



ISSN 2684-057x

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 1. Número 2. Diciembre 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 2. Diciembre 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)

Rodolfo L. Vigo (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 Pfirter (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)

Ángeles A. Boris (coordinación y gestión de contenidos digitales)

### **Asistentes editoriales**

María Isabel Negre y Claudia Saleme

## **Revista Jurídica Austral**

ISSN 2684-0537

<https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral>

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

Tel.: 011-5239-8000

## **Universidad Austral**

Facultad de Derecho

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

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

Buenos Aires, Argentina

# PRESENTACIÓN

Faltan muy pocos días para terminar el año y con inmensa alegría nos toca presentar el segundo número del volumen 1 de la Revista Jurídica Austral.

En una época muy especial para la humanidad, colmada de angustias, pérdidas e incertidumbre, no hemos abandonado en ninguna dimensión, y en la vida universitaria en particular, la esperanza de seguir construyendo un mundo mejor. Prueba de ello lo constituyen las inquietudes de todos aquellos que con inspiración profunda han realizado valiosas y sacrificadas contribuciones académicas a nuestra joven RJA, a pesar de todos los condicionamientos existentes.

La culminación del año nos obliga también a realizar un balance provisional de todo lo realizado hasta el presente en un contexto tan particular, el cual debe contemplar el inmenso agradecimiento a todos aquellos que han apoyado y posibilitado la creación y el desarrollo de un proyecto editorial surgido de la vida universitaria, que, como dijéramos en la presentación del primer número, citando a Alfonso X, El Sabio, tiene como propósito la búsqueda apasionada y compartida de la verdad para enriquecernos con ella y transmitirla a los demás.

En ese sentido, debemos destacar especialmente el sólido compromiso de los miembros que integran los órganos de la Revista, como así también el de los autores y evaluadores externos, quienes con sus generosas aportaciones han contribuido desinteresadamente a la realización de esta nueva edición.

El resultado de los propósitos y de las acciones realizadas ha quedado demostrado en la amplia aceptación que despertó en la comunidad académica la publicación del primer número, el 26 de junio pasado, como así también en los reconocimientos que hemos recibido. Vaya nuestra especial gratitud a todos los que nos hicieron llegar sus saludos y sinceras felicitaciones desde diferentes puntos del país y del extranjero.

Debemos también destacar el esfuerzo constante desplegado a lo largo de este año con el objetivo de lograr una mayor visibilidad de la Revista y de los autores, a partir de la búsqueda permanente de la indexación e indización de los contenidos publicados en todos los catálogos, directorios u organismos que nos han permitido su registro. Son etapas de un largo camino que hemos comenzado a recorrer y que ya ha dado como resultado muy buenos frutos.

Dentro de la dinámica propia de los múltiples aspectos que conforman los procesos y prácticas editoriales, los cuales se mueven en función de las necesidades de la comunidad científica y, fundamentalmente, de los destinatarios finales (los lectores), hemos realizado algunos ajustes indispensables a partir de este segundo número.

En esa línea de acción, y sin alterar la estructura básica de las secciones –diseñada

dentro de los objetivos primordiales de la política editorial adoptada-, hemos considerado más apropiado dividir en subsecciones temáticas la destinada a la publicación de los artículos de investigación. En el mismo sentido, hemos ampliado la sección “Notas” para adecuarla a las necesidades o requerimientos que se nos han ido presentando, de forma tal que no se prive de difusión o divulgación a muchos otros trabajos de investigación u opinión que, por su naturaleza, no pueden ser encuadrados dentro de la primera variante, pero que resultan de vital interés para la comunidad académica o para los lectores en general. De tal suerte, la mencionada sección ha pasado a denominarse “Análisis, crónicas y comentarios”.

Esperamos que, a partir de los cambios así configurados, los lectores puedan disfrutar mejor en esta nueva edición de la lectura de los trabajos de investigación, análisis, crónicas y reseñas publicadas.

A modo de cierre, y en nombre del Consejo Editorial, queremos agradecer una vez más el apoyo constante recibido por parte de las autoridades de la Universidad Austral, especialmente de su rector, Julián Rodríguez, de los miembros del Consejo de Dirección de la Facultad de Derecho y de modo particular de su decano, Manuel José García-Mansilla, quien nos honra una vez más en este número con un aporte doctrinal de su autoría.

Buenos Aires, diciembre de 2020

**Académico Dr. Alfonso Santiago**  
Director

**Mg. Andrés Arla**  
Director ejecutivo

# AGRADECIMIENTO ESPECIAL A LOS REVISORES EXTERNOS

La revisión externa de los artículos de investigación que habitualmente utilizan las revistas científicas más calificadas en la modalidad doble ciego, sometiendo los manuscritos a la evaluación de pares (*peers reviewers*, en el mundo anglosajón), constituye una dedicada tarea que no siempre se encuentra suficientemente gratificada.

Los pares revisores, generalmente académicos, profesores, investigadores o profesionales del derecho, colaboran sustancialmente con el equipo editorial en la toma de decisiones, que culminan con la aceptación o el rechazo de los trabajos postulados, elevando de esta manera la calidad académica de los contenidos y jerarquizando a la revista en particular.

Esa tarea vital que se lleva a cabo en el anonimato no puede quedar sin un reconocimiento especial, más allá de la mención realizada en la presentación. Por ello, queremos agradecer especialmente a los evaluadores que han participado durante el año 2020 en la revisión de los artículos publicados en los dos números del volumen 1 de la Revista Jurídica Austral:

Alberto B. Bianchi  
Alejandro Pérez Hualde  
Aldo Azar  
Alejandro González Rossi  
Carlos Loaiza Keel  
Daniel Alioto  
Eduardo Roveda  
Estela Sacristán  
Fernando Ghisini  
Fernando Ubiria  
Gastón González  
Guido Aguila Grados  
Gustavo Calvino  
Gonzalo Ruíz Díaz  
Gustavo Schötz  
Herman Tejeda  
Isabel Fulgheri  
Jaime Rodríguez Arana  
Javier Darío Muschnick  
Jerónimo Lau Alberdi  
José Ignacio Noacco

Juan Ylarri  
Luis Diego Beghelini  
Luciano Laise  
Maximiliano Calderón  
María Carlota Ucin  
María Cecilia Recalde  
María Del Rosario Stoppani  
María Laura Altamiranda  
María Rosa Dabadie  
Michelle Azuaje Pirela  
Miguel Rapela  
Miriam Ivanega  
Oscar Ramos Rivera  
Pablo Hirschmann  
Pablo Manili  
Rafael Domingo Osle  
Raúl Madrid  
Sebastián Elías  
Sergio Díaz Ricci  
Sofía Sagüés  
Valentín Thury Cornejo



# ÍNDICE

## Artículos de investigación

### Derecho público

- 451 ¿Es constitucional la división de la Corte Suprema en salas?  
**Manuel José García-Mansilla**
- 499 La Corte Suprema como titular de poder reglamentario  
**Estela Sacristán**
- 531 Control de constitucionalidad provincial: un modelo difuso con rasgos concentrados  
**Sergio Díaz Ricci**
- 585 El precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina  
**Florencia Ratti**
- 627 Privatización de funciones inherentemente estatales  
**Horacio J. J. Piombo**
- 671 Mujeres abusadas que matan: una mirada de género a la legítima defensa y al “síndrome de la mujer golpeada” en el derecho canadiense desde el caso *R v. Lavallee*  
**Melisa Handl**

### Derecho privado

- 773 La cláusula penal abusiva y el requisito de la desproporción de la pena  
**Andrés Sánchez Herrero**
- 809 Los hechos jurídicos  
**Rubén Compagnucci de Caso**

### Derecho y tecnologías disruptivas

- 839 Mejoramiento vegetal moderno, inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual  
**Miguel A. Rapela**

### Análisis, crónicas y comentarios

- 869 Corruzione, concussione e induzione indebita nel sistema penale italiano  
**Pasquale Gianniti**
- 891 La negociación colectiva como instrumento de desarrollo económico-social  
**Julio César Simon**
- 907 La enseñanza de la Ética en tiempos de relativismo  
**Alberto M. Sánchez**
- 929 Crisis secesionista en Cataluña: el mayor desafío al orden constitucional en España  
**Josep Ma. Castellà Andreu**

955 *Fratelli tutti: fraternidad y amistad social*  
**Rafael Navarro-Valls**

### **Recensiones**

961 *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*  
de Juan Cianciardo  
**Luis Eduardo Godínez Mejía**

965 *Interpretación jurídica. Teoría y práctica jurisprudencial*  
de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas  
**María Josefina Copa**

973 *Entre el deseo y la razón. Los derechos humanos en la encrucijada*  
de Fernando Simón Yarza  
**Iker Pérez Sierra**

### **Sobre los autores**

977

### **Normas editoriales**

983

# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

---

DERECHO PÚBLICO



# ¿ES CONSTITUCIONAL LA DIVISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN SALAS?

---

**Manuel José García-Mansilla\***

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

**Recibido:** 6/10/2020

**Aceptado:** 3/11/2020

## Resumen

Este trabajo examina desde una perspectiva histórica varias propuestas diferentes para dividir a la Corte Suprema argentina en salas y analiza los problemas constitucionales de este tipo de iniciativas de reforma.

**Palabras clave:** Corte Suprema, división en salas, Constitución Nacional.

## Is the Division of the Supreme Court in Panels Constitutional?

### Abstract

This article examines from a historical perspective several different proposals to divide the Argentine Supreme Court in panels and analyzes the constitutional problems of these kind of reform initiatives.

**Key words:** Supreme Court, division in panels, Constitution of Argentina.

## 1. Introducción

El Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, creado en el ámbito de la Presidencia de la Nación a través del Decreto 635/2020,<sup>1</sup> tiene como objetivo principal estudiar y proponer reformas

---

\* Agradezco a Alfonso Santiago (h), Antonio María Hernández, Carlos Laplacette, José Sebastián Elías, Jerónimo Lau Alberdi, Iván Viganí, Santiago Castro Videla, Pedro Caminos, Santiago Gascón, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo, quienes me hicieron valiosos comentarios, críticas

acerca de diversos temas, incluida la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La creación de este Consejo Consultivo puso nuevamente en discusión la vieja idea de dividir a la Corte Suprema en salas.<sup>2</sup> Así, en los últimos meses, algunas voces se manifestaron públicamente a favor de esa división, con propuestas de diversa índole. Ese tipo de iniciativas van desde la del exjuez Eugenio Zaffaroni de elevar la Corte a quince jueces y dividirla en cinco salas especializadas,<sup>3</sup> la del exjuez Carlos Rozanski, expuesta en el plenario de Comisiones en el Senado de la Nación, de llevarla a veintiún jueces para dividirla en salas, incluyendo una sala de niñez y adolescencia (una supuesta “deuda de la democracia argentina”)<sup>4</sup> y hasta la de elevarla a una cantidad indeterminada de jueces para luego dividirla en salas especializadas que tampoco se especifican, propuesta públicamente en un reportaje por el exjuez Eduardo Freiler.<sup>5</sup>

Una lectura rápida del Decreto 635/2020 indicaría que el Consejo Consultivo no tiene a su cargo elaborar propuestas y recomendaciones para modificar la organización interna de la Corte Suprema. Por ende, sería superfluo analizar la posibilidad de una eventual propuesta de modificación a través de su división en salas. Sin embargo, la redacción del decreto en cuestión es ambigua en este punto. El artículo 7, inciso 1) prevé la elaboración de un informe acerca de proyectos de ley presentados durante los últimos 10 años “tendientes a establecer modificaciones en la composición, organización y funcionamiento de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN”. La revisión de

---

y sugerencias que enriquecieron este trabajo. Todas las opiniones vertidas en este trabajo son a título estrictamente personal.

- 1 BO 30/07/2020, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232757/20200730>.
- 2 A modo de ejemplo, León Arslanian, uno de los integrantes del Consejo Consultivo, propuso en 2014 aumentar el número de jueces de la Corte a 9 y dividirla en salas: “A mí me parece que la Corte, primero, si quiere ganar en eficacia, tiene que achicar la circulación y trabajar por salas: una sala penal, una de derecho público, una civil y comercial” (Sehinkman, 2014).
- 3 Ver Zaffaroni propone una Corte Suprema... (2020).
- 4 Ver Barcesat, sobre la reforma judicial... (2020).
- 5 Ver Eduardo Freiler: Extender la Corte... (2020). En ese reportaje, el exjuez Freiler, removido por el Consejo de la Magistratura, afirmó: “Creo que es necesario ampliar el número de la Corte, pero no solamente por la idea de quienes están hoy integrando el más alto tribunal sino, que realmente es impensable para una estructura que cinco personas pretendan conocer de absolutamente todo, y ser especialistas en tener la última palabra sobre diferentes ramas del derecho. En este momento, no tenemos ningún penalista, no hay ningún laboralista, no tenemos una persona especialista en derecho familiar con una visión de género, y además, creo que es una Corte que estructuralmente atrasa muchísimo. Hay que extender a un gran número de jueces divididos por salas donde se especialicen por temas, salas penales, por ejemplo, y demás, sería también posible que los presidentes de cada una de estas salas se reúnan, y conformen un tipo de tribunal constitucional”.

algunos de esos proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación de 2010 a la fecha demuestra que introducir modificaciones a la composición y organización y funcionamiento de la Corte Suprema fue una inquietud recurrente de algunos legisladores nacionales. Esos proyectos de ley incluyen no solo el eventual aumento de la cantidad de sus miembros, sino también su división en salas.<sup>6</sup> Además, el artículo 4, *in fine*, establece que “Para realizar su cometido el Consejo Consultivo evaluará las iniciativas legislativas ingresadas al HONORABLE CONGRESO DE LA NACIÓN en los últimos DIEZ (10) años vinculadas con los temas sometidos a su análisis”.

¿Están vinculados este tipo de proyectos de ley que incluyen iniciativas de modificación de la organización de la Corte Suprema con los temas sometidos al análisis del Consejo Consultivo? Parecería que sí. Además, dada la amplitud con la que están redactados los incisos 1 y 2 del artículo 4 del Decreto 635/2020 es imposible descartarlo. En efecto, el Consejo Consultivo está obligado a elaborar un dictamen de propuestas y recomendaciones basadas en: (i) una “Descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN [...]”; y (ii) un análisis del funcionamiento de la Corte “que incluya: a) El establecimiento para la selección de integrantes, de criterios de diversidad de género y representación federal [...]”.<sup>7</sup> En consecuencia, el

---

6 Ver, por ejemplo, el proyecto presentado por los senadores Marcelo Fuentes, Virginia M. García, Silvina García Larraburu, Juan Irrazábal, María Labado, Mirtha M. T. Luna, Anabel Fernández Sagasti, María Pilatti Vergara, Inés I. Blas, Ruperto Godoy, Ana C. Almirón, Hilda C. Aguirre de Soria, María de los Ángeles Sacnun y Nancy González en 2016, cuyo artículo segundo establece: “INCORPÓRASE como Artículo 21 del Decreto Ley Nº 1285/58, texto según Ley Nº 16.895, el cual quedará redactado de la siguiente forma: —Artículo 21.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por TRECE (13) jueces y funcionará dividida en CUATRO (4) Salas que distribuirán sus funciones en razón de la materia, integradas por TRES (3) miembros cada una, ejerciendo la presidencia del tribunal el juez restante. La presidencia será ejercida por un periodo de DOS (2) años, es reelegible y su designación resulta del voto mayoritario de los miembros del Máximo tribunal. Ante la Corte Suprema de Justicia actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Defensor General de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de la ley 24.946 y demás legislación complementaria” (ver <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1967.16/S/PL>).

7 En sentido similar, los senadores Norma Durango, Juan Manuel Abal Medina, Marina Riofrio, Sigrid Kunath, María Graciela de la Rosa y Beatriz G. Mirkin de Alperovich presentaron en 2016 un proyecto cuyo artículo 1 establece: “[...] La Corte Suprema de Justicia de la Nación estará compuesta por siete (7) jueces. Ante ella actuarán el Procurador General de la Nación y los Procuradores Fiscales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Defensor General de la Nación y los Defensores Oficiales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos de las leyes 24.946, 27.148 y 27.149 y demás legislación complementaria. La composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá

Consejo Consultivo no tiene impedimento alguno para incluir en su dictamen una propuesta de división de la Corte Suprema en salas.

En ese marco, parece necesario analizar la cuestión desde la perspectiva constitucional y verificar si la Constitución permite o no una modificación de esta naturaleza. A fin de poner en contexto este tipo de propuestas, haré primero un breve repaso histórico de las principales iniciativas de dividir a la Corte en salas. Luego, revisaré la opinión de diversos autores nacionales al respecto, para después analizar la compatibilidad de esa división o no con nuestro sistema constitucional y hacer una evaluación crítica acerca de si, en cualquier caso, existe algún beneficio derivado de esa modificación en la organización interna de la Corte Suprema. Finalmente, daré mis conclusiones.

## **2. Antecedentes históricos**

La idea de dividir a la Corte Suprema en salas dista de ser novedosa. De hecho, se ha planteado en numerosas ocasiones y de forma infructuosa en nuestro país desde por lo menos 1826 a la fecha. A continuación, citaré todos los antecedentes que he encontrado y que considero más relevantes sobre este tema, con la exposición de los fundamentos que se esgrimieron en cada caso. Más allá de que casi todos esos intentos fueron infructuosos, su revisión permite vislumbrar los diversos argumentos que se presentaron para poder analizarlos después desde la perspectiva constitucional.

### **2.1. Antecedentes anteriores a la sanción de la Constitución de 1853**

La Constitución de Cádiz de 1812 no fue un antecedente relevante de la Constitución Nacional. Sin embargo, influyó en el primer antecedente nacional que propuso una corte dividida en salas. Por eso, vale la pena hacer una breve referencia a su organización judicial, a la que algunos autores le atribuyen erróneamente influencia en nuestro sistema constitucional.<sup>8</sup>

El artículo 259 de la constitución gaditana establecía un Supremo Tribunal

---

reflejar en su integración las diversidades de género y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal. A efectos de asegurar la diversidad de género, la Corte Suprema de Justicia de la Nación no podrá integrarse por más de cuatro (4) jueces del mismo género” (ver <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2039.16/S/PL>).

8 Para un análisis detallado de ese aspecto, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, pp. 107 y ss.).

de Justicia.<sup>9</sup> Y, conforme lo previsto en el artículo 260, el Poder Legislativo determinaría “el número de magistrados que han de componerle, y las salas en que ha de distribuirse” el Supremo Tribunal.<sup>10</sup> Entre sus múltiples competencias, correspondía al Supremo Tribunal español el conocimiento de los recursos de nulidad contra las sentencias finales de las Audiencias “para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y obtener así la efectividad de la responsabilidad judicial por la infracción de las leyes que arreglan el proceso en lo civil”. Además, intervendría en las cuestiones de competencia,<sup>11</sup> en los delitos cometidos por los altos cargos políticos y los magistrados del propio Supremo Tribunal,<sup>12</sup> en los juicios políticos contra secretarios de Estado y del despacho, consejeros de Estado y magistrados judiciales,<sup>13</sup> en los juicios de residencia,<sup>14</sup> en los asuntos contenciosos del patronato real<sup>15</sup> y en los recursos contra decisiones de los tribunales eclesiásticos.<sup>16</sup>

Es importante destacar que la Constitución de Cádiz prohibía a los tribunales suspender la ejecución de las leyes, es decir, controlar su constitucionalidad.<sup>17</sup> Esta prohibición era copia de lo dispuesto en el artículo 10, título I de la ley francesa del 16-24 de agosto de 1790, replicado luego en el capítulo V, artículo 3º de la Constitución francesa de 1791. Así es que la Constitución española de 1812 incluye entre las atribuciones del Supremo Tribunal la de “[o]ír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración de las Cortes”.<sup>18</sup> Esta atribución es copia de lo dispuesto en el artículo 12, título I de la referida ley francesa de agosto de 1790: “Los jueces [...] dirigirán representaciones al cuerpo legislativo cuando estimen necesario interpretar el sentido dudoso de una ley o dotarse de una nueva”.<sup>19</sup>

9 El texto completo junto con el Discurso Preliminar pueden encontrarse en Sevilla Andrés (1969, pp. 115 y ss.). El artículo citado se encuentra en la p. 199.

10 Ídem.

11 Artículo 261, Primero.

12 Artículo 261, Cuarto y Quinto.

13 Artículo 261, Segundo y Tercero.

14 Artículo 261, Sexto.

15 Artículo 261, Séptimo.

16 Artículo 261, Octavo.

17 Artículo 246.

18 Artículo 261, Décimo. “Cortes” es el nombre del Poder Legislativo en la Constitución de Cádiz.

19 Una descripción detallada de esa organización puede encontrarse en Collantes de Terán de la Hera (2006, pp. 97-108).

Estas disposiciones muestran las enormes diferencias existentes entre la organización de los tribunales en la Constitución de Cádiz y la del Poder Judicial a partir de la sanción de la Constitución Nacional en 1853. Sin embargo, el primer antecedente patrio de división de la Corte Suprema en salas muestra la influencia de la Constitución gaditana en este punto. Me refiero a la Constitución de 1826 que, luego de establecer una Alta Corte de Justicia integrada por nueve jueces y dos fiscales,<sup>20</sup> establecía en su artículo 122 que esta se dividiría en dos salas para el conocimiento de causas relacionadas con la competencia originaria y exclusiva asignada a ese Tribunal.<sup>21</sup> Y, a renglón seguido, aclaraba que la primera sala “compuesta de tres de sus miembros, conocerá de la primera instancia; y la otra sala, compuesta de los seis miembros restantes, conocerá de la segunda, y última instancia”.<sup>22</sup>

Los escuetos fundamentos de esta división en salas de la Alta Corte de Justicia fueron desarrollados en la sesión del 7 de noviembre de 1826. Allí se expuso como argumento principal que “para las causas privilegiadas que originariamente por la Constitución debían iniciarse ante ella, sería menester también hacer dos o tres Salas porque estos juicios no debían terminar en una sola instancia” (Ravignani, 1937, pp. 1082-1084). Cabe destacar que en esa misma sesión el convencional Valentín Gómez advirtió que el aumento del número de jueces de la Alta Corte causaría varios inconvenientes “entre otros, la demora que el mayor número de ellos inferiría a los asuntos, teniendo que considerarlos particularmente” (Ravignani, 1937, p. 1082).<sup>23</sup> Ravignani recuerda, además, que una de las objeciones fue “la posibilidad de dos fallos contradictorios emanados del supremo poder judicial” Ravignani (1927, p. 187).

---

20 Ver artículos 110 y 111 de la Constitución de 1826 en *Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de diciembre de 1826 y el Manifiesto que se remite a los pueblos para su aceptación* (1826, p. 37).

21 La competencia originaria y exclusiva asignada por la Constitución de 1826 a la Alta Corte de Justicia surge de sus artículos 118 a 121: “Art. 118. Conocerá originaria y exclusivamente en todos los asuntos, en que sea parte una provincia, o que se susciten entre provincia y provincia, o pueblos de una misma provincia, sobre límites, y otros derechos contenciosos, promovidos de modo que deba recaer sobre ellos formal sentencia. Art. 119. En las cuestiones que resulten con motivos de contrato, o negociaciones del Poder Ejecutivo, o de sus agentes, bajo su inmediata aprobación. Art. 120. En las causas de todos los funcionarios públicos de que hablan los artículos 19, 27, 28 y 29, y respecto de los casos en ellos indicados. Art. 121. En las que conciernan a los embajadores, ministros plenipotenciarios, enviados, cónsules, y agentes diplomáticos de las cortes extranjeras” (Cfr. Constitución de la República..., 1826, p. 38).

22 Ídem.

23 Para profundizar el análisis acerca de la regulación de los tribunales en la Constitución de 1826, ver Valenzuela Beltrán (1967, p. 57).

A pesar de que la Constitución de 1826 adoptó la separación de poderes de la Constitución de Filadelfia de 1787,<sup>24</sup> la influencia de la Constitución de Cádiz en el diseño del Poder Judicial fue notable. Por una parte, no es un dato menor que la Constitución de 1826 no incluyera la competencia prevista en el actual artículo 116 de la Constitución Nacional referida a todos los puntos regidos por la Constitución y las leyes de la Nación con la reserva de los Códigos de fondo.<sup>25</sup> Por la otra, los artículos 123, 124, 125 y 126 siguieron de cerca las atribuciones que la Constitución española de 1812 le otorgaba al Supremo Tribunal. Además, el artículo 127 dispuso, al igual que el 161, Décimo de la constitución gaditana, que la Alta Corte de Justicia “[i]nformará de tiempo en tiempo al cuerpo Legislativo de todo lo conveniente para la mejora de la administración de justicia; y elevará todas las dudas, que le propusiesen los demás Tribunales, sobre la inteligencia de las leyes” (Constitución de la República..., 1826, p. 39).

La Constitución de 1826 no tuvo vigencia práctica. Sin embargo, constituyó un importante antecedente que influyó en varios puntos de la Constitución Nacional, con excepción de lo previsto en materia de organización judicial. A su vez, la influencia de la Constitución de Cádiz en el poder judicial desapareció totalmente al momento de sancionarse la Constitución Nacional en 1853. El modelo seguido por el constituyente, primero en 1853 y luego en 1860, sería radicalmente distinto.

## 2.2. El debate de la Ley 182 (1858)

A la hora de diseñar el Poder Judicial en la Constitución Nacional, los constituyentes de 1853 y 1860 siguieron al pie de la letra a la Constitución de los Estados Unidos. Esta cuestión se puso de manifiesto de forma contundente, especialmente durante el debate de la primera ley de Organización del Poder Judicial de la Confederación en 1858. Para confirmar el grado de influencia que tuvo el modelo norteamericano en este punto, basta citar la opinión de Juan María Gutiérrez durante el debate legislativo de la Ley 182.<sup>26</sup> El célebre “vocero de Alberdi” en la Convención Constituyente de Santa Fe afirmó que:

---

24 Cfr. carta de John Forbes, Encargado de Negocios de los Estados Unidos en Buenos Aires, a Henry Clay, Secretario de Estado del Gobierno estadounidense, 15/7/1826, en Quesada Zapiola (1948, p. 174).

25 Cfr. Giménez Bonet (1947, p. 16).

26 Para profundizar el análisis acerca de la influencia del sistema constitucional estadounidense en el pensamiento de Gutiérrez y otros constituyentes de 1853 y 1860, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2008, pp. 143 y ss.).

Todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norte-Americano y de su ciencia política. Debo recordar también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. [...] Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norte-Americano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquél. (Congreso Nacional. Actas de las sesiones..., 1891, p. 522)<sup>27</sup>

La marcada influencia del constitucionalismo norteamericano es, insisto, indesmentible. También lo es el abandono total tanto del modelo gaditano como el de la Constitución de 1826 en lo relativo al Poder Judicial. En ese contexto es que se rechaza la primera propuesta de dividir a la Corte en salas luego de sancionada la Constitución Nacional, presentada en solitario por el diputado Emiliano García al momento de discutirse la Ley 182.

En la sesión de la Cámara de Diputados del 19 de julio de 1858, el diputado García intentó convencer a sus pares acerca de la necesidad de dividir a la Corte Suprema en dos salas para los casos de competencia originaria y exclusiva. En ese momento, se discutía el artículo 14 del proyecto de ley que, en consonancia con lo establecido en el artículo 98 de la Constitución de 1853, establecía que

[c]orresponde a la Suprema Corte de Justicia originaria y exclusivamente el conocimiento y decisión de las causas concernientes a Embajadores, Ministros y Cónsules extranjeros; en las que una provincia fuese parte, y en los conflictos entre los poderes públicos de una misma provincia. (Congreso Nacional. Actas de las sesiones..., 1891, p. 556)

El diputado García propuso reemplazar esa redacción y agregar

un artículo en lugar del que se discute, para que en los casos a que este se refiere, la Suprema Corte se divida en dos Salas, para que la una haga de Tribunal de 1ª instancia y la otra conozca en el recurso de súplica. (Congreso Nacional. Actas de las sesiones..., 1891, p. 557)

El exconvencional constituyente de 1853 y entonces ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Juan del Campillo, se opuso a esta propuesta de división en salas de la Corte. Sin embargo, aclaró que el recurso de súplica podía ser previsto por la propia Corte en su reglamento de procedimientos.

---

27 Sesión del 14 de julio de 1858.

Con esa breve explicación, la propuesta de división del diputado García fue descartada y el artículo 14 del proyecto de ley fue aprobado por unanimidad.<sup>28</sup>

### 2.3. El debate de la Ley 4055 (1901)

En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación del 29 de noviembre de 1901, el Diputado Manuel Argañaraz propuso aumentar el número de jueces de la Corte Suprema y dividirla en tres salas para que “conozca de las causas de jurisdicción apelable” (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 433). Se discutía en ese momento la que terminaría siendo la Ley 4055 que creó las Cámaras Federales de Apelación y redujo así la competencia apelada de la Corte Suprema. El diputado Argañaraz presentó un dictamen en minoría dado que creía que esa creación de tribunales intermedios era inconstitucional y no resolvía el problema de acumulación de causas en la Corte que se convertiría en una “tercera e inevitable instancia”.<sup>29</sup> Para Argañaraz, la apelación ante la Corte Suprema tenía que ser la regla y no la excepción.<sup>30</sup> Por eso, consideraba que la creación de las Cámaras Federales de Apelación solo iba a alargar innecesariamente los procesos judiciales.

Argañaraz planteaba que la ampliación de la Corte y su división en salas no alteraban la unidad del tribunal:

Se mantiene la unidad por razón de la presidencia que lleva la dirección de todo el tribunal, de toda la corte suprema de justicia; se mantiene por razón de la superintendencia que esta ejerce sobre toda la administración de justicia nacional, y finalmente, porque constituida en corte plena, o por lo menos con mayoría absoluta de miembros, vendría a conocer en todas aquellas causas de jurisdicción originaria establecida por la constitución en aquellas que, como fiel y supremo intérprete de la misma constitución, de las leyes de la nación y los tratados con las potencias extranjeras, está llamada a mantener la uniformidad de la jurisprudencia. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 435)

Además, según el diputado santiagueño, la Constitución no prohibía este tipo de propuestas:

---

28 Ver Congreso Nacional. Actas de las sesiones... (1891, p. 556).

29 Ídem.

30 Ver Diario de Sesiones... (5ª sesión de prórroga, 1901, p. 434).

no hay disposición alguna en la constitución que obste a que el congreso, con la facultad reglamentaria que le confiere el 101, divida la corte en varias salas, a fin de que conozcan de todas las causas apeladas. Siempre será la corte suprema la que entienda y decida de todas ellas por una parte de sus miembros constituidos en tribunal, de acuerdo con la ley reglamentaria, y se habrá conseguido que, dividido equitativamente el trabajo entre las tres salas, se obtenga la más pronta solución de todas las causas apeladas, con más rapidez todavía de la que se conseguiría con dos cámaras de apelaciones. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 435)

Argañaraz citó en apoyo de su propuesta el ejemplo de países europeos, incluyendo Francia y su tribunal de casación, así como el ejemplo de los tribunales superiores de la provincia de Córdoba y de Santa Fe.<sup>31</sup> En definitiva, desde la visión centralista del diputado por Santiago del Estero, sería imperdonable

el error en que incurriríamos rompiendo uno de los vínculos de esta nacionalidad aún incipiente, al destruir la unidad de jurisprudencia en un país regido por ella y substancialmente por una misma legislación de fondo desde los remotos tiempos de la conquista. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 436)

La propuesta de Argañaraz fue contestada por el diputado Juan Balestra, quien, como miembro informante del despacho de mayoría de la Comisión de Justicia, explicó que

aquí se presentan dos sistemas: uno propone dividir la Corte en tres salas; el otro propone crear dos cortes intermedias, dos cámaras federales de apelación [...]. [L]a comisión ha juzgado que una corte de diez miembros que pudiera dividirse en tres salas, podría dividirse en cuanto a las personas; pero no podría trabajar al mismo tiempo como corte y como cámara de apelación; y cuando el trabajo que se exigiera fuera tan grande que requiriera el trabajo de toda la corte constantemente y de todas las cámaras constantemente, también para despejar esa situación de hecho y por lo mismo gravísima, pues sin liquidarla es imposible seguir adelante, sucedería que mientras estas tres cámaras en que se dividiera la corte estuvieran trabajando como cámara, sería necesario a la vez que estuvieran trabajando como corte, y aparte de que una corte de diez miembros despacharía con más dificultad que una de cinco, -o la corte o esas cámaras tendrían indudablemente que interrumpir sus tareas-, queriéndose hacer el trabajo rápido, se produciría por el contrario una obstaculización tal, que en definitiva no habríamos hecho sino ampliar los tribunales echándoles encima una situación

---

31 Ver Diario de Sesiones... (5ª sesión de prórroga, 1901, p. 437).

insoluble hoy, que sería igualmente insoluble mañana. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 431)

El ministro de Justicia, Juan Serú, también rechazó la división en salas propuesta por Argañaraz:

El señor diputado se esforzaba por hacer comprender que la acción de una sala constituida de tres miembros era la expresión del conjunto de la suprema corte, y que no podía haber aplicación distinta de doctrinas entre una sala con la otra. No, señor presidente. No comprendo que pueda llegarse a esta conclusión, de que se ha de mantener mayormente el espíritu de unidad en un tribunal que se divide en salas para hacer el despacho de todos sus asuntos, que en un tribunal que se conserva sobre todos los tribunales de menor jerarquía en su número ordinario, tal como fue constituido en los orígenes de la organización de esta justicia. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, pp. 439-440)

Finalmente, el autor del proyecto de ley, el diputado Julián Barraquero, rechazó los argumentos expuestos por Argañaraz en estos términos:

En primer lugar, los autores, constitucionalistas o juristas, que ha citado el miembro informante de la minoría de la comisión, no se refieren absolutamente al derecho común, a los asuntos del fuero ordinario. En Estados Unidos como aquí, la jurisprudencia que establece y mantiene la corte suprema es la jurisprudencia para los asuntos del fuero federal, del fuero constitucional; aquí como allí el poder judicial no tiene un rol simplemente judicial, como lo tiene en las naciones europeas: la institución americana del poder judicial es una institución verdaderamente nueva en el mundo; es una institución, como muy bien lo ha dicho el señor ministro, de orden político. La corte federal no se creó especialmente para fallar los asuntos del fuero común, para mantener la jurisprudencia de los códigos civil, de comercio y de minería; no, señor presidente. Esa corte federal está para mantener dentro de su órbita respectiva a los poderes del estado. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, p. 440)

A renglón seguido, haciendo hincapié en las peculiaridades de la forma de gobierno federal de la Constitución de 1853/60, Barraquero explicó que

[n]uestra constitución, si bien ha hecho una excepción al principio federativo y ha establecido que no sean los estados argentinos los que dicten los códigos civil, de comercio y de minería, sino que sea el congreso, haciendo una desviación a los principios del federalismo, ha establecido también que son las provincias las que aplicarán esos códigos en los casos del fuero común. ¿Y cómo podría

entonces la suprema corte mantener la unidad de la jurisprudencia en estos asuntos? De ninguna manera [...]. ¿[S]e puede sostener que una corte compuesta de nueve miembros, dividida en salas, puede ser a la vez corte suprema para las causas que correspondan a la corte y cámara o salas para las causas de apelación? Naturalmente que no; mientras la corte dividida en salas está estudiando los asuntos que se refieran a esas salas, en ningún caso puede, por ningún arte, por ninguna invención, a la vez, reunirse y ser corte para fallar los asuntos que a la corte corresponden. Es pues, un mecanismo que no puede dar buen resultado. (Diario de Sesiones..., 5ª sesión de prórroga, 1901, pp. 440-441)

Aprobado el proyecto de ley, el Senado no trató la propuesta de división en salas porque, en palabras del senador Dámaso Palacio,

yo no discutiré la bondad de este proyecto de organización, cuyo exponente autorizado y sincero ha sido en estos días en la Cámara de Diputados el doctor don Manuel Argañaraz, y no lo discutiré, porque ha sido siempre un propósito que no ha tenido aceptación en el público, en el seno de los poderes del Estado, ni en las Cámaras del Congreso. (Diario de Sesiones..., 23ª sesión de prórroga, 1901, p. 580)

#### **2.4. El proyecto de reforma constitucional del Gobierno de facto (1930)**

Casi treinta años después, a pocos días de producido el golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930, el llamado “Gobierno provisional” avisó que propondría una reforma constitucional.<sup>32</sup> Esa reforma sería publicitada el 18 de junio de 1931. Según el Gobierno de facto, “la Revolución de Septiembre tiene un contenido mucho más hondo y fundamental que un simple cambio de hombres en el gobierno. Se imponen reformas substanciales en algunas de nuestras instituciones” (La obra de la Revolución..., s.f., p. 196). Entre esas reformas se incluía a la Corte Suprema y a su división en salas.

El Gobierno militar planteó que

contra la anarquía en la aplicación de la ley en todo el territorio de la Nación, y para afianzar la justicia, evitando que influencias políticas o de otro orden se infiltren en los tribunales de provincia, es indispensable dar a la Suprema

---

32 Ver Manifiesto del Excmo. Señor Presidente del Gobierno Provisional de la Nación, Teniente General don José F. Uriburu (1930, pp. 47 y ss.). Para un análisis general sobre el proyecto de reforma constitucional del Gobierno de facto, ver Frontera (1995, pp. 95 y ss.).

Corte, ampliándola, funciones de Tribunal Superior de Casación en los casos de violación o inaplicabilidad de la ley común. (La obra de la Revolución..., s.f., pp. 198-199)

Entre las reformas “más urgentes e inmediatas” que nuestro sistema demandaba, se incluía el elevar a no menos de quince la cantidad de jueces de la Corte Suprema y dividirla en dos salas. La creación de una “Corte Suprema Federal y de Casación” se haría a través de una reforma al artículo 100 de la Constitución Nacional de 1853/60, que pasaría a tener la siguiente redacción:

La Corte Suprema estará compuesta de un Presidente, de un número de ministros no menor de catorce y de un procurador general y se dividirá en dos salas con el número de miembros que para cada una fije la misma Corte en el reglamento a que se refiere el artículo 99. Una de las salas conocerá de las causas federales y de las provincias, de los recursos extraordinarios y de las cuestiones institucionales y de la reforma del 5º. [sic];<sup>33</sup> y la otra sala funcionará como Corte de Casación cuya competencia y procedimiento serán reglamentados por la ley. (La obra de la Revolución..., s.f., p. 205)

La exposición de motivos del proyecto de reforma constitucional en cuestión concluía que

en esta forma el Tribunal Supremo será una Corte Federal y de Casación que realizará el verdadero afianzamiento de la justicia a que se refiere el preámbulo de la Constitución y el artículo 5º en todo el territorio de la Nación, y en todas las jurisdicciones, tanto en lo que se refiere a la interpretación y aplicación de la Constitución y de las instituciones políticas provinciales y federales, cuanto en lo que se relaciona con la aplicación de la ley común por todos los tribunales del país. (La obra de la Revolución..., s.f., p. 205)

Si bien el proyecto de reforma constitucional del Gobierno de facto de 1930 quedaría trunco, uno de sus funcionarios y adherentes más notorios insistiría años después con la propuesta.

---

33 La referencia al artículo 5 se refiere a la propuesta del Gobierno de facto para que la Corte interviniera para garantizar la autonomía de las provincias. El artículo 5 del proyecto de Constitución establecía: “Bajo estas condiciones cada provincia tendrá el goce y ejercicio de sus instituciones, cuya violación será resuelta con un procedimiento sumario por la Corte Suprema Nacional como tribunal encargado de interpretar en último término la Constitución y de hacer predominar sus principios en casos de conflictos institucionales” (La obra de la Revolución..., s.f., p. 199).

