro, en lugar de a un juez.<sup>35</sup>

En suma, la solución aplicada en *Gilmer v. Interstat/Johnson Lane Corp.*<sup>36</sup> resulta concordante con la inveterada jurisprudencia que indica que la función de los tribunales, al momento de considerar el acceso a la jurisdicción, debe circunscribirse a interpretar el acuerdo de partes y a determinar si el reclamo incoado por el accionante está alcanzado o no por la respectiva cláusula arbitral, más allá de que el derecho invocado provenga de una ley, de un convenio colectivo o del contrato de trabajo.<sup>37</sup>

### 3.4. Según su alcance

Como se ha dicho, si bien el máximo tribunal federal aceptó el arbitraje para elucidar conflictos de derecho de origen legal, por otra parte lo ha rechazado para la sustanciación de acciones de clase, por considerar impropia a dicha

---

33 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Alexander v. Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974). Es más, en *14 Penn Plaza LLC v. Pyett*, 556 U.S. 247 (2009), la Suprema Corte le reconoció la facultad a los sindicatos de acordar colectivamente el arbitraje respecto a conflictos de derecho de origen legal.

34 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Barrentine v. Arkansas-Best Freight System, Inc.*, 450 U.S. 728 (1981); *Mc Donald v. West Branch*, 466 U.S. 284 (1984).

35 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985); *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987); *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

36 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Gilmer v. Interstat/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

37 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564, 568 (1960); *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574, 582-83 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593, 597 (1960).



instancia a tenor de la complejidad e intereses involucrados en ese tipo de demandas colectivas.<sup>38</sup>

Para así decidir, entre otras cuestiones, la Corte sostuvo que las acciones de clase comprometen los derechos de partes que están ausentes en el proceso,<sup>39</sup> donde la confidencialidad se torna más difícil de aplicar y que los árbitros en general no están familiarizados con los procesos de certificación de la clase.<sup>40</sup>

Por su parte, la Oficina Nacional de Relaciones Laborales,<sup>41</sup> en el ejercicio de las facultades cuasi jurisdiccionales que le son propias, ha declarado inválidas las cláusulas arbitrales que prohíben a los empleados promover acciones de clase,<sup>42</sup> por cuanto entendió que en dichos procesos colectivos pueden subyacer actividades concertadas para la protección mutua de los trabajadores, expresamente tuteladas por la Ley Nacional de las Relaciones Laborales.<sup>43</sup>

No obstante, podría cuestionarse la vigencia de la doctrina expresada en la citada decisión administrativa a la luz del referido precedente de la Suprema Corte de Justicia Federal *Epic Systems Corp. v. Lewis*.<sup>44</sup>

#### 4. Trámite

La doctrina ha expresado que el propósito principal del arbitraje es resolver los conflictos de manera expedita y más económica que en sede judicial, y que ello se consigue gracias a la posibilidad de limitar los medios de prueba y administrar las reglas de procedimiento a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad (Donner, 2014; Serrano Acitores, s.f.; Willborn et al., 2017, p. 1126).

En efecto, las partes se encuentran facultadas a pautar la modalidad de tramitación del arbitraje y ajustar los procedimientos conforme a sus propios inte-

---

38 Cfr. *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011). El análisis de las acciones de clase excede el marco de este estudio, no obstante, cabe señalar que este remedio procesal tiene un uso extendido en el derecho laboral norteamericano, especialmente en lo referido a la acción de cobro de horas extras o diferencias salariales sustentadas en conflictos de encuadramiento normativo (Cfr. *Morgan v. Family Dollar Stores, Inc.*, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit 551 F.3d 1233 (2008)).

39 Pensamos que incluso podría comprometer a partes ajenas al compromiso arbitral y no solo a los sujetos que adhirieron a este tipo de cláusulas, pero no ejercen en los hechos un rol procesal activo en la acción de clase.

40 Ídem.

41 National Labor Relations Board.

42 Cfr. *D.R. Horton*, 357 N.L.R.B.2277 (2013).

43 Cfr. *NLRA Section 7*, 29 U.S.C. § 157.

44 Cfr. *Epic Systems Corp. v. Lewis*, 584 U.S. (2018).

reses y necesidades, definiendo previamente los medios de prueba, procesos de selección y recusación de los árbitros, recursos, plazos e instancias de revisión, distribución y alcance de las costas, el derecho aplicable y aun los criterios con los que habrán de resolverse las controversias, ya sea de una manera técnica conforme a derecho y los precedentes judiciales dictados en la materia o según los usos y costumbres de la actividad de acuerdo al leal entender y experiencia del árbitro en la industria de la que se trate.<sup>45</sup>

Cabe agregar que no todos los trámites son sustanciados de manera presencial ante los tribunales arbitrales, en tanto también se ofrecen procedimientos de arbitraje telefónico, por correo postal y en línea (*e-arbitration*).<sup>46</sup>

En esta última variante, no solo la presentación inicial (demanda o formulario de reclamación), los restantes escritos, la documentación y las notificaciones se digitalizan e incorporan al expediente de manera totalmente electrónica, sino también las audiencias de partes y de testigos (Helie y Melamed, 1998).

Del mismo modo, son determinables los remedios que el árbitro habrá de aplicar en la solución del caso, como ser los específicamente previstos por la ley<sup>47</sup> o aquellos que justiprecie según los principios de equidad, usos y costumbres o los precedentes judiciales,<sup>48</sup> pudiendo incluir al efecto sumas de dinero líquidas preestablecidas que establezcan un tope o un piso a la indemnización,<sup>49</sup> daños compensatorios<sup>50</sup> y punitivos<sup>51</sup> u obligaciones de hacer o de dar.<sup>52</sup>

Por otra parte, también es factible acordar si el laudo ha de ser dictado por escrito y, en ese caso, si deberá contar con los fundamentos del decisorio o simplemente expresar el veredicto (Willborn et al., 2017, p. 1126).

Asimismo, en el proceso arbitral, las actuaciones son privadas, por lo que está permitido acordar la confidencialidad de su trámite, a diferencia de lo acontecido en un proceso judicial, donde lo obrado posee carácter público y crea precedente jurisprudencial de aplicación obligatoria para los tribunales

---

45 Cfr. *Supreme Court of the United States, AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, (2011) 563 U.S. 333, 131 S.Ct. 1740; Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España (2014) y Serrano Acitores (s.f.).

46 Cfr. *Supreme Court of the United States, AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, (2011) 563 U.S. 333, 131 S.Ct. 1740.

47 *Legal remedies*.

48 *Equitable remedies*.

49 *Liquidated damages*.

50 *Compensatory damages*.

51 *Punitive damages*.

52 *Injunctive relief or specific performance*.

inferiores según procede en ese sistema judicial (*common law*) (Donner, 2014; Serrano Acitores, s.f.).

Finalmente, el laudo arbitral que decide el debate es considerado definitivo y obligatorio para las partes (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España, 2014).

## 5. Intervención judicial

Tal como fuera expresado *ut supra*, los magistrados pueden revisar la procedencia de la cláusula arbitral, pero siempre con base en las condiciones de validez y legalidad establecidas en la Ley Federal de Arbitraje y en el derecho contractual privado en general, según el reenvío que la primera de las normas efectúa expresamente.<sup>53</sup>

En este punto, es dable señalar que la competencia para legislar en materia de derecho contractual corresponde en principio a los Estados, de modo tal que la citada ley federal prohíbe la aplicación de regulaciones locales exclusivamente dirigidas a limitar las cláusulas arbitrales, procurando restringir así toda actividad judicial o legislativa de los Estados que se oponga a la política pública federal de posicionar al arbitraje en un pie de igualdad con cualquier otro contrato.

Cabe subrayar que las causales de revisión del trámite arbitral son de orden público y, por lo tanto, indisponibles para las partes, quienes se encuentran impedidas de extender sus alcances por mutuo acuerdo.<sup>54</sup>

Del mismo modo, el derecho a exigir la revisión judicial de la cláusula arbitral en relación a estos aspectos deviene irrenunciable, no solo respecto a los trabajadores en relación de dependencia, sino también a los contratados en forma autónoma<sup>55</sup>.

La Ley Federal de Arbitraje prevé la anulación judicial del laudo en caso de verificarse corrupción, fraude o utilización indebida de medios en su tramitación, cuando se encuentre afectada la imparcialidad del árbitro, cometiera una conducta que perjudique a alguna de las partes o excediera su competencia para resolver, cuando se hallaren fallas de razonamiento lógico en la motivación del laudo o una manifiesta carencia de fundamentación normativa que impidan considerarlo como un acto jurisdiccional válido.<sup>56</sup>

Cierta jurisprudencia también ha considerado la violación de una norma de

---

53 Cfr. FAA, § 2.

54 Cfr. Suprema Corte Federal de Justicia, *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

55 *Independent contractors*. Cfr. Suprema Corte Federal de Justicia, *New Prime Inc. v. Oliveira*, 586 U.S. (2019).

56 Cfr. FAA, § 10.

orden público como causal para invalidar un laudo,<sup>57</sup> aunque en líneas generales se ha exigido que dicha transgresión se encuentre claramente definida en una norma positiva y no en consideraciones generales acerca del espíritu de la ley, propósito o intención del legislador.<sup>58</sup>

Asimismo, el Poder Judicial debe otorgar deferencia a las cuestiones de hecho y prueba merituadas por el árbitro en el laudo, empero, la interpretación del derecho aplicable al caso puede llegar a ser reexaminada con mayor amplitud de acuerdo a las pautas precedentemente apuntadas.<sup>59</sup>

Por conducto de la Ley Federal de Arbitraje, también se dispone la suspensión a pedido de parte de toda acción judicial iniciada en relación a una cuestión sujeta previamente a arbitraje mediante provisión escrita, hasta tanto el mentado trámite arbitral se encuentre concluido. Concordantemente, la norma consagra el derecho a plantear la litispendencia arbitral, a efectos de conminar a la contraparte a ocurrir por esa vía, conforme lo oportunamente pautado.<sup>60</sup>

En ese sentido, tal es la deferencia que dicho cuerpo normativo confiere al proceso arbitral que, aun cuando el laudo fuese anulado por alguno de los motivos expresados, si todavía se encontrase vigente el término contractual para transitar la vía arbitral, el magistrado interviniente puede ordenar el reenvío de las actuaciones para la celebración de una nueva audiencia ante el panel arbitral con los arreglos del caso.<sup>61</sup> Sin embargo, las partes pueden pautar que la decisión arbitral tenga que ser homologada en sede judicial como un requisito de validez que lo torne exigible. En este caso, la parte interesada deberá presentar el laudo ante el tribunal dentro del plazo perentorio de un año de su dictado.<sup>62</sup>

En cuanto al acatamiento del laudo, si bien la decisión resulta definitiva y obligatoria para las partes, su ejecución forzada es de resorte exclusivo del Poder Judicial, pues los árbitros carecen de *imperium*.<sup>63</sup>

A fin de garantizar la ejecución judicial del fallo arbitral y su validez, los jueces también se encuentran facultados para efectuar correcciones formales, cuando

---

57 Cfr. *State v. AFSCME, Council 4*, Local 2663, 758 A.2d 387 (Conn. App. Ct. 2000).

58 Cfr. *Eastern Associated Coal Corp. v. UMW*, Dist. 17, 531, U.S. 57 (2000); *Major League Baseball Players Ass'n v. Garvey*, 532 U.S. 504, 509 (2001).

59 Cfr. *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 947-48, 115 S. Ct. 1920, 1926, 131 L. Ed. 2d 985 (1995). Cfr. Donner (2014).

60 Cfr. FAA, § 3 & § 4.

61 Cfr. FAA, § 10, 5.

62 Cfr. FAA § 9.

63 Cfr. FAA, § 12 & § 13; S.C.U.S., *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593, 597 (1960).

con ello no se desvirtuare la cuestión de fondo resuelta, ya sea por la ocurrencia de errores involuntarios manifiestos de carácter material o de mero cálculo o cuando el árbitro haya decidido una cuestión accesoria ajena a su competencia, sin que en ello se comprometa la nulidad completa del fallo arbitral.<sup>64</sup>

## 6. Estadísticas

Veamos ahora algunos datos y conjeturas relevadas en relación con los casos contenciosos individuales y pluriindividuales del derecho del trabajo norteamericano tratados mediante arbitraje.<sup>65</sup>

### 6.1. Efecto del jugador habitual

El denominado “efecto del jugador habitual”<sup>66</sup> constituye un objeto de investigación en la doctrina procesalista norteamericana desde la década de 1970 y expresa como hipótesis de análisis que los litigantes frecuentes obtienen mayor provecho del sistema en comparación con aquellas partes que no cuentan con suficiente experiencia al respecto (Colvin y Gough, 2015, pp. 1023-1024).

Si bien los relevamientos empíricos efectuados parecen ratificar la teoría del litigante experimentado en el proceso arbitral, no logran determinar con precisión cuáles serían los motivos en los que se sustenta dicho efecto ni tampoco qué impacto proporcional tendría cada uno de ellos en su resultado.

En líneas generales, el empleador exhibe mayormente esta condición de asiduo litigante ante el foro arbitral respecto al trabajador, en especial cuando dicho mecanismo de resolución de conflictos es pautado en los contratos individuales o en los reglamentos de empresa, también llamados “manuales de trabajo” (Colvin y Gough, 2015, p. 1024).

El efecto se acentúa especialmente cuando el empleador posee experiencia ante un mismo árbitro en particular, presentándose un promedio mayor de laudos desfavorables al trabajador<sup>67</sup> y una menor cuantía en las indemnizaciones laborales otorgadas (Colvin y Gough, 2015, p. 1035).

---

64 Cfr. FAA, § 11.

65 Para ello, analizaremos la investigación efectuada por Colvin y Gough (2015).

66 *Repeat player effect*.

67 Se ha considerado como laudo favorable al trabajador cuando el empleador resultó condenado al pago de una indemnización, sin distinguir qué porcentaje del reclamo inicial resultó admitido por el árbitro. Cfr. Colvin y Gough (2015, pp. 1027-1029 y 1035).

Distinta es la situación cuando el arbitraje se encuentra establecido a través de un convenio colectivo de trabajo y se impone la representación sindical del trabajador en el proceso. Allí, esa mayor participación del empleador se ve morigerada, cuando no superada, por la de la asociación gremial (Colvin y Gough, 2015, p. 1035).

En tal contexto, ha sido posible verificar una tendencia de laudos favorables al trabajador cuando el reclamo es incoado por su representación sindical, a diferencia de cuando los accionantes ocurren directamente ante el panel arbitral, con o sin patrocinio letrado, donde en promedio se han observado resultados más beneficiosos para el empleador (Klaas, Mahony y Wheeler, 2006).

## **6.2. Incidencia del patrocinio letrado del trabajador**

Habida cuenta de que no es requisito legal el patrocinio letrado para ocurrir ante la sede arbitral, resulta posible medir el impacto promedio de los reclamos laborales planteados por el trabajador con representación jurídica profesional en relación a los impetrados en soledad.

En ese sentido, se observa que la falta de patrocinio letrado potencia el efecto del litigante experimentado, pues deja librado al actor la estrategia procesal de la acción sin los conocimientos jurídicos que podría aportar el profesional. En tales casos, fue detectado un porcentaje superior de laudos desfavorables al trabajador.

Otro de los datos resultantes de la encuesta indicó que la representación jurídica profesional del trabajador, si bien morigera, no alcanza a desactivar el efecto del empleador recurrente ante un mismo árbitro, circunstancia que sí se ha visto compensada, o aún invertida, cuando el primero estuvo asistido por el sindicato (Colvin y Gough, 2015, pp. 1037).

## **6.3. Antecedentes del árbitro**

En cuanto a la formación y antecedentes del árbitro, considerando al efecto si se trataban de exjueces o solamente abogados de la matrícula,<sup>68</sup> no logró determinarse un patrón diferenciador en los resultados de tales procesos que

---

68 El árbitro no necesariamente debe ser un profesional del derecho, pues puede resultar seleccionado un experto en la industria o actividad de que se trate, según acuerden las partes. Empero, el estudio que analizamos circunscribió su muestra a casos resueltos por exmagistrados y abogados que no tuvieron antecedentes como jueces.

favorezca a alguna de las partes, aun cuando pudiera inferirse *prima facie* que estos últimos no tendrían experiencia en el ejercicio de un rol neutral para la elucidación de tales conflictos (Colvin y Gough, 2015, pp. 1022).

Sin embargo, fue detectada una inclinación en el otorgamiento de indemnizaciones en promedio más elevadas al trabajador cuando el árbitro se desempeñó anteriormente como magistrado ante el Poder Judicial o fuese abogado de la matrícula independiente a la entidad arbitral convocante en relación a los árbitros que forman parte de la plantilla permanente de la asociación de arbitraje interviniente (Colvin y Gough, 2015, pp. 1035).

Este hallazgo podría ser explicado en función de que las indemnizaciones promedio en sede judicial suelen ser superiores a las reconocidas a través de laudos, por lo que los magistrados y abogados litigantes trasladarían parte de esos criterios a su posterior desempeño como árbitros (Colvin y Gough, 2011).

#### **6.4. Posibles causales**

Los relevamientos efectuados no logran explicar si las tendencias expresadas se deben a defectos en la imparcialidad del árbitro, en tanto pudiera verse inclinado a favorecer a la parte en condiciones de imponer el arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos –ya sea sindical o empleadora–, pues subyacería un incentivo económico en complacer a su cliente habitual para el sostenimiento de su actividad arbitral (Colvin y Gough, 2015, pp. 1024).

Desde otra perspectiva de análisis, podría ensayarse válidamente que la parte experimentada en arbitraje sabría cómo presentar y tramitar mejor sus casos, confiriéndole mayor efectividad en sus planteos en relación al novel litigante (Colvin y Gough, 2015, pp. 1024).

Asimismo, la ausencia de patrocinio letrado de la parte trabajadora podría resultar no solo indicativa de la falta de medios económicos para afrontar el gasto por honorarios profesionales –colocándolo en inferioridad de armas frente a su contraparte–, sino también de falencias en la viabilidad del reclamo que, detectadas por el abogado consultado, llevaron al accionante disconforme con dicho asesoramiento jurídico a efectuar su planteo sin asistencia.

Lo expuesto impide adjudicar inequívocamente el hallazgo de laudos desfavorables al trabajador a la mera ausencia de un letrado patrocinante que, como “jugador experimentado” en cuestiones arbitrales, pueda nivelar la tendencia, pues dicho resultado negativo también se daría en función de la propia debilidad del planteo descartado por el profesional.

En esta línea de pensamiento, debería considerarse el posible impacto de otros factores ajenos al proceso arbitral, como ser la posibilidad de que los “grandes jugadores experimentados”, tanto del sector sindical como empleador, puedan generar sistemas de relevamiento y evaluación primaria de la viabilidad de los reclamos, permitiéndoles seleccionar los casos a tratar por la vía arbitral y así mantener su tasa de efectividad en la instancia.

En ese sentido, se observó una propensión en los empleadores que optaron por incluir el arbitraje en la dinámica de sus relaciones laborales, por generar también estructuras empresariales internas destinadas a prevenir los conflictos de personal y detectarlos, remediarlos o conciliarlos oportunamente, librando al arbitraje solo aquellos planteos que se reputan más débiles o infundados (Colvin y Gough, 2015, pp. 1025).

En consecuencia, es posible inferir que ese número de rechazos de reclamos efectuados por trabajadores en forma autónoma se deba a la carencia de fundamentos de hecho y de derecho, y no exclusivamente a la reiterada actuación del empleador o del sindicato ante el órgano arbitral.

En tal virtud, cabe asimismo colegir que el efecto favorable reconocido al litigante habitual frente al trabajador que ocurre personalmente sin representación sindical o letrada está dado por el grado de disponibilidad de los medios económicos que, a su vez, se traducen en una organización más sofisticada en materia de recursos humanos y en un mayor acceso a una asistencia jurídica adecuada para transitar los procesos arbitrales (Colvin y Gough, 2015, pp. 1037).

## **7. Conclusiones**

Con sus luces y sombras, el arbitraje constituye una herramienta de uso cada vez más extendido para el desarrollo de las relaciones laborales en los Estados Unidos. En un mundo tan globalizado, se impone su estudio para una mejor comprensión de su impacto en las relaciones industriales.

Su progresiva utilización, impulsada por ambos sectores de la relación laboral –tanto sindical como empleador–, sin dudas exhibe una crítica concreta sobre el funcionamiento del sistema judicial.

Asimismo, cabe resaltar que, según el ordenamiento jurídico norteamericano, las partes de un contrato de trabajo se encuentran autorizadas a pautar el derecho y jurisdicción aplicables en varios aspectos de la relación de empleo, sin que ello implique la sustitución de la vía judicial por la arbitral.

Esta última circunstancia torna más natural y explica el mayor consenso que



existe por admitir la procedencia de cláusulas arbitrales en los Estados Unidos respecto a otras sociedades, pues no resultarían totalmente ajenas a las modalidades que podrían presentarse ante los tribunales laborales.

Así también se ha visto que, por su origen convencional, el arbitraje aporta un mayor dinamismo instrumental para la gestión de conflictos, al permitir a las partes ir adecuando sus mecanismos procedimentales conforme a la evolución, necesidades e intereses del sector productivo en cuestión y de una forma más ágil a la que se observa en relación a los trámites judiciales, en tanto que, para modificar las normas adjetivas aplicables al Poder Judicial, se requiere de la puesta en marcha de acciones de gobierno más burocráticas y complejas que exceden los ámbitos e intereses disponibles directa y exclusivamente por los particulares.

En otro orden de ideas, el simple hecho de facultar a las partes para que al inicio de la contratación laboral puedan considerar someter al arbitraje las eventuales y futuras controversias que se susciten las invita a reflexionar y plantearse con mayor profundidad sus anhelos y proyecciones respecto al desarrollo de la relación de trabajo.

La oportunidad de realizar una cabal evaluación *ab initio* de las posibles consecuencias de incurrir en incumplimientos contractuales, como de las implicancias de transitar una vía contenciosa, propicia una mayor concientización de los derechos y obligaciones de las partes, fomenta la tolerancia, la colaboración y el mutuo entendimiento, además de evitar la ocurrencia de conductas temerarias o irreflexivas sobre las cuales muchas veces resulta difícil volver atrás para reconducir el vínculo laboral en condiciones de normalidad.

Empero, no es menos cierto que, por su fuente contractual, el instituto en estudio conlleva los vicios propios de todo acuerdo de voluntades.

En ese sentido, la expresión del consentimiento en forma auténtica y plena debe ser especialmente tutelada tanto para que constituya un acto jurídico válido y oponible a las partes al momento de la activación del trámite arbitral, como para la ejecución y cumplimiento del laudo.

Así, se estima que la jurisdicción del Poder Judicial resulta improrrogable en el control de legalidad de este último aspecto, pues por su ajenidad a la voluntad e intereses de las partes garantiza una adecuada e imparcial revisión de los requisitos de legalidad para la formulación de la cláusula arbitral.

Del mismo modo, la tutela judicial debe encontrarse habilitada en plenitud frente al establecimiento de figuras abusivas, distorsivas o inapropiadas para la prestación de un servicio de justicia y que puedan representar un inadmisibles

menoscabo a los derechos al debido proceso, al acceso a la jurisdicción o a la defensa de las partes.

En cuanto a las estadísticas debatidas en el presente estudio, cabe referir que, como toda generalización basada en muestreos parciales, puede resultar arbitraria. En ese orden, las limitaciones que exhiben los datos vertidos también está dada por el amplio universo y disparidad de procesos arbitrales y judiciales que existe en los Estados Unidos, según sea por las particulares previsiones del acuerdo de partes del que se trate, como de la normativa local o federal que regule la actividad judicial de la jurisdicción que se estuviera considerando al efectuar la comparación de sistemas.

Tampoco se soslaya que, como todo informe estadístico, los relevamientos empíricos tratados no abarcan la totalidad de las aristas comparables entre el sistema judicial y el arbitral. En especial, no fueron consideradas dentro del objeto de análisis aquellas características destacadas por los partidarios del arbitraje, como son la reducción de costos y plazos en la resolución de los reclamos.

A todo evento, es preciso subrayar que la percepción del tiempo y las demoras de tramitación tiene un alto componente subjetivo, vinculado a las percepciones individuales de las partes. Este aspecto también lleva a relativizar las críticas vertidas en torno a las demoras judiciales.

Prueba de lo expuesto constituye lo acontecido en otras sociedades, donde la aplicación del arbitraje también resultó insuficiente para satisfacer esas expectativas temporales y conllevó a la implementación de otros remedios adjetivos, como la acción de “arbitraje expedito”, por la que las partes pueden solicitar judicialmente o administrativamente un emplazamiento al panel arbitral para que disponga la pronta emisión de sus actos procesales (Webb y Wagar, 2018).

Sin embargo, consideramos que el análisis estadístico compromete una inevitable reflexión acerca de los derechos e intereses involucrados en la temática que excede la simple perspectiva jurídica en el análisis del instituto, pues pone de manifiesto algunos de los posibles efectos prácticos del funcionamiento del sistema.

Así, conduce a reflexionar sobre las políticas públicas subyacentes en el ordenamiento jurídico, especialmente sobre la actualidad y vigencia del objetivo perseguido a través de la Ley Federal de Arbitraje, la razonabilidad de los medios aplicados a su respecto y los aciertos y errores cometidos en su implementación.

Desde esa perspectiva, una lectura apriorística de este ensayo podría conducir a circunscribir el dilema planteado a un análisis de alternativas irreconciliables. Sin embargo, lo que se propone es una reflexión acerca de la posibilidad de armonizar y potenciar los beneficios de ambos sistemas para que, disponien-

do de las correcciones del caso –tanto respecto a los trámites arbitrales como a los judiciales–, sea dable garantizar un mejor acceso a la jurisdicción, mayor seguridad jurídica en el ejercicio de las relaciones laborales y procesos más efectivos para las partes en la elucidación de sus conflictos de derecho.

Este desafío requiere abandonar todo prejuicio e idealizaciones y concentrar los esfuerzos en un abordaje amplio y efectivo de la temática, el cual permita, con base teórica cierta y experiencia práctica suficientemente representativa, superar dicotomías tan intensas como las que existen en el derecho del trabajo en general.

En tal virtud, se auspicia el análisis comparado de los diferentes esquemas de administración de justicia, a fin de propiciar la apertura de futuros y más fecundos debates acerca de las oportunidades, beneficios y riesgos que las distintas variantes conllevan según su particular diseño, de una manera funcional para el mejor desarrollo del sistema de las relaciones laborales de acuerdo a las características e idiosincrasia particulares del grupo social a los que estuvieran dirigidos.

## Bibliografía

- Colvin, A. J. S. (2011). An empirical study of employment arbitration: Case outcomes and processes. *Journal of Empirical Legal Studies*, 3, 1-41.
- Colvin, A. J. S. y Gough, M. D. (2015). Individual employment rights arbitration in the United States: actors and outcomes. *ILR Review*, 68(5), 1019-1042.
- Donner, T. A. (2014). *Attorney's practice guide to negotiations* (Parte V, cap. 28). Deerfield, Illinois: Thomson Reuters.
- Finkin, M. W. (1996). Workers' Contracts under the United States Arbitration Act: An Essay in Historical Clarification. *Berkeley Journal of Employment & Labor Law*, 17(2), 282-303.
- Helie, J. y Melamed, J. C. (1998). Online Dispute Resolution in the U.S. 2/9/19. *Mediate.com* <https://mediate.com/articles/ecodir1.cfm>.
- Klaas, B. S., Mahony, D. y Wheeler, H. N. (2006). Decision-Making about Workplace Disputes: A Policy-Capturing Study of Employment Arbitrators, Labor Arbitrators, and Jurors. *Industrial Relations: A Journal of Economy and Society*, 45, 68-95.
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España. (2009). Las relaciones laborales en Estados Unidos. *Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral*, 129, 150-159.
- Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Gobierno de España. (2014). Los medios alternativos de solución de conflictos laborales en Estados Unidos: el Federal Mediation and Conciliation Service. *Revista de Actualidad Internacional Sociolaboral*, 180, 152-156.
- Serrano Acitores, A. (s.f.). Los ADR en los Estados Unidos. <https://www.antonioserranoacitores.com/adrs-estados-unidos/>.

- Stone, R. G., Siedman, L. M., Sunstein, C. R., Tusnet, M. V. y Karlan, P. S. (2013). *Constitutional Law*. Nueva York: Wolters Kluwer & Aspen Publishers.
- Webb, S. R. y Wagar, T. H. (2018). Expedited Arbitration: A Study of Outcomes and Duration. *Relations Industrielles*, 73(1), 146-173.
- Willborn, S. L., Schawb, S. J., Burton, J. F. Jr. y Lester, G. L. L. (2017). *Employment Law. Cases and materials* (6ª ed.). Durham, Carolina del Norte: Carolina Academic Press.



# LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA Y LA VALORACIÓN EN ADUANA. COMENTARIOS A LA GUÍA DE LA OMA VERSIÓN 1.0 (JUNIO 2015)

---

**Horacio Félix Alais**

Universidad Austral. Universidad de Buenos Aires. Universidad de La Plata

halais@alaisdepalacios.com.ar

**Recibido:** 30/04/2020

**Aceptado:** 15/05/2020

## Resumen

La *Guía de la OMA sobre la Valoración en Aduana y Precios de Transferencia* se elaboró para suministrar a los funcionarios aduaneros y de las administraciones tributarias, con competencia en el estudio de las bases imponibles de los derechos de importación y de tributos internos (Renta, IVA), respectivamente, y también a los usuarios en general una serie de criterios objetivos e interpretaciones ante las dificultades que se presentan para una misma operación de compraventa internacional la incidencia que tiene el método de valoración establecido por el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del GATT/OMC y el régimen de Precios de Transferencia. Al tratarse de metodologías distintas para aplicar tributos sobre la que se estructuran estos regímenes y por la posibilidad de obtener sobre una misma realidad determinaciones tributarias diferentes, es que desde la Organización Mundial de Aduanas y con la participación de la OCDE estudiaron los aspectos comunes que se pueden encontrar y disponer para que, de este modo, se obtengan resultados coherentes y permitir que las empresas multinacionales puedan fijar precios que satisfagan los estándares aceptados por las aduanas y las administraciones tributarias.

**Palabras clave:** valor en aduana, precios de transferencia, Organización Mundial de Aduanas, investigación de valor, acuerdos anticipados de precios, resoluciones anticipadas, auditoría.

## Transfer pricing and Customs valuation. Comments on WCO Guide Version 1.0 (June 2015)

### Abstract

The *WCO Guide to Customs Valuation and Transfer Pricing* was prepared to provide customs and tax administration officials, with competence in the study of the taxable bases of import duties

and internal taxes (Income, VAT) respectively, and also users in general, with a series of objective criteria and interpretations in view of the difficulties that arise for the same international purchase-sale operation from the impact of the valuation method established by the Agreement on Implementation of Article VII of the GATT/WTO and the Transfer Pricing regime.

Since they are different methodologies to apply taxes on which these regimes are structured and because of the possibility of obtaining different tax determinations on the same reality, the World Customs Organization, with the participation of the OECD, studied the common aspects that can be found and arranged so that consistent results are obtained and to enable multinational companies to set prices that meet the standards accepted by customs and tax administrations.

**Key words:** Customs value, transfer pricing, World Customs Organization, value research, advance price agreements, advance resolutions, audit.

## 1. Introducción

Han pasado algunos años desde que la Organización Mundial de Aduanas (OMA) publicara la *Guía sobre la Valoración en Aduana y Precios de Transferencia* (2018) (en adelante, la Guía), que tuvo como finalidad, según su introducción, la de asistir a los funcionarios aduaneros que están a cargo de la política de valoración en aduana y que realizan auditorías y fiscalizaciones de aquellas empresas vinculadas al comercio exterior.

Se pone de manifiesto que no brinda un enfoque definitivo sobre cómo abordar este asunto y resalta que en el ámbito del Comité Técnico de Valoración en Aduana (CTVA)<sup>1</sup> se continúa debatiendo. Pero se afirma que constituye un marco contextual técnico y ofrece posibles soluciones sobre cómo proceder, además de compartir ideas y prácticas comerciales usuales.<sup>2</sup>

## 2. El tema central de debate

La Guía advierte las tensiones conflictivas que se presentan en la importación de mercaderías en el área de la valoración, en la que el objetivo de la autoridad

---

1 Es el organismo al que le compete considerar interpretaciones técnicas sobre asuntos de valoración en aduana creado por el Acuerdo de Valor del GATT/OMC y que cuenta con el auspicio de la Organización Mundial de Aduanas. Busca suministrar asesoramiento sobre cuestiones técnicas concretas, si así lo solicitan los miembros o un grupo especial en el marco de una diferencia.

2 Se agradecen los aportes generosos para la realización de este estudio de los Dres. Santiago Ibáñez Marsilla, Sara Armella, Achim Rogmann, Julio Guadalupe Bascones, Germán Pardo Carrero, Bryce Blegen y Rosaldo Trevisan, miembros de la Academia Internacional de Derecho Aduanero, y de Mañez Guzmán.

aduanera es que todos los elementos que integran el valor en aduana estén declarados y, por lo tanto, no esté subvalorado, pero dicha situación se tensiona por el hecho de que la autoridad tributaria tiene su foco en determinar que el precio de transferencias no incluya elementos inadecuados y, por ende, no esté sobrevalorado.

Por otra parte, debe recordarse que el precio impuesto a la transferencia, venta o prestación de bienes o servicios entre partes vinculadas es determinado, a efectos fiscales, bajo el principio internacionalmente reconocido como *arm's length*, el cual establece que los precios de transferencia entre entidades vinculadas deberán ser valorados como si hubieran sido fijados por partes independientes en condiciones de pura competencia: en transacciones y bajo circunstancias similares.<sup>3</sup>

De modo que el precio de transferencia es el resultado económico de la valoración del rendimiento con fines específicos y, a diferencia del precio de mercado, no está formado por la oferta y la demanda.<sup>4</sup> Con la creciente globalización de las funciones operativas dentro del grupo, las cadenas de valor agregado más complejas y una amplia descentralización de las responsabilidades determinan que los precios de transferencia sean cada vez más difíciles de calcular.

Por ello, los precios de transferencia son un importante instrumento de control. El diseño y la valoración de los suministros dentro del grupo tienen principalmente funciones de gestión empresarial diferentes y posiblemente contradictorias. El significado de un precio de transferencia no solo se analiza desde un punto de vista comercial, sino que, además, regula la distribución de los ingresos fiscales a los fiscos implicados. Como consecuencia del principio de separación reconocido internacionalmente, cada empresa del grupo es tratada como una entidad imponible. No son los beneficios totales del grupo los que están sujetos a impuestos, sino los beneficios generados por las empresas individuales del grupo.<sup>5</sup>

---

3 Cfr. Sánchez de Castro Martín-Luengo (2019), donde se remarca que la idea del principio *arm's length* es simular cuál habría sido el precio fijado para la transacción entre las partes vinculadas si esta hubiera sido efectuada por partes independientes, es decir, se efectúa una especie de ficción legal a través de la cual se pretende, en última instancia, que las partes vinculadas sean gravadas como si hubieran actuado como partes independientes en un mercado dirigido por el principio de plena concurrencia.

4 La OCDE define los precios de transferencia como los valores a los que transan las empresas que están vinculadas, que, a diferencia de los precios de mercado, pueden estar influenciados o no por las leyes del mercado, de modo que para ella no necesariamente incumple el estándar *arm's length*, por lo que se anima a las administraciones tributarias a no prejuzgar en este sentido.

5 Cfr. Möller (2004, pp. 2-5).



En el contexto de la maximización de los beneficios, puede ser útil transferir estos a las empresas del grupo fijando el precio de transferencia domiciliado en determinados países. La ventaja puede consistir en la reducción de la carga fiscal en esos Estados y, por lo tanto, en un impacto final en el tipo impositivo del grupo en su conjunto. Esto, de hecho, implica que tenga atisbos de influencia en la vinculación de las empresas de un mismo grupo y que pueda ser observado desde la perspectiva de la valoración aduanera.

Por ello, debe considerarse que la declaración de valor en una destinación aduanera es un elemento esencial por los efectos que genera y se basa, por su parte, en los principios de veracidad y exactitud, ya que constituye una declaración jurada<sup>6</sup> y puede tener consecuencias no solo tributarias, sino también infraccionales.<sup>7</sup>

*A priori*, parece un dilema de imposible solución o coordinación, por la finalidad de cada régimen y por tratarse de una misma actividad económica que realiza una empresa multinacional (EMN).

Massimo Fabio (2017, pp. 277-278) recuerda que el valor de transacción entre dos entidades distintas del mismo grupo multinacional constituye la base de valoración para el cálculo de los tributos aduaneros.

La autoridad aduanera puede investigar si esa vinculación influye en la determinación del precio conforme a las reglas del Acuerdo de Valor del GATT/OMC (en adelante, el Acuerdo).

Con un enfoque totalmente aduanero sobre la posible determinación de un valor inferior del valor real, la pregunta que subyace es si este puede ser ajustado, sobre todo cuando las EMN disponen de un precio de transferencia aprobado por la administración tributaria.

Esto introduce la cuestión de analizar si ambos sistemas de determinación de valor tienen que ser considerados de una manera única o uniforme a efectos de determinar cómo proceder respecto al precio de transferencia, los derechos de aduana y el IVA.

El autor indica que la Guía reitera que el método para determinar el valor en aduana remite al Acuerdo sobre la Aplicación del artículo VII del GATT

---

6 Cfr. artículos 224 y 234 ap. 2 del Código Aduanero Argentino.

7 Cfr. Bonzón Rafart (2020). Aquí destaca que los fenómenos relacionados con la subfacturación, sobrefacturación, planeamiento económico, fraude electrónico, evasión y/o elusión tributaria suelen ser fuente de generación tanto de distintos ilícitos tributarios como aduaneros, y que pueden resultar válidos ante el servicio aduanero y no ante la administración tributaria, para lo cual debe profundizarse el estudio de estos temas.

y que todas las naciones que se han adherido a la Organización Mundial de Comercio (OMC) tienen el deber de adoptarlo y aplicarlo. Por otra parte, coexisten en lo que respecta a la fiscalidad directa sistemas de determinación de bases imponibles especiales para las EMN, que determinan el precio de los bienes, servicios y activos comprados y vendidos que se conocen como “precio de transferencia”. Pero la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha producido, a su vez, una recomendación respecto a la metodología tendiente a aplicar a la valoración determinada por informes auditados, que se funda sobre el valor normal que es aceptado internacionalmente y, por lo tanto, utilizado por las empresas y las autoridades fiscales.

Sobre lo expuesto se observa una cuestión central consistente que, a los fines de valoración en aduana, las transacciones de importación que se realizan entre dos entidades, distintas y legalmente separadas del mismo grupo económico, son consideradas como “transacciones de partes vinculadas”.<sup>8</sup> Tales transacciones deben ser examinadas por la aduana para determinar si el precio declarado para las mercancías importadas está “influenciado” por la relación existente. En otras palabras, ¿el precio al que las mercancías han sido vendidas está en un nivel inferior al que hubiesen sido vendidas si las partes no estuvieran vinculadas y el precio se hubiera negociado?

En este marco, las EMN tienen una responsabilidad fiscal directa sobre las ganancias de la compañía en la mayoría de los países alrededor del mundo. La OCDE ha desarrollado directrices sobre cómo aplicar esta metodología al momento de establecer o aprobar precios de transferencia.

A modo de síntesis, plantea otro interrogante: si a partir de un precio de transferencia determinado por las EMN y aprobado por la administración fiscal para operaciones de importación y exportación, ¿son precios que afectan el valor real de transacción a los fines aduaneros por vinculación? O, dicho de otra manera, disponer de un acuerdo sobre los precios de transferencia ¿necesariamente determina que el precio para las importaciones se encuentra influenciado? Y esto es lo que ha generado debates en la doctrina.

Hay que considerar las particulares características que ambos sistemas tienen, ya que por sustentarse en principios objetivos aparentemente contradictorios, la determinación del valor en aduana a los fines de la aplicación de los tributos *ad valorem* se basa en la noción positiva del valor de la mercadería, que deriva del valor de transacción con los ajustes que puedan corresponder conforme al

---

8 Cfr. Tal como está definido en el artículo 15.4 del Acuerdo de Valoración.

artículo 8 del Acuerdo, mientras que el régimen de precios de transferencia, en síntesis, constituye una metodología teórica que las empresas multinacionales desarrollan a partir de pautas determinadas para justificar precios a los fines del cálculo de impuesto a las ganancias –o a la renta, según como se la denomine–, y que se acuerda con las administraciones tributarias.

En efecto, Julio Carlos Lascano (2003, pp. 116-119) señala que la manipulación de los precios de transferencia entre empresas vinculadas apunta regularmente a modificar la base imponible de los derechos de aduana, derechos *anti-dumping* o compensatorios, o de los tributos interiores que gravan la actividad de las compañías afiliadas (impuesto a las ganancias), minimizar los efectos de los controles de cambios o reducir los dividendos correspondientes a los socios nacionales de la compañía, redistribuyendo por esta vía los costos y las ganancias de manera que sus ganancias figuren realizadas allí donde los impuestos y controles resulten más favorables. Pero el precio de venta entre estas empresas no es motivo de cuestionamiento desde la perspectiva del artículo 1 del Acuerdo de Valoración, sino en la medida en la que esa vinculación haya influido en los precios, es decir que no se haya fijado con arreglo a los precios corrientes de mercado que habrían fijado dos contratantes independientes entre sí para las mismas mercaderías y en las mismas circunstancias.

Enrique Barreira (2001/2002) destaca también los intereses contrapuestos de la administración aduanera y de la administración de la tributación interior en el control de los precios declarados por las transacciones internacionales entre empresas vinculadas.

Menciona que en materia de importación el interés de la aduana suele ser el de combatir la declaración aduanera de valores inferiores a los reales, procurando ajustarlos a fin de obtener una mayor base imponible para la aplicación de los derechos de importación. Por el contrario, el interés del organismo recaudador de los impuestos a la renta suele ver con buenos ojos que los valores de importación sean bajos, pues, de esta manera, se incrementa la renta originada en la reventa que se produce en su propia jurisdicción, con lo cual hay mayor probabilidad de obtener un margen de ganancia superior y, por ende, una base imponible mayor en función del margen de utilidad obtenido por la diferencia entre la venta doméstica y la compra en el exterior. Por ello, concluye que resulta paradójico que dos organismos del mismo Estado utilicen sus poderes de fiscalización sobre los operadores de comercio exterior en la búsqueda de intereses tan contrapuestos, lo que conduce al dilema que siempre se le presenta al importador de estar sometido a una investigación de valor por parte del servicio

aduanero y que no satisfaga al organismo de recaudación interna, redundando en inseguridad jurídica a estos operadores (Barreira, 2001/2002, pp. 115-116).

Pablo González Bianchi y Flavia Figueredo (2018, p. 26) siguen esta línea expuesta por Barreira sobre la existencia de dos sistemas tendientes al ajuste del mismo valor de transacción con métodos diferentes y con finalidades distintas. Observan que tal circunstancia resulta paradójica, ya que el importador se encuentra entre dos fuegos, siendo amenazado con una investigación acerca del valor declarado por la sospecha de que este sea considerado alto o bajo de acuerdo con un patrón de difícil determinación, con lo que puede existir la afectación del principio de seguridad jurídica.

Por su parte, Juan Martín Jovanovich (2005/2006, pp. 76-77) ha sostenido el poco debate que se ha dado sobre la armonización de las normas impositivas y aduaneras sobre precios de transferencia, teniendo en cuenta que esas normas son utilizadas en forma permanente tanto por las administraciones tributarias como aduaneras para establecer si los precios de las operaciones entre personas vinculadas son aceptables a efectos de calcular las bases imponibles del impuesto a la renta y de los derechos de importación. Si se tienen en cuenta los intereses contrapuestos de dichas administraciones (que en muchos países –como es el caso de Argentina– forman parte del mismo organismo autárquico), resulta notable que los contribuyentes/importadores no hayan requerido a dichas administraciones homogeneidad en el tratamiento otorgado a sus valores de transacción.

Jovanovich (2005/2006) destaca un punto interesante cuando afirma:

[...] Esto quizás forme parte de una creencia que, entendemos, es infundada: que el régimen de precios de transferencia contemplado en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 es diferente e incompatible con los regímenes de precios de transferencia establecidos en las leyes de impuesto a la renta de aquellos países que han adoptado, en forma más o menos fiel, las Directrices Aplicables en Materia de Precios de Transferencia a Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias (en adelante, las “Directrices”) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). La creencia mencionada puede tener como origen un enfoque erróneo sobre las normas cuya armonización se pretende. Dada la similitud entre los métodos secuenciales establecidos en los arts. 2, 3, 5, 6 y 7 del Acuerdo con los métodos tradicionales de las Directrices, se tiende a compararlos y a marcar sus diferencias, lo cual constituye un grave error. Los métodos de los arts. 2, 3, 5, 6 y 7 del Acuerdo entran en juego cuando la empresa multinacional no ha logrado defender apropiadamente sus precios de transferencia. A partir de ese momento,

arribar a un resultado uniforme en sede aduanera e impositiva se hará más difícil, pues los mencionados métodos, su sistema de aplicación y el momento en el que son aplicados son diferentes a aquéllos previstos en las Directrices [...]. (p. 76)

Conforme a este enfoque sobre la base del trabajo que presentara en la Reunión Temática de la Vigésima Sesión del Comité Técnico de Valoración en Aduanas de la OMA en abril de 2005 en Bruselas, Jovanovich señala que la armonización de normas impositivas y aduaneras sobre precios de transferencia solo intenta alcanzar situaciones en las que existen compraventas internacionales de mercaderías (no otras operaciones internacionales, tales como *leasing*, transferencias entre casa matriz y sucursal u otras transacciones que no se encuentren comprendidas en el concepto de “venta”, tal como se lo define en la Opinión Consultiva 1.15) y, además, un valor de transacción que sea aceptable en los términos de los incisos a), b) y c) del artículo 1.1 del Acuerdo. Si estas condiciones no estuvieran presentes, el método del valor de transacción se rechazaría como base de valoración, resultando de aplicación los valores en aduana establecidos en los artículos 2 a 7 del Acuerdo, los cuales no siempre son consistentes con los precios determinados con base en las Directrices. A su vez, la armonización de esas normas se limita a las relativas al examen de las circunstancias de la venta a efectos de determinar si el precio cumple con la condición establecida en el inciso d) del artículo 1.1 del Acuerdo.

Lo que se sugiere es la utilización de un sistema uniforme de reglas a efectos tributarios y aduaneros para que las EMN fijen sus precios y las administraciones tributarias y aduaneras examinen las circunstancias de la venta a efectos de determinar si la vinculación influyó en el precio.

Por tal motivo, concluye que no se pretende que la armonización de normas tributarias y aduaneras se prolongue a aquellas situaciones en las cuales el valor de transacción ya ha sido rechazado ni que las normas tributarias tengan incidencia alguna sobre los métodos de valoración de los artículos 2 a 7 del Acuerdo.