## 2.5. El proyecto de reforma constitucional de Iburguren (1948)

En 1948, en el marco del llamado a la reforma de la Constitución de 1853/60 durante el primer Gobierno del Gral. Juan D. Perón, Carlos Iburguren (1948, p. 69) propuso un proyecto de reforma constitucional que incluía una Corte Suprema organizada en tres salas de cinco miembros cada una.

Iburguren (1948) aclaraba que en su proyecto de reforma de la Constitución

la jurisdicción proyectada para la Suprema Corte Nacional es vasta y versa sobre asuntos políticos y jurídicos trascendentales. No se circunscribe, como es la actual, a la decisión de casos puramente judiciales, sino que se extiende a un campo mucho más amplio. La Corte que propongo es el cuerpo que mantiene la regularidad en todos sus aspectos y el árbitro que debe dirimir los graves conflictos que se suscitaren entre los poderes del Gobierno Nacional, o de éste con las provincias, o los que se produjeran entre las mismas. [...] Por último, es Corte de Casación que entiende también por vía de recurso, en las condiciones y de acuerdo con lo que estatuyan las leyes, de las sentencias de los tribunales del país para uniformar la jurisprudencia en la aplicación e interpretación de los Códigos, de la legislación común y de las leyes federales. (pp. 69-70)

El artículo 87 del proyecto de constitución de Iburguren (1948) establecía que “La Corte Suprema de la Nación se compondrá de quince miembros, dividida en tres salas de cinco miembros cada una” (p. 124). A su vez, el artículo 89, inciso 4 del proyecto establecía que

Son atribuciones de la Suprema Corte: [...] 4. Los recursos de casación contra sentencias definitivas de los tribunales nacionales y provinciales, en los casos en que según las leyes correspondan esos recursos, en los que la Corte procederá como Tribunal Supremo de Casación. (Iburguren, 1948, pp. 124-125)

A pesar de la insistencia de Iburguren, que reciclaba la propuesta del Gobierno de facto de 1930, la iniciativa no tuvo éxito y no fue seguida durante la Convención constituyente reformadora de 1949 en cuanto a la división de la Corte Suprema en salas. Sin embargo, sí tuvo eco en relación con la propuesta de convertir a la Corte en un tribunal de casación. De hecho, en su parte pertinente, el artículo 95 de la Constitución de 1949 dispuso que:

La Corte Suprema de Justicia conocerá, como Tribunal de Casación, en la interpretación e inteligencia de los códigos a que se refiere el inciso 11 del artículo 68. La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso

de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Una ley reglamentará el procedimiento para los recursos extraordinario y de casación, y para obtener la revisión de la jurisprudencia. (Sampay, 1949, pp. 149-150)

## 2.6. El debate de la Ley 15271 (1960)

Quien sí tuvo éxito en su propuesta de dividir a la Corte en salas fue Arturo Frondizi. Doce años después de la propuesta de Ibarguren, impulsó la sanción de la Ley 15271, cuyo artículo 1 previó la ampliación de la composición de la Corte Suprema para llevarla a siete jueces. A su vez, facultó concretamente al Tribunal a que se dividiera en salas:

Deróganse los artículos 19, 21, 23 y el apartado a) del inciso 6° del artículo 24 del Decreto-Ley 1.285 del 4 de febrero de 1958 y se los sustituye por los siguientes: [...] Artículo 21. La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por siete jueces y un procurador general. Tendrá su asiento en la Capital Federal y designará su presidente. Dictará su reglamento interno y económico y el reglamento para la justicia nacional, estableciendo las facultades de superintendencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores. Art. 23. Facúltase a la Corte Suprema de Justicia a dividirse en salas, de acuerdo al reglamento que a tal efecto dicte. Hasta que el mismo no esté en vigencia, las decisiones de la Corte Suprema se adoptarán por el voto de la mayoría absoluta de los jueces que la integran, siempre que éstos concordaren en la solución del caso; si hubiere desacuerdo, se requerirán los votos necesarios para obtener la mayoría absoluta de opiniones. La Corte actuará en tribunal pleno en los asuntos en que tiene competencia originaria y para resolver las cuestiones de inconstitucionalidad. [...].<sup>34</sup>

Vale la pena repasar la génesis del único antecedente en el que se concretó normativamente la autorización para que la Corte se dividiera en salas después de sancionada la Constitución Nacional.<sup>35</sup> El 18 de agosto de 1958, pocos días después de asumir la Presidencia de la Nación, Frondizi envió un oficio a la Corte Suprema para “conocer la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acerca de la oportunidad y conveniencia de aumentar el número de jueces que la integran, con asignación de Salas de competencia determinada” (Bielsa, 1958, p. 319).<sup>36</sup> Ese oficio fue contestado favorablemente a través de

34 BO 9/02/1960, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=114501>.

35 Al respecto, ver Oyhanarte (2013, pp. 672-679).

36 Bielsa publicó este artículo con el sobrenombre “Próculo”.

una Acordada de fecha 25 de agosto de 1958.<sup>37</sup> Allí, la Corte, con la disidencia del juez Aróz de Lamadrid, planteó que

esta Corte Suprema considera de toda necesidad y urgencia aumentar a nueve el número de miembros del Tribunal, en consideración al elevado monto de causas que durante los diez años últimos, sobre todo, han llegado regularmente al conocimiento de la Corte [...]. Las estadísticas de los últimos años revelan que el Tribunal viene soportando el peso de una elevada cantidad de causas que no logran ser resueltas, junto con las que ingresan cada año, no obstante el trabajo constante y empeñoso de Jueces y secretarios [...]. Todo esto solo puede remediarse con una reforma sustancial en la estructura de la Corte que, al mismo tiempo que aumente el número de sus jueces y secretarios, haga posible la división en Salas a fin de dar pronto despacho a un gran número de causas (expropiaciones, cuestiones de réditos o aduanas, etc.) que no constituyen el trabajo realmente propio de una Corte Suprema.<sup>38</sup>

Repitiendo los argumentos expuestos en la Acordada en cuestión, el 13 de julio de 1959, el presidente Frondizi envió al Congreso un proyecto de ley que proponía el aumento del número de jueces de la Corte y su división en salas.<sup>39</sup>

En la Cámara de Diputados de la Nación, el diputado por la provincia de Corrientes, Porfirio Aquino, fue el encargado de defender el proyecto de ley con las modificaciones introducidas por la Comisión de Justicia. Luego de hacer una larga exposición acerca de los orígenes e importancia del Poder Judicial, en relación con la propuesta de dividir en salas a la Corte, Aquino citó a las constituciones de Colombia, Costa Rica, Venezuela y México como antecedentes del derecho comparado “que atañen a las bases de este proyecto” (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6460). Y, a renglón seguido, planteó que “a esta altura quiero hacer una ligera referencia a las circunstancias que hacen necesaria la modificación del número de jueces y la división en salas. Los dos presupuestos se encuentran armónicamente entrelazados” (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6461). Aquino sostuvo que la división en salas iba a facilitar las tareas del tribunal, que tenía un déficit de trabajo acumulado a raíz de la multiplicación de causas. Y aclaró que el proyecto dejaba a salvo los asuntos de competencia originaria y en los que se resolviera la inconstitucionalidad de una

---

37 *Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112 (1958).

38 *Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112, p. 113 (1958).

39 Ver Diario de sesiones... (86ª reunión, 1960, pp. 6454-6455).

ley nacional, provincial o un decreto del Poder Ejecutivo que requerirían la actuación de la Corte en pleno (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6461).

A su turno, el diputado Augusto Vecchietti argumentó que

la Corte resolvió que era conveniente el aumento del número de jueces, a fin de que el tribunal pudiera dividirse en salas. La importancia y la razón del aumento del número de jueces de cinco a siete se funda precisamente en la necesidad de esa división en salas, que facilitaría extraordinariamente el funcionamiento de la Corte, donde existen gran cantidad de asuntos demorados en más de un año después del llamamiento de autos para sentencia. Quiere decir que el aumento del número de jueces constituye un evidente auxilio para la Corte Suprema de Justicia [...]. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6461)

Y más adelante agregó que

el propósito que persigue este proyecto, al aumentar el número de jueces de cinco a siete, no es desde luego el de incorporar nuevos jueces a la Corte Suprema, sino el deseo de permitir su división en salas, que no es posible con el número actual de miembros. En cambio, con siete jueces sería factible tal división [...]. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6462)

Vecchietti intentó despejar las dudas acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley:

entendemos que la división del alto tribunal en salas no afecta ni el espíritu ni la letra de nuestra Constitución, ya que no surge de ella ninguna disposición que permita considerar inconstitucional esta iniciativa. En todas sus normas se habla de la Corte Suprema como organismo, pero en ninguna parte se establece cuál será su funcionamiento, ya que es atribución del Congreso y de ella misma el modo y forma como ha de desenvolver su trabajo. Por lo demás, [...] los antecedentes históricos nacionales que han dado origen a nuestra Constitución demuestran que ya había sido prevista la división en salas, como en la Constitución de 1826, que habla textualmente de ella. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6463)

Y remató su exposición observando que

no creemos que esta reforma que propiciamos altere, modifique o viole en lo mínimo [sic] la Constitución Nacional, pues la Corte Suprema, cuya acordada también propicia esa división en salas, con toda seguridad habría advertido ese impedimento constitucional, de haber existido. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6463)

A renglón seguido, el diputado César Lagos sostuvo que en la Constitución de 1826 ya figuraba la facultad de la Corte Suprema de dividirse en salas “a los efectos de una mejor organización del trabajo, sistema que desapareció en la Constitución de 1853 y en la reforma de 1860” (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6464).

El diputado Ernesto López Sansón, a su vez, afirmó que

la división en salas, cuando no se trate de la interpretación de una norma constitucional o de asuntos originarios, resultará de beneficio público, pues se agilizará el trámite del proceso en bien de los propios litigantes [...]. La Corte actuará en pleno cuando se trate de considerar problemas constitucionales o de competencia originaria. No podría ser de otra manera, pues nosotros no podemos evadir las disposiciones constitucionales que se hallan vigentes y que solo pueden ser derogadas por una Convención. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6469)

El diputado Antulio Pozzio también defendió la división en salas argumentando que había un precedente similar en la provincia de Buenos Aires. Y a continuación aclaró que

no desconozco que existe una corriente contraria a esta división en salas, por entender que cuando el artículo 94 [hoy artículo 108] habla de “una” Corte nacional quiere referirse a la integridad de todos sus miembros, por lo que ella no podría ser dividida en salas. [...] Nosotros creemos que las argumentaciones no son valederas, que no hay impedimento de orden constitucional para la división en salas. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6474)

Finalmente, el diputado Oscar López Serrot juzgó que la división en salas era “indispensable”, ya que, de otro modo, el aumento del número de jueces en la Corte “provocaría mayores demoras desde que de no mediar tal subdivisión tendrían que expedirse mayor cantidad de jueces” (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6479).

Una de las pocas voces críticas en la sesión del 12 de enero de 1960 fue la de diputado Adolfo Contte (h), quien destacó que

nuestros antecedentes legislativos están en favor del establecimiento de una Corte de una sala, y éste es uno de los puntos en los cuales disiento con el proyecto de la comisión, porque allí se autoriza a desdoblar la Corte en dos salas que actuarán en determinadas circunstancias y condiciones. [...] Considero inadecuada e inconstitucional la división de la Corte Suprema en dos salas. (Diario de Sesiones..., 86ª reunión, 1960, p. 6467)

Al día siguiente, en la sesión del 13 de enero de 1960, el diputado Porfirio Aquino defendió nuevamente la división en salas. Para ello, invocó el debate del 29 de noviembre de 1901, en especial la opinión vertida por Manuel Argañaraz, aunque omitió cualquier referencia a las opiniones contrarias del autor de la Ley 4055, Julián Barraquero (Diario de Sesiones..., 87ª reunión, 1960, p. 6526).

Una vez aprobado, el proyecto de ley fue girado al Senado, que lo trató en una brevísima sesión el 3 de febrero de 1960. En esa ocasión, el senador Víctor Hugo Fleitas fue el único orador. Fleitas defendió la división en salas apelando al antecedente del artículo 122 de la Constitución de 1826, al que consideraba “muy valioso” (Diario de Sesiones..., 81ª reunión, 1960, p. 3287). También citó en apoyo de la división tanto a la Acordada del 25 de agosto de 1958 como a la propuesta de reforma constitucional de 1931 presentada por el Gobierno de facto de Uriburu. Y remató su peculiar exposición planteando que

creemos, pues, a la luz de los antecedentes expuestos, que la división en salas que propicia el proyecto no es contraria ni al texto ni al espíritu de la Constitución, ya que de su lectura no surge ninguna disposición que pueda dar motivo a considerar esta solución como inconstitucional. Por el contrario, de sus normas surge que queda reservado al Congreso y a ella misma la facultad de reglar su funcionamiento y la forma de desarrollar sus tareas. Recurriendo al derecho comparado observamos que en varias repúblicas americanas se autoriza la división en salas de sus más altos tribunales de justicia, ya sea por mandato constitucional o por disposición de las leyes que dicten sus respectivos Parlamentos, como Colombia, Costa Rica, Venezuela, Brasil, México y otras. (Diario de Sesiones..., 81ª reunión, 1960, pp. 3288-3289)

A pesar de considerar “de toda necesidad y urgencia”<sup>40</sup> tanto el aumento de sus integrantes como su división en salas para lidiar con la sobrecarga de tareas, después de sancionada la Ley 15271 y de ingresados los nuevos jueces después de la ampliación de sus integrantes, la Corte Suprema jamás hizo uso de la facultad concedida para dividirse en salas.<sup>41</sup>

## 2.7. El proyecto de ley de organización de la Corte Suprema de Illia (1964)

El último antecedente identificado en esta investigación es el intento de am-

40 *Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112, p. 113 (1958).

41 De hecho, la Corte Suprema rechazó planteos judiciales que pretendían cuestionar decisiones tomadas por la mayoría absoluta de los integrantes de la Corte y no el pleno, es decir, todos los

pliación de la Corte Suprema durante el Gobierno de Arturo Illia. El 7 de julio de 1964, con la firma del presidente Illia y de su ministro de Justicia y Educación, Carlos Alconada Aramburú, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley de Organización y Competencia de la Corte Suprema de Justicia. El proyecto proponía ampliar a diez el número de jueces de la Corte Suprema y regulaba el procedimiento para su división en tres salas de tres jueces cada una.<sup>42</sup>

El proyecto pretendía fundarse en “la necesidad de aumentar la eficacia del funcionamiento de la administración de justicia” (Organización y Competencia..., 1964, p. 6) y apelaba a una peculiar revisión del “derecho comparado americano” que, supuestamente, demostraba “que el actual número de jueces de la Corte nacional tampoco se halla en consonancia con lo que constituye el fondo común legislativo en la materia” (Organización y Competencia..., 1964, p. 7). Así, se citaban solamente los casos de Perú, Colombia, Bolivia y México, pero se descartaba de plano al modelo estadounidense seguido por la Constitución Nacional porque se alegaba que había perdido “mérito comparativo” (Organización y Competencia..., 1964, p. 7).

El 24 de julio de 1964, la Comisión de Interior y Justicia del Senado de la Nación envió una consulta a la Corte, que fue respondida dos semanas después.<sup>43</sup> Allí, la Corte informó que se había acordado un texto de respuesta y que había sido encomendado al presidente, Aristóbulo Aráoz de Lamadrid. El 10 de agosto de 1964, Aráoz de Lamadrid presentó al Senado una extensa nota –que incluía un anexo con un detallado informe estadístico– en la que respondió que la ampliación era innecesaria.<sup>44</sup>

La Corte Suprema observó que la “pertinencia” de la facultad de determinar el número de sus miembros, que efectivamente tiene el Congreso, está supeditada a que su ejercicio responda a una exigencia concreta de “las necesidades reales” del tribunal. Luego de señalar, con cita a autores estadounidenses, que el incremento de jueces no aumenta la eficiencia del tribunal, la Corte sostuvo que

---

integrantes. En esos casos, la Corte sostuvo que “el Tribunal encuentra del caso agregar que la cláusula del art. 23 [sic] de la Ley 15.271 ha sido interpretada con el alcance que la exigencia de tribunal plenario allí prevista rige para el supuesto, aun no ocurrido, de la división en Salas de esta Corte, y autoriza las sentencias con participación de la mayoría absoluta de los jueces que la integran” (S.A. *Alejandro Bianchi y Cía. v. Nación Argentina*, Fallos: 248:398, considerando 4º, p. 400; *Julio Goldberg v. Orbe Films*, Fallos: 248:442; *Santiago Cardoso v. Ernestina Magna Sánchez de Llano y otros*, Fallos: 262:300; etc.).

42 Ver Organización y Competencia... (1964, pp. 6-8).

43 *Consulta de la Comisión de Interior y Justicia del H. Senado de la Nación*, Fallos: 259:214 (1964).

44 Dado que en la colección de Fallos no se transcribe la nota del Presidente de la Corte, utilizo la publicada en Organización y Competencia... (1964, pp. 117-130).

debe advertirse, y a solo título complementario, que el número de miembros de la Corte Suprema que fija el proyecto no parece compaginarse con las funciones decisorias propias de los órganos colegiados del Poder Judicial y excede el número contenido en las normas jurídicas o en las propuestas o proyectos conocidos en la historia legal y constitucional del país. (Organización y Competencia..., 1964, pp. 118-119)

A su vez, contradiciendo directamente lo que había dicho en la Acordada del 25 de agosto de 1958, la Corte advirtió que “su división obligatoria en salas minoritarias, esto es, con menos de la mayoría absoluta concordante de los jueces que integran el tribunal, es de constitucionalidad problemática” (Organización y Competencia..., 1964, p. 119). A renglón seguido aclaró que

es con esta reserva que ha de entenderse la acordada del 25 de agosto de 1958 de los entonces integrantes de esta Corte Suprema -Fallos 241:112- en cuanto allí se requirió explícitamente que la ley “haga posible la división en salas”, y ello tan sólo para atender causas “que no constituyen el trabajo de una Corte Suprema”. (Organización y Competencia..., 1964, p. 119)

La Corte sostuvo que

la labor de la Corte Suprema, incluyendo su tarea fundamental, difícilmente puede ser cumplida por un fracción minoritaria del tribunal, que podría reducirse a dos de sus miembros en los términos del proyecto [...]. No remedia la situación la posibilidad de convocatoria a tribunal plenario. Porque éste sólo parece posible cuando ya media jurisprudencia contradictoria y, en todo caso, no podría reabrir las causas fenecidas en que aquélla se ha establecido. Tampoco la remedia la no comprensible limitación del plenario que el proyecto propone respecto de las causas de inconstitucionalidad traídas tan sólo de tribunales provinciales, con lo que vendrían a quedar excluidas de aquél las sentencias de los tribunales y órganos jurisdiccionales nacionales, relativas a la actividad del gobierno nacional en el ámbito constitucional y federal. (Organización y Competencia..., 1964, pp. 119-120)

Y para rematar su rechazo a la división en salas, la Corte afirmó que “por lo demás, son notorias las dificultades y demoras que resultan de la práctica de las decisiones plenarias” (Organización y Competencia..., 1964, p. 120).

La Corte rechazó también los ejemplos extranjeros y locales que pretendían presentarse como argumentos en favor de la división en salas. En particular, advirtió que “la posibilidad de regímenes distintos, provinciales o extranjeros,

con base en competencias diferentes –especialmente en materia de derecho común– no puede alterar la solución a que se llega en las consideraciones precedentes” (Organización y Competencia..., 1964, p. 120). Finalmente, en cuanto a la posible obligatoriedad de las decisiones plenarias, la Corte observó que

es igualmente problemática la conveniencia y el acierto del establecimiento de la obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria de la Corte Suprema. Porque su necesidad, si es que existe, tendría razón eminente de ser en materia constitucional, y es allí precisamente donde es más cuestionable. (Organización y Competencia..., 1964, p. 120)

El 15 de agosto de 1964, el proyecto de ley fue aprobado por la Cámara de Senadores.<sup>45</sup> Desoyendo la opinión de la Corte en cuanto al rechazo a la ampliación de sus integrantes, el Senado no solo aprobó el proyecto de ley enviado por Illia, sino que aumentó a once el número de jueces de la Corte. Sin embargo, eliminó el artículo que obligaba a su división en salas y no hubo defensa alguna de esa división durante el debate. El proyecto aprobado siguió su curso, pero, una vez ingresado a la Cámara de Diputados, nunca más fue tratado.

El antecedente mereció en su momento la crítica de Aja Espil (1964), quien sostuvo que

sin perjuicio de la interpretación estrictamente gramatical de los que ven en el art. 94 [hoy artículo 108] Const. Nac., una verdadera valla para el establecimiento de salas, consideramos que la Corte Suprema, en cuanto órgano constitucional con funciones de alta política, es decir como cabeza de poder, no admite tal innovación sin peligro de ofender facultades que le son propias. La frecuente mención que, con relación a este problema se hace respecto a otras altas Cortes de Justicia, ya europeas, ya americanas, no suele ser acertada. La función primordial en casi todas ellas se limita a la de administrar justicia. Pero nuestra Corte Suprema va más allá que a la mera solución de conflictos entre partes, ya que su alta función es la de fijar la interpretación final de la Constitución, en todos los tiempos y en cualquier emergencia. (p. 72)

### 3. Opiniones doctrinarias

La idea de la división de la Corte Suprema en salas ha concitado la atención de varios autores a lo largo de los últimos años, aunque pocos la han estudiado en

---

45 Ver Organización y Competencia... (1964, pp. 97-98).

profundidad. Sin pretensión de exhaustividad, a continuación haré una reseña de las opiniones más importantes.

### 3.1. Opiniones contrarias

Bielsa (1958) rechazó la Acordada del 25 de agosto de 1958 argumentando que en la Corte Suprema la división en salas implicaría simplemente una instancia adicional, pero “sin la unidad que es esencial en la cima de toda jurisdicción” (p. 319).

Bidart Campos (1967) cuestionó también la división en salas:

estando directamente establecido por la constitución un órgano judicial máximo como Corte Suprema, y surgiendo su competencia también de la constitución, entendemos que la Corte *no puede ser dividida en salas*. Ello equivaldría a que sus sentencias fueran dictadas por una sala, y no por el *tribunal en pleno*. (p. 223)<sup>46</sup>

Además, sostuvo que

cuando la Corte entiende en un caso, entiende con fundamento constitucional, aunque medie válidamente reglamentación legal. Es decir, interviene como Corte, con todos sus jueces; si interviene con una de sus salas, no es la Corte de la constitución, y por ende, la constitución padece violación. (Bidart Campos, 1967, p. 223)

César Enrique Romero (1976) también se pronunció en contra:

se ha propuesto el aumento y la creación de *salas* dentro del Tribunal. Ese evento no parece congruente con la Constitución, quien ha explicitado que la cabeza del Poder Judicial es *una* “Corte Suprema”, que funcione como tal e integrada de sus miembros, o de su mayoría. Las salas de los tribunales colegiados desnaturalizan ciertamente su función, al dividir la actuación de sus miembros. (p. 277)<sup>47</sup>

Con una línea argumental similar, Linares Quintana (1987) sostuvo que la Corte

no admite su subdivisión en salas de competencia determinada. Una fragmentación semejante quitaría en el hecho a la Corte Suprema su rango de tal, y tendría

---

46 Énfasis en el original.

47 Énfasis en el original.

como resultado práctico que sus decisiones ya no serían del primer tribunal del país sino de una sala determinada del mismo, con una evidente diferencia de jerarquía jurídica, que en manera alguna previeron los constituyentes argentinos. (p. 786)

Para este autor, la división del Tribunal Supremo en salas especializadas resulta absolutamente inconstitucional, ya que “ello quitaría a la Corte su carácter esencial de Tribunal Supremo, haciendo posible que las opiniones coincidentes solamente de dos ministros constituyan sentencia” (Linares Quintana, 1987, p. 787).

A su vez, en uno de los estudios más completos sobre el tema, Alberto Bianchi (1988) afirmó que

quienes están de acuerdo en dividir a la Corte en salas, no advierten que entre ella y las Cámaras de Apelación no solamente existe una diferencia de grado basada en la jerarquía superior de la primera, sino que existe también una diferencia cualitativa que hace que la Corte además de un Tribunal sea un Poder del Estado semejante y jerárquicamente igual a los otros. Esto quiere decir que cuando la Corte se pronuncia a través de sus sentencias (al igual que el Congreso lo hace a través de leyes y el Poder Ejecutivo por medio de actos administrativos individuales o generales) su decisión debe ser la del cuerpo todo, debe ser la decisión de “la” Corte como Tribunal y como Poder, pero no la de un grupo minoritario de personas, cuya decisión no refleja tal vez el pensamiento de los demás jueces que la integran. (p. 973)

Además, hizo el siguiente planteo:

[Q]ué diríamos si a un legislador se le ocurre, a efectos de dotar al Congreso de mayor agilidad, dividir a las cámaras legislativas en varias subcámaras de resultados de lo cual, en lugar de tener una de Senadores y una de Diputados, tuviéramos tres de cada una, con poder suficiente para sancionar leyes. El principio bicameral se respeta pues puede actuar la Cámara de Diputados No. 1, con la Cámara de Senadores también No. 1 y sancionar una ley que luego será promulgada. De tal forma tendremos tres Congresos y no uno y su actividad será mucho más rápida y efectiva. Se dirá inmediatamente que este ejemplo es ridículo y carece de andamiento, pues va en contra de la propia letra de la Constitución que prevé una sola Cámara de Diputados y una sola Cámara de Senadores. Esto es cierto, pero no lo es menos que tampoco la Constitución prevé expresamente la división en salas de la Corte y no creo que de la letra literal de la Constitución podamos obtener autorización para ello, en la medida que el art. 94 [hoy artículo 108] es muy claro, cuando dice que el Poder Judicial se ejercerá por “una Corte Suprema de Justicia” y los demás Tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el

territorio de la Nación. Es claro entonces que lo que la Constitución quiere es que “el Poder Judicial” sea ejercido por “una Corte Suprema” y no por alguna sala de esa Corte Suprema. (Bianchi, 1988, pp. 974-975)

Gregorio Badeni (2010) sostuvo que la división en salas generaría una pérdida de autoridad de la Corte y agregó que se traduciría en “una pluralidad de tribunales que no se compadece con el texto constitucional que hace referencia a una sola Corte Suprema de Justicia” (p. 746). Además, planteó que “esa división podría acarrear una interpretación contradictoria de las normas legales y constitucionales con la consiguiente inseguridad jurídica” (p. 746).

En una interesante entrada en su blog “Saber Derecho”, Gustavo Arballo (2014) también criticó la idea de dividir a la Corte en salas. Para ello, se basó en tres razones: una conceptual, una institucional y una constitucional. En cuanto a la razón conceptual, afirmó que:

La Corte es (debería ser) *el tribunal de la Constitución*, no un tribunal de cuarta instancia a propósito de una materia o zona del derecho. En verdad, la Corte *no debe* fallar sobre “derecho penal” o “derecho civil”, sino *sólo* sobre temas y derechos constitucionales *strictu sensu*. Dividirla en salas temáticas corrompe ese principio y estimularía a que trate lo que no debe tratar: temas de derecho común. Sería fomentar, y no disuadir, esa idea de la Corte como un “almacén de ramos generales”. (párr. 4-5)<sup>48</sup>

En relación con la razón institucional, argumentó que

institucionalmente se pierde la voz de una Corte única, que ve fragmentada su competencia en compartimentos estancos. Se reduce a la “sala” la unidad de decisión perdiendo la diversidad y pluralidad de un tribunal integrado y único. Y se genera el potencial para habilitar patrones incongruentes de interpretación constitucional si las “salas” adoptan filosofías distintas. Además, aceptar la división en salas es institucionalmente muy peligroso porque se presta para manipulaciones. Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 8-9)

Finalmente, expuso la razón constitucional en estos términos: “Simplemen-

---

48 Énfasis en el original.

te, la Constitución Nacional habla de UNA Corte y no contempla, como la de varias provincias, la posibilidad de división en salas” (Arballo, 2014, párr. 10).

Por último, Florencia Ratti e Ignacio Díaz Solimine (2020) también se pronuncian en contra a partir de un análisis exhaustivo de los numerosos conflictos prácticos que generaría dividir a la Corte en salas, aunque excluyen expresamente de su enfoque la eventual compatibilidad o no de esa división bajo nuestro sistema constitucional.

### 3.2. Opiniones a favor

No son muchas las voces doctrinarias que se han pronunciado en trabajos académicos a favor de la división en salas. Además, los pocos que lo han hecho no han desarrollado en profundidad sus argumentos a favor de este tipo de propuestas. A continuación, reseño las más destacadas.

Una de las pocas voces doctrinarias a favor de la división en salas es la de Sagüés (2017), quien afirma que

el tema da lugar a distintos enfoques. La división en salas se justifica por razones de especialización, y siempre que el cúmulo de tareas de la Corte sea muy gravoso. Ello permitiría, en principio, mayor calidad y expeditividad en los fallos. La posibilidad de sentencias contradictorias entre las salas puede resolverse mediante adecuadas convocatorias a tribunal pleno. Todo ello hace que la aludida división no prive de jerarquía al tribunal, sino todo lo contrario. Prestigiosos tribunales supremos europeos y americanos operan de este modo, con éxito y reputación. Al contrario, si la Corte tuviese trabajo reducido (merced al *writ of certiorari*, o atribución de no atender asuntos carentes de trascendencia), la división en salas pierde necesidad. (p. 414)<sup>49</sup>

Además, plantea que

normativamente, la Constitución no prohíbe ni promueve la división en salas. Es cierto que el art. 108 habla de “una Corte Suprema”, pero la asignación de causas en varias salas no afecta la unidad del cuerpo, que podría actuar en su conjunto (“en pleno”) cuando lo decidiese, y de modo obligatorio sobre inconstitucionalidad de normas. Por lo demás, en la experiencia argentina hay muchos cuerpos judiciales que actúan en salas, pese a componer “una” cámara de apelaciones. (Sagués, 2017, pp. 414-415)<sup>50</sup>

---

49 Énfasis en el original.

50 Énfasis en el original.

Finalmente, el constitucionalista santafesino concede que

un fuerte argumento en oposición al régimen divisorio es que, de constituirse en salas de tres miembros, bastarían dos votos para definir puntos fundamentales sometidos a la Corte. Sin embargo, el reglamento podría atender este problema exigiendo tres votos coincidentes; y de no lograr esto, integrar la sala con otro u otros jueces más. (Sagués, 2017, p. 415)

Otra opinión favorable es la de Ekmekdjian (2016, p. 203), quien se limita a afirmar, sin argumento alguno, que coincide con Sagués y que la división en salas no es inconstitucional.

Miguel Ángel Berçaitz (1988), expresidente de la Corte Suprema entre 1973 y 1976, propuso elevar a nueve la cantidad de jueces y dividirla en

cuatro salas establecidas por ley, con dos jueces cada una: 1) laboral; 2) penal y procesal; 3) administrativo y fiscal; 4) civil y comercial y otras. Tal división debe conservarse o modificarse según resulte de las estadísticas actuales que lleva la Corte. Cada sala se integra con el presidente de la Corte en caso de disidencia entre los dos jueces que la componen”. (p. 860)<sup>51</sup>

Berçaitz no fundamentó su postura, sino que se limitó a exponerla de forma dogmática.

Finalmente, sin detenerse tampoco a profundizar su propuesta desde la perspectiva constitucional, Pablo Ramella (2008) planteó que:

Creo que en esta materia no hay que tener preconceptos. Si el atiborramiento de las causas aconsejara crear una Corte Suprema con más miembros, dividiéndose en salas, habría que hacerlo porque si constituye un escándalo jurídico, como se ha dicho, la discrepancia en la jurisprudencia, que puede obviarse con el tribunal plenario, como ocurre en México (art. 107, XIII de la Constitución), mayor lo es la demora sin término en la solución de los juicios que constituye en el hecho una verdadera denegación de justicia. Claro que de mantenerse el tribunal único son suficientes cinco miembros, pues de ser más a lo único que llevaría es al retardo de la solución de las causas. (pp. 129-130)

---

51 Berçaitz (1988) proponía también el control de constitucionalidad de oficio y el efecto *erga omnes* de las declaraciones de inconstitucionalidad.

#### 4. Análisis crítico

Del repaso de los antecedentes históricos recopilados y de las posturas doctrinarias a favor de la división de la Corte en salas, se podrían agrupar los principales fundamentos esgrimidos para su justificación en cinco categorías:

1. El rechazo a la instancia única en los casos de competencia originaria. Así ocurre con la propuesta de la Constitución de 1826 y la del diputado Emiliano García en 1858.
2. El rechazo al federalismo. Esa fundamentación aparece en el caso de la propuesta del diputado Argañaraz en 1901, que pretende convertir a la Corte Suprema en un Tribunal de Casación de todo el derecho común. De forma similar, las propuestas tanto del Gobierno de facto de Urriburu como la de Carlos Ibarguren, que rechazan también el federalismo, aunque por otras razones: ambas propuestas están influidas en parte por las tendencias centralizadoras del fascismo.<sup>52</sup>
3. Una visión dominada por un supuesto pragmatismo. Esa es la fundamentación principal detrás de la Ley 15271, del proyecto del presidente Illia en 1964 y de la postura de Ramella. Así, la división en salas sería la solución ideal para atender la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema.
4. Una lectura peculiar de los silencios de la Constitución Nacional, que deriva en una autorización de la inexistencia de una prohibición concreta para esa división.
5. La existencia de tribunales divididos en salas en el derecho comparado. Es uno de los argumentos que se exponen reiteradamente, apelando al ejemplo de tribunales europeos o de otros países americanos.

Ninguna de estas fundamentaciones parece sólida o convincente. El rechazo a la instancia única en los casos de competencia originaria previstos en la Constitución desconoce el sistema ideado en los Estados Unidos.<sup>53</sup> Sin embargo, ese es el modelo que nuestra Constitución adoptó para fijar la atribución de competencia originaria y exclusiva a la Corte Suprema en el artículo 117 de la Constitución. Este sistema de doble instancia y división en salas se planteó solamente en la Constitución de 1826, la que no tuvo aplicación práctica alguna, y en solitario por el diputado García en un debate legislativo en 1858, en el que fue rechazado. Contradice, obviamente, lo previsto en la Constitución.

---

52 Cfr., entre otros, Mussolini (1941, pp. 160 y ss.).

53 Al respecto, ver Hart y Weschler (1953, pp. 218 y ss.).

El rechazo al federalismo contradice directamente los artículos 1, 75, inciso 12 y 116 de la Constitución Nacional. Este intento de justificación solo fue expuesto en 1901, en el que fue descartado, y en 1931 y 1948, en sendos proyectos de reformas constitucionales que no tuvieron efecto alguno y que respondían a modelos autoritarios y centralistas en boga en esa época.

La visión pragmática o funcional tiene el antecedente tanto de la Acordada del 25 de agosto de 1958 como de la sanción de la Ley 15271. Se trataría, entonces, de un precedente importante. Sin embargo, es un antecedente que tiene un peso más aparente que real. Más allá de la ausencia de un debate serio sobre el tema en la Cámara de Diputados, y especialmente en la de Senadores, no deja de llamar la atención que tanto el Poder Ejecutivo como el Congreso y la Corte en esa época trataran la división en salas como un método urgente y necesario para lidiar con la sobrecarga de tareas del tribunal. A pesar de ello, lo único que se puso en marcha fue la ampliación de los miembros de la Corte de cinco a siete. Consumada esa ampliación, olvidando que lo había pedido expresamente, la Corte llamativamente ignoró la posibilidad de dividirse en salas. Se trata de un claro acto de irresponsabilidad institucional.

Para tratar de entender esa omisión, no puede olvidarse la actuación preponderante del entonces presidente de la Corte Suprema, Alfredo Orgaz, principal impulsor de este cambio. Fue él quien propuso al Poder Ejecutivo que se estudiara esta reforma. Sin embargo, consumada la ampliación, el presidente Frondizi no siguió la sugerencia de Orgaz de designar a Esteban Imaz para cubrir una de las nuevas vacantes. Ese desaire provocó la renuncia de Orgaz.<sup>54</sup> No es aventurado pensar que, luego de la salida del principal inspirador de esa reforma, la Corte perdió todo interés sobre el tema, como lo demuestra el cambio rotundo de opinión al ser nuevamente consultada en 1964. De otra forma, no se explica para qué se pidió una “reforma sustancial”, considerada como una solución “de toda necesidad y urgencia” para, después de aprobada, no hacer siquiera el intento de ponerla en práctica. Idéntica consideración merecen las contradicciones evidentes que existen entre la Acordada de 1958 y la nota presentada por la Corte al Senado en 1964.<sup>55</sup> En cualquier caso, para ser válida, la solución empleada tiene que ajustarse a lo que establece la Constitución, cosa que, como explicaré a continuación, no ocurre en este caso.

La idea de dividir a la Corte Suprema en salas responde a una visión errada

54 Un detallado relato de este proceso puede encontrarse en Oyhanarte (2013, pp. 674 y ss.).

55 Como contrapartida, resalta la coherencia de Araújo de Lamadrid que votó en disidencia en 1958 y, ya como presidente del Tribunal, redactó la nota presentada por la Corte al Senado en 1964.

de nuestro sistema constitucional. Es indiscutible que la Corte es el único tribunal creado por la Constitución, que establece en su artículo 108 que el poder judicial será ejercido por “una Corte Suprema de Justicia”. Este artículo fue copiado del Artículo III, Sección 1ª de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.<sup>56</sup> Siendo en ese momento senador por el estado de Nueva York, Gouverneur Morris, uno de los redactores de la Constitución de Filadelfia, aclaró que “la Constitución dice que el poder judicial será investido en una suprema corte, y en tribunales inferiores. La legislatura entonces solo puede organizar una suprema corte, pero puede establecer la cantidad de tribunales inferiores que estime pertinente” (Debates in the Congress..., 1802, p. 104).<sup>57</sup> El alcance de la expresión “una Suprema Corte” ha sido entendido en los Estados Unidos como una suprema corte “indivisible”.<sup>58</sup> De ahí que las propuestas de dividir a la Suprema Corte en salas hayan sido rechazadas en los Estados Unidos en las pocas oportunidades en las que fueron siquiera intentadas en el Congreso.<sup>59</sup>

Es evidente que la unidad a la que se refiere el artículo 108 de la Constitución se rompería a través de la división del tribunal en salas. Tal como se explica en el Considerando 6º de la Acordada 44/89 de la Corte Suprema, en sentido diametralmente opuesto a su anterior de 1958,

---

56 Cfr. Seco Villalba (1943, p. 221).

57 “The constitution says, the judicial power shall be vested in one supreme court, and in inferior courts. The legislature can therefore only organize one supreme court, but they may establish as many inferior courts as they shall think proper” (sesión del 14 de enero de 1802, Debates in the Congress..., 1802, p. 104). Cabe aclarar que Morris había representado al estado de Pensilvania en la Convención de Filadelfia de 1787. Sin embargo, en 1800 fue electo senador por el estado de Nueva York, cargo en el que se mantuvo hasta 1803.