Gilberto Ramos Fernández (2008, pp. 423-424), haciéndose eco de estas posiciones doctrinarias, identifica a un grupo que se muestra a favor de la convergencia entre los precios de transferencia y la valoración aduanera tal como lo auspicia la OCDE, sin perjuicio de recordar que el secretario general de la OMA, Kunio Mikuriya (2006),<sup>9</sup> insiste en la existencia de ambas posiciones

---

9 Mikuriya (2006) expone que han surgido dos escuelas de pensamiento respecto al tema en cuestión: los que consideran que la convergencia de las normas es deseable y factible y los que son cautelosos con este enfoque. Los que están a favor de la convergencia señalan que podría surgir una cuestión de credibilidad si existieran dos conjuntos de reglas sobre la determinación del valor dentro de un

antagónicas. Menciona que el motivo para apoyar la convergencia se fundaría en la credibilidad de las autoridades de un mismo país al aplicar distintas reglas de valoración y, por otro lado, los que se muestran cautelosos al considerar que los dos sistemas de valoración se basan en principios y metodologías diferentes que tienen consecuencias teóricas y prácticas distintas.

No obstante lo dicho, cita algo que ya fue mencionado por otros autores: que las EMN pueden tener incentivos económicos contrapuestos en cuanto a la valoración de sus operaciones de importación en la medida en que si bien la asignación de un valor en aduana bajo les permitiría el pago de derechos arancelarios menores, un valor en aduana alto elevaría el costo de adquisición del bien importado, lo cual repercutiría en la obtención de una renta imponible menor cuando es vendido.

En Colombia, el planteo conceptual resulta igual a lo hasta aquí expresado. A tal fin, Nidia Barreto Cruz y Bibiana Buitrago Duarte (2015)<sup>10</sup> resaltan que, para algunos, la doble atribución de valor que se realiza respecto a mercancías importadas por empresas vinculadas, en vista a la determinación del impuesto a la renta y de los tributos aduaneros, parece contraponerse a la cuestión de la unidad de la administración que le exige ser coherente con sus actos propios; al tiempo que parece justificarse su implementación en el “principio de estanqueidad de las valoraciones”, que se funda en la idea de que cada entidad impositiva obedece a naturalezas diversas y es aplicada por órganos diferentes, siendo admisible la separación entre ambas valoraciones. Estas formulaciones de unidad por oposición a estanqueidad de valoraciones, que son el punto base de discusión para cualquier trabajo o análisis que se pretenda abordar sobre la conexidad e impacto entre los precios de transferencia y la valoración aduanera,

---

Gobierno, pero esta situación da lugar a mayores costos de cumplimiento para las empresas y a una mayor aplicación de la ley. Los proponentes sugieren que, dado que las disposiciones sobre la parte conexa a las transacciones del Acuerdo de la OMC sobre Valoración en Aduana son relativamente concisas en comparación con las más precisas y amplias directrices de la OCDE sobre los precios de transferencia, y podría haber un espacio para desarrollar directrices o explicaciones, interpretaciones y notas aclaratorias para su mejor aplicación, por lo que concluye que este enfoque no implica la revisión del Acuerdo de la OMC, sino que tiene por objeto facilitar y complementar la aplicación adecuada de las normas vigentes de la OMC, otorgando un elemento de elección a las aduanas.

- 10 Barreto Cruz y Buitrago Duarte (2015) recomiendan que en un escenario más esquemático se plantea una triple dimensión de la estanqueidad, ciertamente como manifestación del principio de autonomía de las deudas tributarias, esto es: (a) “estanqueidad normativa”, en tanto las normas que regulan un tributo no pueden aplicarse a otros tributos, a menos que exista remisión legal expresa; (b) “estanqueidad procedimental”, siempre que cada procedimiento de liquidación sea independiente; y (c) “estanqueidad orgánica”, teniendo en cuenta que los organismos gestores de los tributos son estancos entre sí.

constituyen en definitiva la disyuntiva que viene planteando la doctrina internacional, y que al ser introducida en Colombia la legislación sobre precios de transferencia, estará de fondo en la aplicación simultánea con la normatividad aduanera, bien por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), los tribunales contencioso administrativos, el Consejo de Estado y, en últimas, los contribuyentes. En otros términos, concluyen que podría pensarse que la estanqueidad no es más que una manifestación del “principio de autonomía de las deudas tributarias”, que hace predicar de estas unos supuestos de hecho, unos procedimientos y unos órganos especiales para su cobro.

El tema de la estanqueidad de las valoraciones como principio ya fue abordado hace tiempo por Santiago Ibáñez Marsilla (2002, pp. 45-50), quien recuerda que este concepto fue acuñado por una sentencia del Tribunal Supremo del 20 de noviembre de 1971 (RA 1971, 4788), en el cual

la valoración practicada en relación con un determinado impuesto no puede constituirse en parámetro que condicione la valoración que tenga que alcanzarse para la aplicación de otro impuesto distinto, dado que los diferentes impuestos constituyen al menos a estos efectos, compartimentos estancos entre los que no cabe establecer un vínculo. (Ibáñez Marsilla (2002, p. 63)

Este autor observa que, ante este fenómeno, la jurisprudencia creyó encontrar en la personalidad única de la administración motivo suficiente para justificar la vinculación entre las distintas valoraciones, puesto que admitir lo contrario iría en perjuicio de la seguridad jurídica y la buena fe impone coherencia con los actos propios.

Su tesis sobre este tema parte de considerar que el valor no es una propiedad inherente a los bienes, sino que es una atribución que les dan las personas. Tal atribución no es indiferente a las condiciones y circunstancias en las que esta se efectúa, y tampoco es absoluta ya que está sometida a cambios constantes, lo que conduce a que los valores sean relativos. Pero esta cualidad no debe confundirse con los mecanismos de determinación de valores. De modo que, para los mismos bienes, el resultado de aplicar una u otra norma no puede conducir a resultados dispares. Por ello, observa un afianzamiento de la tesis de la unidad no como dogma, sino en función de lo que resulte del análisis de las normas reguladoras de los tributos implicados.

Gustavo Adolfo Lorenzo Ortiz y Juan Camilo De Bedout Grajales (2019) aportan a esta cuestión que la tarea de armonizar ambos regímenes no es simple, pero tampoco imposible, y esta armonización constituye precisamente un

camino idóneo para los nuevos desafíos del comercio moderno. Señalan que si ambos regímenes proponen la existencia de valores libres de mercado carentes de influencias internas generadas por la calidad de las partes involucradas en la operación, el resultado debe ser coherente en ambos aspectos y no distinto y sobre temporalidades diferentes. La armonización propuesta se configura incluso en forma autónoma en la práctica, ya que la administración tributaria inicia en forma general la controversia de valoración aduanera con sustento en el contenido del estudio de precios de transferencia, puesto que la relación entre ambas regulaciones es innegable y esta circunstancia deviene en un argumento adicional para unificar dicho tratamiento impositivo. Vale reiterar que la propuesta de “armonización” de los regímenes de valoración aduanera y precios de transferencia debería iniciarse con la integralidad y transversalidad de las diferentes divisiones de la administración tributaria, lo que impone una definición de políticas comunes, únicas y transversales para toda la entidad, donde se establezcan los objetivos (entre ellos, por supuesto, el recaudo) y los procesos y procedimientos para llevar a feliz término tales objetivos. Esto supone un accionar armónico, integrado y eficaz de la administración, donde se adelanten las investigaciones que realmente correspondan a infracciones o violaciones de la ley vigente.

Luis Eduardo Natera Niño de Rivera (2015, pp. 124-126) ha mencionado algo ya comentado por otros autores: que a pesar de la diferencia apuntada, resulta evidente que el propósito que persiguen las metodologías establecidas, tanto para precios de transferencia como para valoración aduanera, es muy similar: (a) las reglas de valoración para efectos aduaneros buscan determinar si un valor de importación ha sido influenciado por la vinculación entre las partes; y (b) las reglas de precios de transferencia buscan determinar un precio que cumpla con el *arm's length principle*.

Este autor cita que ambos casos tienen como elemento común el asegurarse que el valor de las transacciones sea determinado como lo harían partes independientes bajo condiciones de mercado. Es en este sentido que las guías han sido emitidas, es decir, con el propósito de definir la apropiada utilización de la información contenida en los estudios de precios de transferencia, que permita a las aduanas cerciorarse de que el valor de las mercancías establecido entre partes vinculadas no se encuentra influenciado por la relación existente. Pero también resalta que la perspectiva y los objetivos de cada enfoque son opuestos, la función de la autoridad aduanera será la de verificar que todos los elementos apropiados se encuentren incluidos en el valor en aduana de las mercancías con el propósito de que estas no se encuentren subvaluadas.



También Fabio (2017, pp. 275-276) recuerda que el tema bajo estudio ha sido una de las mayores preocupaciones de la comunidad comercial, lo que condujo a la OMA a realizar un análisis riguroso, con laudable transparencia, indicando que los ajustes de los precios de transferencia en las aduanas deben estudiarse a nivel global para evitar inconsistencias, las cuales se presentan porque solo algunas administraciones aduaneras evolucionadas tienen en cuenta los ajustes tanto cuando aumentan (previendo un pago adicional de derechos por el aumento del valor) como cuando el cambio es en disminución (reconociendo el reembolso legítimo), mientras que otras muchas administraciones aduaneras no lo tienen en cuenta y, cuando proceden, se centran únicamente en los posibles cambios al alza con miras a poder imponer un derecho más elevado como resultado de la evaluación de los ajustes.

Las EMN, por la forma que tienen de gestionar la política de precios de transferencia y los ajustes que legítimamente puedan corresponder *a posteriori*, les genera preocupación por la actitud que puedan tener las administraciones tributarias, de manera que una solución es que gestionen Acuerdos de Precios Avanzados (APA). Pero en esta línea concluye que no se ha adoptado todavía expresamente ningún instrumento de carácter estrictamente aduanero, dejando la posibilidad de que cada autoridad aduanera establezca procedimientos *ad hoc* y, en este sentido, la Guía permite disponer de una ruta a seguir y pautas a considerar.

Ibáñez Marsilla (2002, pp. 47-49) ha estudiado particularmente este dilema en diversos trabajos doctrinarios haciéndose eco de los inconvenientes señalados, pero parte del hecho de que algunas mercaderías que se importan se incorporan al tráfico económico del país de importación, lo que implica que luego es objeto de una ulterior actividad económica que puede ser susceptible de ser gravada por diversos impuestos, como ya se ha visto. Pero enuncia una vez más que la dificultad de la cuestión se encuentra en la divergencia de las valoraciones que pueden obtenerse por los efectos que ello causa, de manera que, en la mayoría de las ocasiones, el importador preferiría optar por un valor en aduana alto si eso le permite después poder acreditar un valor de adquisición también alto, y ello porque el incremento de base imponible en un impuesto (el que grava la importación) iría acompañado de una correlativa disminución en el otro (en el impuesto a las sociedades), siendo que los tipos del arancel suelen ser sensiblemente inferiores a los de este, de modo que, calculada de forma conjunta la cuantía a pagar por los dos, sería interior (Ibáñez Marsilla, 2011, pp. 73-74).

A igual conclusión llega Carlos Herrero Mallol (1999, p. 120) al indicar que,

ante dicha situación, la administración tributaria encargada de comprobar la base imponible del impuesto sobre la renta pretenderá evitar que se encubra una transferencia de beneficios al exterior y, en ese caso, ajustar a la baja el precio pagado.

Por su parte, y dentro del mismo concepto, Andrea Musselli y Alberto Carlo Musselli (2000, p. 52) concluyen que el precio de libre competencia ha sido aplicado por varias administraciones aduaneras para confrontarlo al valor de importación declarado por partes vinculadas y respecto a valores de importación de empresas independientes, y que para evitar los problemas ya citados se recomienda que las administraciones intercambien información sin dejar de reconocer la finalidad distinta de las valoraciones en cuestión.

Otra cuestión para considerar es lo afirmado por Thomas Möller (2004, pp. 6-10) cuando indica que la valoración aduanera se complica cuando se tienen en cuenta otros factores, como la posible influencia del vendedor y del comprador en el precio, como ocurre en un grupo de empresas. Los denominados “precios de transferencia” plantean dudas sobre la influencia de los precios y llevan a que la administración de aduanas examine las circunstancias de la operación de compra. Para disiparlas es necesario un procedimiento de reconocimiento que incluya también el principio de acuerdo en condiciones de igualdad. Si se comprueba que existe influencia, ello conduce a la inaplicabilidad del método del valor de transacción y al examen riguroso de otros métodos de valoración en aduana por parte de la administración de aduanas. La valoración de las entregas entre empresas de terceros países es un problema común en materia de impuestos y aduanas. Al basarse en un precio de transferencia, la transacción uniforme plantea automáticamente la cuestión de la valoración uniforme. Una importante característica común de la valoración para impuestos y aduanas es el elemento de comparación, a fin de excluir la posibilidad de influir en el precio de transferencia debido a la afiliación dentro del grupo.

Finalmente, resulta de interés el aporte de Richard Thompson Ainsworth (2007, pp. 1-6) cuando afirma que en la mayoría de las jurisdicciones hay tres esferas distintas de análisis de los precios de transferencia por la incidencia que tiene: el impuesto sobre la renta, las aduanas y el IVA, y que si bien comparten objetivos de política, terminología y metodologías, los sistemas de precios de transferencia no están en armonía.

Las empresas consideran que esta falta de armonía es costosa y problemática, pero también se presenta como una oportunidad de planificación. La puerta está abierta al arbitraje (administración tributaria/EMN). Las partes relaciona-

das juegan una partida de ajedrez tridimensional con las autoridades fiscales siempre que estructuran las transacciones transfronterizas. La planificación de los contribuyentes a través de este complejo laberinto de reglas a menudo deja al Tesoro con un problema de precios de transferencia en tres direcciones, encontrando a las autoridades fiscales descoordinadas y a veces poco colaboradoras entre sí.

Ainsworth (2007) se pregunta qué pasaría si se armonizaran las normas sobre precios de transferencia dentro de una jurisdicción. En su respuesta, señala que la OMA y la OCDE han examinado esta cuestión. Pero pareciera que esta labor se vería facilitada si se aplicara un solo conjunto de normas sobre precios de transferencia, independientemente del impuesto del que se trate. Sin embargo, para evitar la doble tributación (o la doble no tributación), las normas nacionales también deben armonizarse internacionalmente (entre las jurisdicciones).

En esa línea, Ainsworth (2007) se pregunta qué acontecería si se armonizaran las normas sobre precios de transferencia dentro de las jurisdicciones y entre ellas (armonización vertical y horizontal). Indica que, mediante una serie de conferencias, la OMA y la OCDE han emprendido una evaluación de amplio alcance de los actuales regímenes de precios de transferencia para ver si se puede forjar una metodología armonizada de fijación de precios. Como era de esperar, esto aconteció y se llegó a la conclusión de que era necesario: (a) examinar más a fondo la cuestión; (b) que la armonización exigiría ajustes por todas las partes; y (c) que era preciso determinar proyectos piloto o estudios de casos en materia de armonización.

Este autor aporta que, ante el problema propuesto, solo puede darse una respuesta afirmativa a la cuestión de la armonización de la OMA/OCDE a través de la tecnología, implementando un sistema automatizado que ha de permitir equilibrar las pautas de determinación del correcto precio de transferencia y que determine correctamente el impuesto sobre la renta, las aduanas y el IVA.

Asimismo, tiene en consideración que las diferencias inherentes que se encuentran en el impuesto sobre la renta anual son casi imposibles de armonizar con los impuestos sobre las transacciones, como las aduanas y el IVA, si solo se considera que sea una única y monolítica norma de precios de transferencia. Sí, en cambio, imagina una norma que emplee reglas flexibles e integradas, en la que se reúnan elementos armonizados por separado (verticales y horizontales) en un sistema automatizado certificado, y entonces se podrá realizar una norma armonizada de precios de transferencia.

Por ello, Ainsworth (2007) concluye que la armonización directa de las normas del impuesto sobre la renta y las normas aduaneras es una labor casi imposible. La búsqueda del impuesto sobre la renta para obtener ingresos imponibles reales mediante los precios de transferencia entra en conflicto fundamentalmente con el uso que hacen las aduanas de los precios de transferencia para determinar los valores sustitutivos. Así, pues, la armonización solo es posible mediante el uso de una excepción aduanera permitida, un retraso en la valoración aduanera para los sistemas certificados que vincula con precisión las valoraciones (de ingresos) posteriores al valor actual de la transacción.

En los países en desarrollo, agrega que la mayoría de las EMN ya cuentan con sistemas de cumplimiento fiscal totalmente automatizados que determinan todas las medidas de cumplimiento fiscal. Al establecer las normas sobre precios de transferencia, los Gobiernos adecuarán indirectamente estos sistemas automatizados preexistentes. Pero la adecuación por sí sola no es lo que las empresas quieren, ya que lo que se busca es un esquema simple que no genere mayores costos y en el cual las partes involucradas puedan confiar en el sistema que liquida correctamente, determina bien los importes y permite sus pagos.

Ainsworth (2007) sostiene que la convergencia de los regímenes de precios de transferencia no constituye el final de la historia. Los beneficios reales de la armonización se obtienen mediante un acuerdo de precios avanzados de tecnología de la información (IT-APA). Un IT-APA, al igual que un APA tradicional, es un acuerdo voluntario iniciado por los contribuyentes, pero, en este caso, se trata de un programa informático integrado que constituye el núcleo del acuerdo y no solo los procedimientos contables y las fórmulas de precios acordadas.

Llegar a un acuerdo IT-APA es en esencia la certificación del *software*. La certificación significa la determinación por parte de la administración fiscal de que el *software*: (a) registra con exactitud la determinación de los precios de transferencia; (b) calcula correctamente el IVA y los derechos de aduana sobre la base de esos valores; (c) archiva automáticamente toda la documentación tributaria; (d) establece una interfaz con los sistemas de información financiera y los elementos de fijación de precios del impuesto sobre la renta; y (e) ajusta todas las facturas, informes tributarios y declaraciones para las decisiones de fijación de precios que se adopten más adelante.

Ainsworth (2007) toma nota de que el Comité Técnico de Valoración en Aduana ha confirmado el principio básico de que la documentación sobre precios de transferencia podría brindar información útil para la aduana con respecto a las transacciones de partes vinculadas, dependiendo de cada caso

particular, y, por lo tanto, el foco debe estar en brindar mayor asesoramiento a las aduanas sobre cómo examinar e interpretar la documentación sobre precios de transferencia que pueda resultar útil a este respecto. La otra pregunta clave que se hace es sobre el impacto de los ajustes realizados (posteriores a la importación) para fines relacionados con precios de transferencia: ¿en qué casos, si los hay, tales ajustes deberían ser tomados en cuenta por la aduana para determinar el valor en aduana de las mercancías importadas?

Hay que reconocer que el aporte que hace Ainsworth (2007) en este sentido es novedoso y audaz teniendo en cuenta lo que la tecnología brinda como solución,<sup>11</sup> y debería ser evaluado por las administraciones tributarias.

### **3. Los vínculos de los precios de transferencia y la valoración en aduana según la Guía de la OMC**

La Guía reconoce de manera expresa la similitud del objetivo de las metodologías de la valoración en aduana y de los precios de transferencia, ya que mientras que la aduana establece si un precio ha sido “influenciado” o no por la relación entre las partes, el objetivo fiscal es buscar un “precio de plena competencia”. Cada una pretende garantizar que el precio se establezca como si las partes no estuviesen vinculadas y hubiese sido negociado en condiciones normales de negocios.

Indica igualmente que hay coincidencias marcadas entre los métodos de la OMC y de la OCDE para la valoración en aduana y los precios de transferencia, respectivamente. Por ejemplo, el método deductivo de la OMC (artículo 5) se basa en el precio de reventa de las mercancías, al igual que el método de precio de reventa de la OCDE; el método de valor reconstruido de la OMC (artículo 6) se basa en un valor conformado por materiales y costos de fabricación, etc. más beneficio, similar al método de costo adicionado de la OCDE.

Pero, a pesar de ello, la Guía recuerda que la aduana se concentra en el método de valor de transacción y si el precio declarado ha sido influenciado o no cuando el comprador y el vendedor están vinculados. Por lo tanto, la aduana principalmente examinará los datos de los precios de transferencia en este contexto y no con relación al uso de otros métodos de la OMC.<sup>12</sup>

---

11 Conclusión a la que arriba sobre el particular Ibáñez Marsilla (2010, pp. 85-106).

12 Y dicha observación es adecuada atento a que, conforme a la Introducción del Acuerdo de Valoración, el método principal es el del valor real de transacción y los demás métodos aplicarán en la medida en que no haya una transacción. Por ello, lo único que puede modificar el valor de transacción

De modo que el análisis y estudio que realiza seguidamente apunta a un sentido eminentemente práctico.

### **3.1. Las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE**

#### **3.1.1. El uso de la valoración aduanera**

Se afirma que el principio de plena competencia en términos generales es sostenido por muchas administraciones aduaneras como un principio de comparación entre el valor atribuible a las mercancías importadas por empresas vinculadas –el cual puede estar afectado por la relación especial entre ellas– y el valor para mercancías similares importadas por empresas independientes. Pero, no obstante lo dicho, los métodos de valoración con fines aduaneros pueden no estar en línea con los métodos de precios de transferencia reconocidos por la OCDE.

Por lo tanto, las valoraciones en aduana pueden ser útiles para las administraciones tributarias para evaluar el carácter de plena competencia de un precio de transferencia de una transacción controlada y viceversa.<sup>13</sup>

En particular, los funcionarios aduaneros pueden disponer de información contemporánea con respecto a la transacción que podría ser pertinente a los efectos del precio de transferencia, especialmente si fue preparada por el contribuyente, mientras que las autoridades tributarias pueden tener documentación sobre el precio de transferencia que proporcione datos detallados sobre las circunstancias de la transacción.

Pero se advierte que los contribuyentes, atentos a la dualidad que implican ambos sistemas, pueden generarles incentivos o conflictivos al fijar los valores

---

es la incidencia de algunos de los ajustes conforme al artículo 8 del Acuerdo de Valoración, o para el caso de las partes vinculadas en la medida en que haya existido una influencia por tal circunstancia, que se haga el ajuste correctivo que neutralice dicha situación.

- 13 Sobre el particular, Möller (2004) señala que, según la OCDE, la valoración en aduana puede ser útil a la administración tributaria para evaluar la conformidad con las condiciones de plena competencia de un precio de transferencia. El aumento de la cooperación podría contribuir a garantizar que una valoración en aduana se considere aceptable a efectos fiscales y viceversa. Las instituciones europeas han denunciado repetidamente la falta de coherencia entre las normas fiscales y aduaneras y han pedido que se introduzcan mejoras, ya que su coherencia es cada vez más importante para los impuestos indirectos. La valoración en aduana ha sido objeto de un informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo, que ha abordado esta cuestión debido a su importancia fiscal. A fin de lograr un enfoque verdaderamente uniforme entre la imposición de las importaciones de la Comunidad Europea y la imposición nacional de los beneficios de las empresas, es necesario armonizar los criterios y métodos anteriormente diferentes. Pero esto puede resultar válido en un contexto de un IVA armonizado, como es el que tienen en la Unión Europea.

con fines aduaneros y tributarios. En general, un contribuyente que importe mercancías puede estar interesado en fijar un precio bajo para la transacción a efectos aduaneros, de modo que el impuesto aduanero sea bajo (podrían surgir consideraciones similares respecto a impuestos al valor agregado, impuestos sobre ventas e impuestos especiales), sin embargo, a efectos tributarios, pagar un mayor precio por esas mismas mercancías aumentaría los costos deducibles en el país importador (aunque esto también aumentaría los ingresos por ventas del vendedor en el país exportador).

Una mayor cooperación en el área del intercambio de información sería especialmente útil y no debería ser difícil de lograr en aquellos países que ya tienen administraciones integradas para los impuestos a la renta y los impuestos aduaneros. Los países que tienen administraciones separadas deberían considerar modificar las normas de intercambio de información de modo que esta pueda fluir más fácilmente entre las diferentes administraciones. Las ventajas son obvias, ya que permitirá ayudar a reducir la cantidad de casos en los que las valoraciones en aduana son consideradas inaceptables a efectos tributarios o viceversa.