58 Así lo demuestra Davies (2006, pp. 684 y ss.). Modernamente, solo he podido encontrar una propuesta académica de división de la Suprema Corte estadounidense en salas en Guthrie y George (2008, p. 1825). Sin embargo, los autores no analizan el alcance del Artículo III, Sección 1ª de la Constitución de Filadelfia, sino que se limitan a asumir que la división en paneles es constitucional (Guthrie y George, 2008, p. 1847, nota al pie 85). Se trata de una posición ciertamente peculiar que no he visto considerada seriamente por ningún otro autor estadounidense. Sin embargo, al momento de mandar este trabajo para su publicación, tomé conocimiento de un artículo que será publicado el año que viene y en el que también se propone un mecanismo similar, aunque se expresan dudas en materia constitucional (Doerfler y Moyn, 2021, p. 52). En el marco de la polémica generada en algunos sectores luego de las designaciones del presidente Donald Trump de los *Justices* Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, es probable que haya más voces del sector académico que propongan reformas a la Suprema Corte en líneas similares.

59 En ocasión de discutirse la propuesta de reorganización judicial impulsada por Franklin Delano Roosevelt, Jr. conocida como el *court-packing plan*, el *Chief Justice* Charles Evans Hughes envió una carta al senador Burton K. Wheeler, que fue leída el 29 de marzo de 1937 en el Senado. Allí, luego de recordar el artículo III, sección 1ª de la Constitución de 1787, el *Chief Justice* sostuvo que la Constitución no parece autorizar dos o más Cortes o dos o más partes separadas de la Corte funcionado efectivamente como tribunales separados (Congressional Record..., 1937, p. 2815). En idéntico sentido, años después, el *Justice* William Brennan sostuvo que el hecho de que

resulta fundamental destacar que, por cuanto es imperativo constitucional que esta Corte sea “una” (art. [108]), el estudio y decisión de los procesos que atañen a su ministerio no puede estar asignado o limitado a sólo alguno de sus miembros. Ahora bien, síguense de ello dos consecuencias a cual más importante. La primera, que si el Tribunal debe actuar por la Constitución como una unidad, el aumento de sus componentes carece de todo influjo en la magnitud del ingreso de las causas a decidir. La restante, que, en tales condiciones, ese igual número de litigios deberá ser estudiado no por cinco sino por nueve jueces. Ambas conclusiones, obviamente, son demostrativas de que la suma de miembros para un órgano unitario no es un vehículo conducente para variar el ingreso de expedientes; ni para aliviar lo que constituye el quehacer primordial de los magistrados: resolver litigios; ni para agilizar el curso de los procesos.<sup>60</sup>

Si bien el foco de estas reflexiones está relacionado con la hipótesis del aumento de jueces de la Corte, sus argumentos son plenamente aplicables a la afectación de la unidad del tribunal que se produciría a través de su división en salas. De hecho, Rosatti (2017, p. 446) opina que la Acordada 44/89 invalidó la habilitación de la división de la Corte en salas dispuesta a través de la Ley 15271.<sup>61</sup>

En realidad, quienes afirman que no se rompe la unidad a través de su división en salas pretenden demostrar la cuadratura del círculo: si tengo un único tribunal con una función especial y lo divido en dos o más salas, esa unidad se pierde irremediamente. Esa objeción no se salva previendo excepciones parciales para el tratamiento de ese único tribunal en pleno para ciertos casos.<sup>62</sup> Olvidan, además, que la forma sigue a la sustancia y no al revés. Esto, que es obvio, no se aborda directamente, sino que simplemente se rechaza el argumento sin mayor análisis. Pero, aunque parezca una perogrullada, si divido uno por cualquier otro número natural, el resultado indefectiblemente es menor a uno.

Podría argumentarse que la mayoría de las cámaras de apelación del fuero federal se dividen en salas y, sin embargo, nadie objeta que esa división es

---

la Constitución asigne el poder judicial a solo una Suprema Corte impide que ese tribunal tome decisiones por comités, paneles o secciones (Brennan, 1960, p. 406).

60 Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Pronunciamiento sobre proyecto de ley modificatorio de la composición del Tribunal*, Fallos: 312:1513, p. 1515 (1989).

61 Esta opinión es compartida por Badeni y Ekmekdjian, quienes plantean que la Acordada 44/89 declaró inconstitucional la Ley 15271 en cuanto autoriza la división en salas. Cfr. Badeni (2010, p. 746) y Ekmekdjian (2016, p. 203).

62 Obviamente, sin ese supuesto, la propuesta de dividir a la Corte en salas suma más problemas: “Pensemos qué valor puede tener la decisión de un tribunal una de cuyas salas declara inconstitucional a la ley y la otra no. ¿Cuál es la doctrina definitiva? ¿Cuál es la opinión de la Corte? No lo sabemos” (Bianchi, 1988, p. 975).

inconstitucional. Sin embargo, esa objeción perdería de vista un hecho fundamental: así como la Constitución crea de forma expresa “una Corte Suprema de Justicia” en su artículo 108, también le reconoce expresamente al Congreso la atribución de establecer “los demás tribunales inferiores” en el territorio de la Nación. Dicho de otro modo, el margen de acción del Congreso para establecer y dividir “los demás tribunales inferiores” no existe en el caso de la Corte Suprema: se trata, insisto, del único tribunal que la propia Constitución establece. A pesar de conocer y considerar antecedentes como la Constitución de Cádiz de 1812 o, mucho más importante, la Constitución de 1826, el constituyente no siguió esos ejemplos. De hecho, los descartó y no autorizó ni previó la división en salas.<sup>63</sup> Además, de forma diametralmente opuesta a lo que ocurre con la Corte Suprema, la división en salas de las cámaras de apelación no viola norma constitucional alguna ni modifica la sustancia de esos tribunales inferiores.

Quienes rechazan este argumento sostienen que se basa en una interpretación meramente literal del artículo 108 de la Constitución. Sin embargo, ese cuestionamiento está lejos de ser suficiente. Si ese fuera el caso, no habría mucho que objetar. Más allá de las limitaciones que se considere que puede tener el método de interpretación literal o textualista, lo cierto es que la primera fuente de interpretación de cualquier texto legal es su letra. Y si la letra es clara, no cabe apartarse de ella: *A verbis legis non est recedendum*.<sup>64</sup> Pero ese no es el punto principal. El punto pasa por destacar que una interpretación que pretenda desconocer la letra de una norma clara tiene que estar debidamente justificada. No alcanza con impugnar una interpretación por el solo hecho de que se ajuste “literalmente” al texto constitucional. Se requiere un esfuerzo mucho mayor: por ejemplo, demostrar que respetar ese texto a rajatabla podría llevar a resultados absurdos,<sup>65</sup> o, en su defecto, que esa interpretación frustra la función original, la intención o el “espíritu” de la norma.<sup>66</sup>

Nada de eso ocurre en este caso. ¿Se llega a algún resultado absurdo por interpretar que cuando el artículo 108 de la Constitución se refiere a “una Corte Suprema de Justicia” no se la pueda dividir en salas? Obviamente no. La Corte Suprema ha funcionado así desde su instalación y así lo entendieron los constituyentes que participaron, ya sea como ministros o legisladores en la re-

---

63 Sobre la influencia de la Constitución de 1826 y la Constitución de Cádiz de 1812 en la Constitución Nacional, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, pp. 72-80 y pp. 107-137).

64 Cfr. Scalia y Garner (2012, pp. 56 y ss.).

65 Cfr. Scalia y Garner (2012, pp. 234 y ss.).

66 Cfr. Wurman (2017, pp. 18-19).

dación y consideración de los distintos proyectos de organización de la justicia federal y como jueces de la propia Corte. A pesar de ello, se pretende que esa interpretación no es aceptable por el solo hecho de que, en realidad, impide la propuesta interesada del intérprete.

Quienes proponen la división en salas omiten analizar cuál es el impacto que tiene la modificación de un tribunal que fue concebido para una función especial como es el caso de la Corte Suprema. Cualquier modificación en la estructura de la Corte tiene el potencial de alterar su función y también la de modificar la percepción de esa función por parte de abogados, litigantes, los propios jueces de la Corte e incluso de la población en general. Y no podría ser de otra forma, ya que no existe una estructura neutral para la Corte Suprema. Las diferentes estructuras que muestran los tribunales constitucionales en el mundo son un reflejo, precisamente, de las diferentes concepciones que se tienen acerca del rol que esos tribunales tienen en el sistema.<sup>67</sup>

Los partidarios de la división en salas también omiten considerar que no se concilia con otros artículos de la Constitución y no únicamente el artículo 108. Contradice, por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución en cuanto establece que “[l]a Corte Suprema dictará su reglamento interior”. Además de violar de forma idéntica el criterio de singularidad establecido por el artículo determinado “la”, lo cierto es que del texto constitucional se deduce que la organización interna de la Corte solo puede ser regulada por ella misma a través del dictado de su “reglamento interior”. Esa facultad es análoga a la prevista en el artículo 66 que establece que cada Cámara del Congreso dictará su reglamento.<sup>68</sup> En consecuencia, aun cuando se considere que es deseable la división en salas y se pretenda que las referencias a “una Corte” –en el artículo 108– o a “la” Corte Suprema –en el artículo 113– no son relevantes, lo cierto es que el Congreso no podría disponerla. Una lectura armónica de la Constitución obliga a concluir forzosamente que el Congreso no tiene esas facultades. En caso de que existieran, fueron asignadas por la Constitución a la propia Corte Suprema.

Frente a este planteo, podría argumentarse que el Congreso tiene efectivamente atribuciones para regular ciertos aspectos de la jurisdicción de la Corte y que, a través de esa facultad, podría disponerse la división en salas. Pero sería

---

67 Para profundizar el planteo, ver Robinson (2013, pp. 173 y ss.).

68 Montes de Oca (1896) explica que a través de este artículo se le acuerda a la Corte Suprema “el privilegio de dictar sus reglamentos, obedeciendo a consideraciones análogas a las que se han tenido en cuenta para dejar a cada cámara del congreso la prerrogativa de dictarse su reglamento especial” (p. 528).

un grave error conceptual: lo cierto es que la atribución del Congreso prevista en el artículo 117 de la Constitución de prescribir las reglas y excepciones de la jurisdicción apelada de la Corte Suprema no incluye ni se refiere a la estructura, organización o funcionamiento interno del tribunal, tampoco a la forma en la que esa jurisdicción será ejercida. Sostener lo contrario sería confundir el otorgamiento de la jurisdicción a un tribunal con el intento de regular la forma en la que los jueces ejercerán esa jurisdicción otorgada por la Constitución. Es decir, con la forma en la que los jueces ejercerán su principal atribución: ejercer el poder judicial (la “función judicial”) a la que se refiere el artículo 108 de la Constitución. Y, obviamente, no es lo mismo.<sup>69</sup> La división en salas es una forma subrepticia de regular tanto la estructura, la organización y el funcionamiento interno del tribunal como la forma del ejercicio del propio poder judicial (o “función judicial”) que la Constitución le otorga a la Corte Suprema. Pero el Congreso no puede hacerlo, ya que estaría violando el principio de la separación de los poderes.

Podría intentar replicarse que si el Congreso tiene la atribución de determinar la cantidad de jueces de la Corte Suprema podría también tener la de ordenar su división en salas. Sin embargo, esa atribución de determinar la cantidad de jueces de la Corte Suprema no surge como tal expresamente del texto constitucional. Surge, de forma implícita, del artículo 75, inciso 20 de la Constitución en cuanto establece que corresponde al Congreso “crear y suprimir empleos”.<sup>70</sup> Es evidente que esa facultad se limita a lo que dice: crear y suprimir empleos y no a regular la estructura, la organización, el funcionamiento interno o la forma en la que la Corte va a ejercer el “poder judicial” (o “función judicial”).

Quienes no aceptan este tipo de interpretación armónica y sistemática del texto constitucional, apelan a un último argumento: la Constitución no prohíbe expresamente esa división en salas. Se trata de un espejismo constitucional que pretende encontrar fundamento en los silencios de la Constitución. A través de una lectura ciertamente peculiar de esos silencios, se pretende derivar una autorización para hacer algo que no está prohibido expresamente. Al respecto, coincido con Arballo (2014) cuando plantea que

hay un modo de interpretación constitucional, muy de penalistas, que es el de creer que el legislador puede hacer *cualquier cosa que la CN no prohíba*. Pero eso

69 Cfr. Whilloughby (1929, Tomo I, pp. 40-41 y Tomo III, pp. 1623-1624).

70 Conforme lo previsto en el artículo 110 de la Constitución, el cargo de juez de la Corte Suprema es un “empleo”.

no funciona así. El legislador sólo puede hacer lo que la CN *le permite*. Y no habilita la división en Salas. Pensar en una Corte dividida en Salas es como pensar en un Congreso dividido en “subcámaras”, todas ellas con potestad de sancionar leyes. Del mismo modo que un diputado tiene derecho a votar en todas las leyes (y sería un escándalo que solo le dejaran votar en leyes de ciertos temas) un juez de la Corte –tal como está escrita la CN [Constitución Nacional]– tiene derecho a votar en todos los casos. (párr. 11)<sup>71</sup>

La Corte Suprema ha sostenido un criterio similar de forma constante a lo largo de su historia. En 1887, en el caso *Sojo*, afirmó que

el mandatario solo puede hacer aquello a que se halla expresa o implícitamente autorizado por su mandato, y este principio es el mismo que sirve de base a la interpretación de los poderes en el orden constitucional. Solo a las personas en el orden privado es aplicable el principio de que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no mande, ni privado de hacer lo que la ley no prohíbe; pero a los poderes públicos no se les puede reconocer la facultad de hacer lo que la Constitución no les prohíbe expresamente, sin invertir los roles respectivos de mandante y mandatario y atribuirles poderes ilimitados.<sup>72</sup>

En idéntico sentido, en 2013, en el caso *Rizzo*, el Alto Tribunal explicó que

ningún poder puede arrogarse mayores facultades que las que le hayan sido conferidas expresamente [...]. La regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares (artículo 19 de la Constitución Nacional), no de los poderes públicos. Estos, para actuar legítimamente, requieren de una norma de habilitación.<sup>73</sup>

En consecuencia, es una regla indiscutible que todos los poderes del Gobierno federal están sujetos al principio de que solamente pueden ejercer facultades que les hayan sido conferidas por la Constitución. Evidentemente, no es el caso de la división de la Corte Suprema en salas por decisión del Congreso: esa facultad no surge ni de forma expresa, ni de forma implícita ni puede derivarse de una lectura razonable y sistemática de nuestra Constitución.

La apelación a una fuente externa como el derecho comparado tampoco

71 Énfasis en el original.

72 *D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, Fallos: 32:120, p. 135 (1887).

73 *Rizzo*, Fallos 336:760, considerando 7º, p. 782 (2013).

sostiene la postura de quienes fomentan la división en salas. Nuestra Corte Suprema no es un tribunal de casación de estilo europeo, por el contrario, es un tribunal que fue calcado de su modelo estadounidense.<sup>74</sup> A la hora de acudir al derecho comparado, es fundamental tener en cuenta tanto los elementos determinantes como los elementos secundarios o “fungibles” de un sistema jurídico. El reconocimiento de esos elementos determinantes de un sistema permite extraer conclusiones válidas de la utilización del método comparativo. A través de esa distinción, el recurso al derecho extranjero como fuente de interpretación puede ser realizado válidamente, evitando la microcomparación, que no presta debida atención y soslaya las diferencias ideológicas y teleológicas entre los distintos ordenamientos jurídicos.<sup>75</sup>

Esta técnica para la utilización del derecho comparado impide utilizar erróneamente modelos extranjeros con elementos determinantes distintos de los del ordenamiento local y, por lo tanto, inaplicables en el contexto del derecho nacional. Una comparación útil es posible solamente si las instituciones legales extranjeras a las cuales se recurre cumplen una función similar a la que tienen en el ordenamiento jurídico local. De lo contrario, la utilización del derecho extranjero llevará a conclusiones falsas o inaplicables en nuestro país. Sin embargo, esta realidad tan evidente ha sido obviada en este caso, en especial en aquellos que recurrieron a modelos extranjeros que nada tienen que ver con nuestro sistema constitucional como un intento de armar un soporte argumental en favor de la propuesta de división en salas. Por ello, es que el análisis en esos casos pudo llegar a asimilar desacertadamente, y sin más que por elementos secundarios (fungibles), a sistemas jurídicos que intrínsecamente no se corresponden entre sí.<sup>76</sup>

Estas advertencias no fueron tenidas en cuenta por quienes defendieron la división de la Corte en salas apelando al derecho comparado. Basta ver, por ejemplo, que el diputado Manuel Argañaraz puso como ejemplo a Francia, y que a la hora de elaborar la Ley 15271 se tomaron como antecedentes del

---

74 Al respecto, son terminantes las referencias durante el debate de la Ley 182 de la Confederación por parte de exconvencionales constituyentes de 1853, como Martín Zapata (sesión del 18 de agosto de 1857, *Diarios de Sesiones...*, 1857, pp. 221-224), Juan del Campillo (sesión del 12 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones...*, 1891, p. 512), Facundo Zuviría (sesión del 12 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones...*, 1891, p. 519) y Juan María Gutiérrez (sesión del 14 de julio de 1858, *Congreso Nacional. Actas de las sesiones...*, 1891, p. 522).

75 En este punto, sigo las enseñanzas de Constantinesco (1971, pp. 263-270).

76 También se suele incurrir en el vicio opuesto: anotar solo las diferencias exteriores, no obstante la coincidencia absoluta que existe en los puntos nodales (elementos determinantes) de la estructura

derecho comparado a países como Colombia, Costa Rica, Venezuela y México. Ninguno de esos países tiene un diseño del Poder Judicial compatible con el nuestro. Algo similar, aunque exacerbado, ocurre con quienes simplemente apelaron a la existencia de “prestigiosos tribunales supremos europeos y americanos [que] operan de este modo, con éxito y reputación” (Sagüés, 2017, p. 414) para justificar la constitucionalidad de la división en salas. Ni el éxito ni la reputación de esos tribunales son excusas válidas para imitarlos sin más, dejando de lado las claras diferencias determinantes y estructurales de diseño y evolución constitucional en cada caso.<sup>77</sup>

Más allá de la evidente falta de similitud con nuestro sistema constitucional, existe otro aspecto fundamental ignorado por quienes defendieron la división en salas apelando a ejemplos del derecho comparado: los países citados como fundamento de ese tipo de propuestas tenían cortes divididas en salas porque así lo disponía expresamente el texto de sus constituciones. Así ocurrió en el caso de la Ley 15271. A modo de ejemplo, la Constitución de Colombia de 1886 previó la división en salas de su Corte Suprema a partir de la reforma introducida por el acto legislativo N° 3 del 31 de octubre de 1910, que en su artículo 35 establecía: “La Corte Suprema de Justicia se compondrá de nueve Magistrados. La ley la dividirá en Salas, señalará a cada una de ellas los asuntos de que debe conocer separadamente, y determinará aquellos en que deba intervenir toda la Corte” (Segovia, 1914, p. 209). El propósito declarado de la reforma era sentar las bases “para la organización de la Corte Suprema Justicia como Tribunal ordinario y Tribunal de casación”.<sup>78</sup>

Algo similar ocurre con el caso de Costa Rica. A instancias del proyecto de nueva constitución impulsado por la Junta de la Segunda República, el Poder Judicial sufrió modificaciones importantes que fueron reflejadas en la Constitución de 1949.<sup>79</sup> El artículo 157 de la nueva constitución de Costa Rica dispuso que “[l]a Corte Suprema de Justicia estará formada por diecisiete Magistrados elegidos por la Asamblea Legislativa, la cual integrará las diversas Salas que indique la ley” (Sáenz Carbonell y Masís Pinto, 2006, p. 267).

En Venezuela, la Constitución de 1961 establecía en su artículo 212 que: “La Corte Suprema de Justicia funcionará en Salas, cuya integración y competencia será determinada por la ley. Cada Sala tendrá, por lo menos, cinco Magistrados” (Ayala

---

filosófica e ideológica de los sistemas en estudio. Cfr. Andruet (1996, p. 1137).

77 Esas diferencias han sido expuestas en detalle en Nogueirá Alcalá (2005, pp. 84-167).

78 Cfr. Segovia (1914, p. 36).

79 Al respecto, ver Sáenz Carbonell y Masís Pinto (2006, pp. 259-265).

Corao, 1997, pp. 385 y ss.). A su vez, en México, la Constitución prevé expresamente la división de su corte en salas desde la reforma constitucional de 1928.<sup>80</sup>

Desconozco las razones por las que semejantes diferencias no fueron siquiera consideradas por quienes citaron esos antecedentes, dado que nunca fueron explicitadas, especialmente al momento de sancionarse la Ley 15271. Sin embargo, es evidente que se trata de un aspecto central e insoslayable que debió haber sido abordado. Es más, podría argumentarse a partir de esos mismos ejemplos que la adopción de la división en salas requeriría, al igual que esos países, de una disposición constitucional expresa que la autorizara o dispusiera concretamente. En consecuencia, la apelación a los casos de Colombia, Costa Rica, Venezuela y México demostraría que para poder impulsar la división en salas de la Corte Suprema en nuestro país, sería necesaria una reforma constitucional a través del mecanismo previsto en el artículo 30 de la Constitución Nacional.

Finalmente, quienes proponen una división en salas “temáticas” para organizar el funcionamiento de la Corte en una sala civil, una penal, etc. soslayan dos obstáculos constitucionales que demuestran en forma contundente la inconstitucionalidad de la propuesta. Los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional establecen la competencia de la Corte Suprema. Por un lado, determinan de manera taxativa cuál es la competencia originaria de toda la Corte. Limitar el ejercicio de esa competencia a una sala del Tribunal implica un apartamiento claro y evidente de la letra clara de la Constitución. La competencia originaria tiene origen constitucional y no puede ser modificada por el Congreso en ningún caso. Adviértase que en ejercicio de esa competencia, la Corte Suprema decide casos en los que no se debaten cuestiones constitucionales. Su intervención en instancia única está motivada por las partes intervinientes.

Esta objeción no se salva disponiendo que la Corte Suprema funcione en pleno en los casos en los que tiene que ejercer la competencia originaria. La razón, una vez más, es evidente: nuestra Constitución también le atribuye la competencia por apelación a toda la Corte Suprema y no a una parte de esta. Que la Constitución haya facultado al Congreso a establecer las reglas y excepciones correspondientes solo implica el poder de determinar en qué casos la Corte Suprema puede ejercer esa jurisdicción. Pero limitar el ejercicio de su competencia jurisdiccional a una porción del Tribunal implica una violación notoria de las atribuciones de la Corte.

A eso se le suma que la división en salas implicaría convertir al Tribunal en

---

80 Ver <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf>.

una magistratura de casación, en franca violación del federalismo. Concretamente, violaría la reserva prevista en los artículos 75, inciso 12<sup>81</sup> y 116<sup>82</sup> que disponen que la aplicación e interpretación del derecho común, es decir, de los códigos de fondo, corresponde a la justicia provincial.<sup>83</sup> Esa es la razón por la que muchos de los tribunales superiores de justicia provinciales están divididos en salas y así lo reconocen sus propias constituciones. Pero la Corte Suprema no es un tribunal de derecho común, mucho menos un tribunal de casación al estilo francés. En consecuencia, a la luz del diseño de nuestro sistema constitucional, no corresponde a la Corte Suprema la unificación de la jurisprudencia en cuestiones de derecho común. Así lo reconoció la propia Corte en *Casal*:

Que el llamado *objetivo político* del recurso de casación, sólo en muy limitada medida es compatible con nuestro sistema, pues en forma plena es irrealizable en el paradigma constitucional vigente, dado que no se admite un tribunal federal que unifique la interpretación de las leyes de derecho común y, por ende, hace inevitable la disparidad interpretativa en extensa medida. La más fuerte y fundamental preocupación que revela el texto de nuestra Constitución Nacional es la de cuidar que por sobre la ley ordinaria conserve siempre su imperio la ley constitucional. Sólo secundariamente debe admitirse la unificación interpretativa, en la medida en que la racionalidad republicana haga intolerable la arbitrariedad de lesiones muy groseras a la igualdad o a la corrección de interpretaciones

- 
- 81 Artículo 75, inciso 12, CN: “Corresponde al Congreso: [...] 12. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, **sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones**; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina: así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”. El destacado me pertenece.
- 82 Artículo 116, CN: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, **con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75**: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”. El destacado me pertenece.
- 83 Así es que el artículo 15 de la Ley 48 dispone que: “Cuando se entable el recurso de apelación que autoriza el artículo anterior, deberá deducirse la queja con arreglo a lo prescripto en él, de tal modo, que su fundamento aparezca de los autos y tenga una relación directa e inmediata a las cuestiones de validez de los artículos de la Constitución, leyes, Tratados o comisiones en disputa, quedando entendido, que la interpretación o aplicaciones que los tribunales de provincia hicieren de los códigos Civil, Penal, Comercial y de Minería, no dará ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inciso 11, artículo 67 [hoy inciso 12 del artículo 75] de la Constitución”.

carentes de fundamento. Pero resulta claro que no es lo que movió centralmente a los constituyentes a la hora de diagramar el sistema judicial argentino.<sup>84</sup>

Este principio, varias veces olvidado en la práctica por la propia Corte, es un pilar fundamental de nuestra organización constitucional. Spota (2001) sostenía con acierto que “este desarrollo de la dinámica operativa de la vida judicial argentina, va totalmente a contramano del origen y naturaleza del control de constitucionalidad” (p. 21).

En ese mismo sentido, Ramírez Calvo (2010) observa con lucidez que

[l]a facultad del Congreso de la Nación de sancionar los códigos de fondo uniformes para todo el país, no implica alteración de las jurisdicciones provinciales. [...] La correcta interpretación, acorde con el sistema de la Constitución, es que se trata de leyes locales sancionadas por el Poder Legislativo Federal. Eso implica que su interpretación corresponde a los tribunales locales, como cualquier otra norma provincial. El error radica en suponer, muy en línea con nuestras convicciones imperiales heredadas de Francia a través de España, que la interpretación de esos códigos debe ser uniforme en todo el país. La Constitución no prevé eso, sino que, por el contrario, admite [...] distintas interpretaciones de acuerdo con cada jurisdicción local. (pp. 473-474)

La división “temática”, además, alentaría a futuro la designación de jueces con perfiles de especialistas en ramas del derecho común. De esta forma, se forzaría indebidamente una mutación del rol de la Corte Suprema, que dejaría de ser cabeza de uno de los tres poderes del Gobierno federal y último intérprete de la Constitución Nacional para convertirse en un tribunal de alzada multi-fuero, dividido por materias.

Esta última objeción podría sortearse a través de una división a secas, con salas de idéntica competencia. Sin embargo, esa división no despeja el resto de los problemas constitucionales que señalé previamente. Además, como bien señala Arballo (2014), aparece “la posibilidad de que haya criterios distintos en la Corte en temas análogos, generando inseguridad jurídica y obligando a que se dicten ‘plenarios’, lo que lastra bastante la practicidad supuesta en la división” (párr. 16).

En definitiva, pese a lo atractivo de la sencillez del esquema de segmentación de tareas que se pretende imponer con la división en salas, lo cierto es que la Corte dividida dejaría de ser “la Corte Suprema de Justicia” a la que se refiere nuestra Constitución para transformarla en una simple corte de casación, uni-

---

84 *Matías Eugenio Casal y otro*, Fallos: 328:3399, considerando 13º, pp. 3430-3431 (2005). Énfasis en el original.

ficadora de la jurisprudencia. Estaríamos intentando solucionar un problema a costa de desdibujar institucionalmente al Alto Tribunal y, así, el remedio sería peor que la enfermedad.<sup>85</sup>

¿Estas objeciones implican estar obligados a mantener la situación actual de sobrecarga de trabajo en el que la Corte aparece entre dos desfiladeros?<sup>86</sup> Por supuesto que no. Podríamos ver, por ejemplo, qué se hizo en el país cuyas instituciones tomamos como modelo. Tal como sostuvo Félix Frankfurter (1939), la idea de aumentar el número de jueces de la Suprema Corte o dividirla en salas se propuso en algunas oportunidades a fines del siglo XIX en los Estados Unidos, también sin éxito:

De forma recurrente se instaron variantes de la propuesta de aumentar el número de miembros de la Corte para hacer frente al aumento de sus actividades después de la Guerra Civil. Así, se propuso un mayor número de miembros de la Corte, en un rango de quince a veinticuatro, a fin de permitir turnos en las sesiones de la Corte o trabajar por divisiones permanentes. Los casos de Inglaterra y Francia fueron citados como ejemplos de tales esquemas de organización judicial, y algunos de los estados de los Estados Unidos han aprovechado su experiencia. Pero cualquiera de estos dispositivos sería fatal para las funciones especiales de la Corte Suprema. Un cambio de integrantes de forma contemporánea acentuaría desastrosamente el factor personal en las sentencias constitucionales, y las salas judiciales dentro de la Corte Suprema requerirían un mecanismo para ajustar los conflictos entre esas salas. Felizmente, estos dispositivos nunca llegaron a ser implementados. Pero su propuesta persistente retrasó el único remedio eficaz. No fue sino hasta 1891 que el Congreso aprobó la legislación necesaria. En lugar de aumentar el tamaño de la Corte, se disminuyó su actividad. (pp. 28-29)<sup>87</sup>

Transitar un camino similar para llegar gradualmente a una normativa aná-

---

85 Cfr. Rosales Cuello (1993, p. 994).

86 Cfr. Rosatti (2018, p. 986).

87 “Variants of the proposal to increase the membership of the Court for dealing with the increase of its business after the Civil War were recurrently urged. Thus a larger membership of the Court was proposed, ranging from fifteen to twenty-four, so as to permit shifts in the sittings of the Court or work by standing divisions. England and France were cited as examples of such schemes of judicial organization, and their experience has been drawn upon by some of the states of the United States. But either of these devices would be fatal for the special functions of the Supreme Court. A contemporaneously shifting personnel would disastrously accentuate the personal factor in constitutional adjudications, and divisional courts within the Supreme Court would require a mechanism for adjusting conflicts among the divisions. Happily these devices never attained enactment. But their persistent advocacy delayed the only efficacious remedy. Not till 1891 did Congress pass the requisite legislation. Instead of increasing the size of the Court, it decreased its business” (Frankfurter, 1939, pp. 28-29).

loga a la que regula actualmente la competencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sería mucho más inteligente.<sup>88</sup> No solo atacaría de raíz el problema de la sobrecarga de trabajo, sino que, además, lo haría respetando el estatus constitucional que le corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como cabeza de uno de los tres poderes del Gobierno federal.

## 5. Conclusión

La división de la Corte Suprema en salas tiene serios obstáculos constitucionales. Además, es una mala idea que no aporta beneficios claros y que tiene el costo altísimo de forzar de forma evidente a la Constitución. Esa división no soluciona el problema de sobrecarga de trabajo de la Corte, como se pretende. Por el contrario, se corre el riesgo de generar una supuesta solución (que no es tal) para los casos menos relevantes y, como contrapartida, profundizar el problema al sumar demoras en los casos más importantes, que tendrán que ser revisados por un mayor número de jueces.<sup>89</sup>

Esta idea no solo es contraria a la Constitución, sino que desnaturaliza el rol constitucional de la Corte Suprema como guardiana de la Constitución. No solo la desvía del foco principal de atender casos trascendentes desde una perspectiva constitucional, sino que la convierte en un tribunal más, en una instancia adicional que dilatará los juicios y a la que todo litigante aspirará a llegar de una u otra forma. Multiplicar la Corte por dos, por tres o por cinco inducirá a más litigantes a tratar de revertir sentencias desfavorables, agravando así el problema que supuestamente se quiere solucionar.<sup>90</sup> Guste o no, el rol principal de la Corte Suprema no es el de corregir los errores de otros tribunales.<sup>91</sup>

---

88 Ver, al respecto, entre otros, Frankfurter y Landis (1928, p. 1); Sternberg (2008, p. 1).

89 Para profundizar los problemas e inconvenientes de índole de práctico que se generarían en caso de dividir a la Corte Suprema en salas, sugiero ver el excelente trabajo de Ratti y Díaz Solimine (2020).

90 La Corte Suprema denunció la alteración de su rol institucional como consecuencia de la expansión de casos en el contexto de reclamos previsionales: “no puede negarse la evidencia empírica que demuestra que la vigencia del procedimiento establecido por el art. 19 [de la Ley 24463] en cuestión ha tenido como consecuencia una gran expansión en el ámbito de competencia de la Corte, tanto en el aspecto cuantitativo como en la diversidad de temas fácticos y jurídicos que ha debido abordar, con la consiguiente alteración del rol que venía cumpliendo como intérprete final de la Constitución Nacional para adaptar su funcionamiento, cada vez en mayor medida, al de un tribunal de instancia común” (*Mabel Itzcovich v. ANSES*, Fallos: 328:566, considerando 8º, p. 581, 2005). Tal como sostuvo la Jueza Carmen M. Argibay, “[t]al expansión cuantitativa y cualitativa entorpece y afecta el eficaz cumplimiento de su función de custodio e intérprete último de la Carta Magna, a punto tal que el rol institucional que le ha sido encomendado se ha visto totalmente desdibujado en los últimos años” (Fallos: 328:566, considerando 4º, p. 610).

91 “The function of the Supreme Court is conceived to be, not the remedying of a particular litigant’s wrong, but the consideration of cases whose decision involves principles, the application of which

Desde la perspectiva del federalismo, la división en salas temáticas infringiría la competencia otorgada a la Corte Suprema en los artículos 116 y 117 y la convertiría en un tribunal de casación de derecho común, en violación directa de lo que establece la Constitución Nacional en materia de distribución de jurisdicción y competencias. Eso, que alguna vez estuvo muy claro, hoy parece haberse olvidado en nuestro país. Sin embargo, es indispensable pensar y diseñar cualquier reforma a la Corte Suprema a partir de (y no a pesar de) nuestro diseño constitucional. En lo que se refiere al Poder Judicial federal en general y a la Corte Suprema en particular, seguimos de forma directa el modelo de la Constitución de los Estados Unidos. Por eso, no deja de sorprender que se pase por alto que los sistemas que se citan en apoyo de la división en salas, en especial los europeos y de algunos países americanos, se apartan ostensiblemente de ese modelo. Del mismo modo, llama la atención que se cite el caso de las provincias que tienen tribunales superiores divididos en salas sin reparar en que, bajo nuestro sistema constitucional, su actividad principal es, precisamente, la aplicación del derecho común.

Zavalía (1941) recordaba que en Francia, que ha servido de ejemplo a la mayoría de esos tribunales, “la administración de justicia no es un *poder*, como en Estados Unidos y la República Argentina, sino una simple rama o dependencia del Poder Ejecutivo” (p. 304, nota al pie 12).<sup>92</sup> En ese mismo sentido, Spota (1995) afirmaba:

En Europa no hubo, como que no hay todavía hoy realmente poder judicial. El principio de supremacía constitucional es operado por los tribunales constitucionales, que no integran la judicatura. Hay simplemente administración de justicia. [...] Poder judicial existe en aquellas estructuras políticas en las que los jueces tienen la capacidad para declarar la inconstitucionalidad de normas o actos del Poder Ejecutivo y, como consecuencia de ello, marginar la aplicación de unas y de otros. (p. 1366)

También llama la atención que aquellos que proponen hoy este tipo de medidas no reparan en que el Congreso, hace escasos 14 años, decidió reducir a cinco la cantidad de integrantes de la Corte Suprema en 2006 a través de la Ley 26183. Y lo hizo para dar una señal, poner un punto de inflexión y volver al camino histórico anterior a 1958, es decir, anterior a la sanción de la Ley

---

are of wide public or governmental interest, and which should be authoritatively declared by the final court” (Taft, 1925, p. 2). En similar sentido, ver Breyer (2006, p. 92).

92 Énfasis en el original.

15271.<sup>93</sup> Esa reducción en la integración de la Corte Suprema se alcanzó recién en octubre de 2014, luego del fallecimiento de los jueces Carmen Argibay y Enrique Petracchi. ¿Hubo alguna situación inusual en los últimos años que obligue a improvisar un drástico aumento de jueces de la Corte para poder dividirla en salas a pesar de todos los problemas constitucionales y de orden práctico que señalé? Es evidente que no. Si se quiere atacar de raíz el problema del innegable descontrol de casos que tiene la Corte desde hace varios años, no hay que aumentar la cantidad de jueces, sino disminuir su actividad. En este punto, Frankfurter (1939) tiene razón.

En definitiva, a la luz de nuestros antecedentes históricos y de la composición actual de la Corte Suprema, la idea de dividirla en salas parece un experimento forzado de un sector minoritario que, de forma consciente o no, pretende transformar a uno de los tres poderes del Gobierno federal y alterar su estatus y jerarquía, que es igual a la del presidente y a la del Congreso. Se parece demasiado a un Caballo de Troya que intenta maquillar el verdadero objetivo que se propone alcanzar: justificar, con argumentos más o menos sofisticados, un innecesario aumento de jueces en la Corte Suprema para poder someterla y controlarla. Es un canto de sirenas que tiene un riesgo enorme y demasiado conocido en nuestro país. Al final del camino, no vamos a mejorar la Corte. Al contrario, la convertiremos, como hicimos tantas veces, en un tribunal adicto que, indefectiblemente, traicionará su rol de guardián de la Constitución.

## Bibliografía

- Aja Espil, J. A. (1964). Consideraciones sobre el proyecto de reorganización de la Corte Suprema. *Jurisprudencia Argentina, Doctrina*, 1964-IV, 70-74.
- Andruet, A. S. (h) (1996). Crítica filosófica a la teoría del Derecho Comparado. *Anuario de Derecho Civil*, 49(3), 1133-1146.
- Arballo, G. (1 de noviembre de 2014). Sobre la posibilidad de una Corte Nacional dividida en “salas”. *Saber Derecho*. <http://www.saberderecho.com/2014/11/sobre-la-posibilidad-de-una-corte.html>.
- Ayala Corao, C. M. (1997). La justicia constitucional en Venezuela. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (1), 379-408.
- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (3ª ed., Tomo III). Buenos Aires: La Ley.

---

93 Ver discurso de la senadora Fernández de Kirchner (Diario de Sesiones..., 2006, p. 38, sesión ordinaria del 22 de noviembre de 2006).