Por su parte, la OCDE menciona que el manual de precios de transferencia de Naciones Unidas, aprobado en octubre de 2012 y dirigido principalmente a países en desarrollo que no fueran parte de la OCDE, proporciona una metodología similar a las directrices de la OCDE.<sup>14</sup>

### **3.2. El uso práctico de documentación de Precios de Transferencia**

Para verificar la responsabilidad fiscal/tributaria de las EMN, la Guía recomienda a las administraciones, tanto aduaneras como tributarias, la realización de una auditoría de cumplimiento seleccionada sobre la base de criterios de

---

14 Sobre el particular, la Guía destaca que ambos modelos conforman las bases para casi todos los tratados bilaterales para evitar la doble tributación y apoyan la “norma de plena competencia” (básicamente, una aproximación a los precios basados en el mercado) para los precios de las transacciones en las EMN. Y se indica como importante que tanto las directrices de la OMC como las de la OCDE siguen el principio de plena competencia y ambas pretenden determinar un “precio justo”; sin embargo, los enfoques de las autoridades aduaneras y las autoridades tributarias directas a menudo son diferentes e incompatibles debido a diferentes motivaciones y metas. Existe una necesidad de lograr una convergencia de los precios de transferencia y la valoración en aduana mediante una mejor coordinación e intercambio de información entre estas dos autoridades. Se aclara que en la actualidad las Naciones Unidas han emitido directrices en el Manual Práctico de Precios de Transferencia para países en vías de desarrollo del año 2017.

riesgo.<sup>15</sup> Esto implica el examen de los sistemas financieros de las empresas, la contabilidad y los registros de pago, entre otros, y se recomienda como el medio más eficaz de control aduanero.

Se parte de la realidad de que las EMN presentan ante las autoridades tributarias esquemas de precios de transferencia con la finalidad de la determinación del pago del impuesto a la renta.<sup>16</sup>

La OMA ha proporcionado una guía no exhaustiva sobre los controles de auditoría posteriores al despacho (PCA),<sup>17</sup> la cual permite elaborar un plan de verificación y control.

También propuso en los últimos años que los estudios de precios de transferencia podrían ser útiles para los auditores aduaneros en virtud de que estos pueden proporcionar información importante relacionada con las transacciones de partes vinculadas de mercancías importadas. Esto reduce potencialmente la carga sobre la empresa en la medida en que esta información ya está disponi-

---

15 El Acuerdo sobre la Facilitación de Comercio en forma específica determina que las aduanas deberán tener un sistema de gestión de riesgo que se conecte con las auditorías postdespacho (artículo 7, puntos 4 y 5).

16 En el caso de la República Argentina, con la finalidad de la determinación del impuesto a las ganancias, se estableció mediante la Resolución General 4717/2020 las obligaciones de presentación de documentación correspondiente a las operaciones de exportación e importación de lo sujetos vinculados.

17 Descripción del grupo EMN, sus actividades comerciales y la industria en la cual opera: (1) Una descripción del grupo EMN, que incluye los tipos de actividades comerciales a las que se dedica, su estructura organizacional y estructura administrativa y un resumen de las características fundamentales de la industria pertinente en la cual se llevan a cabo las transacciones de partes vinculadas; (2) Información financiera: información financiera clave pertinente a las transacciones controladas, que incluye estados financieros (estado de resultados y balance) para las partes de las transacciones y, cuando corresponda, información financiera por segmentos; (3) Políticas de precios de transferencia: detalles de los aspectos pertinentes de las políticas de precios de transferencia del grupo, que incluyen detalles sobre cómo se fijan y revisan los precios y si el grupo tiene algún APA pertinente; (4) Descripción de las transacciones de partes vinculadas, incluidos los análisis funcionales que incluye: (a) un listado de las transacciones de partes vinculadas por tipo, cantidad y parte vinculada; (b) un análisis de las características del producto o servicio, los términos del contrato y cualquier estrategia comercial pertinente para cada tipo de transacción; (c) un análisis de las funciones realizadas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por cada una de las partes de las transacciones, que sean significativos en términos económicos; (d) un análisis de las circunstancias económicas pertinentes (como las condiciones del mercado, etc.); (5) Selección del método de precios de transferencia: explicación de por qué se seleccionó el método de precios de transferencia seleccionado, con referencia a los requisitos de la legislación local (cuando corresponda); (6) Análisis y datos de comparabilidad: explicación del proceso llevado a cabo para intentar identificar las transacciones no controladas comparables, incluidos los detalles de las fuentes de información y los criterios de búsqueda utilizados. Análisis de comparabilidad de las transacciones no controladas comparables seleccionadas, incluyendo un análisis con respecto a los cinco factores de comparabilidad y los detalles de cualquier búsqueda adicional realizada; (7) Conclusión: señala estructurar una conclusión basada en la aplicación del método de precios de transferencia seleccionado, sobre si las transacciones de partes vinculadas son coherentes con la legislación nacional sobre precios de transferencia.



ble y no necesita ser preparada específicamente para la aduana. Ello no significa, sin embargo, que la aduana deba confiar solamente en la documentación de los precios de transferencia, sino que puede solicitar pruebas adicionales, según sea necesario, como parte de una investigación de auditoría/verificación.

Respecto al análisis de esta información, plantea dos preguntas: la primera, si la información de precios de transferencia puede ser útil para la aduana en este aspecto, y la segunda concierne a los diversos tipos de ajustes que se realizan a efectos de los precios de transferencia: ¿en qué medida y en cuáles circunstancias los ajustes de los precios de transferencia tienen un impacto en el valor aduanero?

En Italia, con el dictado de la circular 16/D de 2015, la Agencia de Aduanas reconoce que los métodos elegidos para fijar el precio de transferencia en las transacciones entre empresas, cada uno con sus propias especificidades y diferencias de aplicación, también son aceptables a efectos aduaneros, ya que convergen con los métodos de valor de importación y, por lo tanto, acepta la documentación preparada a efectos de los precios de transferencia. En la circular también se examinan las repercusiones aduaneras de los ajustes de precios realizados por las empresas con carácter retroactivo –los denominados “ajustes de precios de transferencia” (TP)–, para cuya gestión se adjunta a la circular un formulario especial destinado a permitir a las autoridades fronterizas conocer en profundidad el enfoque de los precios de transferencia adoptado por la empresa y resaltar su eficacia a los fines aduaneros.<sup>18</sup>

### **3.3. Conferencias conjuntas OMA-OCDE/Grupo Focal de la OMA**

En las dos conferencias conjuntas realizadas en 2006 y 2007, los especialistas de administraciones aduaneras y tributarias y del sector privado presentaron y discutieron diversos puntos de vista y propuestas acerca de los problemas ya citados, y a pesar de que algunos comentaristas han sugerido que debería haber algún tipo de alineación o fusión de las dos metodologías, resultó evidente que dicha armonización no era una propuesta realista, particularmente en vista de que la aplicación de la metodología contenida en el acuerdo de valoración de la OMC es una obligación para los países miembros de la OMC y que no se prevé

---

18 Cfr. Avolio, Santacroce y Sbandi (2015, p. 1-4549). Estos autores citan que en la documentación de los precios de transferencia, cuando está presente, es un instrumento útil para que el contribuyente demuestre y corrobore ante las autoridades aduaneras sus fundamentos, es decir, el hecho de que el valor de la transacción es aceptable, ya que no se ve alterado por la pertenencia de las partes al mismo grupo. La gran novedad introducida por la autoridad nacional italiana, con la circular 16/D de 2015, radica en que los métodos elegidos por el operador para fijar el precio de transferencia, cada uno con su propia especificidad y diferencias de aplicación, también son aceptables a efectos aduaneros, ya que convergen con los métodos de valor de importación.

que sea modificada/actualizada a corto o mediano plazo. Entonces, el desafío consiste en considerar qué es posible dentro de los límites de las disposiciones del Acuerdo de la OMC existentes.

Pero sí se reconoció que la opción de los valores de prueba en el artículo 1.2 (b) y (c) para examinar las transacciones de partes vinculadas probablemente no fuera útil para las EMN que generalmente venden mercancías únicas. En otras palabras, no es probable que dichos valores de prueba, basados en los criterios estrictos de mercancías idénticas o similares proporcionados en el Acuerdo, estén disponibles. Por ende, el foco estuvo en el análisis de la disposición de las “Circunstancias de la venta”, siendo este concepto técnico de relevancia por los alcances que tiene.

En efecto, el grupo focal recomendó, entre otras cosas, que los siguientes puntos técnicos fueran tenidos en cuenta para el examen y la consideración por parte del CTVA: analizar la frase “circunstancias de venta” mencionada en el artículo 1.2 (a) del Acuerdo de Valoración de la OMC con respecto a su aplicación a situaciones de precios de transferencia; y tener en cuenta la consideración del tratamiento de valoración en aduana de las situaciones en las que un acuerdo de precios de transferencia indica que el valor aduanero declarado se ajustará según sea necesario en una fecha posterior para lograr un margen de beneficio predeterminado (lo que se conoce como “cláusulas de revisión de precios”). Esto podría ser un desarrollo del trabajo anterior del Comité sobre las Cláusulas de Revisión de Precios.

Sobre el particular, González Bianchi (2012) ha señalado que los principios de la OCDE establecen métodos tendientes a la fijación de un precio de transferencia que sea equivalente a un precio de mercado o de plena competencia (principio *arm's length*) entre empresas vinculadas. La finalidad es que dichas empresas no manipulen estos precios para colocar la ganancia en el país con más baja tributación a la renta o ganancias. El principio *arm's length* conduce a una noción teórica y, por lo tanto, no es un sistema neutral, mientras que el principio de la valoración aduanera sí lo es.

En igual sentido, Jovanovich (2005/2006, pp. 81-82) ha sostenido su tesis principal, que consiste en que la armonización de las reglas sobre precios de transferencia en materia aduanera y tributaria en cada país no solo es posible, sino también conveniente; y como segunda tesis, que las Directrices son consistentes con el artículo 1.2 (a) del Acuerdo y, por lo tanto, pueden ser utilizadas por los servicios aduaneros para verificar los efectos de la vinculación sobre el precio pagado o por pagar. La proposición de esta segunda tesis está dirigida,

primordialmente, a los países que ya hayan adoptado las Directrices y presenta la ventaja de ser conducente a la aplicación uniforme del Acuerdo. Esto ha de evitar decisiones inconsistentes entre el servicio aduanero y la administración tributaria, lo que afectaría los principios de legalidad y buena fe que deben primar en la actividad administrativa.

Por ello, Jovanovich (2005/2006) cree que las diferencias de implementación que pueden suscitarse como consecuencia de la adopción de las Directrices como reglas complementarias al artículo 1.2 (a) son mucho menores a las que podrían presentarse en caso de que la interpretación de las disposiciones de este último artículo queden libradas a lo que cada servicio aduanero entienda acerca de los genéricos lineamientos de su nota interpretativa. Así, concluye que todo lo que conduzca a dar mayor precisión al artículo 1.2 (a) será de utilidad.

A su vez, Buitrago Duarte (2015, p. 65) ha mencionado que, más allá de la discusión entre las dos escuelas de pensamiento, se observa la necesidad de elaborar un sistema que incluya coherencia entre la valoración de las transacciones entre partes vinculadas para los propósitos del impuesto a la renta y la valoración aduanera, que consulte los postulados de justicia, seguridad jurídica y capacidad contributiva y que evite que en una misma transacción en la que subyace la misma realidad económica y la misma manifestación de capacidad económica se apliquen dos sistemas de valoración. Así, esta autora concluye que el estudio de la conexidad entre la valoración aduanera para efectos de la liquidación de los tributos aduaneros y los precios de transferencia, tratándose de operaciones de compraventa internacional de mercancías entre partes vinculadas, es viable, al menos limitadamente, bajo la tesis de la unidad relativa de valoraciones y los principios de seguridad jurídica y buena fe, que deben informar las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. En el análisis de dichas operaciones, ambos sistemas de valoración tienen la misma finalidad: determinar el precio *arm's length* partiendo del valor de transacción. En tal sentido, el punto de partida para lograr la conexidad es la aplicación de las guías OCDE en el contexto del artículo 1.2. del Acuerdo de Valoración y, en especial, bajo el criterio de “circunstancias alrededor de la venta”.

### **3.4. Trabajo del Comité Técnico de Valoración Aduanera**

El avance principal realizado hasta la fecha ha sido la adopción del Comentario 23.1, por el cual se reconoce que un estudio de precios de transferencia

puede ser útil en el examen de transacciones de partes vinculadas a efectos del valor en aduana dependiendo del caso particular. Este documento confirma el principio de que los estudios de precios de transferencia son una fuente de información que puede ser considerada por las aduanas y, por ende, constituye un importante primer paso.

Debe destacarse que la CTVA examinó dos modelos de estudios de caso: uno basado en un ejemplo en el que se estableció un precio de transferencia conforme al método de margen neto de la transacción (TNMM) y otro basado en una metodología de precio de reventa. Estos textos fueron desarrollados para ilustrar situaciones específicas, donde un análisis de estudios de precios de transferencia ha proporcionado información que ha permitido a la aduana arribar a una conclusión acerca de si un precio ha sido influenciado o no por la relación entre el comprador y el vendedor.<sup>19</sup>

### **3.5. Cooperación de la OMA con la OCDE y el Grupo del Banco Mundial**

La OMA ha estado trabajando de forma estrecha con la OCDE y el Grupo del Banco Mundial (GBM) para mejorar la comprensión de este tema en las administraciones aduaneras y tributarias.

A nivel técnico, la OCDE ha asistido a sesiones del CTVA como observador para aportar datos técnicos a las discusiones sobre los precios de transferencia y la valoración en aduana. La OMA también tiene calidad de observador en el Grupo de Trabajo de la OCDE N° 6.

Un programa de talleres regionales está siendo realizado de manera conjunta por estas organizaciones, el cual reúne a funcionarios aduaneros y fiscales especializados en valoración en aduana y precios de transferencia, respectivamente, para generar conciencia y compartir experiencias y buenas prácticas a nivel nacional, regional e internacional.

### **3.6. Opiniones del Sector Privado. Declaración de Política de la CCI**

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), como la organización de comercio mundial que habla con autoridad en representación de empresas de todos los sectores de todas partes del mundo, ha presentado una declaración de políticas (actualizada en 2015) que establece una serie de comentarios y

---

<sup>19</sup> Cfr. Estudio de Caso 14.1 y Estudio de Caso 14.2 que se encuentra pendiente de aprobación por parte del consejo de la OMA.

propuestas que reflejan la opinión comercial sobre la relación entre los precios de transferencia y el valor en aduana. Los puntos fundamentales enfatizan el interés comercial en las dos áreas identificadas por el grupo focal, a saber: el uso de datos de precios de transferencia para demostrar que una relación no ha influenciado el precio a efectos aduaneros y el tratamiento de los ajustes de los precios de transferencia.

En primer lugar, se afirma que cuando las empresas establecen precios para transacciones de partes vinculadas de acuerdo con el principio de plena competencia, la aduana debería reconocer que esto generalmente demuestra (sobre la base de la documentación de precios de transferencia) que la relación no ha influenciado el precio a efectos de la valoración en aduana. En segundo lugar, la CCI propone que la aduana reconozca el posible impacto de los ajustes del precio de transferencia posteriores a la transacción (tanto hacia arriba como hacia abajo) sobre el valor en aduana y acuerda revisar el valor sobre la base de procedimientos simplificados propuestos.<sup>20</sup>

Se establece como principio que el CTVA es el responsable de interpretar

---

20 A tal fin, recomiendan las siguientes prácticas: (1) reconocimiento por parte de la administración aduanera de que las empresas que establecen los precios entre las partes vinculadas de acuerdo con el principio de plena competencia (según el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE) han demostrado generalmente que la relación de las partes no ha influenciado el precio pagado o a pagar conforme al criterio de valoración del valor de la transacción y, en consecuencia, los precios establecen la base para el valor en aduana; (2) reconocimiento por parte de la administración aduanera de los ajustes de los precios de transferencia posteriores a la transacción (hacia arriba o hacia abajo). Este reconocimiento debe ser aplicable a los ajustes realizados ya sea como resultado de un ajuste compensatorio voluntario (según un acuerdo entre las dos partes vinculadas) o como resultado de una auditoría fiscal; (3) se recomienda que en caso de ajustes del precio de transferencia posteriores a la transacción (hacia arriba o hacia abajo), las administraciones aduaneras accedan a revisar el valor en aduana de acuerdo con cualquiera de los siguientes métodos, a opción del importador: aplicación de una tasa de impuestos promedio ponderada o asignación de acuerdo con los códigos específicos de la nomenclatura de aranceles aduaneros; (4) se recomienda que en el caso de ajustes de precios de transferencia posteriores a la transacción (hacia arriba o hacia abajo), las empresas sean exoneradas de: (a) la obligación de presentar una declaración corregida para cada declaración aduanera inicial, y (b) el pago de multas, como variaciones del precio de transferencia; (5) se recomienda que las administraciones aduaneras reconozcan que las funciones y riesgos asumidos por las partes, según se documenta en un estudio de precios de transferencia de acuerdo con una metodología de precios de transferencia de la OCDE, son fundamentales para la evaluación económica de las circunstancias de la venta; (6) reconocimiento de la aceptabilidad de la documentación de precios de transferencia pertinente, (a) la obligación de presentar una declaración corregida para cada declaración aduanera inicial, y (b) el pago de multas, como variaciones del precio de transferencia; (7) se recomienda que las administraciones aduaneras reconozcan que las funciones y riesgos asumidos por las partes, según se documenta en un estudio de precios de transferencia de acuerdo con una metodología de precios de transferencia de la OCDE, son fundamentales para la evaluación económica de las circunstancias de la venta; y (8) reconocimiento de la aceptabilidad de la documentación de precios de transferencia.

y proporcionar opiniones sobre preguntas técnicas que surjan con relación al Acuerdo de Valoración de la OMC.

Se destaca que muchas consultas sobre el tema refieren a los procedimientos y formalidades en lugar de a la interpretación de este Acuerdo. Por este motivo, y hasta que no existan otras directrices, se alienta a las administraciones aduaneras a considerar cómo se han de manejar a nivel nacional, ya sea generando iniciativas bilaterales o regionales.

### **3.7. Se alienta a establecer un contacto con la administración fiscal**

También se menciona que los países en desarrollo tienen sobre el particular desafíos que se presentan como consecuencia de no tener la capacidad para realizar auditorías posteriores al despacho y, por lo tanto, concentran su actividad principalmente en los controles fronterizos, lo que es poco eficaz para el control de las EMN.

Pero se advierte que muchas administraciones fiscales no están desarrolladas para controlar o disponer de un régimen de precios de transferencia y, aun cuando lo estén implementando, resulta común que haya una falta de datos comparables de otras empresas, lo que limita el uso de determinados métodos de precios de transferencia, lo cual le adiciona una especial complejidad.

### **3.8. Buenas prácticas para los responsables de las políticas de valoración en aduana**

Finalmente, se recomienda que a nivel nacional: (1) se evalúe la medida en que las EMN locales que importan están involucradas en transacciones con partes vinculadas extranjeras –esto dictará la necesidad de invertir recursos en este tema–; (2) asegurarse de que el personal especializado que trabaja en la valoración en aduana (particularmente en las áreas de políticas y auditoría) tengan acceso a oportunidades de capacitación adecuadas sobre este tema; (3) se utilicen los datos de precios de transferencia siguiendo el principio establecido en el Comentario 23.1, que alienta a las administraciones aduaneras a considerar la información derivada de estudios de precios de transferencia, cuando estén disponibles, al examinar las transacciones de partes vinculadas. Después deberá decidirse, según cada caso particular, si hay suficiente información disponible para tomar una decisión o si se necesitan datos complementarios; (4) controlar y participar en las discusiones del CTVA; (5) desarrollar/fortalecer los vínculos y la cooperación con los colegas en las administraciones tributarias nacionales, de modo que se propongan seminarios de generación de conciencia/capacita-

ción recíprocos (es decir que las autoridades tributarias le proporcionen capacitación a la aduana y viceversa), en donde puedan discutirse opciones para el intercambio de información; considerar intercambios de personal temporales o permanentes o la contratación de personal con antecedentes tributarios; organizar equipos comerciales grandes que se concentren en las EMN. Si la aduana es parte de una autoridad tributaria, un único equipo técnico grande puede cubrir los asuntos tanto tributarios como aduaneros. Pueden considerarse auditorías aduaneras-tributarias conjuntas, aunque esto puede no ser viable dado que la aduana y la autoridad tributaria probablemente se enfoquen en períodos diferentes; y considerar elaborar un memorándum de entendimiento con el departamento fiscal que cubra los puntos anteriores; y (6) informar y discutir con la comunidad comercial las buenas prácticas en los negocios.

### **3.9. Buenas prácticas para los negocios**

Se alienta a las EMN que importan a asegurarse de que sus asesores aduaneros y tributarios (ya sean internos o externos) se comuniquen entre sí sobre las necesidades.

Asimismo, dependiendo de los procedimientos nacionales, a asegurarse de que la aduana sea notificada con anticipación cuando pueda ocurrir un ajuste posterior a la fecha de importación.

Finalmente, se remarca la necesidad de trabajar con la aduana para proporcionar y ayudar a interpretar análisis de precios de transferencia y datos relacionados con los productos importados; además, se recomienda considerar solicitar resoluciones anticipadas de la aduana, donde estén disponibles.

### **3.10. Buenas prácticas para administraciones tributarias**

Se alienta a desarrollar y fortalecer los vínculos y la cooperación con los colegas en las administraciones aduaneras nacionales, en la que se destaca proponer seminarios de generación de conciencia y capacitación recíprocos que tengan por objeto: (1) discutir opciones para el intercambio de información; (2) organizar equipos técnicos grandes, que se concentren en las EMN; si la autoridad aduanera es parte de una autoridad tributaria, un único equipo comercial grande puede cubrir los asuntos tanto tributarios como aduaneros; y (3) considerar elaborar un memorándum de entendimiento con el departamento aduanero, el cual cubra los puntos anteriores y tome en cuenta cómo una empresa determinó el valor en aduana de los productos importados.

#### 4. Dificultades interpretativas en la aplicación de la Guía

Se ha podido establecer que este tema es complejo tanto desde lo conceptual como desde lo técnico, y que puede ser analizado desde varias posiciones, las cuales han de influir en el análisis o conclusiones a las que se arriben conforme al desarrollo que tengan las diversas administraciones tributarias y aduaneras –y el sistema tributario que cada país o bloque regional disponga–, y finalmente la incidencia y desarrollo en la actividad de intercambio que tengan las EMN en cada jurisdicción.

Tanto en los comités de expertos como la doctrina en diversos trabajos coinciden con la dificultad técnica que pareciera ser irresoluta, salvo algunos puntos de similitud.

En este marco, es claro que los precios de transferencia se estructuran como una construcción técnica principal dentro de la fiscalidad transfronteriza, con efecto e impacto directo en la práctica referida a la planificación fiscal.