- Barcesat, sobre la reforma judicial: “Nada de lo que está en este proyecto lesiona la constitución nacional”. (18 de agosto de 2020). *Ámbito*. <https://www.ambito.com/politica/justicia/barcesat-la-reforma-judicial-nada-lo-que-esta-este-proyecto-lesiona-la-constitucion-nacional-n5125682>.
- Berçaitz, M. A. (1988). La Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho*, 126-859.
- Bianchi, A. B. (1988). La Corte dividida en salas (¿Una Corte o muchas Cortes?). *El Derecho*, 126-971.
- Bidart Campos, G. J. (1967) *El derecho constitucional del poder* (Tomo II). Buenos Aires: Ediar.
- Bielsa, R. (1958). Número de jueces de la Corte Suprema de Justicia. *La Ley*, 92-319.
- Brennan, W. Jr. (1960). State Court Decisions and the Supreme Court. *Pennsylvania Bar Association Quarterly*, 31(4), pp. 393-407.
- Breyer, S. G. (2006). Reflections on the Role of Appellate Courts: A View from the Supreme Court. *Journal of Appellate Practice and Process*, 8(1), 91-100.
- Collantes de Terán de la Hera, M. J. (2006). *La Administración de Justicia en la época constitucional (1812-1936)*. Cuenca: Alfonsópolis.
- Constantinesco, L. J. (1971). *Rechtsvergleichung* (Tomo I). Saarbrücken: Carl Heymanns Verlag.
- Davies, R. E. (2006). A Certain Mongrel Court: Congress’s Past Power and Present Potential to Reinforce the Supreme Court. *Minnesota Law Review*, 90(3), 678-726.
- Doerfler, R. D. y Moyn, S. (2021). Democratizing the Supreme Court. *California Law Review*, 109, 1-71.
- Eduardo Freiler: “Extender la Corte Suprema a un gran número de jueces divididos por salas especializadas”. (2 de agosto de 2020). *Radio Gráfica*. <https://radiografica.org.ar/2020/08/02/eduardo-freiler-extender-la-corte-suprema-a-un-gran-numero-de-jueces-divididos-por-salas-especializadas/>.
- Ekmekdjian, M. A. (2016). *Tratado de Derecho Constitucional* (3ª ed., Tomo V, actualizada por P. Manili). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Frankfurter, F. (1939). The Supreme Court of the United States. En Mac Leish, A. y Prichard, E. F., (Eds.), *Law and Politics. Occasional Papers of Felix Frankfurter. 1913-1938*. Nueva York: Harcourt, Brace & Co.
- Frankfurter, F. y Landis, J. M. (1928). The Supreme Court under the Judiciary Act of 1925. *Harvard Law Review*, 42(1), 1-29.
- Frontera, C. G. (1995). La reforma constitucional como objetivo de la Revolución de 1930. *Revista de Historia del Derecho*, (23), 95-154.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: LexisNexis.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2008). *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Salta: Virtudes.
- Giménez Bonet, A. B. (1947). *La Constitución de 1826*. Buenos Aires: Centro de Historia Mitre.
- Guthrie, C. y George, T. E. (2008). “The Threes”: Re-Imaging Supreme Court Decisionmaking. *Vanderbilt Law Review*, 61, 1825-1860.
- Hart, H M. y Weschler, H. (1953). *The Federal Courts and the Federal System*. Brooklyn: The Foundation Press, Inc.
- Ibarguren, C. (1948). *La reforma constitucional. Sus fundamentos y estructura*. Buenos Aires: Valerio Abeledo.

- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Tomo 9). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Montes de Oca, M. (1896). *Lecciones de derecho constitucional* (Tomo II). Buenos Aires: Imprenta La Buenos Aires.
- Mussolini, B. (1941). *El espíritu de la revolución fascista*. Buenos Aires: Litterae.
- Nogueirá Alcalá, H. (2005). *La Justicia y los Tribunales Constitucionales de Indoiberoamérica del Sur. En la alborada del Siglo XXI*. Santiago: LexisNexis.
- Oyhanarte, M. (h). (2013). La Corte del 60: Poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966). En Santiago, A. (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina* (Tomo II). Buenos Aires: Marcial Pons.
- Quesada Zapiola, C. (Rec.). (1948). *Catálogo de la documentación referente a las relaciones diplomáticas entre Estados Unidos de América y la República Argentina. 1810-1830*. Archivo General de la Nación. Buenos Aires: Guillermo Kraft Ltda.
- Ramella, P. A. (2008). Tribunales constitucionales. En Linares Quintana, S. V., Fayt, C. S., Badeni, G., Bianchi, A. B., Maraniello, P. A. y Carnota, W. F. (Dir.), *Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales* (Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Ramírez Calvo, R. (2010). El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia. Una evaluación en perspectiva comparativa. En Manili, P. L., *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* (Tomo III). Buenos Aires: La Ley.
- Ratti, F. S. y Díaz Solimine, I. (5 de noviembre de 2020). ¿Conviene dividir la Corte en salas? Problemas en torno al precedente. *El Dial. Suplemento de Derecho Constitucional*. <https://www.eldial.com/nuevo/suple-constitucional.asp>.
- Ravignani, E. (1927). *Historia constitucional de la República Argentina* (Tomo III). Buenos Aires: Casa Jacobo Peuser.
- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo III). Buenos Aires: Casa Jacobo Peuser.
- Robinson, N. (2013). Structure Matters: The Impact of Court Structure on the Indian and the U.S. Supreme Courts. *The American Journal of Comparative Law*, 61, 173-208.
- Romero, C. E. (1976). *Derecho Constitucional (Realidad política y ordenamiento jurídico)* (Tomo II). Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía.
- Rosales Cuello, R. (1993). Un tribunal necesario (factible creación de un tribunal para el control de las sentencias viciadas de arbitrariedad). *La Ley*, 1993-E, 994.
- Rosatti, H. (2017). *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Rosatti, H. (2018). La Corte Suprema. Entre Escila y Caribdis. *La Ley*, 2018-B, 986.
- Sáenz Carbonell, J. F. y Masís Pinto, M. (2006). *Historia de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*. San José: Editorama.
- Sagüés, N. P. (2017). *Derecho constitucional* (Tomo 2). Buenos Aires: Astrea.
- Sampay, A. E. (1949). *La Reforma Constitucional*. La Plata: Biblioteca Laboremus.
- Scalia, A. y Garner, B. A. (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. St. Paul: Thomson/West.
- Seco Villalba, J. A. (1943). *Fuentes de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- Segovia, L. (1914). *Historia de las leyes. Acto legislativo número 3 de 1910*. Cartagena: Imprenta Nacional.

- Sehinkman, D. (1 de noviembre de 2014). Políticos en el diván / Primera sesión. León Arslanian: “La Corte se podría ampliar a nueve miembros, me parece”. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/politica/sin-titulo-nid1740512/>.
- Sevilla Andrés, D. (1969). *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España* (Tomo I). Madrid: Editora Nacional.
- Spota, A. A. (1995). El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional. *La Ley*, 1995-D, 1366.
- Spota, A. A. (2001). *Recurso Extraordinario*. Buenos Aires: La Ley.
- Sternberg, J. (2008). Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court. *Journal of Supreme Court History*, 33, 1-16.
- Taft, W. H. (1925). The Jurisdiction of the Supreme Court under the Act of February 13, 1925. *Yale Law Journal*, 35, 1-12.
- Valenzuela Beltrán, R. J. (1967). El Poder Judicial de la Constitución de 1826. *Lecciones y Ensayos*, (34), 45-64.
- Whilloughby, W. W. (1929). *The Constitutional Law of the United States* (Tomos I y III). Nueva York: Baker, Voorhis & Co.
- Wurman, I. (2017). *A Debt Against the Living. An Introduction to Originalism*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Zaffaroni propone una Corte Suprema “de 15 jueces, dividida en 5 salas especializadas”. (17 de julio de 2020). *IProfesional*. <https://www.iprofesional.com/politica/319804-zaffaroni-propone-una-corte-suprema-de-15-jueces-en-5-salas>.
- Zavalía, C. (1941). *Derecho Federal* (3ª ed., Tomo I). Buenos Aires: Cía. Argentina de Editores.

## Fuentes

- Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente el 24 de diciembre de 1826 y el Manifiesto que se remite a los pueblos para su aceptación (1826). Buenos Aires: Imprenta del Estado.
- Congreso Nacional. Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858 (1891). Buenos Aires: Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Congressional Record. Proceedings and Debates of the First Session of the Seventy-Fifth Congress. Vol. 81 – Part 3 (1937). Washington, DC: United States Government Printing Office.
- Debates in the Congress of the United States, On the Bill for Repealing the Law “For the More Convenient Organization of the Court Of the United States;” During the First Session of the Seventh Congress, And a List of the Yeas and Nays on that Interesting Subject (1802). Albany: Whiting, Leavenworth & Whiting.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 5ª sesión de prórroga, 29/11/1901.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 23ª sesión de prórroga, 28/12/1901.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 86ª reunión, 12/01/1960.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 87ª reunión, 13/01/1960.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 81ª reunión, 3/02/1960.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, Boletín N° 416, 28ª reunión, 25ª sesión ordinaria, 22/11/2006.
- Diarios de Sesiones de la Cámara de Senadores, Número 43, 40ª sesión ordinaria, 18/08/1857.

- La obra de la Revolución. Reseña sintética de la labor desarrollada. 6 de septiembre de 1930-1931 (s.f.). Buenos Aires: Talleres Gráficos Linari.
- Manifiesto del Excmo. Señor Presidente del Gobierno Provisional de la Nación, Teniente General don José F. Uriburu, del 1 de octubre de 1930. En *Documentos Iniciales de la Revolución*, Buenos Aires (1930).
- Organización y Competencia de la Corte Suprema de Justicia. Consideración por el Honorable Senado del mensaje y proyecto de ley del Poder Ejecutivo en las sesiones de los días 13/14 y 14/15 de agosto de 1964 (1964). Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.
- Proyecto de ley presentado por los senadores Marcelo Fuentes, Virginia M. García, Silvina García Larraburu, Juan Irrazábal, María Labado, Mirtha M. T. Luna, Anabel Fernández Sagasti, María Pilatti Vergara, Inés I. Blas, Ruperto Godoy, Ana C. Almirón, Hilda C. Aguirre de Soria, María de los Ángeles Sacnun y Nancy González en 2016. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1967.16/S/PL>.
- Proyecto de ley presentado por los senadores Norma Durango, Juan Manuel Abal Medina, Marina Riofrio, Sigrid Kunath, María Graciela de la Rosa y Beatriz G. Mirkin de Alperovich, en 2016. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/2039.16/S/PL>.
- Texto original de la Constitución de México de 1917 y de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 al 1 de junio de 2009. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2802/8.pdf>.

## Legislación citada

- Decreto 635/2020, BO 30/07/2020. <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/232757/20200730>.
- Ley 15271, BO 9/02/1960. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNormado?id=114501>.

## Jurisprudencia citada

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- D. Eduardo Sojo, por recurso de Habeas Corpus, contra una resolución de la H. Cámara de Diputados de la Nación*, Fallos: 32:120 (1887).
- Aumento del número de jueces de la Corte Suprema*, Fallos: 241:112 (1958).
- S.A. Alejandro Bianchi y Cía. v. Nación Argentina*, Fallos: 248:398 (1960).
- Julio Goldberg v. Orbe Films*, Fallos: 248:442 (1960).
- Consulta de la Comisión de Interior y Justicia del H. Senado de la Nación*, Fallos: 259:214 (1964).
- Santiago Cardoso v. Ernestina Magna Sánchez de Llano y otros*, Fallos: 262:300 (1965).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pronunciamiento sobre proyecto de ley modificatorio de la composición del Tribunal*, Fallos: 312:1513 (1989).
- Mabel Itzcovich v. ANSES*, Fallos: 328:566 (2005).
- Matías Eugenio Casal y otro*, Fallos: 328:3399 (2005).
- Rizzo*, Fallos: 336:760 (2013).

# LA CORTE SUPREMA COMO TITULAR DE PODER REGLAMENTARIO<sup>1</sup>

---

**Estela Sacristán**

Universidad Austral

es@bgcv.com.ar

**Recibido:** 4/11/2020

**Aceptado:** 18/11/2020

## Resumen

Durante 2020, en medio de la pandemia originada por el virus COVID-19, se ha generado una preocupación de la rama ejecutiva de gobierno por la detección de problemas de funcionamiento en la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Ello podría propiciar iniciativas legislativas acordes. Empero, estimamos que la propia competencia reglamentaria de ese Tribunal basta para llevar a cabo las tareas de autodiagnóstico e implementación de soluciones enderezadas a sobrellevar muchos de los problemas que pueden visualizarse en el trabajo interno de la Corte Suprema. A los fines de sustentar la propuesta, en el presente artículo se indaga en las fuentes de rango constitucional e infraconstitucional de la mencionada potestad, a los fines de delinearla, fijar sus limitaciones y precisar, en el caso de estas últimas, sus dos vertientes delegantes posibles: (i) leyes que establezcan estructuras y sus competencias; y (ii) leyes que fijen los procedimientos. A partir de allí, se repasa en la experiencia comparada y se propician las conclusiones finales.

**Palabras clave:** Corte Suprema de Justicia de la Nación, potestad reglamentaria, delegación.

## The Supreme Court as Rule Maker

### Abstract

During 2020, amidst the pandemic, there has arisen, in the executive branch of government, a concern regarding the detection of problems in the functioning of the Argentine Supreme

---

1 Se agradecen los valiosos comentarios del Dr. Alberto F. Garay, recibidos en la etapa de elaboración del presente artículo, así como los datos aportados por la Dra. Silvia Palacio de Caeiro y del Dr. Andrés Ascárate. Son aplicables las reservas usuales.

Court of Justice. This scene could give rise to the corresponding legislative action. Nevertheless, the Tribunals rulemaking power itself can be deemed sufficient to fulfill the tasks of self-diagnosis and implementation of solutions aimed at overcoming many of the problems that can be ascertained in the Supreme Court internal work. In order to justify the proposal, this paper enquires into the constitutional and infra-constitutional sources of the Supreme Court's regulatory power, in order to delineate it, establish its limitations and ascertain, in the case of the infra-constitutional sources, their two possible delegating paths: (i) laws that establish structures and their competences, and (ii) laws that establish procedures. From then on, the comparative experience is reviewed, and the final conclusions are drafted.

**Key words:** Argentine Supreme Court of Justice, rule-making power, delegation.

## 1. Planteo

La oportunidad no pudo ser más llamativa. En medio de la pandemia originada por el virus COVID-19, las tomas de tierras, la publicación de actividades privadas por decreto, el drenaje de reservas del Banco Central y los incendios en diversas provincias argentinas, 2020 nos ha traído un plan impulsado desde el Poder Ejecutivo nacional. Este, en lo que aquí interesa, se halla volcado en el Decreto 635/2020,<sup>2</sup> dictado bajo el artículo 99, inciso 1 de la Constitución Nacional (CN) como reglamento autónomo, y apunta al fortalecimiento del Poder Judicial.

De cara a ese elevado objetivo, podemos preguntarnos si no resulta más eficaz, eficiente y ético no un fortalecimiento impulsado externamente desde los poderes políticos, sino uno generado desde dentro de la rama judicial de gobierno. Específicamente, uno impulsado y concretado desde la máxima autoridad de la pirámide jerárquica de la Justicia federal.

En el marco de los objetivos del Decreto 635/2020, se destaca la labor de indicar “los problemas que se observan para el correcto funcionamiento”<sup>3</sup> de, entre otros órganos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pues bien, esa identificación de problemas, junto con la regulación de los medios para superarlos en la faz de “funcionamiento”, puede llevarse a cabo mediante la herramienta históricamente más consolidada en todo órgano estatal y en la Corte Suprema en particular: la potestad reglamentaria.

---

2 Decreto 635/2020, BO 30/07/2020, creación del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público.

3 Decreto 635/2020, artículo 4, inciso 1: “Descripción valorativa con especial indicación de los problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [...]”.

Así las cosas, el Alto Tribunal mismo podría llevar adelante su autoevaluación, con identificación de problemas detectables en su funcionamiento (aunque a fuer de claridad no es una máquina), y podría sancionar las reglamentaciones o regulaciones adecuadas para dejarlos atrás. Ya lo ha hecho antes, y cito un ejemplo de trascendencia especialmente profesional, como la acordada sobre recurso extraordinario,<sup>4</sup> la cual, entiendo, respondió en parte a las dificultades que presentaba el análisis de recursos extraordinarios necesitados de normalización en sus aspectos neurales y de especificidad de cara al caso en concreto. Es que, en rigor, nadie sabe más acerca del funcionamiento de la Corte Suprema que la Corte Suprema misma;<sup>5</sup> en dicha escena, nadie mejor que ella para autodiagnosticarse, detectar problemas y enderezarlos con alcance general. Se trata del ejercicio de una competencia que ha llevado a cabo desde antaño: ya en 1863 dictó su reglamento para el orden interior,<sup>6</sup> y en 1865 ponderó el cúmulo de asuntos a despachar y decidió, por acuerdo, cumplir asistencia en el Tribunal los martes, jueves y sábados.<sup>7</sup> Ello demuestra que, desde sus orígenes, la Corte Suprema ha sabido, cuando lo entiende oportuno, volcar su mirada hacia sí misma a los fines de adoptar decisiones de alcance general tendientes a perfeccionar su desenvolvimiento.

El ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Corte Suprema, empero, no puede tomarse por sentado o presupuesto, más allá de que resulte inherente a todo órgano estatal. Antes bien, la acometida metodológica de la cuestión obliga a inquirir, al menos, en aspectos relativos a las fuentes de esa potestad (sección 2.) y la experiencia comparada, especialmente emanada de la Suprema Corte estadounidense, que la nutre (sección 3.); ambas líneas de análisis suscitan interrogantes que serán oportunamente encarados y respondidos, siquiera en forma liminar. A tales fines, entonces, se dedican estos párrafos.

Valga aclarar que a lo largo del presente trabajo, la expresión “potestad reglamentaria” se empleará en el sentido ya admitido por la doctrina como actividad reglamentaria o de emisión de reglamentos o actos de alcance general, en este caso, del específico órgano judicial involucrado. Como actividad reglamenta-

---

4 Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/3/2007. Las acordadas y resoluciones citadas en el presente que no tengan datos de publicación en colecciones oficiales o privadas se hallan disponibles en: <https://www.csn.gov.ar/sentencias-acordadas-y-resoluciones/acordadas-de-la-corte-suprema>.

5 En igual sentido, ver Bianchi (1990, pp. 231-232).

6 Reglamento para el Orden Interior de la Suprema Corte y Organización de sus Oficinas, publicado en Fallos: 1:7, del 11/10/1863.

7 Acordada s.n., publicada en Fallos: 2:6, del 7/07/1865.

ria será una actividad no jurisdiccional, “no judicial”, ejercida por el órgano judicial (Bidart Campos, 1993, p. 417), que se caracteriza por ser de sustancia “normativa o legislativa” (Cassagne, 2018, pp. 59-60). En tanto potestad, será un “reflejo cualificado” del poder (Marienhoff, 1990, p. 604), del cual tiene que ser distinguida. En suma, se trata de un poder cualificado, pacíficamente admitido por la doctrina en cuanto a su localización no solo en las ramas ejecutiva y legislativa, sino también en la judicial (Cassagne, 2018, p. 60; Gordillo, 2009, p. VII-42; Marienhoff, 1990, p. 240), manifestación de una actividad no judicial enderezada al dictado de medidas de alcance general que podemos –en forma genérica– denominar “reglamentos judiciales”.<sup>8</sup> Estos materializarán regulaciones de la más variada índole.<sup>9</sup> Por ende, se excluye del presente trabajo el estudio de aquellas decisiones que, bajo un ropaje de decisión no jurisdiccional, de alcance general, trasuntan el ejercicio de potestad jurisdiccional-judicial, en especial el ejercicio del control de constitucionalidad.<sup>10</sup>

## 2. Fuentes de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema

La potestad reglamentaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación halla pluralidad de fuentes. Entre ellas, cabe resaltar las de rango constitucional y las de rango infraconstitucional. Como enseguida veremos, las primeras giran en torno al artículo 113 de la CN. En cambio, las fuentes de rango infraconstitu-

---

8 Ampliar en Bidart Campos (1997, p. 243); Cassagne (2020, p. 305); Marienhoff (1990, pp. 240-241 y p. 244).

9 En la disidencia del juez Rosatti como conjuer en *Gutiérrez, Oscar Eduardo c/ANSeS*, Fallos: 329:1092, del 11/4/2006, considerando 13° se enumeran las materias “administrativa, organizacional y de superintendencia”. Podría parecer arduo diferenciarlas, especialmente dada la amplitud del término “administrativo”, que parece comprender a las restantes. Ver, empero, las diferenciaciones que se harán más adelante, en el apartado 2.2.

10 Como ser la involucrada en *Gutiérrez, Oscar Eduardo c/ANSeS*, Fallos: 329:1092, del 11/04/2006. Aun cuando en dicho fallo se afirma que la Acordada 20/1996, de Fallos: 319:24, es un “proveimiento administrativo de carácter general emanado de la Corte Suprema” (considerando 9° del voto de la mayoría), cabe recordar que en esa acordada se declaró inaplicable una norma. La única forma de que se inaplique una norma aplicable a un caso es declararla inconstitucional, de modo tal que se pueda prescindir de ella como si no existiera (doctrina *Gregolinsky y Cia*, Fallos: 202:184, del 16/7/1945, conforme la cual, declarada inconstitucional una norma, las cuestiones planteadas deben ser resueltas como si aquella no existiera). La inaplicación –sin que mediara petición alguna– resuelta en la Acordada 20/1996, entonces, fue concreción de actividad materialmente jurisdiccional-judicial (que permite el ejercicio del control de constitucionalidad por parte del órgano judicial) y no fue materialización de potestad reglamentaria. Ampliar, con provecho, en Sáenz (2008, pp. 27-28). Sobre las relaciones género y especie entre lo jurisdiccional y lo judicial, se sigue a Badeni (2010, p. 697) y sus citas de Luqui (2005, pp-21-22).

cional de esa potestad reglamentaria ponen en juego al artículo 75, inciso 20 y a los artículos 116 y 117 de la CN.

Huelga apuntar que, en este marco, el ejercicio de la potestad reglamentaria emergente del artículo 113 de la CN no requerirá ley previa y será ejercible autónomamente, como cuando se dicta un reglamento autónomo del artículo 99, inciso 1 de la CN. Por el contrario, el ejercicio de la competencia reglamentaria habilitada por los artículos 75, inciso 20, y 116 y 117 de la CN siempre requerirá ley previa, pues la Constitución no efectúa asignación directa de competencia a favor de la Corte Suprema y dará lugar al dictado de un reglamento que –según el punto de vista que se adopte– podrá ser un reglamento delegado o un reglamento de ejecución de las leyes. Veamos lo relativo al artículo 113 de la CN (sección a), para luego centrarnos en los artículos 75, inciso 20, y 116 y 117 de la CN (sección b).

## **2.1. Rango constitucional. Habilitación para el dictado de reglamentos autónomos emanados de la Corte Suprema**

La Constitución de 1853 estableció, en su artículo 99, que “La Corte Suprema dictará su reglamento interior y económico, y nombrará todos sus empleados subalternos”. A su turno, la Constitución de 1949, que rigió hasta 1956, previó, en su artículo 94, que “La Corte Suprema de Justicia dictará su reglamento interno y económico, y nombrará sus empleados”. Entre 1956 y 1994 rigió el texto ya transcripto de la Constitución de 1853. La Constitución reformada en 1994 establece, en su artículo 113, que “La Corte Suprema dictará su reglamento interior y nombrará a sus empleados”.

De estas redacciones se infiere la continua preocupación del Constituyente por que el Tribunal cuente con potestad reglamentaria a los fines de autorregularse internamente. También puede inferirse la superación de textos constitucionales anteriores insuficientes, tales como el de la Constitución de 1819 (artículo 96) o el de la de 1826 (artículo 117), que preveían tan solo que el máximo Tribunal podía nombrar a sus “oficiales”. Adviértase, empero, que Seco Villalba (1943, p. 223) halla –en dicho artículo 117– el antecedente nacional del artículo 99 –actual artículo 113– de la Constitución Nacional.<sup>11</sup>

En términos generales, la admisión de esta potestad reglamentaria, en cabeza del máximo Tribunal, representa la superación de la tesis negativa, que

---

11 El artículo 117 de la Constitución de 1826 establecía: “La alta corte de justicia nombrará sus oficiales, en el número y forma, que prevenga la ley”.

hallara manifestación en el Proyecto de Constitución de 1813 (Seco Villalba, 1943, p. 262).<sup>12</sup>

### 2.1.1. Caracteres

De acuerdo con lo expresado precedentemente, se trata de una competencia de fuente textual constitucional, de carácter privativo, que el Constituyente le asignó expresa y directamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Además, no involucra ejercicio de competencia jurisdiccional o judicial alguna por parte del Alto Tribunal, sino el ejercicio de una de tenor normativo o legislativo, entiendo, por manifestarse en decisiones de “carácter general”.<sup>13</sup> Estas decisiones de alcance general, a su vez, han sido consideradas como de naturaleza de reglamento administrativo,<sup>14</sup> las cuales trasuntarán, al menos, el empleo de atribuciones de tipo administrativo en el sentido de excluyentes de atribuciones de tipo jurisdiccional (Bianchi, 1986, p. 181).

### 2.1.2. ¿Reconocimiento o “delegación” en la Corte Suprema por parte del Constituyente?

A tenor de la literalidad del artículo 113 de la CN, puede decirse que se configura un poder que puede ser apreciado tanto como: (i) un reconocimiento, por parte del Constituyente, de una potestad propia de la Corte Suprema; y (ii) una “delegación del Constituyente” a favor del Alto Tribunal.

Avala la primera posibilidad interpretativa el lenguaje de la cláusula constitucional, pues no se emplea el verbo “delégase”, “facúltase” u otro similar, sino que, derechamente, se afirma que ese Tribunal “dictará” ese reglamento interno.

Sostiene la segunda interpretación el acoger la tesis del primer acto de delegación, efectuado por las provincias a favor del Constituyente en 1853<sup>15</sup> y, en ese marco, concebir una suerte de *continuum* de poder, por el cual el Constituyente (delegatario de las provincias) delega, a su vez, en el órgano máximo de

---

12 El artículo 137 del Proyecto de Constitución para las Provincias Unidas del Río de la Plata, del 27/01/1813, proponía: “Los Tribunales no pueden formar Reglamentos para la administración de justicia ni ejercer otras funciones que las judiciales”.

13 En similar sentido, ver Bianchi (1986, p. 181).

14 Considerándolas reglamentos administrativos, ver Bianchi (2014, p. 1214).

15 Acerca del primer acto de delegación de las provincias a favor del Constituyente ampliar en Bianchi (1990, p. 19).

un poder constituido –como el Poder Judicial (delegatario de rango constitucional, si se quiere)– determinada potestad (en la especie, la potestad reglamentaria del artículo 113 de la CN).

Desde un punto de vista de legitimidad democrática, entiendo que esta segunda interpretación es la más acorde con el artículo 1 de la CN. Sin embargo, advierto igualmente que cualquiera sea la interpretación que se adopte, no se modifican los razonamientos que siguen.

### 2.1.3. Alcances de la expresión “reglamento interno” en el artículo 113

Una interpretación restrictiva del artículo 113 de la CN permitiría afirmar que la Corte Suprema debería limitar su potestad reglamentaria fundada en ese artículo al dictado de sus reglamentaciones internas. Por el contrario, una interpretación amplia permitirá que regle otras cuestiones bajo el rótulo de que se trata de una “reglamentación interna”. ¿Puede acogerse la posibilidad de interpretación amplia?

En principio, puede afirmarse que todo órgano u ente estatal tiene competencia “materialmente” administrativa, jurisdiccional y normativa (Cabral, 1986, pp. 184-185; Cassagne, 2018, p. 57; Marienhoff, 1990, p. 77), y la competencia normativa –o legislativa o reguladora– bien puede manifestarse en el dictado de reglamentos emanados de la Corte Suprema.<sup>16</sup> Los ejemplos pueden comprender desde un reglamento de contrataciones<sup>17</sup> hasta la regulación del acceso a las sentencias de, en la especie, la Corte Suprema.<sup>18</sup> Se tratará de regla-

16 Calificándola como legislativa, ver Bianchi (1986, pp. 181-183). El autor considera que la competencia materialmente legislativa es administrativa en contraposición a materialmente jurisdiccional (p. 182).

17 Ver la Resolución 1562/2000 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 21/09/2000, *La Ley*, Buenos Aires: Thomson Reuters, cita online AR/LEGI/53HH.

18 Ver la Acordada 15/2013, del 21/05/2013, que dispone que las cámaras federales o nacionales y los tribunales orales publicarán todas las sentencias, acordadas y resoluciones administrativas en el Centro de Información Judicial. Ver, asimismo, la Acordada 24/2013, del 21/08/2013, la cual, entre otros aspectos, (i) dispone que, respecto de las sentencias, las cámaras federales y nacionales y los tribunales orales darán cumplimiento a la Acordada 15/2013 mediante el Sistema Informático de Gestión Judicial (en la medida en la que se encuentre implementado) o mediante un protocolo que la propia acordada fija (hasta tanto sea puesto en marcha dicho Sistema); y (ii) declara inaplicable el artículo 4 de la Ley 26856 (que estableció que “Las cuestiones a dirimir en los acuerdos y reuniones que lleve a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tengan por objeto el dictado de sentencias, acordadas o resoluciones, deberán ser publicadas en el diario judicial con antelación mínima de cinco (5) días de la fecha de la reunión que corresponda” en tanto ello “invade una esfera propia y exclusiva” del Tribunal bajo los artículos 108 y 113 de la CN (considerando 10°). Se volverá sobre esta cuestión *infra*.

mentos enderezados a que los cuadros internos del Tribunal estén bajo el deber de hacer algo (llamar a licitación, cargar y hacer visibles las sentencias en el sitio web respectivo); y ese deber de hacer algo redundará en eventuales beneficios a terceros (firmas que deseen ofertar, ciudadanía interesada en acceder al contenido de esas sentencias).

La manda del actual artículo 113 de la CN, que, como vimos y con variaciones menores, data de 1853, no halla simetría en la Constitución estadounidense. Esta es la razón por la cual, para el lapso previo a la Rules Enabling Act de 1934 (y sin perjuicio de la Judiciary Act de 1789), se acepta que los tribunales, en la tradición anglo-norteamericana, poseían poderes inherentes para emitir reglas sin previa habilitación congresional (Meador, 1995, p. 1806).<sup>19</sup> La inclusión del artículo 113 por parte del Constituyente argentino tiene que haber sido ineludible o al menos necesaria. Esa inclusión, empero, no propicia –entiendo– la posibilidad de una interpretación amplia de la expresión “reglamento interno”. Se tratará siempre de regulaciones que trasuntarán competencia reglamentaria autónoma no dependiente de una ley previa por emanar directamente del artículo 113, enderezada en primer lugar al plano interorgánico (sin perjuicio de los efectos hacia terceros). Son reglas que la Corte Suprema dicta “para su régimen”.<sup>20</sup> La escena es similar a la generada por el artículo 99, inciso 1 de la CN en relación con el Poder Ejecutivo. Sin embargo, tiene que puntualizarse que el artículo 113 no se agota con el dictado de “un” reglamento interno, sino que podrá haber, en la vida del Tribunal, la sanción, de tanto en tanto, de diversas reglamentaciones internas fundadas en el artículo 113, sea para modificar las existentes, sea para ampliarlas, derogarlas o sustituirlas, entre otros supuestos.

---

19 Meador (1995, p. 1806) afirma que se ha reconocido, desde antaño en Inglaterra, que un tribunal posee poder inherente para prescribir reglas generales de práctica y procedimiento para gobernar la conducción de los casos sobre los cuales tiene jurisdicción. Estados Unidos heredó, de los tribunales ingleses, el concepto de poder inherente de un tribunal sobre su proceso y procedimiento (“It has also long been recognized in England that a court has inherent authority to prescribe general rules of practice and procedure to govern the conduct of cases over which it has jurisdiction. [...] The United States inherited the concept of a court’s inherent authority over its process and procedure from the English courts”).

20 *Robirosa, Antonio c/Iriondo, Petrona C. de*, Fallos: 78:281, del 29/04/1899, considerando 2°. Esta es una importante competencia que la Corte Suprema posee para reglamentar “hacia adentro de sí misma”, como claramente lo expone Gelli (2008, p. 477).

#### 2.1.4. Naturaleza

En este acápite consideremos la Acordada sin número, Reglamento para la Justicia Nacional,<sup>21</sup> de 1952, artículo 103: “La Corte Suprema tendrá, además, las oficinas y el personal que establezca en su reglamento interno y económico”.

Como ha apuntado la doctrina, esa acordada sin número es un reglamento autónomo de la Justicia, pues “trata sobre materias internas del desenvolvimiento de los tribunales y de la actuación ante ellos” (Bianchi, 1990, pp. 232), como ser días hábiles, horarios y feria, entre otros aspectos.

Como reglamento autónomo no requiere actividad previa alguna del Legislador para ser dictado; su materialización corresponde al ejercicio de facultades propias del Tribunal no solo expresas, sino también implícitas o inherentes<sup>22</sup> a su función específica (Bianchi, 1990, pp. 232), e involucra potestad de fuente directamente constitucional, v.gr., el artículo 113 de la CN.

#### 2.1.5. Limitaciones

¿Será el ejercicio de competencia reglamentaria para dictar reglamentos autónomos o de organización interna bajo el artículo 113 de la CN pasible de limitaciones? Entiendo que sí, de modo tal que el reglamento interno dictado bajo el artículo 113: (i) versará sobre cuestiones no reservadas al Legislador especialmente en los artículos 116 y 117 y 75, inciso 20, de la CN; y (ii) en principio, si con posterioridad a la generación del reglamento autónomo se sancionara una ley con coincidencia de cuestiones reguladas respecto a aquel, el reglamento no podría contradecirla, salvo que haya mediado un exceso o incluso imprevisión del Legislador. La experiencia ayuda a ilustrar estas afirmaciones.

Cuando se dictó la Ley 27275 de Acceso a la Información Pública,<sup>23</sup> en 2016, ya desde antes la Corte Suprema había reglado aspectos propios del acceso, por parte de terceros, a la información emanada del máximo Tribunal, y lo había hecho mediante reglamentos de tenor interno que, ulteriormente, beneficiaban a los terceros integrantes del público. Lo había hecho en el seno

21 Acordada s.n., Reglamento para la Justicia Nacional, del 17/12/1952, BO 22/04/1953, publicada en Fallos: 224:575.

22 Ver Acordada 4/2000, Fallos: 323:1293, del 14/03/2000, considerando 3º (“Que mediante el ejercicio de los aludidos poderes, connaturales e irrenunciables, este Tribunal ha salvaguardado la independencia del Poder Judicial frente a diversas situaciones que la afectaban [...]” y considerando 9º (“Que la reforma constitucional de 1994 mantiene la atribución de la Corte de dictar su reglamento interior y nombrar a sus empleados (artículo 113)”)).

23 Ley 27275 de Derecho de Acceso a la Información Pública, BO 29/09/2016.

del Alto Tribunal, al igual que el Decreto 1172/2003<sup>24</sup> había reglado el acceso a la información emanada de los cuadros de la Administración Pública Centralizada y Descentralizada. Las medidas de la Corte Suprema para el acceso a la información por ella generada comprendieron la divulgación de los fallos de la Corte Suprema,<sup>25</sup> la fijación de fecha de acuerdo para las causas de trascendencia institucional<sup>26</sup> y la publicidad de los registros de circulación de los expedientes,<sup>27</sup> entre otros aspectos. En el supuesto reseñado, fueron reglamentos internos los que dispusieron la puesta a disposición de esa información, si bien no podrían negarse los beneficios hacia terceros, amén de que la citada ley creó el “derecho subjetivo” a accederla, dentro de las condiciones que la propia ley fija en su artículo 8. La citada ley creó el deber, en su artículo 32, inciso h), de publicar “las actas en las que constara la deliberación de un cuerpo colegiado”, lo que condujo a preguntarse si era un nuevo deber para la Corte Suprema o si se trataba de un exceso del Legislador que invadía el ámbito del artículo 113 de la CN. La respuesta surge de la Acordada 42/2017,<sup>28</sup> que regló ese aspecto disponiendo que se cumple aquel recaudo legal con la “notificación y publicación en la página de internet del Tribunal de las decisiones adoptadas en los acuerdos [...]”.

Además, en su momento, la Ley 26856,<sup>29</sup> de 2013, en su artículo 1, ordenó la publicación de todas las sentencias de la Corte Suprema –entre otros tribunales–, sin advertir que ello ya se cumplía desde antes, como vimos. Además, dicha ley, en su artículo 4, ordenó publicar con una antelación mínima de cinco días “las cuestiones a dirimir en los acuerdos” de la Corte Suprema. Esta, por la Acordada 42/2017,<sup>30</sup> artículo 6, inciso a) dispuso por mayoría que se cumpliría esa manda legislativa: (i) publicando cada acuerdo celebrado; y (ii) mediante el acceso, por parte del solicitante, a los expedientes. En cambio, el Dr. Rosatti –en disidencia– propició, con agudo criterio, que se regulara el

---

24 Decreto 1172/2003, BO 4/12/2003, Anexo VII.

25 Acordada 37/2003, Fallos: 326:5047, del 18/12/2003.

26 Acordada 36/2003, Fallos: 326:5046, del 18/12/2003.

27 Acordada 35/2003, Fallos: 326:5041, del 11/12/2003.

28 Acordada 42/2017, del 27/12/2017.

29 Ley 26856, BO 23/05/2013, de publicación íntegra de acordadas y resoluciones. Su artículo 4 establece: “Las cuestiones a dirimir en los acuerdos y reuniones que lleve a cabo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tengan por objeto el dictado de sentencias, acordadas o resoluciones, deberán ser publicadas en el diario judicial con antelación mínima de cinco (5) días de la fecha de la reunión que corresponda”.

30 Acordada 42/2017, del 27/12/2017.

específico aspecto mediante la indicación –bajo forma de registro en el sistema de gestión Lex 100, accesible por las partes– de que el expediente se halla en condiciones de ser llevado al acuerdo.

Más allá de lo sana y adecuada que resulta la disidencia reseñada de cara a la previsibilidad a nivel de las partes, se advierte en torno a la redacción del artículo 4 de la Ley 26856 que el Legislador no mandó a publicar con cinco días de antelación el nombre de la causa a ser fallada, sino que aspiraba a que se publicaran “las cuestiones a dirimir” en el acuerdo con cinco días de anticipación. Esta manda legislativa resulta llamativa, pues los jueces no dirimen “cuestiones”, sino que fallan “casos o controversias”. Además, mandar a publicar las “cuestiones a dirimir” no se condice con el modelo de la Suprema Corte estadounidense, que no publica cuáles son las “cuestiones a dirimir”, sino que hace públicos, en su web, la enumeración de casos concedidos solo mediante inclusión del nombre de la parte apelante y el de la parte apelada,<sup>31</sup> sin referencia alguna a la cuestión a dirimir.

Esta segunda experiencia en torno a la Ley 26856, de 2013, pone en evidencia no ya un avance del Legislador, sino su imprevisión, pues incluyó objetos a publicar que ya se hallaban bajo el deber de ser publicados desde años ha (artículo 1, en lo relativo a sentencias de la Corte Suprema) y avanzó sobre la potestad reglamentaria autónoma de la Corte Suprema al mandarla a publicar las “cuestiones a dirimir” cuando ello no se condice ni con la realidad ni con la experiencia comparada que históricamente se ha empleado como referente y que enseña sobre la publicación de causas –recursos concedidos, que serán argumentados oralmente ante el pleno del Tribunal– mediante identificación de las partes.

### 2.1.6. Efectos

El ejercicio de la competencia reglamentaria de tipo autónoma como la aquí descripta posee la virtualidad de poder redundar en la pirámide de la Justicia federal, en delegación intrajudicial, interorgánica, por parte de la Corte Suprema a favor de las Cámaras federales<sup>32</sup> o, en su caso, a favor del Consejo de la Magistratura.<sup>33</sup>

31 Puede verse un ejemplo para 2020 en Suprema Corte de los Estados Unidos (2020).

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Guardia, Carlos Eduardo y otra*, Fallos: 307:1466, del 22/08/1985, considerando 11º, con cita de la Acordada 65/1984, del 23/10/1984. Un ejemplo puede verse en: *Acordada 20/1981*, Fallos: 302:25, del 25/06/1981.

33 Ver *Acordada 11/2004*, del 25/03/2004, título y artículo 1; *Acordada 26/2007*, del 25/10/2007, artículo II.

A modo de ejemplo, bajo el Reglamento para la Justicia Nacional, la Corte Suprema delega a las cámaras y juzgados el registro de empleados y funcionarios.<sup>34</sup> Es una delegación interorgánica, intrajudicial, que posee un similar –aunque no identidad– en la pirámide jerárquica de la Administración pública y en el seno de los entes descentralizados de esta última.