Se ha señalado que el objetivo que se consigue gracias a la aplicación del enfoque o método de la entidad separada o independiente en las operaciones realizadas por las EMN, conocido como *separate entity approach*, es tratar a miembros del mismo grupo empresarial a efectos de precios de transferencia como si fueran entidades independientes operando en el mercado libre. De este modo, las reglas de precios de transferencia, apoyadas en el principio *arm's length*, determinan el importe de ingresos o rentas correspondientes a cada una de las partes de la cadena de valor del grupo en cuestión. Lo que se traduce en la determinación del ingreso gravable de cada una de las entidades vinculadas involucradas en la transacción controlada.<sup>21</sup>

Pero debe tenerse en consideración que, según el Acuerdo de Valoración, las mercaderías siempre deben valorarse sobre elementos de hecho reales y esto aplica a la documentación respaldatoria.<sup>22</sup>

Las respuestas al dilema inicial siempre se condicionan conforme a las normas e instrucciones que se vayan estableciendo. En este contexto, el Acuerdo de Valoración del GATT/OMC, en su aplicación regional, fue objeto de precisiones, como sucedió en el Código Aduanero de la Unión Europea de 2016. Esto obedeció a la intensificación del comercio, que condujo a la necesidad de establecer normas uniformes que garanticen la transparencia, el conocimiento previo y la claridad a fin de evitar la aplicación de cargos proteccionistas “ocul-

---

21 Cfr. Sánchez de Castro Martín-Luengo (2019, pp. 155-156).

22 Cfr. Opinión Consultiva CTVA 10.1.



tos” mediante criterios de determinación del valor, con la consiguiente discriminación de los productos extranjeros. En el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), se han codificado normas claras, capaces de superar los métodos arbitrarios o ficticios de uso local, en favor de un sistema común de determinación del valor en aduana entre los principales socios del mundo. Esto condujo a la derogación de la regla de la primera venta. El nuevo Código Aduanero de la Unión Europea establece que el valor de transacción de los bienes vendidos para su exportación al territorio aduanero de la Unión se fijará en el momento de la aceptación de la declaración de la aduana exclusivamente sobre la base de la venta que tuvo lugar inmediatamente antes de que las mercancías se introdujeran en ese territorio aduanero. Este cambio conducirá, inevitablemente, a un aumento de las cargas aduaneras para todas las empresas que, actuando dentro de la “cadena de suministro internacional”, es decir, a través de una cadena de suministro internacional con dos o más ventas de las mismas mercancías antes de su exportación final a la Unión Europea, utilizaron la “regla de la primera venta” para lograr ahorros fiscales legítimos.<sup>23</sup>

Tal primera aproximación podrá permitir interpretar las recomendaciones y conclusiones a las que se arriba en la Guía.

#### **4.1. El desarrollo técnico de las administraciones tributarias y aduaneras**

El desarrollo técnico de las administraciones tributarias es proporcional al grado de formalidad y control en la recaudación tributaria que tiene cada país. Esto conduce necesariamente al concepto de eficacia y eficiencia de la labor específica de estos organismos.

A esto se le suma la estructura de todo el régimen tributario, el que se base sustancialmente sobre dos impuestos típicos: el impuesto a la renta o ganancias y el impuesto al valor agregado (IVA) o su equivalente. Es cierto que suelen existir otros tipos de impuestos, como pueden ser los suntuarios, internos, débitos bancarios o específicos según el tipo de producto (combustibles, tabacos, alcoholes etc.). En algunos de ellos, su recaudación y fiscalización es simple por la instantaneidad de su percepción. En otros demandará una fiscalización más profunda y prolongada en el tiempo.

Lo expuesto es sin perjuicio de otros tributos que cada país establezca conforme a sus necesidades y que varían según diversas realidades y creatividad. Sin

---

23 Cfr. Armella y Mannarino (2016, p. 1507).

embargo, globalmente, el peso sustantivo de la recaudación tributaria interna está fundado en el impuesto a la renta o ganancias y en el IVA.

El éxito de la recaudación de estos tributos depende directamente de la economía formal en la que la administración tributaria puede fiscalizar y recaudar minimizando su evasión y limitando las posibilidades de elusión, y, obviamente, del desarrollo económico que tenga cada país. Uno de los objetivos sustantivos de las administraciones tributarias es la de disminuir el porcentaje de economía informal y lograr el cumplimiento voluntario de las obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes.

El desarrollo económico y la formalidad operan positivamente en el crecimiento técnico de la administración tributaria, pero su eficacia dependerá de la inversión económica que se haga en desarrollo tecnológico y en la capacitación de sus agentes.

En materia aduanera sucede algo parecido. Las administraciones aduaneras tienen más acotada su función recaudatoria, ya que la función sustantiva de estas está centrada en el control de las mercaderías afectadas al tráfico internacional y a la fiscalización del régimen de prohibiciones.<sup>24</sup>

La recaudación tributaria aduanera puede ser propia, vinculada a los tributos aduaneros y de otros tributos que gravan la importación, pero también respecto a aquellos tributos que les fueron delegados, como es el caso del IVA, por citar alguno.

Pese a no constituir una función esencial del servicio aduanero, no por ello se desentiende de la cuestión tributaria. Sin embargo, el peso de la obtención de recursos en materia tributaria por parte del Estado no está en el ámbito del comercio exterior, lo que ha llevado a sostenerse que a mayor desarrollo económico y tributario de un país, menor dependencia de los tributos al comercio exterior.<sup>25</sup>

Por otro lado, como acontece en la República Argentina, el mantenimiento de derechos de exportación (un tributo al comercio exterior) tiene una evidente finalidad recaudatoria.

En muchos países y bloques regionales, como el Mercosur, se mantienen niveles arancelarios altos, lo cual, sumado a la aplicación de otros tributos, implica que las administraciones aduaneras tengan que desarrollar técnicamente el análisis y la fiscalización de los valores declarados en las destinaciones definitivas de importación a consumo.

---

24 Cfr. Basaldúa (2007, pp. 37-54).

25 Un principio que tiene la OMC en materia de tributación aduanera es la de considerar al derecho de importación como la única medida de protección de actividades productivas locales, lo que

## 4.2. El sistema tributario

Tanto el régimen tributario de un país como el sistema arancelario aduanero dependerán y se conformarán de acuerdo con sus necesidades, tanto nacionales como comunitarias.<sup>26</sup>

Por lo tanto, hay países que tienen diversas alícuotas de IVA, otros que gravan las rentas con alícuotas más altas, algunos que no tienen este impuesto, y así pueden darse muchos ejemplos. Otros gravan rigurosamente ciertos bienes considerados suntuarios (aviones particulares, automóviles de alta gama, etc.). Algunos países cuentan y aplican derechos de exportación.

Hay que considerar que las actuaciones de las EMN adaptarán sus actividades y su planificación tributaria considerando los distintos países en donde interactúan comercialmente, conforme al régimen arancelario y tributario que tengan y que inciden respecto a las actividades de importación, exportación, industrialización, integración, fabricación, etcétera.

Esto conduce, como se ha visto, a que en este tipo de empresas se planifique y conciba una estructura de precios de transferencia para tener la seguridad jurídica que está actuando con corrección y que normalmente lleva a que se canalice esto con un APA, pero recordando que son utilizados para cierto tipo de empresas y por contribuyentes que cuenten con cierta estructura y sofisticación técnica.

También es dable sostener el hecho de que gran parte de las EMN tienen sus casas matrices en países miembros de la OCDE y, por lo tanto, terminan implementando los estándares establecidos por esta, ya que muchas administraciones tributarias los han aceptado y adoptado.

Pero, en general, sea cual fuere el mecanismo o método a través del cual se establezca un precio de transferencia y que sea aceptado por la administración tributaria, no deja de ser un mecanismo teórico de precio, con algún basamento de realidad, según el método adoptado con miras a la correcta determinación de impuestos internos.

---

permite inferir que no tiene una función esencialmente recaudatoria. Pero también esto se complementa con el principio de reducción gradual de las alícuotas de estos tributos y a la consolidación de la tarifa aduanera.

26 Sobre el particular, César García Novoa (2012, p. 223) destaca que el tributo se perfila como un instrumento para hacer efectivo el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, pero los textos constitucionales en general no atribuyen el papel de causa para contribuir al tributo sino al sistema tributario en condiciones de justicia tributaria. De modo que el sistema tributario rechaza un mosaico de gravámenes yuxtapuestos y superpuestos y exige una lógica interna que es inherente al concepto mismo de sistematización.

Tal actividad implica necesariamente la existencia de influencias en la determinación final de un precio de varios productos o algunos de ellos según las necesidades del conjunto empresarial.

Como ya fue indicado, en materia de comercio exterior, la valoración aduanera en materia de importación se funda en un principio sustantivamente opuesto, que es el valor real de transacción más los ajustes que correspondan conforme al artículo 8 del Acuerdo de Valoración.

Ya se ha comentado esta característica y las dificultades que conlleva obtener alguna conciliación entre ambos esquemas y sistemas, lo cual dependerá del desarrollo económico y tributario que tenga cada país.

En efecto, en los países desarrollados donde la informalidad es muy baja, la robustez del aparato productivo y de su esquema productivo, generalmente integrado con otras economías o regiones, les permite tener esquemas tributarios al comercio exterior muy bajos o nulos, donde los derechos de importación o no existen o bien tienen alícuotas casi simbólicas.<sup>27</sup> Esto obedece a implementar y cumplir con los objetivos de la OMC en materia arancelaria aduanera, que promueven el desarrollo del libre comercio, la baja de los aranceles aduaneros y su consolidación para finalmente llegar a una eliminación total. Igual situación aplica para el IVA que se devenga con motivo de la importación a consumo, donde hay jurisdicciones que no lo aplican o tienen alícuotas bajas.

Esto conduce a que la disquisición técnica de realizar auditorías tendientes a analizar y fiscalizar la incidencia de la vinculación a los fines aduaneros en las EMN en su flujo de intercambio resulta, en principio, casi un ejercicio teórico, ya que puede afectar la recaudación de un impuesto interno, como es el IVA, que aplica sobre la misma base imponible.<sup>28</sup>

Por otra parte, si el arancel es alto, el interés de la administración aduanera se verá incentivado, ya que la vinculación puede repercutir en la recaudación aduanera.

Pero ya se ha observado, y así lo ha señalado la Guía, el dilema que estos sistemas pueden generar, como es el caso de aceptar tener que pagar aranceles altos ya que luego repercute en una paradójica baja de la base para el cálculo del impuesto a la renta.

---

27 Los ejemplos lo constituyen los Acuerdos de Libre Comercio que involucran en forma bilateral a los países, como es el caso de Estados Unidos/Chile, o regional/bilateral, como es el caso de Canadá/Unión Europea, o regional total, como es el caso del Acuerdo de América del Norte (Canadá, Estados Unidos y México). En algunos países no hay un gran desarrollo técnico en materia de valoración aduanera de importación, ya que no aplican derechos de importación ni el IVA, como es el caso de Estados Unidos.

28 En la República Argentina, la Ley de Impuesto al Valor Agregado (T.O. 1997) establece que la

De modo que es altamente probable que este tema, en aquellos países de baja tributación aduanera, pueda tener interés en cuanto a la recaudación del IVA que aplica en la importación a consumo. Mientras que en los de alta tributación aduanera, el interés estará dado por determinar el valor real de transacción, si hay o no influencia por la vinculación entre las partes conforme a la definición del Acuerdo y si afecta a los tributos aduaneros y al IVA.

Otra cuestión que suele estar presente es la vinculada al movimiento de las divisas, sobre todo en países en los que estas resultan escasas por el poco valor de su moneda y, consecuentemente, los sistemas de determinación de precios de transferencia como de control de bases imponibles aduaneras se centran también en controlar estos aspectos, muchos de los cuales resultan ajenos al derecho aduanero, como son las prestaciones de servicios de todo tipo que se realizan entre EMN.<sup>29</sup>

### 4.3. La actividad de las EMN

Este tema primordialmente tiene especial interés en las actividades que desarrollan las EMN. Y no es menor atento a que más del 60% del comercio internacional se efectúa a través de este tipo de empresas.

Siempre ha sido de interés de las administraciones aduaneras determinar la veracidad del valor y si existe o no influencia en el valor real de transacción determinado entre las empresas vinculadas, sobre todo partiendo del principio de que son las partes quienes libremente establecen el valor de transacción.<sup>30</sup>

Pero, muchas veces, la planificación y determinación de un precio de transferencia ha sido efectuado sin tener en cuenta la incidencia del factor aduanero.

A modo de ejemplo de lo señalado, el servicio aduanero argentino recién

---

importación a consumo se encuentra alcanzada por este impuesto y su base imponible, conforme al artículo 25, será el valor normal para la importación a consumo a la que se le adicionarán los tributos a la importación. El valor normal es el que valor de transacción conforme al artículo 1 del Acuerdo de Valoración de la OMC, al que se le suma el flete y el seguro.

29 La reciente regulación por parte de la AFIP, mediante la Resolución General 4717/2020, claramente marca esta cuestión y busca que, so pretexto de los diversos contratos de servicios, no se permita la elusión del impuesto a la renta.

30 El hecho de que sean las partes las que determinan el valor conforme las pautas del Acuerdo no significa que las aduanas se vean impedidas de investigar la veracidad del valor declarado. En el artículo 17 del Acuerdo se confirma el derecho de las administraciones de aduanas a “comprobar la veracidad o la exactitud de toda información, documento o declaración”. En una “Decisión relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado”, adoptada por el Comité de Valoración en Aduana en aplicación de una Decisión Ministerial adoptada en Marrakech, se indica el procedimiento que ha de seguirse en

temente resolvió un caso<sup>31</sup> iniciado a partir de una auditoría de importaciones realizadas por una sociedad argentina vinculada con una EMN de Brasil. Se pudo determinar que del total de las ventas realizadas de Brasil a la Argentina, un 70% correspondía a empresas no vinculadas y a precios muy similares, variando solamente por cantidad y formas de pago y siempre tratándose de un mismo tipo de mercadería. Por su parte, el 30% de las ventas restantes se hacía a la vinculada en la Argentina, pero el precio declarado resultaba –para el mismo periodo de análisis, cantidades y tipo de mercadería– un 25% inferior. Téngase en cuenta que, por tratarse de un producto de origen Mercosur, no tributaba derechos de importación, pero sí el IVA con motivo de registrar una importación definitiva a consumo.

Aquí, la Aduana ajustó la base imponible del IVA con un coeficiente que determinaba por la comparación que el precio declarado estaba influenciado por la vinculación existente entre las partes.

Consultada la empresa de Brasil por el motivo de tal disparidad de precios, se informó que así lo había determinado el precio de transferencia pautado con su administración tributaria y que el ajuste formulado por la Aduana argentina no correspondía por tal motivo. El fundamento final de la Aduana estuvo dado en haber analizado y comparado los precios conforme a las circunstancias de las ventas realizadas entre las partes vinculadas y las no vinculadas.

En el ejemplo citado se aprecia que la Aduana actuó correctamente, ya que a partir de datos objetivos y ciertos y por los volúmenes involucrados, el verdadero valor era el que se declaraba para las ventas realizadas a terceros no vinculados, dado que indudablemente constituía un precio de libre competencia.

Por su parte, el hecho de haber pautado la EMN un precio de transferencia en el país de exportación no justificaba que pueda tener una política distinta de precios entre las vinculadas y las no vinculadas.

En esa línea, resulta también de interés el caso que comenta Ibáñez Marsilla

---

esos casos. Como primera medida, la administración de aduanas podrá pedir al importador que proporcione una explicación complementaria de que el valor declarado representa la cantidad total realmente pagada o por pagar por las mercancías importadas. Si una vez recibida la información complementaria la administración de aduanas tiene aún dudas razonables (o si no obtiene respuesta), podrá decidir que el valor en aduana de las mercancías importadas no puede determinarse con arreglo al método del valor de transacción. Antes de adoptar una decisión definitiva, la administración de aduanas debe comunicar sus motivos de duda al importador, que, a su vez, debe disponer de un plazo razonable para responder. También deben comunicarse al importador, por escrito, los motivos en los que se haya inspirado la decisión definitiva.

31 El caso de referencia fue realizado por el servicio aduanero mediante un expediente SIGEA 18005-90-2018, en donde se realizó el estudio del caso y la determinación del reclamo fiscal.

(2011),<sup>32</sup> en el que intervino el Tribunal Supremo de España, con fecha 30 de noviembre de 2009, en el cual se determinó, ante un ajuste producido en el impuesto a la renta por parte de la autoridad tributaria, que no era procedente, toda vez que si bien tiene facultades discrecionales en cuanto al método de valoración que debían adoptar entre los diversos métodos previstos en los reglamentos y que pueden afectar en la previa determinación de otros impuesto, toda vez que debe ser ejercida adecuadamente ya que si se ignoró la anterior determinación de los derecho de aduana, actuaron en franca contradicción con su actuación anterior, violando la norma de buena fe.

Menciona que el Tribunal tuvo en cuenta dos principios centrales: (1) la equivalencia del método de valoración para los impuestos aduaneros, como el de la renta de las sociedades; y (2) que establecer un valor diferente contradiría la determinación anterior del valor, a menos que se proporcione una justificación adecuada de esa diferencia.

Nuevamente, se encuentra el dilema expuesto al inicio de este trabajo y que se origina en los objetivos distintos que tienen ambos sistemas, ya que se basan en acuerdos estructurados con pautas específicas, lo cual Barreira (2001, p. 127) destaca expresamente cuando señala que las diferencias técnicas se basan en las distintas funciones a las cuales están destinados, ya que cuando la mercadería es importada en forma definitiva, el régimen aduanero procura acortar el tiempo que media entre la aplicación y percepción del derecho de importación y el momento de la real introducción de la mercadería gravada al territorio aduanero, pues la función de regulación económica que cumplen estos tributos como herramienta protectora de los productos nacionales hace aconsejable que el arancel sea el vigente en el momento más cercano posible a aquel en el cual dicha mercadería entre a competir en el mercado interno; en consecuencia, con la finalidad de garantizar que los efectos buscados por dicha regulación sean efectivos, la liquidación de los tributos aduaneros debe efectuarse con celeridad antes de que la mercadería sea librada a plaza.

Contrariamente a lo dicho, en la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias, Barreira (2001) advierte que se produce en el momento en que se concreta la venta de la mercadería por el importador, requiriendo mayor tiempo para su determinación.

---

32 Ibáñez Marsilla (2011) cita que otra sentencia del Tribunal Supremo, del 11 de diciembre de 2009, (Recurso 4113/2003), aplica la misma doctrina. Esto es relevante porque se considera que dos sentencias del Tribunal Supremo que establecen la misma doctrina son las que marcan la pauta de jurisprudencia para el resto de los tribunales españoles.

En este dilema, Ibáñez Marsilla (2010, pp. 85-106) cita dos posturas doctrinarias. La primera de ellas, de Juan Martín Jovanovich, afirma que la existencia de un acuerdo sobre precios de transferencia entre la administración y el contribuyente debe conducir a aceptar, a efectos aduaneros, los valores declarados por ese contribuyente que sean coherentes con las fórmulas de cálculo establecidas en ese acuerdo. Con esa finalidad, ha de recordarse que las normas de valoración aduanera ordenan como primer método, en orden jerárquico, el del valor de transacción, que toma como punto de partida el precio pactado por las partes, y este método debe utilizarse incluso cuando estemos ante una transacción entre partes vinculadas, disponiendo en este sentido que “se examinarán las circunstancias propias de la venta y se admitirá el valor de transacción, siempre que la vinculación no haya influido en el precio”. Pues bien, la existencia de un acuerdo sobre precios de transferencia debe alcanzar relevancia en este análisis “de las circunstancias propias de la venta”, en el sentido de confirmar la aceptabilidad de los precios que sean conformes con él.

Estos criterios ya han tenido recepción en Brasil en el Consejo Administrativo de Recursos Fiscales, donde se aceptó que los precios de transferencia también pueden llevarse a cabo para examinar las circunstancias de la venta –de conformidad con el párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo de Valoración–, lo que permitirá saber si el vínculo entre el vendedor y el comprador afectó el precio objeto de análisis.<sup>33</sup>

La segunda propuesta que menciona Ibáñez Marsilla (2010, pp. 85-106) es la sostenida por Richard T. Ainsworth, que sugiere a las autoridades que certifiquen programas informáticos que, aplicando los métodos de cálculo establecidos en el marco de un acuerdo sobre precios de transferencia, permitan determinar de forma automatizada valores que sean en todo caso aceptados por la administración, tanto a efectos aduaneros como del Impuesto sobre Sociedades. En esta propuesta, la administración despliega su poder de control al verificar la operación de los programas informáticos –el autor propone programas informáticos “certificados” por las autoridades, o bien podría tratarse de programas creados por ellas mismas– y al acordar con el contribuyente la metodología para el cálculo de los precios de transferencia, es decir, se trata en ambos casos de controles ex ante y no ex post, con lo que el operador ve reforzada su seguridad jurídica sin menoscabo para la administración.

---

33 Cfr. *Processo n° 11080.724128/2015-21, Resolucao n° 3401-00.799, 4ª Câmara, 30/01/2019, “GKN Do Brasil LTDA C/Fazenda Nacional, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Terceira Secao de Julgamento.*



#### 4.4. Las recomendaciones que derivan de la Guía y el aporte de la doctrina

La Guía recomienda tanto a la administración aduanera como tributaria la realización de auditorías de cumplimiento sobre la base de criterios de riesgo. Esto implicará el examen de los sistemas financieros, la contabilidad y los registros de pago, entre otros.

Los estudios de precios de transferencia pueden resultar de utilidad para los auditores aduaneros como complemento a los estudios de valor que habitualmente hacen, atento a que pueden proporcionar información útil relacionada con las transacciones de partes involucradas de mercaderías importadas. Esto ha de reducir la carga de la empresa para evitar presentar documentación y demás elementos probatorios. Las auditorías deben cubrir los mismos rangos de fechas sobre las que se hicieron las importaciones y las que aplica el precio de transferencia.<sup>34</sup>

Se reconoce que los valores de prueba para examinar las transacciones de partes vinculadas no resulta de utilidad para las EMN, ya que venden mercaderías únicas y no aplican los métodos de mercaderías idénticas o similares, de modo que el foco debe ponerse en las circunstancias de la venta contenidas en el artículo 1.2 (a) del Acuerdo de Valoración con respecto a su aplicación de precios de transferencia.

En este marco, y en la medida en que la aduana tenga dudas sobre la aceptabilidad del precio, deberá examinar la manera en la que el vendedor y el comprador organizan sus relaciones comerciales y la manera en la que se acordó el precio bajo análisis.<sup>35</sup>

Por lo tanto, el análisis de las circunstancias de la venta se presenta como un elemento sustantivo que puede mostrar si el valor en aduana tiene que determinarse mediante la aplicación de algún método alternativo del Acuerdo de Valoración y que ningún elemento ha influenciado en el precio para el caso de empresas vinculadas.<sup>36</sup>

---

34 Cfr. Comentario 23.1 del CTVA, que concluye que la utilización de un estudio de precios de transferencia como una base posible para examinar las circunstancias de la venta debe considerarse caso por caso. Para examinar las circunstancias de venta se puede utilizar cualquier información y documento facilitado por el importador y, entre ellos, el estudio de precios de transferencia podría constituir una de esas fuentes.

35 De modo que si a pesar de estar vinculadas, las partes compran y venden como si esto no existiera, probaría que el precio no está influenciado por la relación. Conforme a la información que surge de la documentación de los precios de transferencia, también la aduana podrá basar su decisión sobre esta fuente.

36 Cfr. Estudio del Caso 14.2, CTVA y Comentario 14.2 sobre la aplicación del artículo 1 párrafo 2 del Acuerdo, CTVA. Esto se vincula también con el Estudio del Caso 14.1 sobre la utilización de

Para el caso en el que se determine que el tratamiento aduanero del valor declarado se ajuste por cláusulas de revisión de precios, afectará el tratamiento a aplicar al precio de transferencia.

Se insiste en que los funcionarios aduaneros tengan conocimientos técnicos que les permitan interpretar la documentación de los precios de transferencia, conforme a la realización de auditorías posteriores al despacho con intervención de las empresas, y contar con el asesoramiento de los funcionarios fiscales responsables de los precios de transferencia.

Se establece que el uso de un estudio de precios de transferencia como posible base para examinar las circunstancias de la venta debe ser considerada según cada caso particular.<sup>37</sup>

Finalmente, la Guía recomienda la implementación de Acuerdos Anticipados de Precios y resoluciones anticipadas para la valoración en aduana. Esto permitirá demostrar que la transacción o grupo de ellas se realizan con precios de libre competencia. Por su parte, las resoluciones anticipadas están respaldadas por el artículo 3 del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC.<sup>38</sup>

En el contexto del Mercosur ¿podría existir una convergencia de ambos sistemas conforme a las pautas establecidas en la Guía? Sobre el particular se ha señalado que en el Mercosur, según consta en el Manual de Procedimientos para Control del Valor en Aduana (Decisión Nº 16/10 del CMC), no existe una norma específica que prevea la utilización de precios de transferencia en la valoración aduanera. Existen solo algunas referencias generales que podrían, implícitamente, incluir los estudios sobre precios de transferencia. Así, el Manual indica que para determinar el valor en aduana es necesario conocer bien todos los elementos de hecho relacionados con la transacción comercial. Los mecanismos para obtener información pueden consistir en solicitar el o los documentos de la declaración.