### 2.1.7. Síntesis parcial

En conclusión, corrobora el encuadre de “reglamento interno” aquí adoptado –en cuanto a las tres acordadas reseñadas– la propia Acordada 42/2017,<sup>35</sup> que invoca las facultades emergentes del artículo 113 de la CN. Esa fuente directamente constitucional habilita el ejercicio de competencia reglamentaria autónoma, que no requiere ley habilitante previa. Dentro del ámbito que crea el artículo 113, son variadas las reglamentaciones internas que la Corte Suprema, en forma autónoma, puede emitir a fin de corregir carencias que haya detectado (en las experiencias reseñadas, información que tenía que ser dada a publicidad) sin que medie ley previa. Esas reglamentaciones aparecen como proactivas y previsoras. El dictado de reglamentos internos, que trasuntan el ejercicio de competencia reglamentaria autónoma no necesitada de una ley previa, estará sujeto al claro límite de las materias reservadas al Legislador (por ejemplo, mediante un reglamento interno del artículo 113 no se podría crear una cámara federal de apelaciones). Por último, cuando se halle en juego el ejercicio de competencia reglamentaria autónoma bajo ese artículo de la Constitución, y no obstante ello medie ley previa, se impone, en la etapa de proyecto y sanción del reglamento interno respectivo bajo el artículo 113, detectar posibles avances del Legislador o incluso alguna imprevisión o desconocimiento por parte de este. Resultará clave, en este aspecto, una buena *liaison* comunicacional entre las ramas judicial y legislativa de gobierno.

## 2.2. Rango infraconstitucional

Diversas leyes habilitaron a la Corte Suprema para ejercer competencia regla-

---

34 Acordada s.n., *Reglamento para la Justicia Nacional*, del 17/12/1952, BO 22/04/1953, publicada en Fallos: 224:575, artículo 33: “Las cámaras y los juzgados llevarán un registro de sus funcionarios, empleados y meritorios con los datos que se requieran en las planillas que a ese efecto distribuirá la Corte Suprema [...]”.

35 Acordada 42/2017, del 27/12/2017.

mentaria. Ya en 1862, la Ley 27,<sup>36</sup> artículo 11 estableció que: “La Corte nombrará y podrá remover sus empleados subalternos. Además de su reglamento interno, dictará otro uniforme para todos los Juzgados de Sección [...]”; este último fue dictado el 12 de octubre de 1863.<sup>37</sup> A su turno, la Ley 48,<sup>38</sup> de 1863, en su artículo 18 prescribió: “La Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la Ley de Procedimientos”. De este lenguaje puede inferirse, literalmente, que el límite estaba dado por esa ley procedimental (por ejemplo, no agravar el debido proceso o la defensa en juicio, tal vez mediante una sentencia no motivada).<sup>39</sup> Con visión más general, y dentro de la lógica de la supremacía constitucional, podría también haberse inferido que el límite estaba dado por la Norma Fundamental misma, ya que no se podrían haber dictado reglamentos repugnantes a esta.

Asimismo, la Ley 4055,<sup>40</sup> de 1902, fijó un deber en materia reglamentaria en su artículo 10: “La Suprema Corte [deberá] dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia”. Nótese, en este texto, el límite dado por la “mejor” administración de justicia.

Por su parte, la Ley 13998,<sup>41</sup> de 1950, sobre integración de la justicia federal y la local de la Capital Federal, en su artículo 21 estableció: “La Corte Suprema de Justicia [...] [d]ictará su reglamento interno y económico y ejercerá superintendencia sobre todos los tribunales de la Nación, en la forma que se establezca en sus reglamentos”. En este texto se suma el capítulo “económico” y también se adicionan los reglamentos de superintendencia sobre todos los tribunales de la nación.

Posteriormente, el Decreto-ley 1285/1958<sup>42</sup> incluyó en su artículo referencias a la pluralidad de reglamentos de la Corte Suprema.<sup>43</sup> Empero, su artículo

36 Ley 27, del 13/10/1862, R.N, tomo IV 1857-1862, p. 496.

37 Reglamento para los juzgados seccionales, Fallos: 1:11, del 12/10/1863.

38 Ley 48, del 14/09/1863, R.N., tomo 1863-1869, p. 49.

39 Ampliar en Garay (2015, p. 17, nota al pie 34) *in fine*, donde se refiere a los artículos 13 y 14 de la Ley 50, del 25/08/1863.

40 Ley 4055, del 8/01/1902, R.N., tomo 1902-I, p. 100.

41 Ley 13998, BO 11/10/1950.

42 Decreto-ley 1285/1958, BO 7/02/1958, ratificado por la Ley 14467, BO 29/09/1958.

43 Decreto-ley 1285/1958, BO 7/02/1958, ratificado por la Ley 14467, BO 29/09/1958, artículo 12 (prescindencia del título de abogado); artículo 13 (forma de nombramiento y remoción de funcionarios y empleados que dependan de la Justicia de la Nación y otras cuestiones vinculadas a ellos); artículo 15 (derechos, deberes, responsabilidades e incompatibilidades de magistrados, funcionarios,

21 –que reiteraba que la Corte Suprema “dictará su reglamento interno y económico y el reglamento para la Justicia nacional, estableciendo las facultades de superintendencia de la Corte Suprema y tribunales inferiores”– fue modificado en 2013 por la Ley 26853,<sup>44</sup> artículo 13, eliminándose ese texto entrecomillado y substituyéndolo por otro que establece la cantidad de jueces de la Corte Suprema, y, en virtud de su artículo 4, la Ley 27500 derogó casi toda “la ley 26.853, excepto su artículo 13”, que, como vimos, establece la cantidad de jueces de la Corte Suprema.

Finalmente, la Ley 25488,<sup>45</sup> de 2001, de modificación del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN), en su artículo 4 estableció: “[...] La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma”.<sup>46</sup>

### 2.2.1. ¿Qué evidencian estas leyes?

Todas las leyes recién enumeradas, a primera vista, reconocen o atribuyen poder reglamentario en la Corte Suprema.

Se tratará, por cierto, de aquella porción de poder reglamentario que asiste a la Corte Suprema “por fuera” del artículo 113 de la CN. Ello, pues, como vimos en el apartado 2.1.2., el artículo 113 coloca directamente en cabeza de

---

empleados y auxiliares de la Justicia de la Nación); artículo 16 (sanciones a magistrados, funcionarios, empleados y auxiliares de la Justicia de la Nación); artículo 23 (facultad de la Corte de dividirse en salas); artículo 25 (deber de las cámaras nacionales de apelaciones de dividirse en salas); artículo 48 (reglamentar la organización y funcionamiento de la oficina de mandamientos y notificaciones, sobre la cual la Corte Suprema ejerce superintendencia); artículo 52 (reglamentos de auxiliares de la justicia nacional); artículo 53 (reglamentos de la Corte Suprema para designación y remoción de empleados); artículo 58 (reglamentos con recaudos sobre presentes en actos de autopsia); artículo 61 (reglamentos de la Corte Suprema sobre peritos ingenieros o traductores); artículo 62 (reglamentos de distribución de tareas).

44 Ley 26853 de creación de cámaras federales de casación, BO 17/05/2013 (vigencia: a partir de su publicación; una vez constituidas las Cámaras y Salas creadas por la Ley 26853, será de aplicación a todos los juicios, aún a los que se encuentren en trámite).

45 Ley 25488, BO 22/11/2001, modificatoria del CPCCN.

46 Además, en el articulado del CPCCN se prevén diversos reglamentos de la Corte Suprema: así, el artículo 455 sobre reglamento de determinación de funcionarios exceptuados de la obligación de comparecer a prestar declaración; el artículo 570 sobre reglamento, emanado de la Corte Suprema o las cámaras, sobre subastas progresivas, entre otros supuestos. Sin embargo, la Corte Suprema, en *Sprayette* (no publicado en la Colección de Fallos, del 1/07/2014) no aludió al ejercicio de una competencia “delegada” por la Ley 25488, sino a la potestad “reconocida” por el artículo 18 de la Ley 48, facultad “inalterada” por otras leyes, incluyendo la Ley 25488 (considerando 2º).

la Corte Suprema –por “delegación” del Constituyente, si se quiere, o, mejor dicho, por “creación” de este– una competencia reglamentaria de fuente textual constitucional enderezada primigeniamente al plano intrapoder, internamente interorgánico, sin perjuicio de eventuales efectos o beneficios hacia terceros. Esa competencia originada en el artículo 113 habilita el dictado de lo que denominamos “reglamentos autónomos” emanados de la Corte Suprema, no dependientes de una ley previa, reglamentos autónomos sujetos a los límites y advertencias ya sugeridos.

En cambio, en el campo de los artículos transcritos precedentemente, estamos ante materias no ya internas, administrativas en sentido genérico (por oposición a jurisdiccional), sino ante materias propias de la jurisdicción que ya han comenzado a tener “principio de regulación” o “principio de reglamentación” por el Congreso bajo el artículo 75, inciso 20 de la CN o bajo los artículos 116 y 117 de la CN.

### 2.2.2. Abordaje epistemológico

La muestra legislativa reseñada, entonces –con exclusión de toda referencia a un “reglamento interno” por corresponder este a la provincia del artículo 113 de la CN–, es pasible de ser visualizada, al menos, desde dos plataformas epistemológicas alternativas.

Por un lado, esas leyes pueden concebirse como “leyes delegantes” del Congreso (delegante) a favor de la Corte Suprema (delegataria o recipiente de la delegación legislativa), que redundarán en “reglamentos delegados” emanados de esta.

Por otro lado, también puede apreciárselas como “leyes pasibles de reglamentación de ejecución de las leyes”, v.gr., leyes que en sí mismas fijan lineamientos generales que la Corte Suprema reglamentará mediante lo que conocemos como “reglamentos de ejecución de las leyes”.

Así, aparecerá replicado en esta propuesta interpretativa y respecto a la Corte Suprema lo que se advierte sobre la competencia reglamentaria del Poder Ejecutivo, bajo el artículo 76 de la CN y bajo el artículo 99, inciso 2 de la CN, los cuales, respectivamente, habilitan al titular del Poder Ejecutivo a dictar reglamentos delegados y reglamentos de ejecución de las leyes.<sup>47</sup>

Veamos, ahora, lo relativo a cada una de esas dos plataformas de análisis.

---

47 El paralelo con los restantes poderes puede construirse a partir de la máxima según la cual la Corte Suprema “representa en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es

### 2.2.3. Delegación legislativa en la Corte Suprema

Es menester formular una casi innecesaria distinción entre lo que en el apartado 2.1. me permití denominar “delegación” (o, tal vez, “creación”) del Constituyente a favor de la Corte Suprema bajo el artículo 113 de la CN, que habilita a la Corte Suprema a dictar reglamentos autónomos, por un lado, y, por el otro, el supuesto de competencias que el Legislador delega en el máximo Tribunal luego de haber legislado la materia bajo el artículo 75, inciso 20 de la CN, o bajo los artículos 116 y 117 de la CN,<sup>48</sup> supuestos en los que el Legislador fija el estándar y la Corte Suprema provee los detalles.

A modo de ejemplo, comparemos el dictado por la Corte Suprema de, por un lado, su régimen de contrataciones, medida de alcance general de tenor primordialmente interno sin perjuicio de sus efectos y tal vez beneficios hacia terceros, y, por otro lado, la reglamentación de las formalidades del recurso extraordinario de la Ley 48. En el primer caso, la competencia surge del artículo 113 de la CN y se manifestará en reglamentos autónomos; en el segundo, se tratará de una competencia normativa emanada del órgano judicial especializado, enderezada a proveer los detalles de la ley formal. En un caso se tratará de una atribución dispuesta por el Constituyente que no requiere ley previa (Bielsa, 1959, p. 753); en el segundo caso se dictarán reglamentos sobre tramitación de ciertos pleitos, cuyas disposiciones “vinculan a los tribunales con las partes o litigantes respecto de ciertos actos, por lo que no pueden llamarse internos [...] sino *delegados*” (Bielsa, 1959, p. 753),<sup>49</sup> aspecto en el que coincide Bianchi (1990, p. 231).

La distinción formulada halla quicio en *Fabris*,<sup>50</sup> en el cual se consideró que las acordadas en cuestión habían sido dictadas en virtud de una “competencia delegada” por una ley del Congreso. En el mismo lugar se diferenció entre este ejercicio de esa competencia delegada, por un lado, y la competencia privativa que habilita el artículo 113 de la CN para dictar el reglamento interno, por el otro.<sup>51</sup>

---

tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar, y como el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones”, cfr. *Fisco Nacional c/Ocampo*, Manuel, Fallos: 12:134, del 8/08/1872, esp. p. 155.

48 Ver, por ejemplo, *Rabinovich, Héctor c/Videla, Horacio Germán y otros*, Fallos: 315:2113, del 17/09/1992; *Basso, Jorge c/ocupantes Hipólito Yrigoyen 4117/21*, Fallos: 317:547, del 31/05/1994.

49 Énfasis en el original.

50 *Fabris, Marcelo H. c/Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)*, Fallos: 311:1517, del 22/08/1988. En igual sentido, *Herrera, Lucio Eduardo c/Estado Nacional s/nulidad de resolución y cobro de haber*, Fallos: 313:427, del 6/04/1990.

51 *Fabris, Marcelo H. c/Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación)*, Fallos: 311:1517, del 22/08/1988,

Esta posibilidad de delegación legislativa, con el Congreso como delegante a favor de la Corte Suprema como delegataria, mediante una ley habilitante cuya materia sea proveniente del artículo 75, inciso 20 de la CN, o de los artículos 116 y 117 de la CN, halla hoy fundamentos no solo en la doctrina (Bianchi, 1990, pp. 231-232; Bielsa, 1959, p. 752), sino también en:

1. una lectura originalista del artículo 76 de la CN, emanado de un Constituyente de 1994 centrado en evitar la experiencia generada por el fallo *Cocchia*,<sup>52</sup> de 1993, pero no tan preocupado respecto a otras ramas de gobierno en tanto delegatarias;
2. una lectura apegada al texto del artículo 76 de la CN, tal que la prohibición recaiga únicamente sobre el Poder Ejecutivo y le esté permitido al Congreso delegar en un órgano que no sea el Poder Ejecutivo;<sup>53</sup>
3. la invocación de los poderes implícitos del Congreso, que le permiten a este dictar leyes delegantes con la Corte Suprema como delegataria para poner en ejercicio los poderes del artículo 75 de la CN;<sup>54</sup>
4. la experiencia histórica nos enseña que la Ley 48,<sup>55</sup> de 1863, artículo 18 (ya transcripto y vigente)<sup>56</sup> delegó, en forma expresa y limitada, en la Corte Suprema el establecimiento de aquellos reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, y el ejercicio de esa delegación se puso de manifiesto en diversas acordadas en las que se ejerció poder delegado por la norma citada con expresa invocación de esta;<sup>57</sup>

---

considerando 4º.

52 *Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo*, Fallos: 316:2624, del 2/12/1993. En el caso, se convalidó la modificación de un convenio colectivo de trabajo mediante un reglamento delegado. Ampliar en: Santiago (2014, pp. 1398-1400).

53 Este argumento es recordado, dentro de una “tesis permisiva” en Sagüés (2019, pp. 395-400), esp. p. 396, en la que lo califica como “argumento clave”.

54 *Idem* nota al pie 50, *supra*.

55 Ley 48, del 14/09/1863, R.N., tomo 1863-1869, p. 49.

56 No podría decirse que lo previsto en el artículo 18 de la Ley 48 quedó tácitamente abrogado por el Decreto 1285/1958; este, como ya vimos, menciona diversos reglamentos dictados o a dictarse; en cambio, aquel fija una competencia con carácter genérico y asertivo.

57 Ver, citando el artículo 18 de la Ley 48 en forma expresa: “Acuerdo disponiendo la distribución de causas, turno y forma de reemplazo de los jueces federales de las secciones de Buenos Aires y Santa Fe, Fallos: 82:12, del 4/02/1902; Acuerdo disponiendo la distribución de causas, turno, personal de los juzgados federales de Rosario, Fallos: 99:13, del 19/02/1907; Acuerdo disponiendo la distribución de causas y determinando el turno de los procuradores fiscales en lo federal de la sección de la Capital, Fallos: 99:16, del 13/04/1907; Acuerdo disponiendo la distribución de causas y determinando el turno de los defensores de pobres, incapaces y ausentes ante la Justicia federal de la Capital, Fallos: 99:17, del 28/05/1907; Turnos de los defensores oficiales de la Capital, Fallos: 201:8, del 11/08/1944; Turno de los procuradores fiscales, Fallos: 207:12, del 31/12/1946, entre otros.

5. en el plano fáctico, con posterioridad a 1994, se sancionaron leyes que delegan competencias normativas en el Alto Tribunal; así, por ejemplo, la Ley 25488, modificatoria del CPCCN,<sup>58</sup> o la Ley 26855,<sup>59</sup> y no cabe imaginar la inconsecuencia del Legislador al sancionar esas leyes conociendo la prohibición establecida en el artículo 76 de la CN y los bordes exactos de sus alcances;
6. fundamentos de especialización tornan a la Corte Suprema en idónea a los fines de reglamentar la ley, delegación del legislador mediante, y a su *know how* se le suma la posible rapidez en el obrar, pues es un cuerpo colegiado reducido;<sup>60</sup>
7. la propia Corte Suprema ha afirmado que la reforma constitucional de 1994

---

Más modernamente cabe citar la Acordada 28/2004, *Amigos del Tribunal*, BO 20/07/2004, del 14/07/2004, considerando 3° con cita del artículo 18 de la Ley 48; y la Acordada 12/2016, *Reglamento de actuación en procesos colectivos*, BO 8/04/2016, del 5/04/2016, considerando 9° con cita del artículo 18 de la Ley 48 y atento a la ausencia de una ley reguladora de esa clase de procesos según se considera en su considerando 10°.

Empero, nótese que la mayoría que suscribe la Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/03/2007, sobre recurso extraordinario y recurso de queja por denegación, considerando 2° cita “la ley del 14 de septiembre de 1863”, es decir, la Ley 48, pero sin individualización de su artículo 18. Ello, a diferencia del voto del juez Fayt en dicha acordada, que considera que “la sistematización de los recaudos de que se trata sólo pone en ejercicio las atribuciones estrictamente reglamentarias, con que cuenta esta Corte en los precisos y concordantes términos contemplados por los arts. 18 de la ley 48 [...]”.

- 58 Ley 25488, citada en nota al pie 38, *supra*, cuyo artículo 4 establece que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma”. Sin embargo, en la Acordada 20/2012, del 30/10/2012, se considera que bajo el artículo 4 de la Ley 25488 “corresponde a la Corte Suprema la facultad de dictar las medidas reglamentarias [...]”, sin aludirse a delegación legislativa alguna.
- 59 Ley 26855, BO 27/05/2013, modificatoria de la Ley 23853, BO 24/10/1990, que establece que la Corte Suprema de Justicia de la Nación preparará el presupuesto de gastos y recursos del Poder Judicial de la Nación. El artículo 8 de la Ley 23853 hoy establece: “A los fines establecidos en la presente ley y bajo el estricto respeto a los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tendrá amplias facultades para establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones [...]”.

Se convalidó dicha delegación en *Asociación por los Derechos Civiles c/Estado Nacional Ley 26124 s/amparo*, Fallos: 333:1251, del 3/08/2010, esp. considerando 5°: “[...] el artículo 8 de la ley 23.853, confirió a la Corte la facultad de establecer aranceles y fijar sus montos y actualizaciones, [...] y dentro de esa delegación de atribuciones se encuentra la posibilidad de adecuar el monto proporcional o fijo de la queja establecida en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [...]”. También se invoca la “delegación de atribuciones” a favor de la Corte Suprema en *Oviedo, Carlos Alberto c/Marcone, Élica y otro*, Fallos: 331:419, del 11/03/2008; *Thierbach, Carlos Alberto c/Macellaro, Jorge Carlos y otro s/consignación*, Fallos: 330:3771, del 28/08/2007; *Fontenova, Humberto y otra c/Sala, Arturo Julio y otra*, Fallos: 330:2900, del 3/07/2007, entre otros.

En cierto modo, es como un regreso a *Vila, Juan Diego c/Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Fallos: 310:576, del 9/03/1987, considerando 11°, en el que se aludió a “la ley 23199 que delegó en la Corte la reglamentación [...]”, agregándose que esta, mediante las Acordadas 43 y 50, no excedía notoriamente los alcances de la ley.

- 60 Ver Sagüés (2019, p. 399), quien advierte que las dificultades en la labor reglamentaria del Alto Tribunal se sobrellevan si esta es “limitada a cuestiones tribunalicias, particularmente procesales”.

no ha modificado la delegación del Legislador por medio del artículo 8 de la Ley 23853 de Autarquía Judicial;<sup>61</sup>

8. un argumento hábil, asimismo, para despejar dudas sobre la viabilidad de esa delegación legislativa a favor de la Corte Suprema –en especial atento al “plazo” requerido en el artículo 76 de la CN– hace a las características propias de las normas reguladoras de cuestiones jurisdiccionales: los cambios en ellas son infrecuentes<sup>62</sup> y ello demuestra, además de confianza del Legislador hacia la Corte Suprema y su potestad reglamentaria para reglar detalles de esas leyes (como para hacerla beneficiaria de delegación o atribución de competencias normativas), la procedencia de una distinta visión del “plazo de la delegación”, inaplicable como recaudo a la delegación de atribuciones a la Corte Suprema para reglamentar aspectos propios de su labor jurisdiccional.<sup>63</sup>

Por cierto, la delegación del Poder Legislativo a favor de la Corte Suprema excluirá las materias involucradas en la delegación del Constituyente a favor del Consejo de la Magistratura de la Nación en el artículo 114, inciso 6 de la CN. Ello se debe, primero, a que hay áreas que la Constitución enuncia como propias de dicho Consejo (Badeni, 2010, p. 837); segundo, a que el Congreso no podría “delegar en la Corte Suprema algo que constitucionalmente no es suyo sino del Consejo” (Sagüés, 2019, p. 396), sin perjuicio de las potestades de revisión judicial última de la Corte Suprema,<sup>64</sup>

Por último, la experiencia estadounidense sobre competencia reglamentaria que la Corte Suprema recibe por delegación del Legislador enseña sobre una

---

61 Ampliar en Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 147-150) con cita de *Asociación por los Derechos Civiles c/Estado Nacional – Ley 26122 s/amparo*, Fallos: 333:1254, del 3/08/2010, considerando 5° y sus citas de *Fontenova, Humberto y otra c/Sala, Arturo Julio y otra*, Fallos: 330:2900, del 3/07/2007. Acerca de la Ley 23853 de Autarquía Judicial y las facultades por ella otorgadas a la Corte Suprema, ver Santiago (2014, pp. 1324-1325).

62 Consideremos entre 1991 y 2012: La Ley 23774, BO 16/04/1990, con el artículo 280 para destimar apelaciones extraordinarias carentes de trascendencia; la Ley 25587, BO 26/04/2002, o ley antigoteo, que derogó el recurso del 195bis del CPCCN para recurrir medidas cautelares; la Ley 26025, BO 22/04/2005, de solidaridad previsional, que derogó el recurso ordinario previsional; la Ley 26790, BO 4/12/2012, que estableció el recurso extraordinario por salto de instancia (*per saltum*).

63 No percibo que ello implique construir una provincia de delegación legislativa por fuera del artículo 76 de la CN, sino leer dicho artículo de cara a un valor o finalidad –llevar adelante la labor jurisdiccional– ajeno a las materias de Administración o a la emergencia.

64 Acerca de esta calidad de la Corte Suprema como intérprete final, ver Sacristán (2017, pp. 143-151).

primera manifestación en la Judiciary Act de 1789.<sup>65</sup> Esa muestra fue potenciada, muchos años después, en la Rules Enabling Act<sup>66</sup> de 1934 (preanunciada por la convalidación jurisprudencial de la delegación en *Wayman v. Southard*, de 1825)<sup>67</sup>. Podría decirse que este esquema delegativo que asigna poder discrecional para emitir reglas al órgano judicial responde a un enfoque que hoy no diferiría tanto de la competencia que, por delegación del Legislador, la Corte Suprema argentina recibe bajo la Ley 25488,<sup>68</sup> de 2001, artículo 4 (“dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma”). Pero más allá del “esquema”, el “alcance” de la delegación en la Corte Suprema argentina, bajo el precitado artículo 4 en tanto leído literalmente, podría visualizarse como menos amplio por verse acotado a ese mejor cumplimiento “de las normas y fines” de la reforma procesal. Empero, acordadas dictadas con posterioridad a 2001 podrían llevar a una conclusión diversa: un criterio amplio, no acotado a esa reforma.<sup>69</sup>

Más allá del alcance menos o más amplio que pueda merecer la delegación bajo el artículo 4, lo cierto es que la delegación legislativa a favor de la Corte Suprema –huelga reiterarlo– es ajena al artículo 113 de la CN (norma que, además, no tiene paralelo en la Constitución estadounidense) y mora en la provincia de los artículos 75, inciso 20 y 116 y 117 de la CN.<sup>70</sup>

65 *Statute I. Sept 24, 1789, Chap. XX. An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, First Congress, Sess. I, Ch. 20. 1789 Disponible en: <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=001/llsl001.db&recNum=214>.

Su Sección 32 establecía que cualquiera de los *courts* estadounidenses podría, discrecionalmente, prescribir reglas procesales (“And the said courts respectively shall and may, by virtue of this act, from time to time, amend all and every such imperfections, defects and wants of form [...] and may, at any time permit either of the parties to amend any defect in the process or pleadings, upon such conditions as said courts respectively shall, in their discretion, and by their rules prescribe”). Es clara la influencia de la consagración de esta potestad reglamentaria o de emisión discrecional de reglas en el texto del artículo 18 de la Ley 48.

66 Rules Enabling Act, 28 U.S.C., § 2071.

67 *Wayman v. Southard*, 23 U.S. (10 Wheat.) 1 (1825), sobre delegación del Congreso federal en las legislaturas locales, esp. pp. 22-23: “No se sostendrá que el Congreso puede delegar, en los tribunales o en cualquier otra corte, facultades que son estricta y exclusivamente legislativas. Pero el Congreso ciertamente puede delegar, a otros, poderes que la legislatura podría legítimamente ejercer por sí” (“It will not be contended that Congress can delegate to the courts or to any other tribunals powers which are strictly and exclusively legislative. But Congress may certainly delegate to others powers which the legislature may rightfully exercise itself”). Ampliar en Bianchi (1990, p. 232); Whittington y Iuliano (2017, pp. 394-395).

68 Ley 25488, BO 22/11/2001, modificatoria del CPCCN.

69 Ver, por ejemplo, Acordada 32/2014 de Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, considerando 9º *in fine*, con expresa invocación del artículo 4 de la Ley 25488.

70 Confrontar disidencia de los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez en Acordada 28/2004, *Amigos del Tri-*

Es claro que el campo de acción de las dos leyes estadounidenses mencionadas alcanza a tribunales federales no comprendidos en los límites del presente trabajo. Nótese, en especial, que la Rules Enabling Act, en su § 2071, establece: “La Corte Suprema y todos los tribunales creados por ley del Congreso pueden, de tanto en tanto, prescribir reglas para la conducción de su quehacer. Tales reglas serán coherentes con las leyes del Congreso y las reglas de práctica y procedimiento prescriptas bajo § 2072 de este título”.<sup>71</sup>

Ciertamente, y como acotación adicional relativa a nuestro ordenamiento, el ejercicio de competencia delegada traerá aparejadas facultades expresas y, además, implícitas.<sup>72</sup>

#### 2.2.4. Ejecución de leyes del Congreso por la Corte Suprema

Desde una perspectiva alternativa, también puede advertirse en la actividad reglamentaria de la Corte Suprema una labor de puesta en ejecución de las leyes sin que medie una expresa delegación y en un contexto en el que se impone reglamentar o proveer detalles a los fines de posibilitar la aplicación de la ley formal mediante “reglamentos de ejecución” o “reglamentos ejecutivos”, como los que puede dictar el Poder Ejecutivo bajo el artículo 99, inciso 2 de la CN. Nuevamente, se tratará de leyes cuya materia sea la del artículo 75, inciso 20 de la CN o la de los artículos 116 y 117 de la CN y que requieran reglamentación.

Ejemplos antiguos pueden divisarse en una acordada de 1919, “reglamentando la Ley 10996”,<sup>73</sup> o en una resolución dictada en torno a la aplicación de la Ley 14237,<sup>74</sup> en la cual se consideró “conducente” declarar “por vía reglamentaria” cuál iba a ser el campo de aplicación de esa ley. Otro ejemplo surge

---

*bunal*, BO 20/07/2004, del 14/07/2004, Fallos: 327:2997, esp. considerando 2º, en el que rechazan la posibilidad de que se dicte dicha Acordada bajo el artículo 113 de la CN, cuando la mayoría, en el considerando 3º, invoca el artículo 18 de la Ley 48. En otras palabras, lo que la disidencia concibe como un reglamento autónomo es, con todo acierto para la mayoría, un reglamento delegado.

71 “The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may from time to time prescribe rules for the conduct of their business. Such rules shall be consistent with Acts of Congress and rules of practice and procedure prescribed under section 2072 of this title”.

72 Ver, a modo de ejemplo, *Acordada sobre constitución de los tribunales de enjuiciamiento de los magistrados de la Justicia nacional*, Fallos: 215:365, esp. p. 365.

73 *Acordada dictada por la Corte Suprema de la Nación reglamentando la ley número 10996 sobre el ejercicio de la procuración*, Fallos: 131:5, del 29/11/1919.

74 *Aplicación de las disposiciones de la Ley 14237*, Fallos: 228:45, del 8/03/1954. La Ley 14237, BO 19/10/1953, derogada por la Ley 17454, BO 7/11/1967, modificó el Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial en la Capital Federal.

de *Siragusa*, en el que la propia Corte Suprema calificó a su acordada como “reglamentaria de la ley”.<sup>75</sup> También se detecta espacio para la ejecución de leyes en la Ley 26685,<sup>76</sup> de 2011, por la cual la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura de la Nación, conjuntamente, “reglamentarán” la utilización del expediente electrónico.

### 2.2.5. Efectos

Tanto el ejercicio de la competencia reglamentaria por mediar delegación legislativa como la resultante del ejercicio de facultades para poner en ejecución la ley poseen la virtualidad de poder redundar, en la pirámide de la Justicia federal, en delegación intrajudicial, interorgánica, por parte de la Corte Suprema a favor de las Cámaras federales.<sup>77</sup> Similar razonamiento es aplicable al supuesto de delegación a favor del Consejo de la Magistratura,<sup>78</sup> hipótesis que se confirma con la Corte Suprema como revisora última de las decisiones de aquel.

### 2.2.6. Las materias de la delegación o de la ejecución de las leyes

Se adopte una u otra visión respecto a la ley de Congreso en tanto habilitante de la competencia reglamentaria de la Corte Suprema por delegación legislativa o por ejecución de las leyes, es claro que la principal limitación surgirá de la materia de la ley.

Ya dijimos que nos hallamos, en este campo, no ya ante competencia autónoma dispuesta por el artículo 113 de la CN, sino ante leyes dictadas al amparo de los artículos 116 y 117 de la CN o del artículo 75, inciso 20 de la CN, que dejan

---

75 *Siragusa Virzi, Eugenio*, Fallos: 285:391, del 3/05/1973, con remisión al dictamen de la Procuración General, esp. 392.

76 Ley 26685, BO 7/07/2011, que establece: “Artículo 1º. Autorízase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Artículo 2º: La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación”.

77 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Guardia, Carlos Eduardo y otra*, Fallos: 307:1466, del 22/08/1985, considerando 11º, con cita de la Acordada 65/1984, del 23/10/1984. Un ejemplo puede verse en: Acordada 20/1981, Fallos: 302:25, del 25/06/1981.

78 Ver Acordada 11/2004, del 25/03/2004, título y artículo 1º; Acordada 26/2007, del 25/10/2007, artículo II.

espacio para el ejercicio de competencia delegada o para la ejecución de las leyes por parte de la Corte Suprema. Nos hallaremos, por ende, ante lo que genéricamente podemos denominar “leyes de organización del Poder Judicial”. Esas leyes comprenderán, desde un punto de vista general, dos grupos: (i) leyes que establezcan estructuras y sus competencias; y (ii) leyes que fijen los procedimientos.

Como ejemplo de ley de establecimiento de estructura y asignación de competencia consideremos el supuesto de la “Sala Electoral”, creada por la Ley 19108,<sup>79</sup> de 1971, dentro la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal y Contencioso Administrativo de la Capital Federal y que posteriormente, por la Ley 19277, fue transformada en la Cámara Nacional Electoral, con su estructura actual de tres jueces conformando una única sala. Este tipo de ley, por su materia, halla fuente en el artículo 75, inciso 20.

Como ejemplo de leyes que establecen procedimientos, consideremos la Ley 48,<sup>80</sup> en especial sus artículos 14 a 16, así como el artículo 24, inciso 2 del Decreto 1285/1958,<sup>81</sup> que establece que la Corte Suprema conocerá “por recurso extraordinario en los casos de los artículos 14 de la ley 48 [...]”, o los artículos 256 a 258 del CPCCN sobre “apelación extraordinaria ante la Corte Suprema”, o el artículo 286 del CPCCN, que establece el depósito por interposición de recurso de queja por denegación de recurso extraordinario. Este tipo de leyes, por su materia, enraza en los artículos 116 y 117 de la CN.

Tanto las leyes del primer grupo como las del segundo son reglamentables por la Corte Suprema. Consideremos la Acordada 21/2007,<sup>82</sup> del 30/08/2007, que autorizó a la Cámara Nacional Electoral a disponer de los ingresos que obtenga en concepto de aranceles; o la Acordada 4/2007,<sup>83</sup> reguladora de las formalidades de los recursos extraordinarios y de queja; o la Acordada 40/2019,<sup>84</sup> que establece en 100 mil pesos el respectivo depósito.

---

79 Ley 19108, BO 12/07/1971, de Cámara Federal y Contencioso Administrativo.

80 Ley 48, del 14/09/1863, R.N., tomo 1863-1869, p. 49.

81 Decreto-ley 1285/1958, BO 7/02/1958, ratificado por la Ley 14467, BO 29/09/1958.

82 Acordada 21/2007, del 30/08/2007.

83 Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/03/2007.

84 Acordada 40/2019, BO 30/12/2019. Acerca de la fijación de tal monto por delegación legislativa en la Corte Suprema y la convalidación de aquella, ver, con provecho, Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 147-150).

### 2.2.7. Límites que acotan la potestad reglamentaria, delegada o de ejecución de las leyes, de la Corte Suprema

Pueden esbozarse aquí diversos límites que pesan sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema cuando ejerce competencia que le ha sido delegada por el Congreso o cuando dicta reglamentos de ejecución de la ley.

Primero, no podrían afectar el derecho de defensa ni el debido proceso, de raigambre constitucional, sea en su faz adjetiva como sustantiva, como sería el supuesto en el que se afecte la autonomía de la voluntad,<sup>85</sup> y en general no podría desoir la manda de razonabilidad del artículo 28 de la CN.

Asimismo, limitan la labor reglamentaria de la Corte Suprema las materias de reserva del Legislador.<sup>86</sup>

Además, el límite dado por la “mejor” administración de justicia, que parece privilegiar la eficacia de la labor jurisdiccional, no puede hacer caso omiso de requerimientos propios de una república, cual el acceso a las razones que motivan las decisiones del órgano estatal.<sup>87</sup> Y las consideraciones de eficacia no podrían hacer soslayar consideraciones de eficiencia.<sup>88</sup>

Por otro lado, la reglamentación judicial, enderezada a la ordenada tramitación de los pleitos, no puede ser repugnante a las prescripciones de la ley.<sup>89</sup> Es más, la calidad de regulador –o de emisor de reglas– que poseen los tribunales

85 Bajo la Acordada 12/2016, *Reglamento de actuación en procesos colectivos*, BO 8/04/2016, del 5/04/2016, el juez determina “los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso” (artículo VIII.2.), lo cual no es indicativo ni de *opt-in* ni de *opt-out*. Sin embargo, la experiencia nos muestra cómo el fallo CEPIS tuvo efectos expansivos alcanzando al colectivo de usuarios residenciales (excluyendo los usuarios pasibles de tarifa social) del servicio de gas, usuarios residenciales que no podían optar por quedar fuera (*opt-out*) de los efectos del fallo por hallarse la licenciataria bajo el deber de acatarlo. En otras palabras, un régimen de *opt-out* es, de hecho, autoritario y avasalla la autonomía de la voluntad, pues no se elige, sino que se padece la inclusión en el colectivo judicialmente definido; ampliar en Sacristán (2016, pp. 199-213) y sus citas en pp. 215-216 de *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985). Confrontar, mencionando la posibilidad de certificación de una clase mandatoria sin posibilidades de *opt-out*, Oyhanarte (2015, p. 498).

86 Por ejemplo, se ha afirmado que la extensión de los plazos procesales solo puede establecerse mediante ley y no por acordada, cfr. *Silva, Anibal*, Fallos: 275:49, del 8/10/1969. Una definición brindada en la ley no puede ser modificada por medio de una acordada; cfr. dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, en *Arakaki, Marcela Noemí y otros c/E.N. - C.S.J.N. - Ac. 57/1992 s/empleo público*, Fallos: 326:4076, del 7/10/2003.

87 Tal la objeción que genera la ausencia de motivación de las desestimaciones bajo el artículo 280 del CPCCN, cuando, al tiempo de emitirse el fallo, se podría publicar, junto con este, el archivo en formato PDF de la decisión del superior tribunal de la causa. Se vuelve sobre ello *infra*.

88 A modo de ejemplo, Resolución s.n. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 228:44, del 25/02/1954, esp. p. 44.

89 *Peyrú, Diego Alberto s/pedido de extradición Embajada de la República de Chile*, Fallos: 316:1853, del 27/08/1993.

judiciales, y en especial la Corte Suprema,<sup>90</sup> se hallará sujeta a la regla de razonabilidad, límite aplicable a todo control de ejercicio de potestad reglamentaria.

En el específico campo de las contrataciones, un reglamento judicial que las regle tiene que asegurar no solo eficacia, sino también eficiencia, conforme modernos criterios de lucha contra la corrupción, con lo que la ineficacia y la ineficiencia constituyen limitaciones.<sup>91</sup>

Finalmente, la costumbre también constituye un límite y, como tal, tiene que poder ser acreditada a los fines de fundar la medida reglamentaria, no basando a tal fin la mera declaración de que esta recoge la costumbre.<sup>92</sup> Hay un basamento de repetición o costumbre en la formación de las normas,<sup>93</sup> que se halla ligada a la reiteración, por un lado, y a la moral, por el otro. De tal suerte, el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo hallará los límites ya reseñados de eficacia y de eficiencia, sino también de tenor ético.

90 Se toma la figura de Mulligan y Staszewski (2012, p. 1190).

91 Ver Ley 26097, BO 9/06/2006, artículo 7.I.a. Por otro lado, según la Ley 23853 de autarquía judicial, BO 24/10/1990, artículo 10, “El Poder Ejecutivo nacional juntamente con la Corte Suprema de Justicia de la Nación reglamentará la presente ley en los aspectos concernientes a la administración financiero-presupuestaria, de conformidad con los principios de transparencia en la gestión y uso eficiente de los recursos. Todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de la ley 24.937 y sus modificatorias”.