En el ámbito de la Comunidad Andina de Naciones, al adoptar el Acuerdo de Valoración, cuando aborda la cuestión de la vinculación recuerda que no es una razón suficiente para rechazar el método de Valor de Transacción. Este solo podrá ser rechazado si es que el precio pactado por las partes vinculadas

---

documentos referidos a los precios de transferencia para examinar las transacciones entre partes vinculadas según el artículo 1.2 A) del Acuerdo reenviando al Comentario 23.1 del CTVA.

37 Cfr. Comentario 23.1 del Comité Técnico de Valoración.

38 La AFIP, mediante la Resolución General 4643/2019, implementó el mecanismo de resolución anticipada en materia de valor. Sobre el particular, ver el trabajo de Ricardo Torres Brizuela (2020, pp. 3-4).

difiere de aquel que se hubiese pactado entre dos partes independientes. Para ello, tanto el Acuerdo como la Resolución CAN 1684 establecen la importancia del análisis de las circunstancias de venta, por lo que disponen que si se logra demostrar que pese a estar vinculados para efectos aduaneros la compra-venta se pacta como si no existiese tal vinculación, quedaría demostrado que la vinculación no afectó el precio. Ambas normas describen, a modo de ejemplo, tres situaciones que permitirían acreditar que la vinculación no afectó el precio: (a) que el precio se hubiera ajustado de conformidad con las prácticas normales de fijación de precios correspondientes a la rama de producción de que se trate; (b) que el precio se hubiera ajustado de la misma manera en que el vendedor ajusta los precios de venta a compradores no vinculados con él; y (c) que con el precio se alcance a recuperar todos los costos y se logre un beneficio que se encuentre en línea con los beneficios globales realizados por la empresa en un periodo de tiempo representativo en las ventas de mercancías de la misma especie o clase.<sup>39</sup>

#### **4.5. El tratamiento de valoración en aduana ajustado con posterioridad por el precio de transferencia**

El tratamiento de valoración en aduana donde un acuerdo de precios de transferencia indique que el valor en aduana se ajustará en una fecha posterior constituye uno de los temas que más inquietudes han generado, atento a los posibles resultados contradictorios a los que se podrían arribar, y es visto como una afectación a la seguridad jurídica, ya que en sus decisiones puede vulnerar los principios de buena fe y confianza legítima por tratarse de organismos del Estado.

La Guía señala que los ajustes de precios de transferencia son comunes en las estrategias que se adoptan y estos pueden establecerse por diversas razones. Sobre el particular, las aduanas deberán comprender estos diferentes tipos de ajustes para considerar cuál de ellos pueden tener impacto en el valor en aduana y cómo proceder.

En este punto no hay un tratamiento uniforme. Por un lado, algunas administraciones aduaneras consideran los ajustes en los precios de transferencia

---

39 Cfr. Guadalupe Báscones y Acuña García (2017). Estos autores destacan que, conforme al Comentario 23.1 del Comité Técnico de Valoración en Aduana, “es posible que un estudio sobre precios de transferencia presentado por un importador resulte una buena fuente de información, si contiene información pertinente sobre las circunstancias de la venta” (pp. 31-34). En tal sentido, será necesario analizar caso por caso las alternativas que permitan reflejar de la manera más objetiva y transparente posible las condiciones de la transacción.

tanto hacia arriba como hacia abajo, otras solo los que se realizan hacia arriba y no cuando se hacen hacia abajo y otras directamente no los consideran.

Debe tenerse en cuenta que las administraciones tributarias solo realizan ajustes al alza, salvo que resulte aplicable algún convenio para evitar la doble imposición que obligue a realizar un ajuste a la baja, por lo que si no está previsto en el tratado internacional que así lo establezca, los ajustes de precios de transferencia solo se realizarán a favor de la administración y no del contribuyente.

Sin embargo, establecen algunas pautas para tener en cuenta:

1. La existencia de cláusulas de revisión de precios en el precio de transferencia no justifica excluir la valoración según el artículo 1 del Acuerdo. Esta posibilidad existe al momento de la importación.
2. Si hay un cobro excesivo de impuestos, se debe conceder su reembolso cuando este fue resultado de un error en su evaluación.<sup>40</sup>
3. Si el ajuste es iniciado por el contribuyente y este está contabilizado, puede considerarse que tiene impacto en el precio pagado o por pagar de los productos importados; pero si el ajuste fue iniciado por la administración fiscal, el impacto solo puede ser sobre la responsabilidad fiscal y no sobre el precio pagado o por pagar de las mercaderías importadas. Si el ajuste es anterior a la importación del producto, el precio a declarar en aduana debe contenerlo. En el supuesto de que el ajuste sea posterior a la importación y sea contabilizado, la aduana podrá considerar que el valor en aduana debe ser determinado en función del precio ajustado aplicando los principios contenidos en el Comentario 4.1 del Acuerdo. Finalmente, si el ajuste es en el precio de transferencia en la que solo tiene efectos fiscales sin afectar el valor en aduana, podrá considerarse como una señal de influencia en el precio.
4. Los procedimientos aduaneros relativos a la liberación de las mercaderías en las cuales están siendo objeto los importadores a una eventual revisión de precios de transferencia queda librado a las administraciones aduaneras nacionales hasta tanto se emitan directrices internacionales.
5. Los ajustes que realiza la aduana se basan en el análisis de transacciones individuales, mientras que los datos del precio de transferencias son totales. Esto implica que es necesario encontrar medios para calcular y asignar un valor adecuado a cada operación.<sup>41</sup>

---

40 Cfr. Convenio de Kyoto Revisado (2018), Anexo General, Capítulo 4, Impuestos y Derechos, 4.18. El Código Aduanero Argentino admite la repetición de tributos abonados en demasía mediante el mecanismo del recurso previsto en el artículo 1068 y subsiguientes.

41 Se señala que la CCI recomienda la aplicación de la tasa de impuestos aduaneros promedio ponderada.

## 4.6. Iniciativas nacionales

Se ha indicado que muchas administraciones aduaneras han considerado analizar y coordinar esta labor estableciendo regímenes especiales, atento a los efectos que pueden generar los ajustes a los precios de transferencia y su afectación a los valores declarados en las operaciones de importación. A tal fin, la Guía menciona los ejemplos de lo implementado en Australia, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos.

A modo de síntesis, contienen un reglamento que cuando se haya emitido un ajuste de valor del previo de transferencia y que como consecuencia de ello resulte el aumento en el valor en aduana, el tributo adicional determinado deberá abonarse respecto a los productos importados. En algunos casos, si esto tiene efecto neutro, se compensa (Canadá). En otros admiten un compromiso de rectificación de valores para realizar los ajustes correspondientes (Reino Unido). Pero si el resultado del ajuste implica una disminución en el valor en aduana, el importador puede tener derecho al reembolso del tributo.

En el caso de Estados Unidos se establece que la aduana, sujeta a determinadas condiciones, no descartará el método de valoración del valor de la transacción cuando el precio de venta de una parte vinculada esté sujeto a ajustes posteriores a la importación que se realicen de acuerdo con las políticas de precios de transferencia formales y específicamente relacionadas (directa o indirectamente) con el valor declarado de la mercadería. Estos ajustes, ya sean hacia arriba o hacia abajo, deberán tenerse en cuenta al determinar el valor de la transacción.

## 5. El caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A pesar de las recomendaciones de la Guía y de las iniciativas nacionales desplegadas por varios países, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en una sentencia del 20 de diciembre de 2017,<sup>42</sup> determinó que la legislación aduanera de la Unión Europea<sup>43</sup> no permite la posibilidad de aceptar que el valor de transacción pactado entre partes vinculadas, vigente al momento de la importación de las mercaderías, con posterioridad al cierre del periodo fiscal y con motivo

---

rada, en la que se divide el monto total de los derechos aduaneros para el año entre el monto total del valor en aduana para el mismo año, pudiendo incluir la posibilidad de un ajuste en el pago global al final del año.

42 Cfr. Caso EU:C:2017:984, “*Hamamatsu Photonics Deutschland GmbH y Hauptzollamt München*”, Infocuria Jurisprudencia. Se aclara que el fallo trató sobre la redacción anterior del Código Aduanero de la Unión Europea actualmente vigente.

43 Se aclara que el caso se resolvió interpretando el anterior Código Aduanero de la Unión Europea.

de un ajuste retroactivo motivado por la aplicación de un precio de transferencia pueda ser ajustado hacia abajo.

En este caso, con motivo de lo expuesto, el importador reclamó al servicio aduanero la repetición de los derechos de aduana abonados en demasía como consecuencia del ajuste. El fallo parece sostener la teoría de la estanqueidad, ya comentada, y en cierta manera establece un criterio un tanto positivista basado en el hecho de que la declaración aduanera y su valoración allí plasmada no resulta modificable *a posteriori*,<sup>44</sup> y que el hecho de que esto surja de un mecanismo dinámico como el precio de transferencia no puede tener en este ámbito efectos retroactivos.

Se ha sostenido<sup>45</sup> que el fallo solo arroja luz sobre el tema de manera limitada, porque aunque el tribunal de Múnich preguntó claramente en su orden de referencia si había cumplido con la normativa vigente para tomar un precio de transferencia acordado, el cual consiste en una cantidad inicialmente facturada y declarada y un ajuste a tanto alzado después del final del período contable, como valor de aduana utilizando una clave de reparto, el tribunal requerido solo ha comentado la consideración de los precios de transferencia como valor de transacción en el sentido del artículo 29 Código Aduanero de la Unión.

Katja Roth y Sandra Rinnert (2018) señalan que el fallo también contiene contradicciones y deja sin tratar problemas cruciales, ya que tras reiterar su jurisprudencia constante sobre el valor en aduana, afirma que un ajuste posterior del precio de transferencia declarado inicialmente no puede tenerse en cuenta en el contexto del valor de transacción. De este modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) no distingue entre notas de crédito y débitos posteriores. Por lo tanto, podría inferirse que el precio de transferencia declarado durante el año es y sigue siendo el valor en aduana, lo que sin duda aportaría un alto grado de seguridad jurídica, ya que en este entendimiento la parte aduanera no tendría que temer el cobro posterior por parte de las autoridades aduaneras (pero tampoco podría reclamar reembolsos). Pero este resultado estaría en contradicción con la jurisprudencia del TJCE mencionada anteriormente, según la cual el valor de transacción debe reflejar el valor económico real de las mercancías importadas. Sin embargo, el precio declarado durante el año no es su valor económico real, por lo que se corrige después del final del período fiscal. Por otra parte, el método del valor de transacción solo

---

44 Parece sin mencionarlo, aplicar el criterio de la inalterabilidad de los elementos contenidos en la declaración aduanera.

45 Cfr. Roth y Rinnert (2018).

es aplicable entre empresas vinculadas si la relación no ha afectado al precio. Parece más evidente para el TJCE entender que el método del valor de transacción puede no aplicarse en el caso de los precios de transferencia que deben corregirse posteriormente y que deben utilizarse los métodos subsidiarios de valoración en aduana. Esto se apoya en el resumen del resultado al final de la sentencia. Según esta, un valor de transacción convenido, que consiste en parte en una cantidad inicialmente facturada y declarada y en parte en un ajuste a tanto alzado después del final del ejercicio contable, no puede utilizarse para determinar el valor en aduana. Sin embargo, el TJCE no ha decidido hasta qué punto los precios de transferencia y sus correcciones posteriores a tanto alzado desempeñan un papel en el contexto de los demás métodos de valor en aduana, por lo que la petición de decisión prejudicial del tribunal de Múnich no fue respondida plenamente. Como mínimo, la decisión del TJCE aclara que un precio de transferencia que deba ajustarse posteriormente no puede reconocerse como valor en aduana con arreglo a la normativa vigente a ese momento, y además no revela las consecuencias que se podrían derivar para los otros métodos.

También se observó<sup>46</sup> que el TJCE deja claro que no distingue entre ajustes a la baja (es decir, en el caso de las notas de crédito) y al alza (débito posterior), como ocurre actualmente con la administración de aduanas de Alemania, por citar un ejemplo. Pero, por otro lado, el TJCE deja abierta la pregunta de seguimiento: ¿se puede hacer un ajuste posterior de los precios de transferencia en el marco de los demás métodos de valoración en aduana? La respuesta es afirmativa y se desprende de los principios generales de la legislación sobre valoración en aduana que ha desarrollado el TJCE. Por un lado, confirma su jurisprudencia según la cual el valor en aduana debe reflejar el valor económico real de un bien importado y, en consecuencia, tener en cuenta todos los elementos de ese bien que tengan un valor económico. Aplicado a los hechos en disputa, esto significa lo siguiente: (a) cuando un importador utiliza precios de transferencia, declara primero el precio calculado durante el año como valor en aduana. Al final del período fiscal, este precio se ajusta al alza o a la baja, utilizando métodos internacionalmente uniformes y reconocidos. El ajuste refleja un esfuerzo por establecer un precio equivalente al de una transacción de venta entre partes no relacionadas (el principio de plena competencia o el principio de plena competencia sentencia). Así, pues, no son los precios de transferencia declarados,

---

46 Cfr. Rinnert (2018).

sino solo los ajustados posteriormente (independientemente de si se ajustan al alza o a la baja) los que corresponden al valor económico real de un producto importado en el sentido de la jurisprudencia del TJCE. Por lo tanto, en principio, deben tenerse en cuenta a efectos de la valoración en aduana; (b) Además, el TJCE reitera, con referencia a sus fallos, que el valor de transacción es la base principal para determinar el valor en aduana y solo si el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías en una venta para la exportación no puede determinarse, se aplicarán los métodos subsidiarios. Este último es el caso cuando se utilizan precios de transferencia: en el momento de la evaluación se fija un precio de factura, pero no el precio realmente pagado o por pagar por la venta. Los precios de transferencia se ajustan al final del período fiscal, es decir, regularmente al final del año; solo entonces se fija el precio realmente pagado o por pagar; (c) De estos dos principios de valoración en aduana se desprende que si bien el ajuste de los precios de transferencia debe tenerse en cuenta en principio en la legislación sobre valoración en aduana, porque el valor económico real es decisivo, es el valor económico real el que es sustantivo. Sin embargo, el valor de transacción no puede utilizarse como base para determinar el valor en aduana cuando se utilizan precios de transferencia, porque el precio realmente pagado o por pagar no se fija en el momento de la evaluación. El valor de aduana se determina según los métodos secundarios. En el marco del método final, los precios de transferencia pueden entonces ajustarse tanto hacia arriba como hacia abajo. Además, también es posible un ajuste global no relacionado con el producto, lo que resulta problemático en el contexto del valor de transacción porque se basa en una única transacción concreta en cada caso.

Por lo dicho, Sandra Rinnert (2018) concluye que la no aceptación de los fundamentos del fallo del TJCE podría tener dos enfoques: por un lado, en virtud del Código Aduanero de la Unión, podría solicitarse la autorización de una declaración aduanera simplificada. Esto permite despachar las mercancías para el procedimiento solicitado utilizando el valor de transacción sin tener que presentar información definitiva. Sin embargo, es problemático que se tenga que prever un plazo correspondientemente generoso para la entrega posterior de la declaración aduanera suplementaria de conformidad con la normativa aduanera. Por otro lado, podría argumentarse que el ajuste de los precios de transferencia es una condición mensurable que no excluye el valor de transacción en el sentido de la norma aduanera, porque el objetivo dentro del cual se ajustan posteriormente los precios de transferencia puede determinarse en términos de valor sobre la base del APA concertado previamente con la administración



tributaria. Sin embargo, esta solución requiere un alto grado de concreción del ajuste posterior en el APA.

Finalmente, se menciona<sup>47</sup> que el temor del TJCE era que el importador actúe unilateralmente en su favor con esta metodología que reclama. Pero esto es infundado, ya que los cambios posteriores del precio de compra deben tenerse en cuenta en el derecho sustantivo al determinar el valor en aduana y, por consiguiente, al determinar los derechos de aduana que se han de recaudar; el importador también está obligado, en virtud del derecho procesal, a notificar de manera correcta a las autoridades aduaneras los cambios del precio de compra relacionados con los derechos de aduana. En el derecho alemán, esto se regula en el artículo 153, párrafo 1, número 1 de la ley alemana. Por el contrario, existe el riesgo de que las partes implicadas busquen su ventaja unilateralmente si los cambios de precio posteriores no se tienen en cuenta en la legislación sobre el valor en aduana, como ha alegado el TJCE. Las partes en el contrato podrían entonces tender a acordar precios de transferencia bajos durante el año a fin de mantener bajo el valor en aduana y, por lo tanto, el derecho *ad valorem* que debe pagarse. Esto no supondría ninguna desventaja en cuanto al impuesto sobre la renta, porque la mayor carga posterior al final del año comercial significaría que la partida deducible con la que el comprador puede reducir su carga de impuesto sobre la renta se mantendría sin cambios. Esto establecería involuntariamente un “modelo de ahorro arancelario”.

Este fallo en forma implícita rechaza la correlación o aproximación que debe existir, y que la Guía admite entre el valor en aduana y la política de precios de transferencia y la incidencia de este en el valor en aduana.

Este apartamiento de las recomendaciones de la Guía puede derivar en que los servicios aduaneros puedan reclamar a las EMN el método de valoración en aduana en forma pura distinto del establecido en el precio de transferencia. También puede ser el comienzo para el rechazo de los ajustes al alza o a la baja con efectos retroactivos para aquellas mercaderías ya nacionalizadas o con libre plática. Finalmente, si tuvieran algún tipo de acuerdo con las autoridades aduaneras que contemplan estos ajustes, corroborar que se mantiene ese criterio y no van a aplicar el que se deriva de la doctrina del fallo bajo análisis.

Por ello, Georg Eder y Jörg Dehn (2019) concluyen que el ajuste de los precios de transferencia con arreglo al método del valor de transacción debe tenerse en cuenta a efectos aduaneros. Sin embargo, la sentencia dio una justi-

---

47 Cfr. Eder y Dehn (2019).

ficación discutible. El camino hacia el método final parece estar bloqueado por la sentencia del TJCE, porque si este se niega a tomar como valor de aduana un valor de transacción, “que se compone en parte de una cantidad inicialmente facturada y declarada y en parte de un ajuste a tanto alzado después del final del ejercicio contable”, entonces esta cantidad compuesta no puede servir de base para determinar el valor de aduana, ni siquiera mediante el método final. De hecho, el método definitivo no permite un enfoque completamente nuevo de los hechos subyacentes, sino que es simplemente “una aplicación de los métodos de valoración en aduana [prioritarios] en condiciones facilitadas”.

## 6. Conclusiones

Tal como se menciona en la parte introductoria de la Guía, esta no brinda un enfoque definitivo sobre este tema y se presenta como un marco contextual técnico en el que se ofrecen diversas soluciones sobre cómo proceder, y comparte ideas y prácticas nacionales, incluyendo la perspectiva comercial.

Se ha podido establecer igualmente que estas recomendaciones han de depender de la realidad y del desarrollo de las distintas administraciones tributarias y aduaneras, como también del grado de actividad que despliegan las EMN en sus respectivos países.

La Guía, sin mencionarlo, pero teniéndolo en cuenta, se hace eco de las dos posiciones que sobre el tema existen: la de considerar que la determinación del valor en aduana, conforme al Acuerdo de Valoración, obedece a principios y finalidades distintos respecto a los mecanismos de determinación de precios de transferencia, y los que de alguna manera tratan de encontrar puntos de conexión y, por lo tanto, que es factible converger en un tratamiento común y coordinado.

No obstante, la Guía trata de fijar líneas tendientes a encontrar soluciones a las distintas consecuencias que se producen como resultado de los ajustes que un precio de transferencia puede generar y cómo impacta en los valores en aduana declarados en las importaciones.

Tal vez, la solución final del caso esté en la implementación de un sistema informático integral que permita analizar, efectuar tendencias y vinculaciones múltiples conforme a los datos que la EMN aporte, pero recordando lo que se logrará cuando el sistema de ajuste de los precios de transferencia adopte los criterios de equidad, uniformidad y neutralidad, como acontece en lo aduanero. Claro está que esto es de difícil implementación por la disparidad de administraciones tributarias y por lo complejo y sofisticado que tiene que resultar el sistema.

Un esquema de precios de transferencia se tiene que realizar teniendo en cuenta su incidencia en materia de valoración aduanera y predeterminar si en ella está implícita la influencia que, por ser empresas vinculadas, afectan a los precios de importación.

Pareciera que en la determinación de un precio de transferencia pueden encontrarse elementos que permitan a la aduana establecer cierto grado de influencia en las operaciones que se realizan en las EMN.

En todo caso, valga la conclusión de Ibáñez Marsilla (2011, p. 74) cuando señala que estos sistemas no se basan en el principio de igualdad, sino de proximidad, y que, en todo caso, la relación entre los dos valores puede establecerse en la legislación o puede ser hallada en la jurisprudencia, pese a que esta última si bien puede ser flexible en su interpretación o alcance, tiene una carga de aplicación más complicada y de incertidumbre jurídica. El fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es un ejemplo de lo que se quiere evitar.

También es dable recordar las conclusiones que sobre este tema señalara Barreira (2001, p. 127) cuando sostiene que el flujo del comercio internacional requiere de normas uniformes en todo el mundo que le dé al comerciante seguridad y predictibilidad en las inversiones que realiza y esa es la razón por la cual el sistema de valoración aduanera es concebido como “equitativo, uniforme y neutro”, y, por su parte, el régimen de los precios de transferencia no parece poner el acento en el fomento y seguridad del flujo comercial, sino en corregir valores en la medida en que ellos podrían implicar una localización artificial de las utilidades fuera de la jurisdicción de la administración tributaria del país de importación, apropiando para la jurisdicción local la mayor cantidad de utilidad que surja de la operación global.

De modo que la uniformidad de los medios depende de la unidad de fines que ellos persiguen, por lo que no debe sorprender que, ante fines diferentes, las herramientas utilizadas por uno y otro instituto difieran.

Por su parte, las administraciones aduaneras y tributarias podrían unificar sus tareas de verificación de precios de transferencia a fines aduaneros e impositivos, utilizando sus recursos en forma más eficiente. Esto, sin duda, limitaría la discrecionalidad del servicio aduanero al momento de interpretar el artículo 1.2 (a) y su nota interpretativa, pero reduciría significativamente el riesgo de decisiones que puedan ser tachadas de arbitrarias.<sup>48</sup>

Se puede establecer, en líneas generales, que la implementación de un pre-

---

48 Cfr. Jovanovich (2005/2006, p. 82).

cio de transferencia muchas veces puede significar la existencia de vinculación que influye en el precio desde la perspectiva del Acuerdo de Valoración a los fines aduaneros, por ello el control debe ser realizado en forma conjunta o bien la determinación del primero debe efectuarse teniendo en consideración el aspecto aduanero.

Finalmente, la presentaciones de Acuerdos Anticipados de Precios en conjunto con las Resoluciones Anticipadas en materia de precio ante la aduana, sumado al hecho del uso de las buenas prácticas en los negocios por parte de las EMN y la implementación de las buenas prácticas aduanera y tributarias en sus respectivas administraciones, constituyen un camino virtuoso que conduce a la reducción de conflictividad, otorgando seguridad jurídica y soluciones realistas, proactivas para las complejas transacciones de precios de transferencia, aportando una técnica adecuada y valiente que permitirá, como concluye Ainsworth (2007, p. 122), que el esfuerzo por armonizar los regímenes de precios de transferencia en el impuesto sobre la renta, las aduanas y el IVA influya a que la OMA y la OCDE constituyan el fundamento de una norma internacional, partiendo con valentía a partir de los acuerdos anticipados de precios.

## Bibliografía

- Ainsworth, R. T. (2007) IT-APAS: Harmonizing Inconsistent Transfer Pricing rules in Income Tax - Customs - VAT. *The Boston University School of Law Working Paper Series*. <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/2007.html>.
- Armella, S. y Mannarino, L. (2016). Nuovo codice doganale dell'Unione: cosa cambia nelle regole sul valore doganale. *Corriere Tributario*, (39)19, 1507-1513.
- Avolio, D., Santacroce, B. y Sbandi, E. (2015). Con il ruling internazionale il valore in Dogana accoglie la documentazione sui prezzi di trasferimento. *Il fisco*, (47).
- Barreira, E. C. (2001/2002). El valor en aduana y los precios de transferencia en las transacciones internacionales entre empresas vinculadas: dos enfoques ante un mismo fenómeno. *Revista de Estudio Aduaneros*, (15), 114-124.
- Barreto Cruz, N. M. y Buitrago Duarte, B. (2015). Impacto de la conexidad entre valoración aduanera y precios de transferencia. Caso colombiano. *Revista de Derecho Fiscal*, (3)1. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/2703>.
- Basaldúa, R. X. (2007). La Aduana: concepto y funciones esenciales y contingentes. *Revista de Estudios Aduaneros*, (18), 37-54.
- Bonzón Rafart, J. C. (5 de mayo de 2020). Precios de Transferencia vs Valor en Aduana. <https://www.mercojuris.com/32141/precios-de-transferencia-vs-valor-en-aduana-%e2%80%93-por-juan-carlos-bonzon-rafart-actual-juez-camara-en-lo-penal-economico/>.

- Buitrago Duarte, B. (2015). Armonización de las reglas de precios de transferencia bajo el impuesto sobre la renta y el valor en aduanas. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, (72), 65-90.
- Convenio de Kyoto Revisado. (2018). Convenio Internacional sobre la Simplificación y Armonización de los procedimientos aduaneros. [http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf\\_revised\\_kyoto\\_conv/kyoto\\_new/kyoto\\_new\\_es.aspx](http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_revised_kyoto_conv/kyoto_new/kyoto_new_es.aspx).
- Eder, G. y Dehn, J. (2019). *Sind Verrechnungspreisanpassungen zollwertrechtlich relevant?* BB, (1238). <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-BB-B-2019-S-1238-N-2>.
- Fabio, M. (2017). *Manuale di Diritto e pratica doganale* (6ª ed.). Italia: Wolters Kluwer.
- García Novoa, C. (2012). *El Concepto de Tributo*. Buenos Aires/Madrid/Barcelona: Marcial Pons.
- González Bianchi, P. (2012). Valor en Aduana y Precios de Transferencia en torno a las empresas vinculadas en América Latina. *GLOBAL CUSTOMS FORUM 2012*, San Pablo, Brasil, 18 y 19 de septiembre.
- González Bianchi, P. y Figueredo, F. (2018). El valor en aduana y precios de transferencia. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (34), 13-42.
- Guadalupe Báscones, J. y Acuña García, J. A. (2017). Claves sobre la Valoración Aduanera. *Revista Análisis Tributario*, XXX(351), 302-313.
- Herrero Mallol, C. (1999). *Precios de Transferencia Internacionales, Estudio Tributario y microeconómico*. Pamplona: Aranzadi Editorial.
- Ibáñez Marsilla, S. (2002). La trascendencia de la valoración aduanera en el Impuesto sobre las Sociedades. Especial referencia al *transfer pricing*. *Revista Española de Derecho Financiero*, (113), 47-98.
- Ibáñez Marsilla, S. (2010). Nuevos elementos acerca de las relaciones entre el valor en Aduana y el Impuesto sobre Sociedades. *Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, (63), 85-106.
- Ibáñez Marsilla, S. (2011). Towards customs valuation compliance through corporate income tax. *World Customs Journal*, 5(1), 73-87.
- Jovanovich, J. M. (2005/2006). Precios de transferencia en materia aduanera e impositiva. El uso de las directrices de la OCDE en el contexto del artículo 1.2 (A) del Acuerdo de Valoración de Mercaderías de la OMC. *Revista de Estudio Aduaneros*, (17), 75-106.
- Lascano, J. C. (2003). *El valor en Aduana de las mercaderías importadas*. Buenos Aires: Editorial Buyatti.
- Lorenzo Ortiz, G. A. y De Bedout Grajales, J. C. (2019). La valoración aduanera y los precios de transferencia, una relación basada en la contradicción de intereses inmediatos, con una finalidad común. *Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior. 43 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior*. Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, Cartagena de Indias, Colombia, 13, 14 y 15 de febrero.
- Mikuriya, K. (2006). *Summary remarks –WCD/OECD- Conference on Transfer Pricing and Customs Valuations*. <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/36740073.pdf>.
- Möller, T. (2004). *Verrechnungspreis und Zollwert* (Tesis doctoral). <http://www.efa-schriften.de/pdfs/Moeller.pdf>.

- Musselli A. y Musselli, A. C. (2000). *Transfer Pricing. Il prezzi de trasferimento nella operazioni internazionali* (2a ed.). Milán: Il Sole 24 Ore.
- Natera Niño de Rivera, L. E. (2015). Guías de la OMC sobre valoración aduanera y precios de transferencia. *Revista Puntos Finos*, (243), 122-130.
- Organización Mundial de Aduanas (OMA). (2018). *Guía de la OMA sobre la Valoración en Aduana y Precios de Transferencia*. <http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/fr/pdf/topics/key-issues/revenue-package/guide-evaluation-en-douane-prix-de-transfert.pdf?db=web>.
- Ramos Fernández, G. (2008). Valoración aduanera y precios de transferencia: El largo camino hacia la convergencia. En IFA-Perú, *PT - Precios de Transferencia*. [http://www.ifaperu.org/uploads/articles/311\\_17\\_amos.pdf](http://www.ifaperu.org/uploads/articles/311_17_amos.pdf).
- Rinnert, S. (2018) Darf der Zollwert nach Maßgabe einer im Rahmen von Verrechnungspreisen angewandten Restgewinnaufteilungsmethode nachträglich berichtigt werden? *German Magazine "Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern" ZfZ = Journal for Customs and Excise taxes*. *ZfZ*, 3 69, 68-72.
- Roth, K. y Rinnert, S. (2018) Zur Berücksichtigung von Verrechnungspreisen bei der Ermittlung des Zollwerts. *DStR*, 2090-2093. <https://beck-online.de/Bcid/Y-300-2-DSTR-B-S-2090-N-1>.
- Sánchez de Castro Martín-Luengo, E. (2019). Las reglas sobre precios de transferencia bajo el derecho europeo, algunas reflexiones tras la sentencia del TJUE de 31 de mayo de 2018, C-382/16, asunto "Hornbach-Baumarkt AG". *Nueva Fiscalidad*, (1), 153-189.
- Torres Brizuela, R. (15 de enero de 2020). Resolución anticipada de valor: nunca más un monólogo. Promesas y esperanza de un necesario diálogo. *Guía Práctica de Comercio Exterior y Nomenclador Arancelario Aduanero*, (395).



# RECENSIONES

---





# *EL CONTROL DEL CONGRESO SOBRE LA ACTIVIDAD NORMATIVA DEL PODER EJECUTIVO*

**Alfonso Santiago, Enrique Veramendi y Santiago Castro Videla**

---

**Buenos Aires: La Ley, 2019, 384 páginas.**

1. La obra en comentario es un valioso aporte al ámbito jurídico argentino en un tema medular del Estado constitucional de derecho, como es el referido al presidencialismo y su equilibrio con las notas republicanas. Configura una contribución de extraordinaria actualidad, fruto de la reflexión, del estudio y de la práctica docente y profesional de tres prestigiosos abogados del foro.

El abordaje del control del Congreso sobre las funciones legislativas en manos del Poder Ejecutivo parte de marcar el derrotero en relación con la titularidad y el monopolio de la función legislativa, desde los albores del constitucionalismo inglés y la puja entre el Parlamento y el rey, seguido por la Revolución francesa y la doctrina de la división de poderes que consolida dicha función en cabeza del Poder Legislativo, plasmado en la Constitución norteamericana de 1787. Se puntualiza así que el siglo XIX fue preponderantemente el siglo del Poder Legislativo como representante natural de la soberanía popular y autor de las leyes y de los códigos, mientras que el siglo XX muestra un importante fortalecimiento de los ejecutivos, materializado, entre otros aspectos, en su avance en materias de contenido legislativo.

En el caso de la Constitución argentina, la reforma de 1994 postuló dentro de sus objetivos el de atenuar el presidencialismo y reforzar la función de control del Congreso respecto al Ejecutivo. Sin embargo, por un lado, habilitó, aunque en forma excepcional, los decretos delegados (artículo 76), los de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3) y los de promulgación parcial de leyes (artículo 80). Por otro lado, incorporó a la Auditoría General de la Nación (artículo 85), al Defensor del Pueblo (artículo 86) y a la Comisión Bicameral Permanente (artículo 99, inciso 3; artículo 100, incisos 12 y 13). Además, el convencional constituyente de 1994 dejó en manos de una ley complementaria el diseño final del procedimiento de control legislativo, materializada a través

de la Ley 26122 denominada “Régimen Legal de los Decretos de Necesidad y Urgencia, de Delegación Legislativa y de Promulgación Parcial de Leyes”.

2. La obra se encarga de desmenuzar detenidamente el procedimiento del control del Congreso en relación con esos tres tipos de decretos, a lo largo de 384 páginas bien escritas y organizadas. Se divide en seis capítulos que abordan los tres ejes temáticos medulares: decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes desde su configuración constitucional, el análisis de la Ley 26122, las características del control de constitucionalidad diseñado por esta norma y la práctica en el funcionamiento del Poder Ejecutivo, de la Comisión Bicameral Permanente y del Congreso a partir de la vigencia de dicha norma en relación con los decretos de necesidad y urgencia. Luego, se centra en la delegación legislativa desde la reforma de 1994, las distintas leyes dictadas a la luz del artículo 76 del texto constitucional y las decisiones judiciales posteriores a esta reforma. Finalmente, es objeto de estudio la promulgación parcial habilitada en el artículo 80, los alcances e interrogantes que plantea y el control judicial.

A modo de introducción, en el capítulo I, los autores profundizan en el análisis de las complejas relaciones entre el Poder Legislativo y el presidente en el ejercicio de la función legislativa en el Gobierno contemporáneo. Parten del diseño del sistema normativo previsto en el texto constitucional de 1853/60 que estableció tres instancias normativas fundamentales: la Constitución Nacional emanada del poder constituyente y reformable a través del mecanismo previsto en ella, la ley ordinaria en manos del Congreso con la participación del presidente como colegislador y el reglamento, en manos de este último. Luego, las variaciones de este esquema a partir del estado de bienestar con la ampliación de facultades reglamentarias en el Poder Ejecutivo, más la internacionalización de los derechos humanos. La reforma de 1994 da cabida a este panorama y ello se muestra en el nuevo diseño del sistema normativo sobre la base de cuatro instancias: la Constitución Nacional, los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, la legislación ordinaria en manos del Congreso y la actividad reglamentaria a cargo del Ejecutivo, al que se le habilitó el ejercicio de materia legislativa bajo ciertas condiciones.

Las consecuencias institucionales de estas modificaciones son examinadas en este capítulo, repasando la práctica constitucional argentina desde 1983 hasta 2015. Se ahonda en consideraciones sobre las causas estructurales del desplazamiento de la ley hacia el reglamento, del ejercicio de facultades legislativas por el Poder Ejecutivo y se completa con los aportes del derecho comparado de

la mano de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional alemán, de la Corte Suprema de Estados Unidos, del Tribunal Constitucional español, de la Corte Constitucional italiana, del Consejo Constitucional francés y de la Corte Federal argentina.

Finalmente, se pone bajo la lupa la reforma constitucional de 1994 y la introducción de los tres institutos que suponen el ejercicio de funciones legislativas por el Poder Ejecutivo, advirtiendo aspectos comunes a tener en cuenta: la prohibición como principio general, luego, en forma amplia e indeterminada, las excepciones habilitantes y, por último, el procedimiento de control legislativo con la intervención de la Comisión Bicameral Permanente.

En esta línea, el capítulo II se centra en desmenuzar una norma decisiva en la configuración del sistema institucional y jurídico argentino, como es la Ley 26122. En torno a su interpretación, la obra es rica en apreciaciones constructivas. Desde el tratamiento de la clase de decretos alcanzados por el control legislativo, se puntualizan las dificultades para su calificación, como así también para determinar su naturaleza jurídica, ello ilustrado a través de casos paradigmáticos. Se analiza el ámbito de aplicación temporal de la norma, defendiéndose el alcance del control a todos los decretos que no hubiesen sido ratificados o rechazado por parte del Congreso, lo que así se siguió en la práctica institucional.

Especial atención merecen las contribuciones en relación a la integración, autoridades y funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente, aportándose una buena pauta interpretativa amplia para la proporcionalidad exigida por el artículo 99, inciso 3 de la Constitución Nacional, la misma de la Ley 24937 referida al Consejo de la Magistratura en función de la cual, el bloque de mayor representación legislativa no puede contar con más de la mitad de los miembros. También se suma un comentario en torno a la presidencia de la Comisión, sugiriéndose que quede en manos de las fuerzas de oposición, tal como ocurre con la Auditoría General de la Nación. Sobre el funcionamiento, se propugna la continuidad, aun durante el receso del Congreso y, en este caso, la convocatoria inmediata a las Cámaras. El quorum y las mayorías para emitir dictámenes también son analizados con lúcidos aportes.

En particular, la tarea de control a cargo de la Comisión Bicameral Permanente es dividida y analizada puntualmente en relación con cada tipo de decreto:

1. En los de necesidad y urgencia, se distingue entre los requisitos formales (acuerdo general de ministros, refrendado por el jefe de Gabinete y los demás

ministros y sometido dentro de los diez días a consideración de la Comisión Bicameral Permanente) y los sustanciales (circunstancias excepcionales que hicieran imposible seguir los trámites ordinarios para la sanción de leyes, y que no regule materia penal, tributaria, electoral y de partidos políticos), y los distintos efectos de su incumplimiento. Se citan varios dictámenes de la Comisión que muestran una criticable interpretación amplia y flexible.

2. En los decretos delegados, se advierte que no surge con claridad del texto constitucional (artículo 100, inciso 12) el contenido y alcance del control ni si el titular de esa función será la Comisión Bicameral Permanente o el propio Congreso. La Ley 26122 responde a favor del Cuerpo Legislativo, que contará con el dictamen de la Comisión sobre la procedencia formal y la adecuación del decreto a la materia y a las bases de la delegación y al plazo fijado para su ejercicio. Sobre la materia (de administración o emergencia pública), los autores interpretan que las pautas tienen que ser claras y precisas, que eviten discrecionalidades. La obra se encarga de mostrar los supuestos no contemplados en la Ley 26122, como el caso de la subdelegación dispuesta por el presidente o la delegación de segundo grado, lo que merecería una reforma legislativa que los incluya en el control.
3. En torno a los decretos de promulgación parcial de leyes, los autores entienden que la ley ha avanzado, en cuanto le permite al Congreso que, además de la insistencia prevista en el artículo 83 de la Constitución, con dos tercios de cada Cámara pueda rechazar dicho decreto, para lo cual requiere mayoría simple en ambas Cámaras. Se plantean casos puntales, como si el Congreso podría declarar la nulidad de un decreto junto a la cuestión de los derechos adquiridos, la posibilidad de insistencia del Ejecutivo frente a un rechazo y también los efectos de la aprobación de las Cámaras sobre el control judicial del decreto, lo que alumbran con casos ilustrativos.

A modo de conclusión, este meduloso capítulo encierra aportes de gran importancia, desde la reflexión en torno al permisivismo constitucional de la mano de la habilitación de estos decretos en 1994, hasta el análisis de la práctica que ha posibilitado la tendencia a convertir lo extraordinario en ordinario, a lo cual la Ley 26122 le ha dado continuidad. El balance que arrojan los años de funcionamiento de la Comisión Bicameral Permanente es mayormente negativo en cuanto ha permitido y posibilitado estrategias de bloqueo y de paralización de la actividad de control legislativa. Ello se muestra en la inexistencia de decretos rechazados por el Congreso y con la escasísima cantidad de rechazos en una Cámara. Sin perjuicio de ello, los autores destacan como aspecto positivo la reducción en la emisión de decretos de necesidad y urgencia desde la

sanción de esta ley, en comparación con el período que va entre la reforma de 1994 y 2006.

El capítulo III está dedicado al tratamiento de las características del control en manos del Congreso, regulado por la Ley 26122. Los autores señalan que se está frente a un control político en torno a la legitimidad de origen en el ejercicio de actividad normativa por el Ejecutivo, de validez formal, que, a diferencia de la Comisión Bicameral que no puede ingresar en la oportunidad, mérito o conveniencia, el Congreso sí puede hacerlo, dada la excepcionalidad presidencial para actuar dentro de las incumbencias legislativas.

De esta forma, el control en manos del Congreso se caracteriza en esta obra por ser: (1) externo a dicho cuerpo, en cuanto a que no se expide sobre sus propias normas; (2) permanente, más allá de los recesos; (3) abstracto, referido a normas de carácter general y no a actos de alcance particular; (4) de ejercicio sobre acciones normativas del presidente y no sobre omisiones; (5) *a posteriori* no es preventivo, es reparador con efectos hacia el futuro; (6) de vía directa; (7) obligatorio y necesario; (8) de oficio por mandato constitucional y legal; (9) no es letrado necesariamente; (10) se centra en la legitimidad de origen y también en la oportunidad, mérito y conveniencia; (11) incluye la verificación legislativa de los requisitos de validez; (12) sus efectos tienen distintos alcances según sea la decisión del Congreso; (13) se extiende a todos los ciudadanos, sin perjuicio de los derechos adquiridos durante la vigencia de la norma; (14) es diferente e independiente del control judicial de constitucionalidades.

En este derrotero, el capítulo IV cuenta con la colaboración de Patricio D'Acunti y se centra en el análisis de la práctica del Ejecutivo, de la Comisión Bicameral y de las Cámaras del Congreso desde la sanción de la Ley 26122, el 25 de octubre de 2006, hasta el 31 de diciembre de 2018. Es muy rico el aporte en números y en gráficos, donde se muestra con claridad la cantidad de decretos de necesidad de urgencia emitidos (174), delegados (80) y de promulgación parcial de leyes (21) alcanzados por el control legislativo instrumentado. Se analizan los decretos más relevantes con indicación de temas y alcances, junto a la actuación en cada caso de la Comisión Bicameral, marcando los contextos de la representación política dentro del Congreso y en relación con el partido gobernante en cada oportunidad.

A modo de conclusión de este capítulo, los autores son contundentes, con base en el análisis pormenorizado que realizan, en afirmar que el diseño del control en manos de la Ley 26122 exige una urgente revisión, dada la poca rigurosidad y la notoria ineficacia. Como muestra de ello, se pone de manifiesto que de la totalidad de decretos dictados desde la sanción de esta ley y que

tuvieron tratamiento por la Comisión Bicameral, el 82,3% de ellos no fueron considerados por el pleno de las Cámaras. Además, no se ha producido la derogación por el Congreso de ningún tipo de decreto delegado, de necesidad y urgencia ni de promulgación parcial, aun en los supuestos en los que el partido que gobernaba carecía de mayoría en las Cámaras. Lo máximo que se observa son cuatro resoluciones de la Cámara de Diputados, pronunciándose por el rechazo de decretos de necesidad y urgencia en 2010, sin tratamiento en la otra Cámara, y de diez dictámenes de mayoría de la Comisión, aconsejando la invalidez de los decretos sometidos a su control durante 2010, 2016 y 2017. Además, la mayor parte de los decretos sometidos al control del Congreso, previo paso por la Comisión Bicameral, fueron de necesidad y urgencia y mantuvieron su vigencia pese a no haber obtenido un pronunciamiento expreso de ambas Cámaras. En este capítulo, se acompaña un detalle pormenorizado de todos los decretos de necesidad y urgencia dictados por cada presidente desde la reforma de 1994 hasta el dictado de la Ley 21122, y, luego de ello, hasta 2018 inclusive.

El panorama descrito merece propuestas de reforma. Los autores plantean para los decretos de necesidad y urgencia habilitar el rechazo de una sola Cámara como sancionador de la validez, acompañado con un plazo para que las Cámaras se pronuncien, expirado el cual se produciría la caducidad de tales decretos.

El objeto del capítulo V lo constituye la delegación legislativa desde la reforma de 1994, visualizando la práctica del Congreso y el control judicial de los reglamentos delegados.

Se parte del análisis del artículo 76 del texto reformado en 1994, acompañado del artículo 100, inciso 12 que marca el control en manos de la Comisión Bicameral Permanente, respecto a lo cual se indican sus imprecisiones e interrogantes. La práctica legislativa desde la Ley 24629 de reforma del Estado II de 1996, pasando por la Ley 24938 de presupuesto de 1998, la Ley 25148 que ratificó las delegaciones legislativas y aprobó la legislación delegada anterior a 1994 y sus sucesivas prórrogas hasta la Ley 27467 de presupuesto de 2019 muestra normas delegantes, en algunos casos, en forma expresa y, en otros, con habilitación amplia de potestades reglamentarias que en la práctica originaron normas delegadas de dudosa constitucionalidad. Ello se acompaña con las principales decisiones jurisprudenciales desde el caso *Czerniecki* de 1995, pasando por *Smith* (2001), *Tobar* (2002), *San Luis* (2003), *Bustos* (2004), *Massa* (2006) hasta el caso *Blanco* de 2018, enriquecidas con la construcción valorativa de estándares interpretativos.

Afirman los autores que el régimen constitucional del artículo 76 es ambiguo e incompleto y muestra serias deficiencias de diseño, a lo cual la sanción de la Ley 26122 y la puesta en marcha de la Comisión Bicameral permanente tampoco aportó mejoras significativas. Prueba de ello es la ausencia de derogación alguna por parte del Congreso, junto a la delegación de facultades legislativas en órganos o entes distintos del presidente y la subdelegación legislativa. Por su parte, la Corte Federal, si bien ha sido estricta en la interpretación de la legalidad tributaria, no lo ha sido en torno a las materias excluidas y la determinación de los sujetos a quienes válidamente se les puede delegar, entre otros aspectos.

Por último, el capítulo VI se ocupa de la regulación constitucional de la promulgación parcial de leyes y su control judicial. Si bien en el texto constitucional de 1853/60 estaba previsto el veto parcial, las dudas se generaban en torno a la admisibilidad de la promulgación parcial. Fue la jurisprudencia, desde el caso *Colella* (1967), que la admitió siempre que no alterase la unidad normativa y no distorsionara la finalidad del proyecto sancionado por el Congreso. Especialmente, desde 1989 se produce un creciente aumento en la utilización de este mecanismo, con escasos límites legislativos y un paulatino incremento del poder del presidente.

La reforma de 1994 lo introduce y condiciona con requisitos formales (plazo, refrendos, remisión a la Comisión Bicameral Permanente) y sustanciales (autonomía normativa, es decir que el texto promulgado opere jurídicamente a modo independiente de las disposiciones que han sido vetadas, y la no alteración del espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso). Advierten los autores las distintas interpretaciones que estos requisitos pueden conllevar, lo que genera dificultades importantes para precisar dichos recaudos. En torno al procedimiento que permita su control, debe seguirse el mismo que para los decretos de necesidad y urgencia, pero con ciertos interrogantes, como si se aplican los límites en relación con las materias excluidas de estos (penal, tributaria, partidos políticos y régimen electoral) o qué interpretación cabe cuando el texto constitucional prohíbe el veto presidencial, como en el supuesto de consulta popular vinculante del artículo 40, y las dudas en torno a la declaración de necesidad de reforma constitucional (artículo 30) y al otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados y convenciones sobre derechos humanos del artículo 75, inciso 22.