92 Ver el específico supuesto de la Acordada 4/2007, BO 21/03/2007, del 21/03/2007, motivada en requisitos emergentes de “reiterados y conocidos precedentes”. Sin embargo, sus innovaciones en materia de tope expresado y en cantidad de páginas no hallan fundamento expreso alguno en la motivación de esa acordada o en otras fuentes accesibles emanadas de la Corte Suprema. Ese tope, expresado en cantidad de páginas, además no se corresponde con la Regla 33.1.(d.) de la Suprema Corte de los Estados Unidos, que establece la extensión del libelo no en cantidad de páginas, sino en cantidad de palabras. Las reglas de la Suprema Corte estadounidense, vigentes desde julio de 2019, pueden verse en: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Por ejemplo, un pedido de *certiorari* de la Regla 14 tiene, como tope, 9000 palabras. Según la Regla 11.1.(h.), basta, a los fines de la acreditación de la cantidad de palabras, la declaración jurada del letrado interviniente basada en el informe que el procesador de palabras brinda: un documento preparado bajo la Regla 33.1. debe hallarse acompañado por un certificado, firmado por el abogado, la parte no asistida por abogado, o quien prepare el documento, declarando que el escrito cumple con el límite de palabras. La persona que prepare el certificado puede sustentarse en el conteo de palabras del procesador de palabras empleado para preparar el documento. El procesador de palabras tiene que ser fijado para incluir notas al pie en el conteo de palabras. El certificado tiene que establecer la cantidad de palabras del documento. El certificado acompañará al documento cuando este sea presentado ante el *Clerk* para ser ingresado y será independiente de aquel. (“A document prepared under Rule 33.1 must be accompanied by a certificate signed by the attorney, the unrepresented party, or the preparer of the document stating that the brief complies with the word limitations. The person preparing the certificate may rely on the word count of the word-processing system used to prepare the document. The word-processing system must be set to include footnotes in the word count. The certificate must state the number of words in the document. The certificate shall accompany the document when it is presented to the Clerk for filing and shall be separate from it”).

93 Ampliar en Ullmann-Margalit (1977, p. 83). Sobre el derecho judicialista, que consiste en un conjunto de costumbres normativas, ver, con provecho, Rivas (2019, pp. 113-114).

Hay, por cierto, un área “intersticial” de ejercicio de potestad reglamentaria que podría ser pasible de debate en cuanto a su origen en el artículo 113 de la CN, o en los artículos 75, inciso 20 y 116 y 117 de la CN, con lo que podría poner en juego los límites ya repasados sobre potestad reglamentaria autónoma basada en poderes inherentes y el rol de la Corte Suprema como guardián último de la Constitución, por un lado, o bien los límites precedentemente señalados.

### **3. El aporte de la experiencia estadounidense de cara a la potestad reglamentaria de la Corte Suprema argentina**

¿Cómo pueden los párrafos precedentes contribuir a una adecuada visualización del Decreto 635/2020?<sup>94</sup>

En primer lugar, adviértase que dicho decreto se halla enderezado a la producción de una “descripción valorativa” que señale, en especial, “problemas que se observan para el correcto funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Pues bien, el Alto Tribunal ya ha demostrado habilidad para detectar problemas y proveer soluciones, y eso es lo que hizo al dictar las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de procesos colectivos con invocación de la ausencia de ley reguladora de estos.<sup>95</sup> También desplegó, antes que otros poderes del Estado, poder regulatorio en cuanto a los déficits de transparencia en la gestión y los solucionó mediante la sanción de pluralidad de acordadas que incluyen: las audiencias públicas para ciertas causas;<sup>96</sup> la bilateralidad en las entrevistas;<sup>97</sup> la institución de los *amicus curiae*;<sup>98</sup> el régimen del pedido de autos principales y pase a la Procuración General de la Nación;<sup>99</sup> la divulgación de los fallos de la Corte Suprema;<sup>100</sup> la publicidad de la circulación de expedientes;<sup>101</sup> la publicidad, en la página web de la Corte Suprema, de la lista de causas con posterioridad

94 Decreto 635/2020, BO 30/07/2020, creación del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público.

95 Ampliar en Sagüés (2019, p. 400), quien señala que la Corte Suprema “había detectado en el Congreso una especie de inconstitucionalidad por omisión, al no regular los procesos colectivos y la *class action* encapsulados en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN [...]”.

96 Acordada 30/2007.

97 Acordada 7/2004.

98 Acordada 28/2004.

99 Resolución 217/2004, Fallos: 327:1378, del 24/02/2004.

100 Acordada 37/2003, del 18/12/2003.

101 Acordada 35/2003, del 11/12/2003.

a la celebración de cada acuerdo;<sup>102</sup> la asignación de trámite diferenciado para causas que involucren materias de trascendencia institucional,<sup>103</sup> tal que se debe “fijar la fecha del acuerdo en la que el asunto será considerado por el Tribunal”.<sup>104</sup> Asimismo, se ha comenzado a posibilitar –varios clics mediante– el acceso a información relativa al cúmulo de sentencias descalificadas por arbitrariedad,<sup>105</sup> con relación al tribunal del cual hayan emanado, lo que es un incentivo válido para el control y la prevención de esa clase de sentencias.<sup>106</sup>

También ha detectado la Corte Suprema, como vimos antes, problemas propios del manejo de recursos extraordinarios y de queja cuando se carece de algún criterio de normalización o estandarización de dichas presentaciones. Ahora, la respuesta brindada mediante la Acordada 4/2007, como toda experiencia reguladora que en parte recoge costumbre y en parte innova,<sup>107</sup> es perfectible y requiere de revisiones. Consideremos, solamente, que la Suprema Corte estadounidense cuenta con sus propias *Rules* (que incluyen las formalidades de los pedidos de *certiorari*), pero esas reglas son objeto de permanente revisión y en promedio han sido modificadas cada cuatro años desde 1803,<sup>108</sup> y lo mismo tendríamos que esperar con relación a la precitada Acordada 4. Ello, en especial, de cara a objeciones relativas a la forma de establecimiento del tope en la extensión de los recursos en ella reglados.<sup>109</sup> Y, en general, ante la innega-

---

102 Resolución 642, del 17/04/2004.

103 Acordada 36/2003, del 18/12/2003.

104 Reglamento para la Justicia Nacional, artículo 84.

105 Resolución 801/2004, Fallos: 327:3004, del 13/05/2004, modificada por Acordada 51/2009, del 29/12/2009, artículo 8 (esta última, a su vez, fue modificada por la Acordada 31/2014, del 30/09/2014, y por la Acordada 4/2015, del 10/03/2015, pero ellas no alteraron el objetivo de transparencia prefijado).

106 Acerca de todas las soluciones brindadas mediante las acordadas y resoluciones enumeradas, ver, con provecho, Hockl y Duarte (2006, pp. 148-174).

107 Cfr. voto del juez Fayt en la Acordada 4/2007: “Que el ordenamiento aprobado en el presente acuerdo constituye un fiel catálogo de los diversos requisitos que conocidos y reiterados precedentes del Tribunal vienen exigiendo con respecto a los escritos de interposición del recurso extraordinario, y de la presentación directa ante la denegación de aquél [...]”, aunque, en rigor, hay recaudos que no tenían antecedente, cual el límite de carillas.

108 La última versión de dichas Reglas rige desde el 1 de julio de 2019. Pero tengamos en cuenta la esencial modificabilidad de estas: la primera versión, de 1803, comprendía 18 reglas, que ocupaban tres carillas del *United States Reports*; a partir de allí, se produjeron, hasta 2019, más de medio centenar de modificaciones; cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos (s.f.a). Hoy, las *Rules* constituyen un opúsculo de 81 carillas y se las puede consultar en: Suprema Corte de los Estados Unidos (2019).

109 Con todo acierto, han señalado Garay y Schwartzman (2007, p. 920), que: “existe otro tipo de causas que, por la complejidad del tema que se discute, los tropiezos habidos durante su trámite o los años de litigio, no será posible de ser analizado, resumido y alegado en la extensión requerida,

ble eficiencia de fijar no un tope de renglones por página (renglones que tienen que ser contados por un operador judicial), sino un tope total de palabras en el documento (como se prevé en esas *Rules*, y que el procesador de palabras cuenta en forma infalible) o, alternativamente, un sencillo límite de renglones en el documento considerado integralmente, sin la carátula.

Respecto al problemático cúmulo de expedientes que recibe anualmente el máximo Tribunal, el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Corte Suprema –dentro de las limitaciones constitucionales, algunas de las cuales se resaltaron en el apartado 2.– podría permitirle centrarse en ser el Tribunal de los más importantes casos constitucionales. Sin apuntar a los guarismos que enfrenta la Suprema Corte estadounidense,<sup>110</sup> y atento al proceso que históricamente ha redundado en la discrecionalización de la jurisdicción de la Corte Suprema argentina<sup>111</sup> –amén de la tendencia a la sobrejudicialización de asuntos o conflictos (Rosatti, 2018)–,<sup>112</sup> entiendo que el Alto Tribunal argentino bien puede, bajo la Ley 25488 de modificación del CPCCN,<sup>113</sup> artículo 4, diseñar los medios para alcanzar aquel objetivo. Puede ilustrarse lo dicho con el supuesto de los planteos de arbitrariedad de sentencias y, en general, con las decisiones que son apeladas ante la Corte Suprema. Veamos.

Respecto a la administración judicial del cúmulo de planteos de sentencia arbitraria, vale tener presente propuestas concretas ya sugeridas por la doctrina

---

todo ello dentro del exiguo plazo de diez días”. Esta opinión es recogida tanto en Sagüés (2018, p. 298), advirtiendo que podría llegar a haber lesión al derecho de defensa en juicio y un supuesto de inconstitucionalidad relativa, como en Gozaini (2010, pp. 898-911).

110 Estados Unidos tiene una población aproximada de 328 millones de habitantes; Argentina tiene una población aproximada de 44 millones de habitantes. La Suprema Corte estadounidense recibe entre 7000 y 8000 nuevos casos por año, de los cuales ameritan revisión plenaria, con alegatos orales de los letrados, alrededor de 80, y la Corte suele disponer de 100 o más casos por año sin revisión plenaria, cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos (s.f.-b). La Corte Suprema argentina, en cambio, recibió en 2018 no 1000 (que sería lo esperable, proporcionalmente), sino más de 27000 causas (incluyendo 15534 previsionales), cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación (2020).

111 Cfr. fallos citados en Bianchi (1997, pp. 923-941).

112 “La creciente litigiosidad, o –para decirlo de un modo más técnico– la creciente judicialización de los conflictos, es el reconocimiento de la incapacidad para resolver un problema antes de pisar un tribunal de justicia. Y lamentablemente (y tal vez paradójicamente) es un problema que no ha podido resolver la vigencia continuada del sistema democrático, pues los números de causas ingresadas y resueltas se ha incrementado notoriamente desde –cuando menos– 1991 hasta la fecha” (Rosatti, 2018, p. 988). Sobre la sobrejudicialización de asuntos, ver también Rosenkrantz (2018, p. 17): “Por otro lado, sin embargo, en nuestras democracias actuales también hay una tendencia creciente a la judicialización de absolutamente todos los asuntos, incluso de aquellos que dependen de visiones morales, religiosas o políticas”.

113 Ley 25488, BO 22/11/2001, modificatoria del CPCCN.

especializada.<sup>114</sup> Desde una plataforma diversa, entiendo que la mera posibilidad de escrutinio público puede poseer la virtualidad de desincentivar el dictado de sentencias definitivas arbitrarias, y si bien las decisiones de las cámaras federales son accesibles mediante el Centro de Información Judicial, no ocurre lo mismo con la integralidad de los demás tribunales que son superior tribunal de la causa para la Corte Suprema.<sup>115</sup> Ello redundaría en un parcial acceso, por parte del público, a aquellos decisorios, y, como tarea pendiente, obliga a volver sobre una aguda observación –de permanente vigencia– oportunamente formulada por la doctrina respecto a lo que se espera de esos tribunales y la realidad (Carrió, 1990, p. 23). Para los superiores tribunales remisos en publicar sus decisiones (y en plena era del acceso a la información pública, propia de una república), pueden propiciarse convenios entre dichos tribunales y la Corte Suprema en pos de la obligatoria publicación, bajo la modalidad de acceso abierto, en la página web de aquellos. Ello, con previo cumplimiento de los recaudos habituales respecto a datos no publicables, con disponibilidad de herramientas de búsqueda por palabra libre sin recaudo previo de registración personal o claves y con un mínimo de clics.

En general, más allá de los planteos de arbitrariedad y por razones de transparencia, el Alto Tribunal mismo podría proceder, respecto a *todas* las decisiones que son apeladas ante sus estrados, a la incorporación de una imagen bajo forma de *portable document format* de la decisión recurrida, cualquiera haya sido el superior tribunal de la causa. Tal proceder, de otra parte, en el caso de que se resolviera por aplicación del artículo 280 del CPCCN, brindará motivación al fallo respectivo y neutralizará las objeciones que se pudieran haber generado. Y, en general, tal proceder coadyuvará al rol docente del máximo Tribunal.

#### 4. Conclusión

Si no fuera por algunos graves fenómenos que nos rodean, resultaría innegable el elevado propósito en torno al Decreto 635/2020 de fortalecimiento del Poder Judicial mediante la tarea de detección de problemas de su funcionamiento en pos de su superación. Es que toda república aspira a una rama judicial fuerte, bien guiada ante los poderes políticos y comprometida con la trascendente

114 Cfr. Carrió (1990, pp. 20-24), expresiones de llamativa actualidad; Garay (2010, pp. 27-39).

115 Si bien hay superiores tribunales provinciales que publican en forma óptima todas las sentencias, facilitando la recuperación de documentos, ello dista de ser la regla. Para un informe actualizado a 2015, ver Elena y Ecker (2015).

labor de sembrar seguridad jurídica y confianza en las instituciones con la consiguiente retroalimentación a nivel nacional e internacional.

Empero, estimo que –al menos en lo que hace a la máxima instancia judicial argentina–, huelgan, a tal fin, las iniciativas legislativas impulsadas desde la rama ejecutiva de gobierno. Es que, en lo que hace a dicha máxima instancia judicial, nadie sabe más del funcionamiento de la Corte Suprema que la Corte Suprema misma.

Así las cosas, y como vimos, ya desde antaño ha puesto en práctica el Alto Tribunal –con verdadera actitud proactiva– las formidables herramientas reglamentarias que posee para autodetectar aquellos aspectos de su quehacer que ameritan enmiendas en pos de una producción jurisdiccional eficaz y eficiente con conciencia ética. Para ello, ya sea por asignación directa de competencia por el Constituyente como por delegación legislativa del Legislador, e incluso en el espacio para la ejecución de las leyes que sanciona este, la potestad reglamentaria que asiste al Tribunal ha demostrado ser clave en la elaboración de autodiagnósticos y adopción de medidas apropiadas. En el ejercicio de tal competencia, resultará esencial el respeto de las limitaciones de fuente constitucional o infraconstitucional, algunas de las cuales fueron puntualizadas en estos párrafos.

## Bibliografía

- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho constitucional* (3ª ed., Tomo III). Buenos Aires: La Ley.
- Bianchi, A. B. (1986). Justiciabilidad de las acordadas de la Corte Suprema de Justicia. *El Derecho*, (119), 181-185.
- Bianchi, A. B. (1990). *La delegación legislativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Bianchi, A. B. (1997). ¿Ha llegado la Corte Suprema al final de su lucha por una jurisdicción discrecional? (Perspectivas actuales y futuras del recurso extraordinario). *El Derecho*, (172), 923-941.
- Bianchi, A. B. (2014). La Corte bajo la presidencia de Raúl Alfonsín. En Santiago, A. (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina* (Tomo III, pp. 1163-1293). Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo: Marcial Pons.
- Bidart Campos, G. (1993). *Tratado elemental de Derecho constitucional Argentino* (Tomo II). Buenos Aires: Ediar.
- Bidart Campos, G. (1997). *Manual de la Constitución reformada* (Tomo III). Buenos Aires: Ediar.
- Bielsa, R. (1959). *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
- Cabral, J. E. (1986). Inconstitucionalidad de la Acordada 43/1995 de la CSJN. *El Derecho*, (119), 184-185.

- Carrió, G. R. (1990). Sobre la competencia de la Suprema Corte argentina y su necesaria y urgente modificación. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (5), 9-43.
- Cassagne, J. C. (2018). *Curso de Derecho administrativo* (12ª ed., Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Cassagne, J. C. (2020). *Derecho administrativo y Derecho público general*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF.
- Castro Videla, D. y Maqueda Fourcade, C. S. (2018). *La delegación legislativa y el Estado regulatorio*. Buenos Aires: Ábaco.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020). *Datos estadísticos. Sentencias de la Corte Suprema. Año 2018. Cantidad de causas ingresadas por materia*. <https://www.csjn.gov.ar/datos-estadisticos/graficos-2018>.
- Elena, S. y Ecker, G. (2015). *Índice de acceso a la información judicial de las provincias argentinas (edición 2015)* (Documento de Políticas Públicas, Análisis N° 152). Buenos Aires: CIPPEC. <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2017/03/1203.pdf>.
- Garay, A. F. (2010). El recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Propuesta para un manejo más ágil. *Suplemento Extraordinario Constitucional - 75 aniversario*. Buenos Aires: La Ley.
- Garay, A. F. (2015). *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica (Ponencias generales, procesal constitucional)*. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Buenos Aires. [https://www.aadproc.org.ar/pdfs/biblioteca\\_virtual/Congreso\\_2015/Ponencias%20Generales/Procesal%20Constitucional/GARAY%2C%20Alberto%20F.pdf](https://www.aadproc.org.ar/pdfs/biblioteca_virtual/Congreso_2015/Ponencias%20Generales/Procesal%20Constitucional/GARAY%2C%20Alberto%20F.pdf).
- Garay, A. F. y Schwartzman, S. (2007). El recurso extraordinario y su reglamentación por la acordada 4/2007. *J.A., 2007-II*, 918-926.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación argentina. Comentada y concordada* (4ª ed., Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Gordillo, A. (2009). *Tratado de Derecho administrativo* (Tomo I). Buenos Aires: FDA.
- Gozaini, O. A. (2010). La trascendencia en el recurso extraordinario frente a la Acordada 4/200. *La Ley*, 2010-C, 898-911.
- Hockl, M. C. y Duarte, D. (2006). *Competencias y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Legis.
- Luqui, R. (2005). *Revisión judicial de la actividad administrativa* (Tomo I). Buenos Aires, Astrea.
- Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho administrativo* (4ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Meador, D. J. (1995). Inherent Judicial Authority in the Conduct of Civil Litigation. *Texas Law Review*, 73, 1805-1820.
- Mulligan, L. N. y Staszewski, G. (2012). The Supreme Court's Regulation of Civil Procedure: Lessons from Administrative law. *UCLA Law Review*, 50, 1188-1251.
- Oyhanarte, M. (2015). Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a Comparative Study. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 43(2), 451-506.
- Rivas, P. (2019). *En los márgenes del Derecho y el poder*. Valencia: Tirant.
- Rosatti, H. D. (2018). La Corte Suprema: entre Escila y Caribdis. *La Ley*, 2018-B, 986-989.
- Rosenkrantz, C. F. (2018). *Los jueces frente al desarrollo*. Conferencia Judicial de las Cortes Supremas del G-20, octubre 2018. <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2019/06/OJO-Discursos-G20-1-1.pdf>.

- Sacristán, E. B. (2016). Amparo colectivo en la Argentina: opt-in, opt-out o tal vez nada. *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, (11), 199-213.
- Sacristán, E. B. (2017). La Corte Suprema como intérprete final y el Consejo de la Magistratura. En Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *Justicia y transparencia. Justicia y división de poderes. Justicia y federalismo. Justicia y desarrollo humano. XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional* (pp. 143-151). Resistencia: ConTexto.
- Sáenz, J. I. (2008). *La Corte Suprema como tribunal constitucional* (Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 4 de junio de 2008). Buenos Aires: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/Saenz-2008.pdf>.
- Sagüés, N. P. (2018). *Compendio de Derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Sagüés, N. P. (2019). Reflexiones sobre la delegación legislativa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En Gelli, M. A. (Dir.), *A 25 años de la reforma constitucional de 1994* (pp. 395-400). Buenos Aires: La Ley.
- Santiago, A. (h). (2014). La Corte de los nueve (1990-2003). En Santiago, A. (h) (Dir.), *Historia de la Corte Suprema argentina* (Tomo III, pp. 1195-1676). Madrid/Barcelona/Buenos Aires/San Pablo: Marcial Pons.
- Seco Villalba, J. A. (1943). *Fuentes de la Constitución argentina*. Buenos Aires: Depalma.
- Suprema Corte de los Estados Unidos. (2019). *Rules of the Supreme Court of the United States. Adopted April 18, 2019. Effective July 1, 2019*. <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>.
- Suprema Corte de los Estados Unidos. (2020). *Granted and Noted list. October Term 2020. Cases for Argument*. <https://www.supremecourt.gov/orders/20grantednotedlist.pdf>.
- Suprema Corte de los Estados Unidos. (s.f.-a). *Historical Rules of the Supreme Court*. <https://www.supremecourt.gov/ctrules/scannedrules.aspx>.
- Suprema Corte de los Estados Unidos. (s.f.-b). *The Term and Caseload*. <https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>.
- Ullmann-Margalit, E. (1977). *The Emergence of Norms*. Oxford: Oxford University Press.
- Whittington, K. E. y Iuliano, J. (2017). The Myth of the Nondelegation Doctrine. *University of Pennsylvania Law Review*, 165, 379-431.

# CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD PROVINCIAL: UN MODELO DIFUSO CON RASGOS CONCENTRADOS

---

**Sergio Díaz Ricci**

Universidad Nacional de Tucumán

serdiricci@gmail.com

**Recibido:** 6/10/2020

**Aceptado:** 20/11/2020

*It is one of the happy incidents of the federal system  
that a single courageous State may,  
if its citizens choose, serve as a laboratory.  
New State Ice Co. v. Liebmann, 285 U.S. 311  
Justice Brandeis (1932)*

## Resumen

El presente estudio de derecho procesal constitucional provincial comparado ofrece un panorama del modelo difuso de control de constitucionalidad de las veinticuatro entidades federativas argentinas. Se detallan las cinco vías procesales que cuentan los tribunales judiciales locales para resolver las cuestiones de constitucionalidad provincial presentadas en un proceso ordinario de conocimiento, en un *habeas corpus*, en una acción de amparo, en una acción declarativa de certeza y, particularmente, en una acción directa de inconstitucionalidad. Se focaliza en los rasgos del modelo concentrado que trece constituciones provinciales introducen al atribuirle efectos expansivos a la inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia provincial en ejercicio de competencia originaria por vía de una acción directa de inconstitucionalidad o por vía de apelación en los demás procesos constitucionales.

**Palabras clave:** control de constitucionalidad provincial, procesos constitucionales, acción directa de inconstitucionalidad, efectos expansivos de sentencias de inconstitucionalidad del Superior Tribunal de Justicia provincial.

## Provincial Control of Local Constitutionality: a Diffuse Model with Concentrated Traits

### Abstract

A comparative study of provincial constitutional procedural law provides an overview of the diffuse model of constitutionality control of Argentina's twenty-four federal entities. It details the five procedural actions that have the local courts to resolve issues of constitutionality presented in an ordinary process, in a habeas corpus, in an "Amparo" action, in a declaratory action of certainty and, in particular, in a direct action of unconstitutionality. It focuses on Traits of the concentrated model that thirteen provincial constitutions introduce by giving expansive effects to the unconstitutionality stated by the State High Court in the exercise of original jurisdiction by a direct action of unconstitutionality or by way of appeal in the other constitutional processes.

**Key words:** control of local constitutionality, constitutional procedural actions, direct action of unconstitutionality, expansive effects of unconstitutional statement of the State High Court of Justice.

### 1. Consideraciones preliminares

Las vías procesales de control de constitucionalidad adoptadas por los estados provinciales<sup>1</sup> ofrecen un cuadro muy novedoso y sugestivo. El propósito de este trabajo es ofrecer un panorama del control de constitucionalidad a nivel provincial en el que veremos que trece provincias, sin apartarse del tradicional control difuso judicial,<sup>2</sup> presentan rasgos propios de control concentrado de constitucionalidad. Vamos a circunscribirnos a la normativa constitucional y legal existente en las provincias relativa a los procesos que sirven para llevar a cabo el control de constitucionalidad local de actos y normas respecto a la constitución provincial, lo que se denomina "control de constitucionalidad provincial" en sentido estricto. Aunque haremos algunas referencias a la jurisprudencia provincial, resulta imposible en el marco de este trabajo abarcar en

- 
- 1 Incluimos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CABA) como entidad federativa.
  - 2 Siempre criticaremos el calificativo de "difuso" al sistema americano de control de constitucionalidad dado por el procesalista italiano Calamadre, quien empleó el término *diffuso*, que se tradujo, de manera poco afortunada, como "difuso" en lugar de "disperso", que habría sido lo correcto frente a su opuesto, el control concentrado. Además, en español, el término "difuso" tiene un dejo peyorativo que trasmite una idea de "opacidad" o "escasa claridad" que lo pone en una suerte de minusvalía frente al control europeo kelseniano, que abreva en el antijudicialismo francés (*méfiance aux juges*) que, por un lado, rehúsa (inútilmente) reconocer esta función al juez ordinario y, por el otro, revela el fracaso del control de constitucionalidad que existió en Europa prácticamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

detalle el estudio jurisprudencial de las veinticuatro jurisdicciones. Nuestro cometido es más modesto: un ensayo de derecho procesal constitucional provincial comparado que, a través de un esquema racional y crítico de tal variedad, brinde un tablero ordenador que sirva para ulteriores y más amplios estudios.

Vaya como aviso que no vamos a ocuparnos del control de constitucionalidad que tiene lugar en el ámbito de la justicia federal tanto en jurisdicción federal propiamente dicha como en la jurisdicción nacional de la Capital Federal, porque en este el control difuso mantiene en sus características tradicionales y una legislación procesal constitucional francamente obsoleta de más de medio siglo.

### **1.1. Control de constitucionalidad de los jueces provinciales como antesala del control de constitucionalidad federal**

Comencemos diciendo que Argentina es el país americano que reproduce con mayor fidelidad el sistema de control de constitucionalidad federal nacido en Estados Unidos, que asigna a los tribunales judiciales ordinarios el control de constitucionalidad tanto federal como provincial (García-Mansilla, 2020).

No podemos, sin embargo, soslayar la conexión que existe entre el ordenamiento constitucional federal y el provincial, porque el solapamiento en materia de derechos constitucionales<sup>3</sup> permite, por un lado, que en cualquier juicio radicado en la justicia provincial se puedan invocar directamente los derechos fundamentales contenidos en el bloque de constitucionalidad federal, es decir, en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos que ella incorpora (Pérez Hualde, 2007), como asimismo, por otro lado, pueden presentarse conflictos entre la normativa provincial con las normativas constitucionales o legales federales<sup>4</sup> que han de resolver en primer término los tribunales locales.

3 En materia de derechos fundamentales, las constituciones provinciales reformadas con anterioridad a 1994 fueron muy pródigas en registrar derechos fundamentales. Pero después de la reforma federal de 1994, con la introducción de nuevos derechos y garantías y la jerarquización constitucional y suprallegal de tratados de derechos humanos, todos estos forman parte *ipso iure* del plexo de derechos fundamentales provinciales *vis-à-vis* el artículo 5 de la Constitución Nacional, que algunas constituciones provinciales prefirieron decirlo de modo explícito; por ejemplo, la Constitución de Entre Ríos expresa en el artículo 5: “Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y que esta Constitución da por reproducidos [...]”. La Pampa, artículo 1: “La Provincia de La Pampa, integrante de la Nación Argentina, en el uso pleno de los poderes no delegados, se sujeta para su gobierno y vida política al sistema republicano representativo, según los principios, derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución Nacional”.

4 La mayor parte de los casos que llegan a la competencia revisora de la CSJN, por vía de Recurso Extraordinario federal, son sentencias que presentan “cuestiones federales” en procesos tramitados en la justicia provincial, por razones muy numerosas que van desde conflictos competenciales, pa-

A partir de la Constitución federal de 1853, Argentina ha adoptado el modelo norteamericano como sistema de control de constitucionalidad que encarga a los tribunales del poder judicial esta función de garantía de la supremacía constitucional.<sup>5</sup> En virtud de este modelo judicialista, las cuestiones de constitucionalidad deben darse en el marco de un proceso contradictorio jurisdiccional.

Pero ha de tenerse presente que la función judicial, en razón de la conformación federal del Estado argentino, está repartida en dos órdenes jurisdiccionales: la regla general es la justicia provincial (y en la Capital Federal, la justicia “nacional”) y la justicia federal es un fuero de excepción.

Esto conlleva que una “cuestión federal” puede ser materia de control de constitucionalidad por los jueces provinciales quienes –siguiendo los cauces procedimentales provinciales previstos por leyes locales– pueden resolver sobre la validez de una norma legal de cualquier naturaleza a la luz de la Constitución Nacional.

Por esta razón, los procesos de control de constitucionalidad en el nivel provincial no son asunto baladí porque son los canales normales y habituales del control de constitucionalidad federal. Los procesos constitucionales provinciales tienen, entonces, enorme trascendencia para el control federal de constitucionalidad. Los tribunales provinciales –incluso hasta de oficio– realizan control federal de constitucionalidad (y de convencionalidad, habría que agregar) cuando en una causa se hallan involucradas normas federales. En suma, son la antesala para el acceso al control final por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) por vía del recurso extraordinario.

El control de constitucionalidad federal que realizan los jueces provinciales no se canaliza a través de procesos especiales.<sup>6</sup> Las vías procesales que emplea el juez provincial para llevar a cabo el control de constitucionalidad federal son las mismas por las que transcurre con control de constitucionalidad provincial. El sistema de control sigue siendo de tipo difuso, pues se tramitan ante los tribunales judiciales locales que transitan los procesos constitucionales provinciales locales. Y solo una vez que hayan transcurrido y finalizado pueden llegar a ser objeto de un final control de constitucionalidad federal por vía del recurso extraordinario ante la CSJN.

---

sando por observancia del extenso campo de los derechos fundamentales y garantías federales hasta la amplia causal de arbitrariedad de una sentencia de un tribunal provincial.

- 5 Recientemente, la CSJN: “Que cabe recordar que la efectividad del principio de supremacía constitucional –consagrado en el Art. 31 de la Constitución– demanda un régimen de control de la constitucionalidad de las leyes, normas y actos de los gobernantes, que en nuestro sistema es judicial y difuso, y que está depositado en todos y cada uno de los jueces” (Fallos: 338:724).
- 6 A diferencia de México, que solo los jueces federales pueden hacer control de constitucionalidad federal a través un proceso federal especial: el amparo directo o indirecto.

Se pone así en evidencia la importancia de los procesos constitucionales provinciales,<sup>7</sup> porque son el portal de entrada del Recurso Extraordinario federal para la CSJN previsto en el artículo 14 de la Ley 48 (“Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia [...]”). Y adquirieron mayor relevancia luego de la interpretación pretoriana de la CSJN en los casos *Strada* (Fallos: 308:490) y *Di Mascio* (Fallos: 311:2478), que exige, para habilitar la vía del recurso extraordinario federal, que los casos radicados en los tribunales provinciales que presenten una “cuestión federal” deben estar concluidos dentro del sistema judicial provincial. En suma, para poder llegar a la CSJN, debe seguirse y agotarse todo el itinerario procesal local hasta, incluso, llegar al Superior Tribunal de Justicia Provincial (en adelante, STJP) y, además, hacerlo en contra del derecho federal invocado, en concordancia con el artículo 14 de la Ley 48. Recién entonces quedará expedita la vía recursiva extraordinaria ante la CSJN.

Se revela, entonces, en toda su magnitud, la importancia de estos procesos constitucionales provinciales, porque son el tramo inicial de un camino que puede llegar al control de constitucionalidad federal por la CSJN. La regla general es, por tanto, que un juez provincial de primera instancia puede realizar control de constitucionalidad federal en un caso y declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma por repugnancia a la Constitución federal y, en tanto control difuso, estas sentencias siempre tendrán solo efecto *inter partes*.<sup>8</sup>

En resumen, el sistema de control de constitucionalidad provincial tiene sustancial trascendencia en cuestiones de constitucionalidad federal<sup>9</sup> como paso obligado y previo en el camino hacia la intervención y decisión de la CSJN.

---

7 V.gr. en materia de recursos ante los Superiores Tribunales de Justicia provinciales vid. Bazán (2002); Benini (2012); Cherubini, Gallo Quintian y Quadri (2005); Sbdar y Gutiérrez (2019).

8 En esto, Argentina se asimila al modelo de Estados Unidos, salvo por el peso gravitante que allí tiene el “precedente” (principio del *stare decisis*). Se diferencia de México, donde está vedado al juez estatal declarar la inconstitucionalidad federal, atribución que está reservada a los jueces federales.

9 Cuando se analiza el control de constitucionalidad en Argentina suele pasarse por alto esta ineludible etapa previa, sin tener en cuenta que el 95% de los procesos judiciales tienen lugar en el ámbito de la jurisdicción provincial. He aquí la importancia que tienen los procesos constitucionales provinciales como preludeo del control de constitucionalidad federal final llevado a cabo por la CSJN.

## 1.2. Control de constitucionalidad provincial mixto y puro

Pero en tales procesos judiciales pueden presentarse cuestiones de constitucionalidad mixtas. Ello ocurre cuando se cuestiona la constitucionalidad de un acto o norma provincial como contrapuesto a la constitución provincial y, simultáneamente, a una disposición constitucional federal.<sup>10</sup>

En este punto debemos hacer una distinción indispensable para diferenciar las cuestiones de constitucionalidad provincial “puras” de las mixtas. Las “puras” corresponden a los conflictos de un acto o una norma local con relación a la constitución provincial, son de exclusiva competencia local y se agotan en la jurisdicción provincial, o sea, cuando la controversia se da en el marco normativo local circunscripta al ámbito provincial sin trascender al orden federal.

En este sentido, es muy acertada la diferenciación de procesos que hace la Ley de Procedimientos Constitucionales de Entre Ríos cuando distingue, por un lado, una cuestión de constitucionalidad provincial pura y, por el otro, la cuestión de constitucionalidad mixta. Esta última se presenta cuando, junto a una cuestión de constitucionalidad provincial, se controvierte un asunto federal; en tal caso, el proceso se ventila en un tribunal de primera instancia dentro del marco del control difuso de constitucionalidad. Con mucho tino, la Ley 8369/1990 (modificada por la Ley 9550/2004) en el artículo 51, inciso a, dispone en su último párrafo que “No se entenderá que la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos se refiere a materia estatuida por la Constitución Provincial si no fuese exclusiva de la misma”, es decir, solo los casos puros pueden demandarse directamente ante el Superior Tribunal de Justicia Provincial<sup>11</sup> cuando la cuestión de constitucionalidad sea puramente provincial, o sea, exclusivamente relativa a la constitución provincial. En los casos mixtos, regulados en el inciso b del mismo artículo 51, dispone que la acción debe iniciarse ante los tribunales de

---

10 La CSJN ha establecido el siguiente estándar: “contra las leyes y decretos provinciales que se califican de ilegítimos, caben tres procedimientos y jurisdicciones según la calidad del vicio imputado: a) si son violatorios de la CN, tratados con las naciones extranjeras, o leyes federales, debe irse directamente a la justicia nacional; b) si se arguye que una ley es contraria a la Constitución provincial o un decreto es contrario a la ley del mismo orden, debe ocurrirse a la justicia provincial; y c) si se sostiene que la ley, el decreto, etc., son violatorios de las instituciones provinciales y nacionales, debe irse primeramente ante los estrados de la justicia provincial y, en su caso, llegar a esta Corte por el recurso extraordinario del art. 14 de la ley 48” (Fallos: 328:3555).

11 La mayoría de las provincias ha denominado a su máximo tribunal de justicia como Tribunal Superior, Superior Tribunal o Corte de Justicia. Unas pocas replican, indebidamente, el nombre de “Suprema” Corte de Justicia (Buenos Aires, Mendoza) o Corte “Suprema” de Justicia (Santa Fe, Tucumán), que debería reservarse al máximo tribunal federal, el único de carácter “Supremo”.

primera instancia “[...] cuando a través de aquellas normas generales se invocaran violaciones a la Constitución Nacional o a ambas”, y para el supuesto de duda establece una presunción

Se entenderá que la inconstitucionalidad alegada lo es a la Constitución Nacional si [...] se tratare de atribuir conculcación al sistema representativo y republicano de gobierno o a los principios, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, que la Constitución Provincial se limita a tener por reproducidos implícita o explícitamente en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 5 y 123 y concordantes de la Carta Magna.

En resumen, la cuestión de constitucionalidad provincial pura es competencia del STJP, mientras que la mixta –guardando coherencia con el sistema difuso de control federal– corresponde a los tribunales de primera instancia.

Por ello, buena parte de las constituciones señalan expresamente que la cuestión de constitucionalidad debe ser puramente provincial, o sea, el objeto debe girar en torno a la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general que estatuyan sobre materia regida por la Constitución local, es decir, confinan el conflicto a cuestiones de constitucionalidad netamente provinciales.

En la práctica, como lo señala el ejemplo de Entre Ríos, esta distinción solo adquiere importancia, como veremos más adelante, en las acciones directas de inconstitucionalidad (en adelante, ADI) por ante el STJP,<sup>12</sup> porque los demás procesos constitucionales que siempre se entablan ante el tribunal de primera instancia (control difuso por antonomasia) esta disquisición resulta irrelevante.

### **1.3. Modelo de control de constitucionalidad provincial: magistratura y procesos constitucionales**

Cada provincia –respetando los principios constitucionales intrínsecos de la función judicial– puede establecer una estructura de administración de justicia propia tanto en su organización institucional<sup>13</sup> como respecto al sistema de

12 Este discernimiento importa en trece constituciones provinciales que les atribuyen a determinadas sentencias de su STJP un efecto derogatorio (*erga omnes*), lo que será objeto de nuestro análisis.

13 Por cierto, cada provincia, en ejercicio de su “autonormatividad constituyente”, según la feliz expresión del juez Rosatti en el Caso *Federación Argentina de la Magistratura c/Salta, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad* (Fallos: 340:1614), establece un diseño propio de organización judicial y distribución de fueros e instancias, como asimismo elabora su propia legislación procesal en materia constitucional, civil y comercial, penal, laboral, minera y contencioso-administrativa. Conc.

control de constitucionalidad provincial. Con toda claridad, la CSJN lo ha recordado recientemente

Que, por su parte, conforme el diseño constitucional establecido en los artículos 50, 121, 122 y 123 de la Constitución Nacional, es facultad no delegada por las provincias al Gobierno Nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva por lo que pueden establecer las instancias que estimen convenientes. (Fallos: 342:697)

A diferencia de la Constitución federal, no contiene una disposición<sup>14</sup> que lo establezca de manera expresa y clara.<sup>15</sup> Las constituciones provinciales en materia de control de constitucionalidad, siguiendo el modelo difuso, cualquiera fuese el esquema de organización judicial que haya establecido para sí, confiere a todo tribunal de justicia local la potestad de ejercitar control federal de constitucionalidad. Esto lo recogen expresamente algunas constituciones provinciales, como la de CABA en el artículo 113 cuando confiere al STJP competencia

Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución [...]. [y] Por vía de recursos de inconstitucionalidad, en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución.<sup>16</sup>

Pero la mayoría de las provincias, con mayor rigor, siguieron la huella marcada por la Constitución de Buenos Aires de 1873,<sup>17</sup> que refiere al control

---

casos Bruno, Raúl c/Río Negro s/amparo (Fallos: 311:460/88, § 19); Colegio de Abogados de Tucumán c/H. Convención Constituyente de Tucumán y otro (Fallos: 338:249/15).

14 Al igual que Estados Unidos, nuestra Constitución federal no señala expresamente la atribución de los tribunales de justicia de declarar la inconstitucionalidad de una ley federal (*Judicial review of Legislation*). Acerca del debate sobre la “autoatribución” de los tribunales de justicia del control de constitucionalidad federal, vid. García-Mansilla (2020).

15 En cambio, sí lo hace claramente la Ley 27 de 1863 en su artículo 1: “La Justicia Nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes Nacionales [...]” conc. artículo 3: “Uno de sus objetos es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”. Indirectamente, lo señala el artículo 14 de la Ley 48. Pero la reforma constitucional de 1994 lo recepta de manera colateral en el artículo 43, primer párrafo, *in fine*, sobre la acción de amparo: “En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

16 Ídem el artículo 193 de Santiago del Estero.

17 Este principio general fue introducido por la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873

de constitucionalidad y se limita estrictamente a las cuestiones “sobre materia regida por esta Constitución [local]”. Así lo vemos reflejado, por ejemplo, en el artículo 148 de la Constitución de Jujuy: “Al Poder Judicial le corresponde resolver en definitiva sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”.<sup>18</sup>

Para alcanzar nuestro propósito de exponer el tablero del control de constitucionalidad provincial debemos prestar atención a sus dos dimensiones: por una parte, la magistratura constitucional, y por otra parte, los procesos constitucionales.

a. En relación al órgano judicial encargado del control de constitucionalidad –desde el origen de la federación en 1853–, las provincias, cuando dictaron sus constituciones locales en materia de control de constitucionalidad provincial, adoptaron por imitación el modelo de control concreto o judicial de control de constitucionalidad del Estado federal.

Todas las provincias –aunque puedan diferir sobre los efectos de las sentencias del STJP– mantienen el control de constitucionalidad en la órbita de los tribunales del Poder Judicial provincial.<sup>19</sup> Las constituciones provinciales imponen claramente a sus jueces el imperativo de no aplicar las normas que transgredan la constitución provincial. A diferencia de la Constitución nacional, las constituciones provinciales hacen expresa asignación de competencia de control de constitucionalidad a los tribunales judiciales locales.

El deber judicial de fiscalizar la constitucionalidad de las normas es la consecuencia jurídica del principio de supremacía constitucional, y está recogido en

---

en su artículo 46: “Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado”, reiterado por la Constitución de 1934 (artículo 44) y en la reforma de 1994 (artículo 57). Texto repetido por el artículo 48 de la Constitución de Mendoza.

18 Preceptos análogos encontramos en la Constitución de Salta (artículo 153), de Neuquén (artículo 241), de Entre Ríos (artículos 61 y 205), de Tierra del Fuego (artículo 157), de Río Negro (artículo 207), de Formosa (artículo 170), de Misiones (artículo 145), de San Luis (artículo 213) y de Córdoba (artículo 165).

19 En México, los estados de Veracruz, México y Ciudad de México incorporaron una Sala Constitucional dentro de sus Tribunales Superiores de Justicia, a imitación de las repúblicas centroamericanas de El Salvador, Costa Rica y Nicaragua.

algunas constituciones de manera clara y categórica<sup>20</sup> y puesto en manos de los tribunales del Poder Judicial provincial.<sup>21</sup> La tacha de invalidez constitucional es fulminante en constituciones como la de San Luis,<sup>22</sup> que incluso establecen la obligación de los jueces de intervenir de oficio para declarar la inconstitucionalidad de una norma.<sup>23</sup>

Empero, no se llega a sustituir el control a cargo de los tribunales de justicia por un control en manos de un único tribunal especial de constitucionalidad o corte constitucional *ad hoc*, propio del sistema europeo, es decir, se mantiene a la magistratura judicial con funciones de control y, por tanto, la necesidad de que se configure una controversia a través de un proceso judicial. Sin embargo –aquí está lo más novedoso–, algunas provincias muestran rasgos propios del control concentrado a través de acciones directas ante el STJP y/o confiriendo efecto *erga omnes* a ciertas sentencias del STJP dictadas por vía originaria o por vía recursiva.

En resumen, en todas las provincias se mantiene siempre como magistratura constitucional al órgano característico del modelo difuso de control de constitucionalidad: los tribunales judiciales. Son los jueces y tribunales del Poder Judicial provincial encargados de los casos, tanto donde el efecto de la sentencia es entre partes como en aquellos donde se atribuye efectos expansivos.

- 
- 20 En este sentido, es muy elocuente el artículo 140 de la Constitución de La Rioja: “El Juez tiene el deber de mantener la supremacía constitucional siendo el control de constitucionalidad cuestiones de derecho”. Al igual que Misiones, artículo 143: “El Superior Tribunal de Justicia y los demás tribunales inferiores de la Provincia aplicarán esta Constitución como ley suprema con relación a leyes locales”.
- 21 Jujuy, artículo 148: “Al Poder Judicial le corresponde resolver en definitiva sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”, en consecuencia, “Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o priva de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces” (artículo 10, Chubut).
- 22 Artículo 10 de la Constitución de San Luis: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución, carece de valor y los jueces deben declarar su inconstitucionalidad en juicio, aun cuando no hubiere sido requerido por las partes”. Conc. Tucumán (artículo 24), San Juan (artículo 11), La Pampa (artículo 7), Santa Cruz (artículo 17).
- 23 Conc. Neuquén, artículo 16: “Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales”. Tierra del Fuego, artículo 154 (El Poder Judicial): “A pedido de parte o de oficio verificará la constitucionalidad de las normas que aplique”. La Rioja, artículo 9: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución debe ser declarada inconstitucional por los Jueces, a requerimiento de parte o de oficio” y artículo 140: “El juez a pedido de parte o de oficio debe siempre verificar la constitucionalidad de las normas que aplica”. Río Negro, artículo 196, 2º párrafo: “A pedido de parte o de oficio, verifica la constitucionalidad de las normas que aplica”. Entre Ríos, artículo 60: “Los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla”.

b. Es en los procedimientos a través de los cuales se lleva cabo el control judicial de la constitucionalidad provincial (sobre actos o normas con fuerza de ley locales respecto a la constitución provincial) y los efectos que producen que encontramos singularidades muy interesantes. Veremos cómo en algunas provincias se revela una progresiva aproximación hacia elementos del sistema de control de concentrado de constitucionalidad.<sup>24</sup>

En suma, por un lado se mantiene el principio de control de constitucionalidad en manos de los tribunales del Poder Judicial y se ha descartado que algún otro órgano ajeno a la jurisdicción judicial revista esta función;<sup>25</sup> por el otro, algunas constituciones provinciales incorporan ciertos rasgos típicos del control concentrado, como la acción directa de constitucionalidad ante el STJP y efectos expansivos a algunas sentencias del STJP, que será objeto de este estudio más adelante.

Por ello, en una visión de conjunto de los sistemas de control de constitucionalidad provinciales en las veinticuatro provincias, podemos calificarlo de “dual”,<sup>26</sup> porque, por un lado, (a) en todas las provincias existe un control de constitucionalidad difuso a cargo de todos y cualquier tribunal judicial con efectos entre partes; empero, por el otro, (b) en algunas otras provincias coexiste con una acción directa de inconstitucionalidad ante el STJP y con sentencias con efectos derogatorios. En efecto, en trece constituciones provinciales encontramos un rasgo típico del control concentrado cuando se inviste al STJP con un control concentrado de constitucionalidad provincial con efectos derogatorios sobre normas contrarias a la constitución local.

Conviene ahora hacer dos aclaraciones previas: la primera, que esta extrema potestad puesta en manos del STJP para declarar la inconstitucionalidad con efectos derogatorios, como no podría ser de otra forma, solo proviene de manera expresa del texto constitucional provincial; la segunda, que en las provincias

---

24 Este fenómeno de convergencia a nivel global ha sido estudiado por Fernández Segado (2002; 2003).

25 El único vestigio de modelo concentrado en Argentina lo hallamos en la Constitución de Tucumán de 1990, que introdujo un Tribunal Constitucional *sui generis*, el cual nunca llegó a concretarse y fue eliminado por la reforma constitucional de 2006. Vid. Díaz Ricci (2006) y Gozaini (2009).

26 Empleamos el término “dual” en su significado propio para describir un objeto que reúne dos caracteres distintos. En nuestro caso, es el conjunto de procesos constitucionales provinciales en los que, sobre la matriz del control judicial difuso, encontramos elementos típicos del control concentrado. Un sentido diferente del acuñado por García Belaúnde para describir el modelo peruano mixto, en el que conviven los tribunales de justicia ordinaria (modelo difuso) junto con un Tribunal Constitucional (que no integra el poder judicial), repartiéndose entre ambos los procesos constitucionales (García Belaunde, 2001).

no siempre la competencia conferida a un STJP para resolver por una acción autónoma de inconstitucionalidad de manera directa o por apelación conduce necesariamente a un efecto expansivo, por el contrario, en la mayoría se conserva el modelo difuso, reducido a las partes.

Nuestro propósito es abarcar la totalidad de los procesos constitucionales provinciales en todas las provincias argentinas. Para ello, primero vamos a señalar las vías procesales para plantear una cuestión de constitucionalidad provincial en los estados locales. Seguidamente, debemos identificar la jerarquía normativa de las fuentes que regulan los procesos constitucionales locales porque dependen de su rango normativo. Finalmente, los efectos que las respectivas constituciones asignan a las sentencias dictadas por el STJP.

## 2. Tres vectores expositivos

Como una primera aproximación señalemos que a la declaración de inconstitucionalidad provincial de una norma puede arribarse en los tribunales locales por cuatro procesos judiciales (análogos al orden federal): a) como incidente (cuestión de constitucionalidad) en un proceso judicial ordinario; b) en un amparo, cuando simultáneamente al pedido de tutela de un derecho constitucional se reclama la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto o hecho lesivo; c) en un *hábeas corpus* al igual condición que en el amparo; y d) en una acción declarativa de certeza genérica prevista como proceso de conocimiento en todos los códigos procesales civiles y comerciales provinciales. Estas cuatro vías permiten que, por vía recursiva, se pueda llegar al STJP. En esta instancia, algunas constituciones provinciales ofrecen un dato relevante: atribuyen, cumplidos ciertos recaudos, efectos expansivos a estas sentencias del STJP. A estas cuatro vías tradiciones en diecinueve provincias se les añade una acción autónoma: la acción directa de inconstitucionalidad. Esta es una acción especial autónoma que, según lo regule la constitución provincial, puede ser iniciada en los tribunales de primera instancia o ser de competencia originaria del STJP, cuya sentencia, bajo ciertas condiciones, puede llegar a tener efectos derogatorios (*erga omnes*). Este extremo solo puede emanar de una disposición de la constitución provincial.

Como advertiremos, los procesos, las normativas regulatorias y los efectos de las sentencias se entrecruzan, por ello, para exponer el conjunto de procesos que viabilizan el control de constitucionalidad provincial, debemos discernir estos tres vectores sobre los que nos apoyaremos para organizar la exposición y

arribar a una conclusión final. Ellos son: a) los procesos constitucionales; b) la normativa constitucional o legal que los regula; y c) los efectos atribuidos a las sentencias finales.

## 2.1. Vías procesales del control de constitucionalidad provincial

Todas las provincias cuentan –al igual que el orden federal– con cuatro vías procesales para llevar a cabo el control judicial de constitucionalidad provincial:<sup>27</sup> 1) como cuestión incidental de constitucionalidad que se plantea dentro de cualquier proceso ordinario; 2) la acción de amparo; 3) el *hábeas corpus*; y 4) la acción declarativa de certeza. La doctrina suele clasificar a la primera como vía indirecta de constitucionalidad, y como vía directa a las tres últimas. A estas cuatro vías, en diecinueve provincias, se les agrega una quinta vía directa: la acción autónoma de inconstitucionalidad.<sup>28</sup>

Veremos someramente las cuatro primeras porque nos son más familiares, para luego detenernos en la acción directa de inconstitucionalidad, que aporta la mayor novedad del procesal constitucional provincial.<sup>29</sup>

### 2.1.1. Proceso ordinario por vía incidental

En cualquier acción judicial puede plantearse –en la demanda, en la contestación, en el decurso del juicio– una “cuestión de constitucionalidad provincial” que provoque el pronunciamiento del juez actuante sobre la constitucionalidad de una norma local. Esto significa que en cualquier controversia judicial –de cualquier fuero, clase o naturaleza– puede cuestionarse de modo colateral la

27 No incluimos en este listado: a) los Mandamientos de Ejecución o de Prohibición que establecen algunas Constitucionales provinciales por cuanto en estos no importa un debate que concluya en una sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma (v.gr. Chaco, artículo 25; Chubut, artículos 58 y 59; Córdoba, artículo 52; La Rioja, artículo 28; Río Negro, artículos 44 y 45); y b) tampoco el *hábeas data*, porque no tiene como objetivo inmediato la invalidación de una norma por inconstitucional, si bien puede darse la hipótesis de que si la manipulación del dato se basa en una norma inconstitucional, será a través de la acción de amparo que le sirve de vehículo que pueda llegarse a la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.

28 La inconstitucionalidad de oficio no constituye una vía propia, ya que siempre debe montarse sobre un proceso judicial preexistente. Un juez no puede entablar *motu proprio* una acción de inconstitucionalidad sin una causa o pleito concreto que se esté ventilando en su juzgado que le sirva de sustento.

29 No nos ocupamos de las acciones por conflictos de competencia entre órganos públicos que se canalizan a través de acciones especiales ante el STJP, porque si bien podría llegarse a la declaración de inconstitucionalidad de una norma provincial lesiva de la constitución local, se tratan de cuestiones interorgánicas de naturaleza institucional que las constituciones locales dan un tratamiento especial.

constitucionalidad de una norma que se pretende aplicar al caso, lo que obliga al juez a pronunciarse, con carácter previo, sobre la validez constitucional de la norma en cuestión.

Este es el modo clásico y más habitual del control de constitucionalidad difuso: dentro de un proceso judicial cualquiera y ante el juez competente de primera instancia del fuero que corresponda, emerge una “cuestión de constitucionalidad”. Esta es la modalidad tradicional más característica del sistema difuso o concreto en el que el tribunal debe decidir sobre la validez constitucional de una norma cuya aplicación controvierten las partes. En todo tipo de acción procesal, tanto el demandante como el demandado, incluso el juez de oficio, pueden plantear el problema constitucional. En suma, debe haber un caso, una controversia entre partes que contienden judicialmente sus derechos, en el que surja un cuestionamiento de la validez constitucional de una norma sobre la que se funda la pretensión de alguna de las partes en conflicto.

El principio general es que la decisión final queda circunscripta a las partes contendientes, es decir, que la sentencia solo tiene efectos *inter partes*. Sin embargo, veremos más adelante que nueve constituciones provinciales prevén que en caso de que alguno de estos juicios llegue por vía de recurso (de casación, inconstitucionalidad, inaplicabilidad de la ley, etc.)<sup>30</sup> a conocimiento del STJP, su sentencia de declaración de inconstitucionalidad puede tener efectos expansivos. Esto lo veremos más adelante.

### 2.1.2. *Hábeas corpus*

La segunda vía para conseguir la declaración de inconstitucionalidad es el *hábeas corpus* cuando se cuestiona la norma que funda el hecho o acto lesivo. A partir de la Ley nacional 23098, de 1984, quedó claramente establecido como principio general que, a través de un *hábeas corpus*, puede arribarse a una declaración de inconstitucionalidad. La reforma de 1994, cuando introdujo en el último párrafo del artículo 43 el *hábeas corpus*, nada dijo sobre esto, no obstante, la posibilidad está recogida en el artículo 6 de la Ley 23098. Además, ha sido receptada por la CSJN en el caso *Dessy* (Fallos: 318:1894).

El capítulo primero de la Ley 23089 es de aplicación en todo el territorio nacional, es decir, debe ser observado con prescindencia de modo que las constituciones o legislaciones provinciales contemplen esta garantía constitucional

---

30 Puede consultarse la reciente recopilación de recursos provinciales en Sbdar y Gutiérrez (2019).

del *hábeas corpus*. Aunque muy pocas constituciones provinciales han señalado expresamente que el *hábeas corpus* sirve de vía para una declaración de inconstitucionalidad de una norma que funda el hecho o acto lesivo,<sup>31</sup> rige el principio general de la ley nacional.

El *hábeas corpus* supone siempre la existencia de un “caso” concreto, porque solo una lesión o amenaza concreta a la libertad de una persona física habilita esta acción. En esto se aproxima a la primera vía, porque el control de constitucionalidad tiene lugar de modo colateral dentro del proceso de *hábeas corpus*.<sup>32</sup>

### 2.1.3. Amparo

La tercera vía de control de constitucionalidad es el amparo. A partir del artículo 43 de la Constitución Nacional por la reforma de 1994, el amparo se ha convertido en el derecho de llevar ante un juez el planteo de inconstitucionalidad de una norma que lesione un derecho constitucional. En efecto, el amparo ahora no solo es una garantía para la tutela de un derecho fundamental conculcado o amenazado, sino que también se ha convertido en sí mismo en un derecho constitucional al amparo judicial. Y ese “derecho” contiene una doble dimensión: por un lado, provee la tutela judicial de un derecho fundamental, y, por el otro, abre la posibilidad procesal expresa de plantear la inconstitucionalidad de una norma.<sup>33</sup> El amparo opera, entonces, en primer lugar, para la protección de un derecho constitucional, pero también sirve como vía procesal directa para reclamar –paralela y simultáneamente– ante el mismo tribunal

31 Vid. CABA, artículo 15; Salta, artículo 88 conc. 87; Tucumán, artículo 38; Corrientes, artículo 67: “El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se funda el acto u omisión lesiva”. En un caso de retención indebida de un ciudadano por contravenciones policiales, la CSJN confirmó la declaración de inconstitucionalidad declarada por el juez de primera instancia de ese régimen contravencional (caso *N., J. G. s/infr. artículo 15, inc. 4º, LCP s/incidente de inconstitucionalidad*; Fallos: 333:1891).

32 Aquí también surge el interrogante de si el juez de un *hábeas corpus* puede de oficio declarar una inconstitucionalidad, o sea, sin necesidad de petición de parte, lo que expresamente admite el artículo 39 (conc. artículo 88) del Código Procesal Constitucional de Tucumán.

33 Con anterioridad a la reforma, la Ley nacional 16986/1966, que regulaba el amparo contra de autoridad pública federal, en el inciso d del artículo 2 establecía una prohibición expresa: “La acción de amparo no será admisible cuando: inc. d: La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas” (sic). Sin embargo, la CSJN, a partir del caso *Arenzón* (Fallos: 306:400), receptó esta posibilidad que luego fue ratificada en caso *Peralta* (Fallos: 313:1513). Deliberadamente omitimos la habitual referencia al caso *Outón, Carlos y otros s/recurso de amparo, 20/03/1967* (Fallos: 267:215); suena sarcástico hablar de “inconstitucionalidad” y “amparo de derechos fundamentales” con cita de una sentencia de un Tribunal Superior nombrado por un Gobierno ilegítimo de facto.

judicial la inconstitucionalidad de la norma sobre la que se funda el acto o hecho lesivo.<sup>34</sup>

El amparo se ha convertido en una vía muy habitual para demandar la declaración de inconstitucionalidad de una norma que comporta la lesión o amenaza a un derecho constitucional. Como es una garantía constitucional contenida en la Constitución Nacional, cualquier persona goza del resguardo que brinda esta garantía procesal, es decir, ninguna provincia podría impedirlo o cercenarlo, so pena de incurrir en incumplimiento del artículo 5 de la Constitución Nacional.

Debemos también aquí señalar que aunque la acción de amparo se encuentra regulada en el ámbito federal en la Ley 16986<sup>35</sup> (contra autoridad pública) y en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) (contra particulares) –y en el ámbito provincial por normativas locales–, en la realidad cotidiana las acciones de amparo contra particulares, en su mayor número, tiene lugar en jurisdicción provincial. Esto significa que para la tutela de derechos constitucionales cuando la lesión, amenaza o restricción proviene de un particular, se acude a la justicia provincial por vía de amparo. La acción de amparo está recogida en todas las constituciones de los veinticuatro estados

---

Con el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional quedó definitivamente zanjada la cuestión, pues consagra expresamente el derecho a plantear la cuestión de constitucionalidad por vía del amparo.

- 34 Casualmente, en México, el amparo en su origen tuvo por objeto el control de constitucionalidad de aquella norma legal que afecte un derecho reconocido en una norma constitucional. En efecto, el “juicio de amparo” (tal fue su denominación originaria) fue una notable creación mexicana, concebido como una forma de control de constitucionalidad respecto a derechos constitucionales. Incorporado por primera vez en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841 –por iniciativa de Crescencio Rejón–, pasó luego a la Constitución Federal de 1847. La gran novedad fue, precisamente, que el control de constitucionalidad se apartaba del carácter “incidental” dentro de un proceso judicial ordinario (típico del sistema norteamericano, que requiere la previa existencia de un pleito o causa entre concretos derechos subjetivos controvertidos) para aceptar que pueda plantearse como “acción” directa ante un juez requiriendo la tutela de un derecho fundamental –concebida como una cuestión de constitucionalidad– a fin de impugnar cualquier disposición normativa lesiva de derechos consagrados por la Constitución. A esta innovación, la Constitución Federal de 1847, para no apartarse del modelo norteamericano le confirió a la sentencia efecto limitado a las partes (*inter partes*), conocido como el “voto Otero” (Fernández Segado, 2000). Desde México se fue expandiendo progresivamente a toda Latinoamérica, e incluso cruzó hacia el otro lado del Atlántico, cuando lo adoptó Alemania en 1968 (*Verfassungsbeschwerde*) y luego España en 1978 (“amparo”), con la salvedad de que esta acción se puede interponer única y directamente ante el Tribunal Constitucional.
- 35 Inspirada en la Ley 7166 de la provincia de Buenos Aires de 1965 (que constituyó una de las fuentes de la Ley nacional 16986), que luego fue modificada en 1966 por la Ley 7261, que redujo el amparo a actos de autoridad. Con el Código Procesal Civil y Comercial de 1968 (actualmente vigente) se repuso el amparo contra particulares como proceso sumarísimo (artículos 321, inciso 1, y 496, inciso 5).

provinciales<sup>36</sup> y reglada por un procedimiento de la legislación local.<sup>37</sup> Tanto si el amparo es contra particular o contra autoridad pública provincial se aplica el procedimiento propio local.<sup>38</sup>

Debemos subrayar que solo se puede en una acción de amparo demandar la inconstitucionalidad de una norma cuando hay un derecho subjetivo constitucional afectado o amenazado. No se admite un amparo abstracto. El amparo posibilita alcanzar un doble propósito: por un lado, tutelar un derecho fundamental conculcado o en vía de serlo y, simultáneamente, por el otro, si se diera el caso, cuestionar la constitucionalidad de la norma sobre la que se funda el hecho o acto lesivo. En suma, debe tener sustento en una causa o pleito cuyo objeto primario e inmediato sea la protección de un derecho constitucional afectado. De allí surge una exigencia más estricta para la legitimación activa: el actor debe ser “el afectado”. Impulsadas por la reforma nacional de 1994, algunas reformas constitucionales provinciales posteriores agregaron por cláusula expresa que, por vía de amparo, puede arribarse a la declaración de inconstitucionalidad.<sup>39</sup>

- 
- 36 Con anterioridad a 1994, fueron pioneras en dar jerarquía constitucional al amparo las constituciones de Entre Ríos en 1933 y de Santiago del Estero en 1939 (es justicia citar la precursora Constitución de Santa Fe de 1921, dejada sin efecto en 1935). Mendoza es *sui generis*, porque su Constitución de 1917 solo ordena dictar una ley de amparo (artículo 45: “La Legislatura dictará una ley de amparo”). Ley 2355/1958 sustituida por el Decreto-ley 2589/1975, modificado por la Ley 6504/1997). Impulsadas por los casos *Siri* y *Kot*, las constituciones de las ocho nuevas provincias (Santa Cruz, Formosa, Chubut, Neuquén, Chaco, Río Negro, Misiones y La Pampa), seguidas por Corrientes (1960), Catamarca (1965) y Santa Fe (1961), luego, por vía legislativa, las restantes provincias incorporaron el amparo a través una ley especial (San Luis, La Rioja, Salta, Buenos Aires y Córdoba) o en sus CPCC (Jujuy, Tucumán y San Juan). A partir de 1983, le otorgaron rango constitucional Jujuy (artículo 41), La Rioja (artículo 28), Salta (artículo 87) y San Juan (artículo 40) en 1986; San Luis (artículo 45) y Córdoba (artículo 48) en 1987; Tucumán (artículo 34) en 1990 y Tierra del Fuego (artículo 43) en 1991. Con posterioridad a la reforma federal de 1994, lo hicieron Buenos Aires (artículo 20) en 1994 y CABA (artículo 14) en 1996.
- 37 El amparo federal contra particulares tiene aplicación circunscrita al ámbito de la Capital Federal y, excepcionalmente, en el territorio provincial cuando las personas o lugares sean de jurisdicción federal. Si se trata de autoridad nacional, se aplica la Ley 16986/1967.
- 38 Dieciocho provincias cuentan con una ley especial de procedimiento para el amparo, cuatro regulan el amparo en sus CPCC como un proceso especial (San Juan y La Rioja) o como un supuesto del juicio sumarísimo (La Pampa y Tierra del Fuego) siguiendo, inapropiadamente, la huella del CPCC Nacional.
- 39 Vid. Buenos Aires 1994: artículo 20; Chubut 1994: artículo 54; Chaco 1994: artículo 19; CABA 1996: artículo 14; Santiago del Estero 1997-2005: artículo 59; Salta 1998: artículo 87; Tucumán 2006: artículo 38; Corrientes 2007: artículo 67; y Entre Ríos 2008: artículos 60 y 61. Aunque la constitución de trece provincias no contienen esta posibilidad de declarar la inconstitucionalidad por vía de amparo, en la ley del proceso de amparo lo admite (por ejemplo, la Ley 10456/1990 sobre amparo (artículo 3); Mendoza lo prevé en el artículo 5 del Decreto-ley 2589/1975 (modificado por la Ley 6504/1997). Un caso singular presenta Salta, que por mandato constitucional prohíbe toda reglamentación legal del amparo (artículo 87). “Son nulas y sin valor alguno las normas de cualquier naturaleza que reglamenten la procedencia y requisitos de esta acción”.

Debemos señalar aquí un corolario relevante de la acción de amparo. Una sentencia que acoja un amparo tendrá naturaleza “constitutiva”, porque siempre debe contener la orden de hacer o abstenerse de hacer al autor de la lesión. Pero cuando, además, junto al amparo se decide la declaración de inconstitucionalidad, a la resolución del amparo le precede una sentencia de naturaleza “declarativa” previa. Este es un dato relevante a tener en cuenta cuando analicemos los efectos de declaración de inconstitucionalidad.

#### **2.1.4. Acción declarativa de certeza**

Todos los códigos procesales civiles y comerciales provinciales han incorporado una “acción declarativa de certeza” (en adelante, ADC) copiada del CPCCN, que en 1968 introdujo en el artículo 322 este tipo de “acción declarativa”.

La “acción declarativa de certeza” fue incorporada en los CPCC como un supuesto de los procesos de conocimiento. Cualquier parte siempre tendrá disponible la posibilidad de presentar a través de una ADC una demanda de constitucionalidad.<sup>40</sup> Por su naturaleza, esta acción se aproxima a la primera vía en cuanto proceso de conocimiento civil privatista (bilateralidad, disponibilidad, impulsión de parte, etc.). Pero se diferencia de aquellos otros analizados en el punto 1 de este acápite porque esos concluyen con sentencias constitutivas, en cambio, en estas ADC, el objeto del proceso es de naturaleza declarativa destinada a esclarecer una situación de incertidumbre jurídica para la parte demandante que tenga una posible lesión en ciernes. Como cualquier otro proceso, la demanda tendrá como legitimado pasivo al beneficiario de la norma cuestionada como inconstitucional, que podrá ser un particular o el propio Estado.

La doctrina procesalista tradicional fue reacia a aceptar procesos de naturaleza “declarativa”, pues solo se concebían sentencias de condena o constitutivas. Sin embargo, la provincia de Santa Fe fue precursora de este tipo de acciones declarativas de certeza cuando en 1961 introdujo en su Código Procesal Civil y Comercial los juicios declarativos<sup>41</sup> con alcance amplio, es decir, sin referen-

---

40 Con excepción de la provincia de Misiones, que tiene la singularidad de que el CPCC impide el empleo de la ADC genérica para plantear cuestiones de constitucionalidad (CPCC, artículo 324: “Se entiende que la acción meramente declarativa legislada en el presente artículo, no es comprensiva de la materia prevista en el Artículo 808, respecto de la cual debe estarse al párrafo primero del Artículo 809” (esta última norma citada remite a la ADI ante el STJP que cuenta con un procedimiento especial).

41 En 1961, el CPCC de Santa Fe (Ley 5531, vigente), incorporó procesos de conocimiento dentro del Libro III, “Procesos de Cognición”, artículos 386 y 387 (trámite sumario y sumarísimo) y artículo 413 (juicio sumarísimo).

cia específica ni exclusión de la materia de inconstitucionalidad. Los procesos declarativos adquirieron impulso en 1967 con la sanción del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17454), que introdujo, para la jurisdicción nacional, la novedad de las “acciones meramente declarativas” o acciones declarativas de certeza (ADC) como un supuesto de los procesos de conocimiento, en el artículo 322 que reza:

Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente. El juez resolverá de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida.<sup>42</sup>

La ADC es una acción genérica destinada a esclarecer una situación de incertidumbre jurídica de cualquier naturaleza que, por un acto en ciernes, comporte afectación concreta a derechos de las partes.

Durante mucho tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron reticentes en admitir que a través de una acción “declarativa” pueda plantearse la constitucionalidad de una norma.<sup>43</sup> Gran peso tenía sobre esta posición restrictiva las disposiciones de la Ley 2 de 1862.<sup>44</sup> Estados Unidos, la cuna del control difuso y concreto, admitió en 1934 la acción directa de constitucionalidad federal por medio la Federal Declaratory Judgement Act.<sup>45</sup>

La acción declarativa de certeza (ADC) es una acción de amplio espectro que no fue concebida particularmente como acción directa de inconstitucionalidad (en adelante, ADI). Sin embargo, por su carácter de proceso genérico de conocimiento que puede ser empleado por un parte ante cualquier situación de incertidumbre jurídica, la ADC va a servir de vía para demandar una declaración

---

42 El artículo 322 contaba con el siguiente párrafo final que fue suprimido por la Ley 25488/2001: “Si el actor pretendiera que la cuestión tramite por las reglas establecidas para el juicio sumario o sumarísimo, la demanda deberá ajustarse a los términos del Artículo 486”. Esta última disposición remitía al proceso sumario.

43 Vid. Bianchi (1992).

44 Ley 48/1863, artículo 1: “La justicia nacional procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas [...]”; artículo 2: “Nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte”.

45 Vid. U.S. Code: Federal Declaratory Judgment Act (1934) (28 USC; 48 Statutes at Large 955). Title 28: N° 2201; N° 2202.

de inconstitucional de una norma. En efecto, a pesar de que en su origen se conjeturó la imposibilidad de presentar una cuestión de inconstitucionalidad a través de esta acción,<sup>46</sup> con el transcurso del tiempo esto no pudo evitarse. Finalmente, fue la CSJN que, en 1985, en el caso *Provincia de Santiago del Estero* (Fallos: 307:1379), terminó aceptando que, por vía de la acción declarativa de certeza<sup>47</sup> del artículo 322 del CPCCN, pueda plantearse la inconstitucionalidad de una norma para evitar el eventual perjuicio a la parte actora ante una relación jurídica discutida o incierta, con evidente convergencia de un interés real y concreto susceptible de protección legal actual. Incluso la CSJN hizo expresa cita de las pautas marcadas por la Suprema Corte de los Estados Unidos (300 U.S. 227) para admitir que cuando: (a) la actividad afecta un interés legítimo; (b) el grado de afectación sea suficientemente directo; y (c) aquella actividad tenga concreción bastante, puede articularse un planteo de constitucionalidad con propósitos declarativos con aptitud de poner fin a una situación de incertidumbre que pueda producir un perjuicio o lesión actual. En adelante, no deberemos confundir la ADC con la ADI. Esta acción directa es una acción especial o autónoma cuyo objeto directo es la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

Es necesario hacer una aclaración importante. En todos los códigos procesales civiles provinciales encontramos una acción declarativa de certeza, por lo tanto, cualquier parte podrá optar por servirse de este proceso de conocimiento, generalmente tramitado como juicio sumario, para plantear la declaración judicial de inconstitucionalidad de una norma. Es un proceso regido por principios procesales civiles de bilateralidad, disposición, plazos y pruebas impulsados por las partes contendientes. La acción declarativa de certeza fue receptada por todos los CPCC provinciales.

Solo cuatro provincias señalan a la ADC como única vía para interponer una demanda de inconstitucionalidad (Santa Fe, Santa Cruz, Corrientes y Catamarca). Pero para no incurrir en error y confundir, debemos diferenciar la

---

46 Muy sugestiva fue la opinión de uno de los autores del CPCCN, Carlos Ayarragaray, que al momento de debatirse la incorporación de la acción declarativa hubo plena conciencia de que esta podría servir de cauce a una demanda de inconstitucionalidad de carácter declarativo, pero no se quiso decirlo expresamente. Vid. Ayarragaray y De Gregorio Lavie (1968).

47 Este caso tiene, además, la curiosidad de que la acción de amparo intentada por el actor es convertida de oficio por la propia CSJN transformada en una ADC del artículo 322 del CPCCN. Esta posición es reiterada por la CSJN en 1987 en Fallos: 310:2812, para definitivamente aceptar en 1999 que, por vía de una ADC, pueda plantearse una ADI, en Fallos: 322:1616, admitiéndolo incluso en competencia originaria en Fallos: 327:5118. Posición confirmada en Fallos: 340:257 y, recientemente, en Fallos: 343:195.

ADC como proceso de conocimiento que se tramita ante un juez de primera instancia de la ADI, que es una acción autónoma con un procedimiento especial propio y, eventualmente, como acción directa ante el STJP.<sup>48</sup>

En el orden federal, la ADC funge de acción de inconstitucionalidad porque no existe una ADI como proceso autónomo. Aunque se advierte un uso creciente de la ADC como acción de inconstitucionalidad,<sup>49</sup> aquí no vamos a ocuparnos de ella, porque nuestro objetivo es analizar el sistema de control de constitucionalidad provincial pergeñando principalmente a través de la mayor novedad procesal constitucional provincial: la acción directa de inconstitucionalidad.

### 2.1.5. Acción directa de inconstitucionalidad

La ADI es un proceso constitucional especial. Una acción autónoma que las provincias incorporaron en sus constituciones o legislación como vía directa para declarar la inconstitucionalidad de una norma. En algunas, a cargo de un tribunal de primera instancia, y en otras, como competencia originaria del STJP. A ciertas sentencias de estas últimas, algunas constituciones provinciales (pues solo podría hacerlo una norma constitucional) atribuyen efecto expansivo o derogatorio.

Si el amparo fue el mecanismo de control constitucional desarrollado a partir de la década de 1960, la novedad fue la acción declarativa de inconstitucionalidad que cobró impulso con la reconstitucionalización del país en 1983.

En efecto, diecinueve provincias tienen junto a la ADC de sus CPCC –en paralelo– una acción especial de inconstitucionalidad de tipo autónomo. La ADI es una vía directa cuyo objeto específico es demandar la inconstitucionalidad provincial de una norma local a través de un procedimiento propio. Tal como lo señalamos más arriba, existe entre ambas una diferencia procedimental: mientras que las ADC se tramitan como un proceso de conocimiento (puede ser ordinario o sumario) siempre ante un juez de primera instancia (que por recursos sucesivos puede llegar ante el STJP), las ADI cuentan en general un proceso especial que, en la mayoría de los casos, es de competencia originaria y directa ante el STJP (en muy pocos, ante el juez de primera instancia, como Tucumán).

48 Las provincias de Córdoba, San Juan y Chubut establecen una ADI ante el STJP, pero su tramitación tiene lugar a través del procedimiento de la ADC contenido en el respectivo CPCC local.

49 Para ampliar sobre la acción directa de inconstitucionalidad en el orden federal, puede consultarse Haro (2003); Toricelli (2002); Sola (2009).

La ADI es la vía directa de control de constitucionalidad más relevante y trascendente del derecho constitucional provincial y ha adquirido desarrollo propio, singular, muy diferente al orden nacional. Precisamente, ella concita el mayor interés en este trabajo porque ofrece ribetes constitucionales muy novedosos.

La provincia de Buenos Aires fue la precursora al incorporar en su Constitución de 1873 una acción directa de inconstitucionalidad ante el STJP.<sup>50</sup> Condicionada por esta pauta constitucional, cuando sancionó en 1968 su Código Procesal Civil y Comercial (Decreto-ley 7425) se apartó en este punto del CPCCN. Incorporó una acción declarativa de inconstitucionalidad como acción autónoma y atribuyó esta ADI como competencia originaria del STJP, además, fijó un plazo de caducidad para iniciar esta acción diferenciando según tenga o no contenido patrimonial. Estas tres notas sirvieron de modelo para muchas provincias, por ello, conviene transcribir estas disposiciones del CPCC bonaerense:

Artículo 683: Objeto del juicio. De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la Provincia,<sup>51</sup> se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquélla, debiendo observarse el siguiente procedimiento;

Artículo 684: Plazo para demandar. La demanda se interpondrá ante la Suprema Corte de Justicia dentro del plazo de treinta días, computados desde que el precepto impugnado afecte concretamente los derechos patrimoniales del actor. Después de vencido el plazo, se considerará extinguida la competencia originaria de la Suprema Corte, sin perjuicio de la facultad del interesado para ocurrir a la jurisdicción ordinaria en defensa de los derechos patrimoniales que estime afectados.

Artículo 685: Excepciones. No registrá dicho plazo, cuando se trate de leyes, decre-

---

50 Cfr. Constitución de 1873, artículo 156, inciso 1: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada”. Disposición vigente en la actualidad, reproducida por las reformas de 1889 (artículo 157, inciso 1), de 1934 (artículo 149, inciso 1) y de 1994 (artículo 161). Esta disposición fue tomada por la Constitución de Mendoza de 1916 (artículo 48 y artículo 14, inciso 3, respectivamente).

51 Refiere al artículo 57 que dispone: “Toda ley, decreto u orden contrarios a los artículos precedentes o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces. Los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado” (reproduce el artículo 44 de la Constitución de 1934, originado en el artículo 46 de la Constitución de 1873).

tos, ordenanzas o reglamentos, de carácter institucional o que afecten derechos de la personalidad no patrimoniales. Tampoco regirá cualquiera sea la naturaleza de los preceptos impugnados, cuando éstos no hayan sido aún aplicados al demandante y la acción se ejercite con finalidad preventiva.