Claramente, los autores se pronuncian a favor de extremar el control a la hora de examinar el ejercicio por parte del Ejecutivo de la potestad de promulgación parcial cuando se trate de materias en las que rige el principio de



legalidad. Ello conjugado con un criterio estricto de interpretación dada la regla general de prohibición, contenida en el segundo párrafo del artículo 80, y el objetivo de atenuar el presidencialismo que inspiró a la reforma de 1994.

Se completa el estudio con el análisis de la insistencia contra el veto parcial y el control legislativo de la promulgación parcial, las diferencias en cuanto al trámite y a los efectos de la intervención del Congreso, la compatibilidad y complementación entre los artículos 80 y 83 de la Constitución, los efectos del rechazo por las Cámaras del decreto de promulgación parcial, la aprobación legislativa del decreto de promulgación y la posterior insistencia en los términos del artículo 83.

Por último, se distinguen con acierto el control legislativo y el judicial, donde el primero no excluye al segundo, y tanto antes como después de la intervención del Congreso procede el control judicial de constitucionalidad, sin perjuicio de tenerse en cuenta, en su caso, el juicio aprobatorio de las Cámaras por la idoneidad técnica que debe reconocérsele al Congreso. En cuanto a los efectos de la declaración judicial de inconstitucionalidad de la promulgación parcial, los interrogantes giran en torno a si lleva consigo la inexistencia de la ley o si determina que se la ha promulgado tal como fue sancionada por el Congreso. Los autores adhieren a la primera solución, dado que los tribunales no podrían ignorar el efecto suspensivo del veto ni otorgarle a la decisión judicial el mismo efecto que la insistencia del Congreso en los términos del artículo 83, como lo dijo la mayoría en el caso *Famyl* (2000).

3. En síntesis, la importante obra en comentario es un gran aporte a un tema crucial para los operadores del derecho en general y en especial para quienes cumplen con el ejercicio de las funciones legislativas y ejecutivas a nivel nacional. Las consideraciones vertidas, las voces jurisprudenciales interpretadas y el vasto análisis legislativo efectuado sobre los decretos delegados, los de necesidad y urgencia y los de promulgación parcial de leyes constituyen un pilar fundamental para concretizar la máxima de atenuar el presidencialismo, objetivo de la reforma de 1994 que esta obra muestra aún inconcluso.

A ello se le suma el análisis de los antecedentes, el contexto y el impacto de la sanción de la Ley 26122, demorada doce años desde dicha reforma, la cual muestra una lamentable lógica de fortalecimiento y consolidación de la preeminencia del Ejecutivo sobre el Congreso. Ello, reforzado con la práctica institucional que esta obra documenta y que da cuenta de un control laxo, permisivo y poco riguroso tanto en manos de la Comisión Bicameral Permanente como de las propias Cámaras.

Esta obra no se queda nada más en el diagnóstico documentado, lo que de por sí supone un valioso aporte, sino que avanza con erudición, compromiso y seriedad en la investigación, en el planteamiento de los múltiples interrogantes que las cláusulas constitucionales y legales despiertan, aventurando acertadas respuestas que, en algunos casos, deberían encaminarse en reformas legislativas imperiosas y, en otros supuestos, de manera complementaria en decisiones jurisprudenciales que contribuyan a la efectividad del modelo constitucional que busca atenuar el presidencialismo en beneficio de la república y, por supuesto, del federalismo.

**María Gabriela Ábalos**

Universidad de Mendoza

mgabalos@itcsa.net



# SOBRE LOS AUTORES

---

### **María Gabriela Ábalos**

Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Especialista y magíster en Magistratura y Gestión Judicial. Profesora titular de Derecho Constitucional (UNCuyo). Profesora titular de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal (Universidad de Mendoza). Jueza del Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza. Vocal de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos. Miembro del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales. Correo electrónico: mgabalos@itcsa.net

### **Horacio Félix Alais**

Abogado (UCA). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Magíster en Derecho (Universidad Austral). Miembro de número del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros y de la Academia Internacional de Derecho Aduanero. Profesor de Derecho Aduanero del Programa de Actualización en Derecho Aduanero (UBA), (UNLP). Profesor de Derecho Aduanero y Comercio Exterior en las Maestrías de Derecho Empresario y Derecho Tributario (Universidad Austral). Director de la Diplomatura de Derecho Aduanero (Universidad Austral). Autor de varios libros de su especialidad y exfuncionario de la ex Administración Nacional de Aduanas (1982/1992). Actualmente es socio del Estudio Alais&Torres Brizuela, Abogados. Correo electrónico: halais@alaisdepalacios.com.ar

### **Michelle Azuaje Pirela**

Doctora en Derecho (Universidad Autónoma de Chile). Profesora e investigadora (Instituto de Investigación en Derecho, Centro de Regulación y Consumo). Coordinadora del proyecto “IA + D, Inteligencia Artificial y Derecho” (Universidad Autónoma de Chile). Correo electrónico: michelle.azuaje@uautonoma.cl

### **Alberto B. Bianchi**

Abogado (UCA). Doctor en Derecho (UBA) con tesis recomendada al Premio Facultad. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1991). Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2012). Premio Konex en el área Derecho Constitucional (2016). Profesor de Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral), (UCA). Autor de 19 libros y más de 400 artículos sobre temas de derecho administrativo y derecho constitucional. Correo electrónico: ab@bgcv.com.ar

### **Manuel Espejo Lerdo de Tejada**

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Civil (Universidad de Sevilla). Premio a la Excelencia Docente en los cursos 04/05 y 05/06. Ha realizado estancias docentes y de investigación en las Universidades de Pisa, Cagliari, Florencia, Namur y Roma-Tor Vergata. Investigador principal, entre otros proyectos, del Grupo de Investigación “Sujetos e Instrumentos del tráfico privado VI (DER 2012-34028/JURI)” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Exvicedecano de Investigación y Postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (2010-2014). Miembro del Comité Editorial del Secretariado de Publicaciones de la misma universidad y del Comité científico de *Quaderni di conciliazione* (Cagliari). Autor de numerosos libros, artículos y monografías de su especialidad. Correo electrónico: manualespejo@us.es

### **Manuel José García-Mansilla**

Abogado (Universidad del Salvador). Master of Laws (LL.M.) en Georgetown University Law Center. Profesor de Derecho Constitucional I (Universidad Austral). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y miembro individual de la International Association of Constitutional Law. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.  
Correo electrónico: MGarciaMansilla@austral.edu.ar

### **Sebastián Sirimarco**

Abogado (UBA). Magíster en Derecho Empresario (Universidad Austral). Becario Fulbright y LL.M en Georgetown University. Se desempeñó como director general de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social y actualmente es coordinador del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad Austral.  
Correo electrónico: ssirimarco@austral.edu.ar

### **José A. Vega Sainz**

Abogado (Universidad Austral) cursando un máster en Dirección de Empresas Digitales y diversos programas en negocios y derecho corporativo (Instituto de la Empresa). Abogado Senior y Head of Legal Innovation en Oster Abogados.  
Correo electrónico: jvegasainz@ius.austral.edu.ar

### **Francesco Viola**

Profesor emérito de Filosofía del Derecho (Universidad de Palermo, Italia). Exdirector del Dipartimento di Studi su Politica, Diritto e Società (1986-1993). Vicepresidente del Comitato Cientifico de la Società italiana di filosofia del Diritto e Filosofia Politica. Codirector de la colección “*Recta Ratio*” (Giappichelli, Torino), de la revista *Ragion pratica* y de *Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica*. Excoordinador del doctorado Derechos Humanos: evolución, tutela y límites (Universidad de Palermo y Universidad de Pádova, Italia) y director de la Escuela doctorale en Derecho supranazionale y derecho nazionale. Expresidente de la Società italiana di Filosofia del diritto (2010-2014). Ha publicado numerosos libros y artículos de su especialidad, recibiendo en 2000, junto con el prof. Zaccaria, el premio del Club de Juristas al mejor libro jurídico italiano del año.  
Correo electrónico: francesco.viola@unipa.it

### **Alfredo Mauricio Vítolo**

Abogado, graduado con Diploma de Honor (UBA). Fue Asesor del Consejo para la Consolidación de la Democracia, establecido por el presidente Raúl Alfonsín, interviniendo en la preparación de los documentos anexos al Dictamen Preliminar para la Reforma Constitucional de 1988. Becario de la Comisión Fulbright (EE.UU.) y de la Fundación Bunge y Born. Master of Laws de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Asesor del Ministerio de Defensa (2002-2003). Asesor legal en la Secretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural de la Nación (2015-2019), habiendo representado al Gobierno nacional en sesiones y audiencias ante el Comité de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Nominado por el Gobierno argentino para ocupar un cargo de comisionado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el período 2020-2023. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías (UBA). Profesor invitado en numerosas universidades nacionales en cursos de grado y de posgrado, en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración General de la Nación y en las carreras de Estado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. Exconjuer de la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo. Miembro de jurados de selección de jueces del Consejo de la Magistratura de la Nación.  
Correo electrónico: avitol@derecho.uba.ar

### **Juan Santiago Ylarri**

Abogado y doctor en Derecho (UBA). Máster en Derecho Constitucional (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Profesor de Derecho Constitucional en grado (UBA) y en posgrado (UNLaM). Profesor de Derecho Administrativo en grado (UCES). Investigador adscripto al Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (UBA). Se desempeña profesionalmente en la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Autor de dos libros y de más de cincuenta publicaciones sobre temas de su especialidad en revistas argentinas y extranjeras.  
Correo electrónico: [juan@ylarri.com.ar](mailto:juan@ylarri.com.ar)

# NORMAS EDITORIALES

---



## Temática y alcance

La Revista Jurídica Austral es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que tiene por fin primordial difundir investigaciones científicas originales e inéditas de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, con el propósito de realizar aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho válidos y útiles para sus lectores.

Sus destinatarios son, fundamentalmente, académicos, investigadores, profesores, alumnos universitarios, miembros de los tres poderes del Estado (en cualquiera de sus niveles), centros de investigación, organismos públicos y privados y operadores del derecho en general.

## Selección de artículos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

## Detección de plagio

El Consejo Editorial de la Revista Jurídica Austral y el director ejecutivo realizan un estricto control de todos los manuscritos recibidos para verificar si presentan plagio. Este primer análisis permite detectar todas aquellas conductas inapropiadas o reprochables desde el punto de vista ético, sin perjuicio de los controles posteriores y particularizados que realicen los árbitros revisores. En caso de detectarse prácticas de plagio o autoplagio, los artículos serán rechazados y devueltos al autor, mediante decisión expresa y fundada que identifique la infracción cometida.

## Sistema de revisión por pares (*peers reviewers*)

Con el propósito de garantizar la calidad científica de las publicaciones, la Revista Jurídica Austral adopta el sistema de revisión por pares o *peers reviewers* en la modalidad doble ciego, de esta manera, el anonimato recíproco entre autores y revisores permite lograr una mayor objetividad en el análisis de los artículos, obteniendo un control de calidad del contenido más eficiente y con mejores estándares de transparencia editorial e institucional.

Este proceso de revisión se realizará de la siguiente manera:

1. Los artículos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de 10 días de comunicado al autor.
2. El proceso de arbitraje solo se iniciará si los artículos recibidos cumplen las directrices para autores, las cuales pueden consultarse en este mismo portal.
3. Los artículos serán evaluados bajo la modalidad doble ciego, para lo cual serán remitidos a dos árbitros externos previamente seleccionados por el Consejo Editorial, sin revelar la identidad de los autores. Los pares revisores, por su parte, tampoco conocerán la identidad de aquellos. El Consejo Editorial eliminará del texto y del archivo los nombres de los autores para preservar el anonimato.
4. Los árbitros solicitados, previa aceptación del arbitraje, deberán evaluar los artículos conforme a las normas de publicación y guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención. Asimismo, para expedirse tendrán un plazo máximo de 15 días desde su aceptación como árbitros.
5. Los árbitros externos expedirán un informe al Consejo Editorial sobre el tratamiento de los artículos

con las siguientes variantes en cuanto al contenido: a) aconsejando la publicación sin modificaciones; b) aconsejando la publicación con mejoras; c) rechazando la publicación. El dictamen será comunicado al autor, garantizando el anonimato del árbitro.

6. En caso de que se trate de un artículo aprobado con sujeción a cambios, el autor contará con un plazo de 15 días para el envío de la nueva versión, en cuyo caso deberá informar los cambios realizados o justificar cuando haya decidido no realizarlos. Por su parte, en caso de que corresponda, el árbitro deberá verificar las correcciones en un plazo de 15 días.
7. En caso de desacuerdo entre los árbitros, el Consejo Editorial de la RJA podrá requerir la designación de un tercer árbitro, cuya opinión permitirá sumar mejores fundamentos a la decisión que finalmente deba adoptarse.
8. El Consejo Editorial tomará la decisión de si finalmente publicará el artículo.
9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del artículo y la fecha de su aceptación.
10. Los autores recibirán un ejemplar de la revista impresa.

Las resecciones de obras bibliográficas, análisis, comentarios y notas que se publicarán en las secciones correspondientes no serán sometidas al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Consejo Editorial de la RJA, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

### **Ética y buenas prácticas editoriales**

La Revista Jurídica Austral adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publication Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas ([www.publicationethics.org.uk](http://www.publicationethics.org.uk)), cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

### **Política de secciones**

Las ediciones de la Revista Jurídica Austral se componen de tres secciones:

- a) Artículos de investigación
- b) Análisis, notas y comentarios
- c) Resecciones

### **Derechos de autor**

Los autores remitirán las investigaciones o resecciones para su publicación haciendo constar que previamente no han sido publicadas por ningún medio gráfico o digital, como así también que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica ni que lo serán en forma simultánea o sucesiva, comprometiéndose a no remitirlas a otros editores con el mismo objeto y otorgando a la entidad editora de la RJA la licencia de uso que se ejercerá conforme a los siguientes términos y condiciones:

USOS PERMITIDOS. El AUTOR, por el solo hecho del envío del ARTÍCULO o RECENSIÓN para publicar en la RJA, confiere a la UNIVERSIDAD AUSTRAL una licencia gratuita para ejercer por medios impresos y/o digitales los derechos de reproducción, distribución, publicación, comunicación pública, puesta a disposición, transmisión y/o depósito en su Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza, que permitan la preservación digital y segura del ARTÍCULO o RECENSIÓN enviados por medio de la presente página o por otras vías postales o digitales. La UNIVERSIDAD AUSTRAL queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas y para explotar comercialmente las obras enviadas mediante la venta de los ejemplares de forma individual y/o como parte de una compilación. Cada una de estas formas de explotación podrá ser llevada a cabo por la licenciataria mediante cualquiera de las modalidades de explotación conocidas, incluyendo el uso de medios impresos y/o digitales.

**DERECHOS MORALES.** La presente licencia no transfiere derechos morales, los cuales permanecen en cabeza del AUTOR de conformidad con las normas de derecho de autor.

**BUENAS PRÁCTICAS EDITORIALES.** El AUTOR declara y reconoce bajo juramento, el cual se entiende prestado por el solo hecho de darse de alta con la creación de su usuario y contraseña que permite ingresar al sistema OJS de la RJA, ser autor del ARTÍCULO o RECENSIÓN enviados y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; estar facultado para otorgar la presente licencia; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la presente licencia o puedan atentar contra los derechos de la UNIVERSIDAD AUSTRAL; que la obra es original, inédita y fue creada sin infringir derechos de terceros; que las imágenes, citas y/o transcripciones que incorpora se encuentran debidamente referenciadas y fueron autorizadas por su titular o están amparados por una excepción o limitación al derecho de autor; y que no contiene declaraciones difamatorias contra terceros ni contrarias al ordenamiento jurídico. Asimismo, declara, tal como resulta del primer párrafo de este título, que los ARTÍCULOS o RECENSIONES enviados para su publicación en la RJA no han sido difundidos previamente por ningún medio gráfico o digital, como así también que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica ni que lo serán en forma simultánea o sucesiva, comprometiéndose a no remitir o autorizar la publicación de los trabajos editados por la UNIVERSIDAD AUSTRAL por medio de otras instituciones o personas. Excepcionalmente, luego de transcurrido un año de la publicación de los trabajos en la RJA, se autoriza al AUTOR a publicar o permitir la difusión de los manuscritos originales, debiendo en tales casos observar el deber de informar o hacer constar expresamente en las sucesivas publicaciones que dichas obras han sido previamente difundidas en la RJA, consignando el número de volumen, título, paginación, DOI, y demás datos que permitan identificarlos.

**EXTRATERRITORIALIDAD Y DURACIÓN.** La presente licencia se rige por la legislación de la República Argentina y es válida en todo el territorio nacional y en todos los demás países, por el tiempo máximo de protección que la legislación en materia de derechos de autor le confiera a la obra.

Esta revista y sus artículos se publican bajo la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0), la cual permite al usuario descargar, compartir, copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé crédito de manera adecuada, brinde un enlace a la licencia e indique si se han realizado cambios. No autoriza el uso del contenido con propósitos comerciales y/o que se pueda remezclar o transformar el material, sin permisos para distribuir el material si fuera modificado.

## **Directrices para autores**

Los trabajos deberán ajustarse a las directrices que a continuación se detallan sin excepción. Aquellos que no se ajusten a las recomendaciones editoriales serán devueltos para su adecuación antes de ser considerados por el Consejo Editorial para su revisión.

Los originales deberán estar concluidos cuando se entreguen para publicar; no se podrán introducir modificaciones que no estén debidamente justificadas y autorizadas por el Consejo Editorial. Se recomienda a los autores la lectura y revisión crítica del texto, en particular su redacción, sintaxis y ortografía en nombres, siglas y datos bibliográficos.

### **Instrucciones generales**

Se aceptan trabajos en versión electrónica en formato Microsoft Word (no se aceptarán archivos en formato PDF).

Los artículos deben ser originales e inéditos y escritos en español. En ellos deben consignarse: el título del trabajo, de 4 a 8 palabras clave y un resumen de entre 200 y 300 palabras, todo tanto en español como en inglés. Asimismo, deberán adjuntarse los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve currículum que no exceda las diez líneas y dirección de correo electrónico.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

- \* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.
- \* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

#### *Artículos*

Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos, de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores.

Extensión: de 20 a 40 páginas, es decir, entre 9000 y 18000 palabras (tomando como referencia 450 palabras por página, aproximadamente).

A modo de orientación, se sugiere que los artículos sigan la siguiente estructura:

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Bibliografía citada
- Legislación y jurisprudencia citadas
- Anexos y/o apéndices

#### *Análisis, notas y comentarios*

Se publicarán análisis, notas y comentarios vinculados con la temática y alcance de la RJA y que el Consejo Editorial considere relevantes debido a que ofrecen aportes significativos o novedades para el ámbito de la investigación y divulgación jurídica. Asimismo, se incluirán reseñas de actividades académicas relacionadas con el campo del derecho que resulten de importancia para su difusión. Se aceptarán trabajos en cualquier idioma. En caso de que incluyan citas y referencias, deberán seguir las normas que a continuación se detallan.

Extensión: hasta 15 páginas (6700 caracteres en total aproximadamente).

#### *Resenciones*

Se publicarán resenciones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este.

Extensión: hasta 4 páginas (1800 caracteres en total aproximadamente).

## **Estilo**

Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RJA, que a continuación se detalla:

## Normas editoriales

### \* Formato

Tamaño A4 con márgenes de 2,5 cm en cada extremo.

### \*Tipografía

Título: Times New Roman, negrita, cuerpo 14 puntos, interlineado 1,5.

Texto: Times New Roman, cuerpo 12 puntos, interlineado 1,5.

Citas textuales de más de 40 palabras: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Notas al pie: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Subtítulos (en todas sus jerarquías): Times New Roman, negrita, cuerpo 12 puntos, interlineado a 1,5.

Estilo de numeración: correlativa en números arábigos (no utilizar números romanos).

### \* Alineación

Todo el texto y los títulos deben estar alineados a la izquierda, sin utilizar sangrías ni tabulaciones. No dejar espacios entre párrafos.

Las citas textuales de más de 40 palabras deben colocarse en párrafo aparte con una sangría de 1,5 para todo el párrafo.

\* Se deben respetar los signos diacríticos propios de cada idioma (diéresis, acentos ortográficos, etc.), incluso en las mayúsculas. Las frases no deben comenzarse con abreviaciones ni gerundios.

\* Todas las imágenes (fotos, tablas, ilustraciones, gráficos, etc.) deben citarse en el texto, por ejemplo: (Gráfico 1) (Tabla 4).

\* Los fragmentos, frases o palabras que se transcriban en idioma extranjero deben ponerse en letra cursiva. Se exceptúan los nombres geográficos, los nombres de entidades, organismos, instituciones, corporaciones, etc.; los nombres de acuerdos, pactos o tratados, etcétera.

\* Las llamadas de las notas al pie se indican en números arábigos consecutivos en superíndice y, cuando corresponda, luego de los signos de puntuación, por ejemplo: ,<sup>3</sup>

\* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.

### \* Abreviaciones

Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.

Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).

### \*Tablas, cuadros y gráficos

Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.

### \* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

## Citas y bibliografía

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association). Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

### Citas

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie.

Si la cita tiene menos de 40 palabras, se coloca entre comillas sin cursiva. Se sugiere seguir alguno de estos dos ejemplos:

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985, p. 18), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales”.

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergenthal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene más de 40 palabras, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

Luego de arrogarse la atribución de no aplicar las leyes anticonstitucionales, la Corte Suprema la ejerció con tanta moderación que transcurrió más de medio siglo sin que otra ley del Congreso fuera rechazada por el tribunal. Ello aconteció en 1857, en otro caso famoso, el de Dred Scott v. Sanford. (Bidegain, 1994, p. 127)

Las citas textuales en idioma extranjero se pondrán entre comillas y sin cursiva.

Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

### Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

\* Libro impreso

Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Ciudad: Editorial.

\* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Ciudad: Editorial. <https://doi.org>.

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Ciudad: Editorial. <https://www.url.com>.

\* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Ciudad: Editorial.

Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Ciudad: Editorial.

\* Capítulo de libro

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

\* Artículo en revista

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://doi.org>.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx. <https://www.url.com>.

\* Artículo en periódico

Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*, número de página.

Apellido, N. (día, mes, año). Título del artículo. *Nombre del periódico*. <https://www.url.com>.

## Normas editoriales

- \* Diccionarios o enciclopedias  
Apellido Autor o Editor, N. (Ed., cuando es editor). (Año). *Nombre del diccionario o enciclopedia* (xx ed., Vol. xx). Ciudad: Editorial.
- \* Tesis y doctorados  
Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad.  
Apellido, N. (año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, Ciudad. <https://www.url.com>.
- \* Referencia a páginas webs  
Apellido, N. (año). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.
- \* Ponencias y conferencias  
Apellido, N. (año). *Título de la ponencia o conferencia*. Nombre de las jornadas o simposio donde se presentó. Ciudad, País, fecha.
- \* Informes de instituciones  
Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. Ciudad: Editorial.

## Citas de legislación y jurisprudencia

Las referencias a la legislación y jurisprudencia citadas se colocarán en nota al pie (cuando sean citadas en el texto) o luego de la bibliografía, de acuerdo a la siguiente clasificación:

### Legislación

- \* Normas internacionales (pactos, convenios, declaraciones)
- \* Normativa comunitaria
- \* Leyes ratificadoras de tratados internacionales
- \* Constituciones
- \* Códigos
- \* Leyes
- \* Decretos
- \* Resoluciones
- \* Disposiciones

### Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

*Jurisprudencia*

- \* Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)
- \* Tribunales internacionales
- \* Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos 247:646.  
Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.  
Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/5/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].  
Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).  
Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).  
Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].  
Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, Nº 154.  
Fallos: 329:2316.





UNIVERSIDAD  
**AUSTRAL** | DERECHO **25**  
AÑOS