El plazo de caducidad para iniciar una ADI en realidad es una condición restrictiva de la ADI. Algunas provincias fijaron un plazo de caducidad para interponer una ADI ante el STJP. Si se impugna una norma que afecta derechos patrimoniales del actor, se fija el plazo de treinta días o un mes para deducir esta acción directa ante el STJP contados desde que afecte directamente los derechos patrimoniales del demandante; pasado ese término, cesa el acceso al STJP, pero siempre queda abierta la posibilidad de que la parte pueda acudir a los tribunales de primera instancia. Esta caducidad no rige cuando la norma impugnada sea de carácter institucional,<sup>52</sup> afecte derechos de la personalidad no patrimoniales o aún no haya sido aplicada al demandante cuando la acción se ejercite con finalidad preventiva.<sup>53</sup> Por cierto, si esta restricción temporal no está prevista en la constitución y emana de normas con rango de ley, es de dudosa constitucionalidad; además, ofrece la dificultad de establecer el momento inicial del cómputo del plazo de caducidad.

La ADI se fue abriendo paso en las provincias primero por vía legislativa (Salgado y Verdager, 2000). La recepción de la ADI en las constituciones provinciales –al igual que el amparo– fue haciéndose de manera progresiva, encontrándose hoy en diecinueve textos constitucionales locales. Podemos distinguir tres etapas: a) las primeras constituciones en incorporar una ADI con absoluta claridad –además de los casos *sui generis* de Buenos Aires y Mendoza– fueron en las seis nuevas provincias: Neuquén (1957), Río Negro (1957), Chaco (1957), Formosa (1957), Misiones (1958) y La Pampa (1960);<sup>54</sup> b) luego de 1983, por reformas constitucionales anteriores a 1994, otras siete provincias la adoptaron: La Rioja (1986), San Juan (1986), Jujuy (1986), Salta (1986), Córdoba (1987) y San Luis (1987), más la nueva provincia de Tierra del Fuego (1991); c) con pos-

52 Vid. CPCC de Río Negro, artículos 794-795; de Formosa, artículos 684-685; de Misiones, artículos 809-810; de La Rioja, artículo 387; de Santiago del Estero, artículo 807; de Neuquén, LAI, artículo 3.

53 También establecen un plazo de caducidad de la ADI, pero sin hacer esta diferenciación: Mendoza (CPCC, artículo 277); Salta (artículo 704); Tierra del Fuego (CPCCLRM, artículo 316); Chaco (Ley 6863/11, artículo 7) y Tucumán (el Código Procesal Constitucional de Tucumán fija en 60 días, artículo 90, inciso 1).

54 Las otras dos nuevas provincias que no incorporaron la ADI a las constituciones fueron Santa Cruz (1957) y Chubut (1957) (esta recién lo haría en la reforma de 1994).

terioridad a la reforma constitucional nacional de 1994, lo hicieron cuatro provincias en sus reformas constitucionales: Chubut (1994), Santiago del Estero (2005) y Entre Ríos (2008), más la nueva Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de (1996). En suma, la ADI está contenida en las constituciones de diecinueve provincias como acción autónoma (solo Tucumán por una ley especial). Sin embargo en las cuatro provincias restantes (Santa Fe, Santa Cruz, Catamarca y Corrientes) que no cuentan con una ADI como acción especial y autónoma en normas constitucionales ni legales, se canaliza la demanda por vía de la ADC del CPCC.

Aunque no podemos en el marco de este estudio analizar en detalle el objeto y los sujetos de la ADI, es oportuno dejar señaladas algunas cuestiones de relevancia muy propias de esta acción directa.

En relación a la legitimación pasiva, corresponde hacer una distinción importante. El contenido de la ADI varía según que la demanda de constitucional se dirija contra la autoridad de la que emanó la norma de alcance general o contra un tercero que reclama o rechaza la aplicación de dicha norma. La ADI, por regla general, se emplea para impugnar la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley de alcance general que lesiona o con potencia para afectar derechos de una persona. La objeción constitucional se dirige sobre una disposición normativa estatal. Por esta razón, la demanda de inconstitucionalidad se entabla contra la autoridad estatal autora de la norma tachada de inconstitucionalidad. Se sigue el modelo de ADI instaurado por la provincia de Buenos Aires. Este es, justamente, la razón principal y el motivo que justifica que dieciocho constituciones provinciales atribuyan de manera originaria y exclusiva el conocimiento de las ADI al STJP como máximo tribunal judicial y cabeza del Poder Judicial, y explica también que el proceso tenga lugar a través de un procedimiento autónomo establecido en una ley o en el código procesal civil local. El cuestionamiento constitucional debe versar en torno a normas de alcance general, así se indica claramente en algunas constituciones (Entre Ríos, artículos 60 y 61; CABA, artículo 113; Salta, artículo 92 en la acción popular), en algunas reglamentaciones procesales (Jujuy, Ley 4346/1988 de Acción de Inconstitucionalidad; Neuquén, Ley de Acción de Inconstitucionalidad, artículo 2) o en decisiones pretorianas (La Pampa, Catamarca).

Ahora bien, si en lugar de una ADI se demandase por una acción declarativa de certeza común, el cuestionamiento de la constitucionalidad de una norma se tramita como proceso de conocimiento (ordinario o sumario) previsto en el CPCC. En este caso, el demandado podría ser ora el Estado autor de la norma

inconstitucional si es el causante del daño al derecho invocado, ora un tercer beneficiario de la norma impugnada, o sea, se acciona contra el autor del acto o hecho lesivo que se basa en una norma que se tacha de inconstitucional. En este supuesto, se da intervención al Estado en razón de que puede arribarse a una sentencia declarativa de inconstitucionalidad de esa norma.

En relación a la legitimación activa, en la mayor parte de las constituciones provinciales, al regular la ADI –siguiendo al artículo 161 de Buenos Aires–, exige que el reclamo de inconstitucionalidad sea sobre leyes (Poder Legislativo), decretos (Poder Ejecutivo), ordenanzas (municipios) o reglamentos (resoluciones administrativas de carácter general; algunas agregan cartas orgánicas), o sea, normas de alcance general que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución que “se controvierta por parte interesada” (Buenos Aires, artículo 161; Mendoza, artículos 48 y 144.3; San Luis, artículo 213; Formosa, artículo 170; La Pampa, artículo 97.1; Santa Cruz, artículo 132.3; Río Negro, artículo 207.1). Otras agregan que debe darse “en caso concreto” (Neuquén, artículo 241; Córdoba, artículo 165; Chubut, artículo 179; Corrientes, artículo 187; Tucumán, artículo 24).

Una nota remarcable en este punto es la especial legitimación activa otorgada por la constitución local al Fiscal de Estado, incorporado como órgano con relevancia constitucional para accionar por inconstitucionalidad contra el propio estado provincial por normas que considere inválidas. El modelo es el Fiscal de Estado bonaerense, quien, además de asumir el rol de representante natural de la provincia en las causas judiciales en las que ella es parte, está habilitado para deducir demanda ante la Corte Suprema local a efectos de impugnar los actos emanados del Poder Ejecutivo o de otros órganos administrativos. Este no actúa en representación de la provincia, sino como órgano independiente de control de legalidad en sentido amplio (incluye de constitucionalidad) en resguardo de los intereses patrimoniales del Estado.<sup>55</sup> Esta atribución del Fiscal de Estado para interponer una ADI fue seguida por las constituciones de Mendoza (artículo 177), de Entre Ríos (artículo 207),<sup>56</sup> de

---

55 Esta misión del Fiscal de Estado, que está recogida en el artículo 155 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires 1994, proviene del artículo 152 de la Constitución de 1889 (repetido en el artículo 143 de la Constitución de 1934) y reglamentado por la Ley Orgánica: Decreto-ley 7543/1969 (artículo 40).

56 Entre Ríos (2008), artículo 209: “El Fiscal de Estado: [...] Promueve la acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y cualquier acto que viole o contradiga una disposición de esta Constitución o de la Constitución Nacional, o cuando sean contrarios a los intereses del Estado”. La reforma de 2008 modifica la Constitución de 1933, pues lo desplaza de la

Chaco (artículo 174), de Chubut (artículo 215), de Neuquén (artículo 136), de Misiones (artículo 128), de Salta (artículo 149; Ley 8026, artículo 4.a), de La Pampa (artículo 101), de Corrientes 2007 (artículo 175), de San Luis (artículo 237), de Río Negro (artículo 101), de San Juan (artículo 208), de Jujuy (artículo 198), de Neuquén (artículo 252; LAI, artículo 5), de La Rioja 2008 (artículo 159) y de Santa Cruz (artículo 135: puede actuar en el solo interés de la ley). También es notable el dinamismo impreso, en el mismo sentido, al Ministerio Público en Salta (artículo 166.c) y en San Juan (artículo 208). En CABA, la Ley Orgánica 1903/2006 autoriza al Ministerio Público (artículo 17, inciso 12), al Fiscal General (artículo 31, inciso 2), al Defensor General (artículo 38, inciso 2) y al Asesor General (artículo 49, inciso 2) a promover la ADI (artículo 113, inciso 2) ante el Superior Tribunal de Justicia de CABA<sup>57</sup> en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (artículo 125, inciso 1 de la CCABA). Asimismo, si se reconoce a los Defensores del Pueblo legitimación para accionar a través de un amparo en resguardo de los derechos humanos individuales o colectivos, podría también reclamar por vía de amparo, simultáneamente, la inconstitucionalidad de la norma que funda la lesión o amenaza inconstitucional. Nada empece, *a fortiori*, que también pueda accionar a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad para dirimir una situación de incertidumbre sobre la validez constitucional de una norma que amenace lesionar un derecho constitucional.

El rango normativo de la regulación de la ADI tiene importancia sustantiva –es decir, si proviene de normas constitucionales o meramente legales– por dos razones: solo a través de una norma expresa constitucional se puede: a) conferir competencia originaria al STJP (por ser una competencia de excepción); y b) atribuir efectos derogatorios o expansivos a las sentencias del STJP declarativas de inconstitucionalidad. La jerarquía normativa que regula la ADI reviste relevancia jurídica capital, razón por la cual nos ocuparemos de ellos seguidamente.

---

órbita del Poder Ejecutivo para incluirlo dentro del grupo de órganos autónomos de control junto a la Contaduría, Tesorería, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo.

57 CABA permite, incluso, que el Ministerio de la Defensa pueda, en algunos casos, interponer acción de amparo ante tribunal de primera instancia. La Constitución de la provincia de Buenos Aires admite que el propio Estado pueda ser actor en una acción de amparo (artículo 20, inciso 2).

## 2.2. La regulación normativa del control de constitucionalidad provincial

Por este motivo, es fundamental adentrarnos a analizar la normativa regulatoria de los procesos constitucionales a través de los cuales tiene lugar el control de constitucionalidad.

La normativa regulatoria de los cuatro procesos constitucionales indicados arriba no ofrece dificultades, porque se enmarcan dentro de los principios procesales generales y se hallan regulados por los códigos procesales provinciales de los respectivos fueros (civil y comercial, penal, laboral, contencioso-administrativo) y/o en leyes especiales (amparo y *hábeas corpus*). Las cuestiones de constitucionalidad que se encausan en esas acciones procesales (juicio de conocimiento, amparo, *hábeas corpus*, acción declarativa de certeza) guardan consonancia con el modelo de control difuso de constitucionalidad: causa judicial, tribunal de primera instancia, sentencia con efecto *inter partes*.

Sin embargo, cuando en aquellos procesos se llega por vía de recurso al STJP, en algunas provincias a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad del STJP se le inviste de efectos expansivos. En este punto, la normativa que así lo dispone adquiere importancia, porque un tal efecto solo puede emanar de una disposición con jerarquía constitucional. Esto lo desarrollaremos con más detenimiento cuando nos ocupemos de los efectos de las sentencias.

Aquí vamos a detenernos especialmente a analizar la normativa que regula la ADI local, porque si emana de normas con rango de ley, es decir, si no está contenida en constitución local, no se podrá otorgar válidamente competencia originaria al STJP, como tampoco efectos expansivos.

Resulta muy ilustrativo abordar la normativa que instituye la ADI, o sea, si está contenida en una constitución provincial o solo en ley local. Según la fuente del derecho que establezca la ADI, serán sus características, requisitos, modalidades y efectos. Por ello, empezaremos por ordenar las ADI en función de la jerarquía normativa que las regula, porque esto va a definir la competencia del tribunal judicial y, consecuentemente, los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad.

Claramente, la ADI difiere en su régimen procesal y efectos según esté contenida en normas constitucionales o solamente en normas de rango de ley. Con esta finalidad, hemos de empezar por diferenciar a las provincias cuyas constituciones acogen la ADI de aquellas otras cuyas constituciones no la contienen. Para brindar un panorama completo, vamos a complementar la exposición con la normativa de rango legal que la desarrolla, como asimismo, aun a riesgo de resultar agobiante, con la transcripción de aquellas disposiciones constitucionales locales que faciliten la explicación.

- a. Las constituciones provinciales que incorporan la ADI como competencia originaria del STJP. En estos casos, se puede distinguir según que la reglamentación procesal esté contenida en una ley especial o en el CPCC respectivo como acción autónoma o como ADC.
- b. En aquellas otras provincias cuyas constituciones no recogen la ADI (y, por tanto, tampoco se confiere competencia originaria del STJP), ante un tribunal de primera instancia puede presentarse una demanda de inconstitucionalidad que será tramitada como acción de amparo o como ADC genérica del CPCC local.

### 2.2.1. ADI por constitución provincial ante el STJP

En las constituciones de dieciocho provincias encontramos una ADI como acción autónoma, asignada como competencia originaria y exclusiva del STJP.<sup>58</sup> La regulación legal procesal puede provenir: (a) de una ley especial; (b) del CPCC local como un proceso especial; o (c) del CPCC local como ADC común.

- a. ADI como acción directa ante el STJP regulada en ley especial. Es el caso de Neuquén (artículo 241 del CP<sup>59</sup> por Ley 2130/1995 de Acción de Inconstitucionalidad, modificada por la Ley 3055/2017); Chaco (artículo 163 del CP<sup>60</sup> por Ley 6863/2011); Jujuy (artículo 164 del CP<sup>61</sup> por Ley 4346/1988

---

58 Solo encontramos una ADI como acción originaria ante STJP establecida por ley especial en el caso histórico de Entre Ríos, aunque la Constitución de 1933 nada decía; sin embargo, a través de la Ley 8369 de Procedimientos Constitucionales de 1990, introdujo en el Capítulo III sobre “Control de Constitucionalidad” una ADI de competencia originaria y exclusiva del STJ (artículos 51 a 55).

59 Neuquén (1957/2006), artículo 241: “El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva para conocer y resolver: a) En las cuestiones que se promuevan directamente ante el mismo, en caso concreto y por vía de acción sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”. La Ley de Acción de Inconstitucionalidad (LAI) en su artículo 2 especifica que la declaración de la inconstitucionalidad debe recaer sobre ley, decreto, ordenanza o reglamento *de alcance general*, dictados por los poderes públicos del estado provincial o de los municipios que estatuyan sobre materia regida por la constitución provincial. El STJP, con una interpretación amplia, entendió que el carácter “general” de una norma surge de la indeterminación inicial de sujetos cuando caen dentro de su órbita de manera impersonal e indeterminada.

60 Chaco (1957/1994), artículo 163: “El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas: 1°. Ejerce jurisdicción ordinaria y exclusiva en los siguientes casos: a. En las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones, que se promuevan directamente por vía de acción”.

61 Jujuy (1986), artículo 164: “El Superior Tribunal de Justicia conoce y resuelve originaria y exclusivamente: 1. En las acciones por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones”.

de Acción de Inconstitucionalidad modificada por las leyes 4848/1995, 5052/1998, 5892/2015); CABA (artículo 113 del CP<sup>62</sup> por Ley 402/2000 de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia, Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, artículos 17-25); Entre Ríos (artículo 205 del CP),<sup>63</sup> por la reforma constitucional de 2008, le confiere jerarquía constitucional a la ADI que ya antes estuvo recogida en la Ley de Procedimientos Constitucionales (Ley 8369/1990, capítulo III: Control de Constitucionalidad), diferenciando cuando la ADI trata una cuestión puramente provincial que será de competencia propia del STJP de la ADI que trata una cuestión constitucional mixta (provincial y/o nacional) que se interpone ante tribunal de primera instancia (artículo 51).

- b. ADI como acción directa ante el STJP contenida en el CPCC local regulada como proceso especial. En algunas provincias, la ADI está regulada dentro del CPCC provincial como un proceso especial ante el STJP. Es razonable que la ADI asignada como atribución del STJP cuente con un procedimiento especial que lo diferencie de cualquier otro proceso ordinario que, como regla, se incoe ante un tribunal competente de primera instancia. Resulta remarkable que las regulaciones de la ADI incorporadas como un proceso especial en los CPCC se apartan del CPCCN, lo que resulta acertado porque un proceso constitucional no se adapta a los principios propios del proceso civil.<sup>64</sup> Como señalamos más arriba, Buenos Aires fue pionera en aceptar la ADI como acción autónoma de competencia originaria del STJP<sup>65</sup> conteni-

---

62 CABA (1996), artículo 113: “Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución”.

63 Entre Ríos (2008), artículo 205: “En materia judicial, el Superior Tribunal de Justicia tiene las siguientes atribuciones, de conformidad a las normas que establezcan las leyes de la materia: 1º. Ejercerá jurisdicción, originaria y exclusiva, en los siguientes casos: c) En las gestiones acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan en materia regida por esta Constitución, que se promuevan directamente ante el mismo por vía de acción”.

64 Ya hemos objetado lo inapropiado que es ubicar a la ADI en un código de procedimientos civil y comercial, porque en estos básicamente se controvierten intereses individuales, en cambio, las acciones de constitucionalidad tienen un objeto distinto cuya finalidad es verificar la validez de leyes o normas con fuerza de ley en relación con la constitución provincial, a fin de sostener la supremacía constitucional.

65 Buenos Aires, artículo 161: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: 1. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controvierta por parte interesada”. Aunque no surge clara y directamente de la constitución provincial.

da en el CPCC (Decreto-ley 7425/1968) en el título sobre “Declaración de Inconstitucionalidad” (artículos 683 a 688). Para Mendoza, que siguió estos pasos, en su Constitución de 1916, siempre ha interpretado que los artículos 48 y 144.3 del CP<sup>66</sup> establecen una ADI por ante el STJP, y así lo recoge el procedimiento regulado en el nuevo CPCCyT Ley 9001/2017 como “Acción de Inconstitucionalidad” (artículo 227) dentro del Capítulo II: “Procesos en instancia única ante la Suprema Corte de Justicia” (Sección II: “Reglas Específicas”, del Título III: “De los Procesos de Garantías Constitucionales”). Se advertirá en ambos casos que de los textos constitucionales provinciales no surge una directa y clara ADI con competencia originaria y exclusiva al STJP, sin embargo, la regulación legal desde antaño tanto en Buenos Aires como en Mendoza en sus respectivos CPCC atribuyó al STJP competencia originaria en acciones de inconstitucionalidad. En esta misma línea de interpretar que la ADI pertenece a la jurisdicción originaria del STJP encontramos a Formosa (artículo 170 CP<sup>67</sup> en el CPCC, Ley 424/1969, “Declaración de inconstitucionalidad”, artículos 683 a 688); San Luis (artículo 213 CP<sup>68</sup> en el CPCC; Ley 5606/2004; Ley VI-0150, “Demanda y recurso de inconstitucionalidad”, artículos 813) y Misiones (artículo 145 CP<sup>69</sup> en el CPCC Ley XII, N° 27 de 2013: “Declaración de inconstitucionalidad”, artículos 809 a 813). En cambio, otras constituciones provinciales confieren de manera expresa directa competencia originaria al STJP en las ADI. Ellas son: La Rioja (artículo 139 del CP<sup>70</sup> en el CPCC 3372/1972, Juicio de Inconstitucionalidad).

---

66 Mendoza (1916) artículo 144: “La Suprema Corte tendrá las siguientes atribuciones y deberes, sin perjuicio de los demás que determine la ley: 3. Ejerce jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”.

67 Formosa (1957/1991/2003), artículo 170: “Son atribuciones del Superior Tribunal de Justicia: 2. Ejercer la jurisdicción ordinaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”.

68 San Luis (1986) artículo 213: “Corresponde al Superior Tribunal: 1. Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad e inconstitucionalidad de las leyes, decretos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por ésta Constitución y se controvierta por parte interesada”.

69 Misiones (1958), artículo 145: “El Superior Tribunal de Justicia tiene en materia judicial las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las demás que le confiere la ley conforme a su función y jerarquía: 1: Ejerce jurisdicción originaria y por apelación para conocer y resolver sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”.

70 La Rioja (1986/2008), artículo 139: “El Tribunal Superior ejerce competencia originaria y exclusiva:

lidad: artículos 386 a 389); Salta (artículos 92 y 153 del CP<sup>71</sup> en el CPCC; Ley 5233/1978 modificada por la Ley 6831/1996 de Acción de Inconstitucionalidad, artículos 704 a 706; y Ley 8039/2017 de Acción Popular de Inconstitucionalidad); Tierra del Fuego (artículo 157 del CP<sup>72</sup> en el CPCC 147/1994; Juicio de Inconstitucionalidad, artículos 315 a 318); Río Negro (Artículo 207 del CP)<sup>73</sup> circunscribe la competencia originaria del STJP para los casos de ADI “sin lesión actual” (para los otros casos, la demanda es por ante el juez de primera instancia), fijando su trámite en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley K 2430/2008 (artículo 42) y en el CPCC; Ley 4142/2007, que prevé el Juicio de Inconstitucionalidad (artículos 793/799). Finalmente, Santiago del Estero (artículo 193 del CP<sup>74</sup> en el CPCC; Ley 6910/2008, un procedimiento especial, Juicio por Inconstitucionalidad, artículos 808 a 811).

- c. ADI dentro del CPCC canalizada a través de una ADC. En tres provincias (Córdoba, San Juan y Chubut) las constituciones locales asignan al STJP competencia directa en una ADI, pero no se provee un proceso propio en una ley especial ni como acción autónoma dentro del CPCC provincial, por tanto, tan solo puede canalizarse a través de la común ADC prevista con carácter general en su CPCC: Córdoba (artículo 165 del CP<sup>75</sup> en el

---

1º. En las demandas que se promuevan directamente por vía de acción por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos; [...]”.

- 71 Salta (1986/1998), artículo 92: “Todo habitante de la provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente constitución. El firmante de una demanda temeraria será sancionado de acuerdo con la ley. ARTÍCULO 153: La Corte de Justicia [...] II. Le compete conocer y decidir en forma originaria: (a). Las acciones sobre inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución”.
- 72 Tierra del Fuego (1991), artículo 157: “El Superior Tribunal de Justicia tendrá competencia originaria y exclusiva para conocer y resolver: I. En las cuestiones que se promuevan en caso concreto y por vía de acción de inconstitucionalidad de leyes y demás normas jurídicas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución”.
- 73 Río Negro (1957/1988), artículo 207: “El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: 1º. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución y que se controvertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual”.
- 74 Santiago del Estero (2005), artículo 193: “Función jurisdiccional. En su función jurisdiccional el Superior Tribunal de Justicia tendrá las siguientes competencias, de conformidad con las leyes que la reglamenten: 1º. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: b) En las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución”.
- 75 Córdoba (1987), artículo 165: “El Tribunal Superior de Justicia tiene la siguiente competencia:

CPCC; Ley 8465/1995, artículos 413-418; y Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 8435/1995, artículo 11); San Juan (artículo 208 del CP<sup>76</sup> en el CPCC; Ley 7942/2008, Digesto 56-O, artículo 286); Chubut (artículo 179.1 del CP<sup>77</sup> en el CPCC; Decreto-ley 2203/1983, actual XIII-N° 5, artículo 324). Como se advierte el CPCC, reproduce la ADC del artículo 322 del CPCCN, con la singularidad de que, cuando esta acción contiene una cuestión de constitucionalidad, por expresa disposición constitucional, en lugar de un tribunal de primera instancia será de competencia originaria del STJP, que se tramita aplicándose el régimen general de la ADC contenido en el respectivo CPCC local.

### 2.2.2. ADI por ley ante un tribunal de primera instancia

Las seis provincias restantes se caracterizan por no contener en sus constituciones previsiones que establezcan una ADI ni confiera competencia originaria al STJP. Se preserva el principio constitucional de que la competencia originaria del STJP solo puede provenir de la constitución y no puede ampliarse por norma legal. Tal es el caso de Tucumán; aunque su Constitución no contiene una ADI, en su Código Procesal Constitucional (Ley 6644/1999) ha incorporado una acción declarativa de inconstitucionalidad como acción autónoma (artículos 89 y 90), es decir, por una ley especial ha establecido un procedimiento

---

1. Conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno: a). De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, Cartas Orgánicas y ordenanzas, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución, y se controviertan en caso concreto por parte interesada”. Esta norma es reproducida en la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 11.1). Aunque la ADI se tramita por el procedimiento de la acción de certeza ante el STJP, pero con dos peculiaridades: con carácter previo se procede a un antejuicio de admisibilidad formal con vista al Ministerio Público Fiscal y, además, la legitimación pasiva pesa sobre la autoridad autora de la norma, a diferencia del régimen nacional, que recae sobre el beneficiario (artículo 322 del CPCCN). Vid. Gómez (2005).

76 San Juan (1986), artículo 208: “La Corte de Justicia tiene en lo jurisdiccional las siguientes atribuciones: 2. Conoce en las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que se promuevan directamente por vía de acción y en caso concreto, según lo establezca esta Constitución y las leyes”.

77 Chubut (1994) (en la primera Constitución de 1957 no había ADI), artículo 179: “El Superior Tribunal de Justicia tiene la siguiente competencia: 1. Conoce y resuelve originaria y exclusivamente, en pleno: 1.1 De las acciones declarativas de inconstitucionalidad de leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, cartas orgánicas y ordenanzas municipales, que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan en caso concreto por parte interesada”. El STJP de Chubut consignó el carácter residual y preventivo de la ADI (STJ de Chubut, Lexis N° 15/15810, extraído de Allende, 2008).

específico para la ADI (en el Título III: “Control de Constitucionalidad”, Capítulo II: “Por acción”), pero que se entabla ante tribunal de primer instancia.

Las cinco provincias restantes se encuentran en una situación semejante a la de la Nación, no tienen reconocida la ADI en sus constituciones ni en ninguna legislación procesal como acción autónoma. Esto no representa impedimento para interponer una acción de inconstitucionalidad, sin embargo, esta solo podrá canalizarse por vía de la ADC contenida en sus respectivos CPCC locales. El CPCC de Santa Fe cuenta con una regulación propia de la ADC (Ley 5531/1961)<sup>78</sup> diferente al CPCCN por ser anterior a este. En cambio, reproducen el artículo 322 del CPCCN los CPCC de las provincias de Santa Cruz (artículo 132 del CP/1998<sup>79</sup> en el CPCC; Ley 1418/1981 modificada por la Ley 3453/2015, artículo 300); Catamarca (artículo 39 y 203.2 del CP<sup>80</sup> en el CPCC; Ley 2339/1970 t.o. Decreto-Acuerdo 2787/08, artículo 322); Corrientes (artículo 187 del CP/2007; CPCC/Decreto-ley 14/2000, artículo 322); y La Pampa (artículo 97 del CP en la Ley Orgánica del Poder Judicial-Ley 2574/2010 y ADC del CPCC local-Ley 1828/1999: artículo 304)<sup>81</sup>.

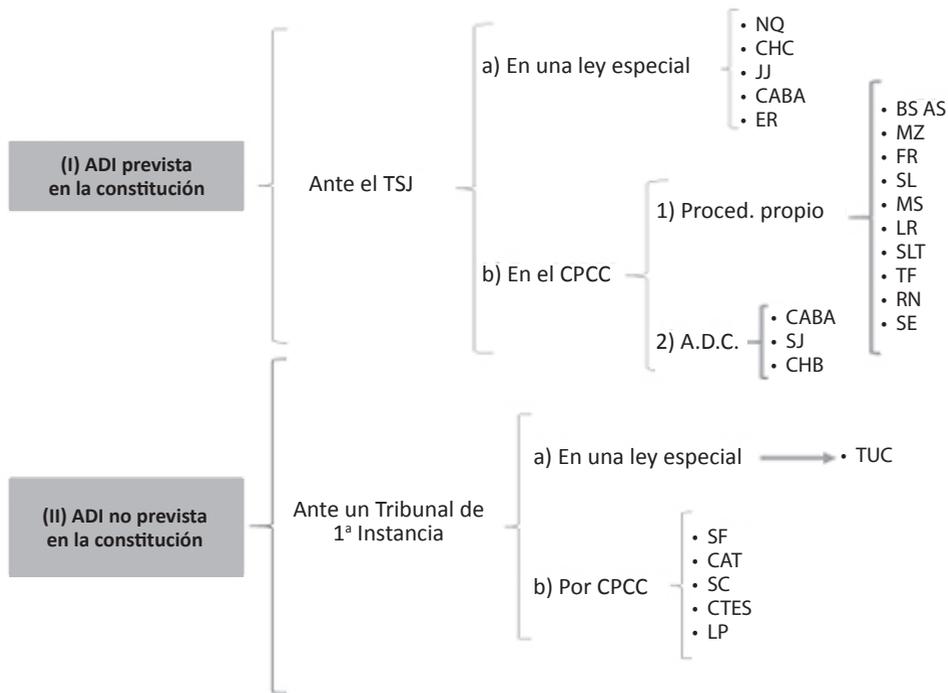
---

78 Como señalamos más arriba, el CPCC introdujo en 1961 la acción declarativa (artículos 1, 386, 387 y 411), que se tramita ante un tribunal de primera instancia. No contiene una norma análoga al 322 del CPCCN por ser posterior.

79 Santa Cruz (1957/1994/1998), artículo 132.3: “Corresponde al Superior Tribunal de Justicia: 3. Ejercer la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, reglamentos y ordenanzas que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución y se controviertan por parte interesada”.

80 Catamarca (1988) artículo 203: “Corresponde a la Corte de Justicia y demás Tribunales o Juzgados inferiores, el conocimiento y decisión: 2. De las causas acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos o reglamentos que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución”. El STJP ha admitido, por vía pretoriana, en competencia originaria, la acción declarativa en materia constitucional cuando la norma cuestionada tenga relevancia institucional y con sentido preventivo.

81 Se admite excepcionalmente la competencia originaria y exclusiva del STJP para entender sobre la constitucionalidad provincial de normas emanadas de los poderes públicos provinciales o bien de los municipios, es decir, sobre normas generales que estatuyan sobre materias regidas por la constitución provincial y que, además, no se halle vinculada a derechos y garantías mencionados en la Constitución Nacional. Vid. Báez (2010); Superior Tribunal de Justicia de La Pampa: SI-351.9; SI-341.98; II-P412.99.



Fuente: elaboración propia.<sup>82</sup>

### 2.3. Sentencias del STJP con efectos expansivos

El punto más rutilante de este estudio son aquellas sentencias del STJP con efectos expansivos previstas en trece constituciones provinciales. El efecto *erga omnes* de una declaración judicial de inconstitucionalidad solo puede proceder de un STJ provincial, siempre que tal alcance haya sido establecido por la constitución local y la norma invalidada sea una norma con carácter general.

Empecemos por señalar que estas sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP pueden provenir tanto que haya intervenido de manera directa y originaria en una ADI como en grado de apelación por recurso ante

82 Las abreviaciones empleadas en el cuadro se utilizan para designar a las siguientes provincias: Buenos Aires (BS AS); Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA); Chacho (CHC); Chubut (CHB); Catamarca (CAT); Córdoba (CBA); Corrientes (CTES); Entre Ríos (ER); Formosa (FR); Jujuy (JJ); La Pampa (LP); La Rioja (LR); Mendoza (MZ); Misiones (MS); Neuquén (NQ); Río Negro (RN); Salta (SLT); San Juan (SJ); San Luis (SL); Santa Cruz (SC); Santa Fe (SF); Santiago del Estero (SE); Tierra del Fuego (TF); Tucumán (TUC).

un proceso ordinario, un amparo, un *habeas corpus* o una acción declarativa de certeza que hayan resuelto una cuestión de constitucionalidad de una ADI. El efecto expansivo de estas sentencias del STJP halla justificación por emanar de un tribunal que ocupa la posición cimera de la organización judicial y final del control de constitucionalidad provincial.

Cuando la inconstitucionalidad recae sobre una ley o disposición con rango de ley, en razón de su jerarquía normativa, algunas constituciones establecen un acto de “deferencia al legislador”, exigiendo que la sentencia del STJP declarativa de inconstitucionalidad de la norma sea comunicada a la Legislatura o a la autoridad de la que emanó dicha norma. Esta “comunicación” al autor de la norma es un resabio de la *référé législatif* francesa. Ese procedimiento se aplicó en Francia desde mediados del siglo XVII para casos de dificultad de interpretación de la ley por parte de un juez, quien debe remitir y requerir al autor de la norma su decisión. La Revolución Francesa fue muy celosa en observar el aforismo latino *ejus est interpretari legem cujus est condere* (la interpretación de la ley corresponde a quien la dicta), al extremo de prohibir la interpretación de la ley a los jueces y asignarle al legislador la función interpretativa.<sup>83</sup> En el fondo, fue una expresión del anhelo de separar la función judicial de la legislativa y, en un exceso de optimismo positivista, impedirle al juez la creación de reglas jurídicas, para retornar al legislador.<sup>84</sup> Se conjuga una excesiva idolización de la ley como producto perfecto y excelso de la razón y como expresión de la voluntad general salpimentada con buena dosis de antijudicialismo francés (*méfiance aux juges*).

Aquellas constituciones provinciales que incorporan este recaudo lo hacen con diversas finalidades. En CABA (Ley 402, artículo 24) y en Santiago del Estero, para degradar el alcance general de una norma declarada inconstitucional; en Río Negro (artículo 208), para que corrija la norma cuestionada en un plazo de 6 meses; a solo efecto informativo, en San Luis (artículo 10) “debe ser comunicada formal y fehacientemente a los poderes públicos correspondientes, a los fines de sus modificaciones y adaptaciones al orden jurídico vigente”; lo mismo en San Juan (artículo 11) y en Tierra del Fuego (artículo 159). En Salta, solo la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada en una acción popular (Ley 8036/2017, artículo 8).

---

83 En la Asamblea Nacional francesa 1789, el diputado Bergasse, en su Informe sobre la Organización del Poder Judicial ante Comité de Constitución, del 17 de agosto de 1789, propuso “que ningún juez en materia civil o penal tenga el derecho de interpretar la ley o de extender su alcance a capricho”.

84 Ley de organización de la justicia del 16-24 de agosto de 1790, artículo 12: “Ils [Les tribunaux] ne pourront point faire de réglemens, mais ils s’adresseront au corps législatif toutes les fois qu’ils croiront nécessaire, soit d’interpréter une loi, soit d’en faire une nouvelle”.

Como lo señalamos varias veces anteriormente, las acciones pueden llegar a conocimiento y decisión del STJP de dos maneras: a) en grado de apelación por recurso de inconstitucionalidad (o cualquier recurso extraordinario local que contenga una cuestión de constitucionalidad); o b) por vía directa de ADI. En otras palabras, la sentencia de inconstitucionalidad que pronuncie un STJP puede provenir de una acción directa por jurisdicción originaria y exclusiva o de un recurso por jurisdicción de apelación de una sentencia originada en tribunales inferiores. Esta confluencia procesal en el STJP, por estas dos vías, tiene importancia porque repercute sobre los efectos reconocidos a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP. Este es el punto del que nos ocuparemos seguidamente.

De las dieciocho constituciones provinciales que establecen que la ADI es de competencia directa del STJP, en seis de ellas la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada en una ADI queda circunscrita a la causa y a las partes, es decir, carece de efecto expansivo: Buenos Aires 1994 (artículos 57 y 161 CP reglamentados por el CPCC: “Declaración de inconstitucionalidad”, artículos 683 a 688); Córdoba (artículo 165.1.a del CP, reglamentado por la Ley Orgánica del Poder Judicial/Ley 8435, artículo 11, y por el CPCC/Ley 8465/95, artículos 392 a 394). En idéntico sentido, en Mendoza, los artículos 48 y 144.3 del CP establecen una ADI por ante el STJP, expresamente regulada en el nuevo CPCCyT Ley 9001/2017, en la “Acción de inconstitucionalidad” (artículo 227) dentro del Capítulo II: “Procesos en instancia única ante la Suprema Corte de Justicia” (Sección II: “Reglas Específicas”, del Título III: “De los Procesos de Garantías Constitucionales”); La Pampa (artículos 7 y 97.1 CP reglamentado por la Ley Orgánica del Poder Judicial/Ley 1675, artículos 33 y 34 y por el CPCC, artículos 304); Misiones (artículos 145 y 128 del CP, reglamentado por el CPCC/Ley XII N° 6: “Declaración de inconstitucionalidad”, artículos 808 a 813); y San Luis (artículos 210, 213, 214 del CP reglamentado por el CPCC/Ley 310 “Acción de Inconstitucionalidad”, artículo 812). En estas seis provincias, las demás sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP por vía de recurso originado en una acción ordinaria, un *hábeas corpus*, un amparo e, incluso, una ADC iniciados por ante un juez de primera instancia tampoco tienen efectos expansivos. Del mismo modo que la ADI originaria ante el STJP, en todos los demás casos de decisión del STJP por apelación el efecto de la sentencia de inconstitucionalidad queda limitado a las partes.

En trece constituciones provinciales se establece el efecto expansivo de las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP. Reiteremos tres

obligadas puntualizaciones preliminares: la primera, que estos efectos expansivos solo pueden estar dados por un texto constitucional de manera expresa. La segunda, cuando hablamos de sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP habrá que atender al tipo de proceso que arriba a su decisión: puede ser por una ADI de competencia originaria del propio STJP o en revisión de un amparo, un *habeas corpus*, una ADC e, incluso, de un juicio ordinario, por vía de un recurso extraordinario (de inconstitucionalidad, de casación, de inaplicabilidad de la ley o cualquier recurso que abra esta instancia superior) en el que se ha planteado la inconstitucionalidad provincial de una norma (inclusive aquellos casos de conflictos de competencia que la constitución local inviste con competencia originaria al STJP con funciones de naturaleza arbitral). En tercer lugar, que el asunto debatido debe circunscribirse exclusivamente a una cuestión de constitucionalidad puramente provincial.<sup>85</sup>

En este grupo de constituciones provinciales se advierten algunos rasgos típicos del sistema concentrado de control de constitucionalidad. Se pone aquí de manifiesto que ciertas sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP, máximo tribunal de justicia provincial, adquiere alcances expansivos semejantes a un Tribunal Constitucional, como aquellos casos que les atribuyen efecto directamente derogatorio, como “legislador negativo”. Sin embargo, dos notas lo separan del modelo concentrado europeo: por un lado, el STJP es un tribunal judicial integrante ordinario del poder judicial provincial y, por el otro, la legitimación activa reside en un particular que debe acreditar un interés subjetivo en peligro por un acto en ciernes.<sup>86</sup>

Hemos señalado que la cuestión de constitucionalidad puede llegar a conocimiento del STJP por dos vías: a) por ADI entablada directamente por ante el mismo STJP en jurisdicción originaria y exclusiva; y b) por recurso ante el STJP contra una sentencia de tribunales inferiores en un juicio que tuvo comienzo por una demanda que se inició ante un juez de primera instancia, originada en un proceso de conocimiento, un *habeas corpus*, un amparo o un ADC. Este origen diferente nos permite distinguir entre las trece provincias un grado distinto de amplitud.

---

85 Una dificultad puede presentarse en CABA (artículo 113) o en Santiago del Estero (artículo 193), que admiten por una ADI declarar la inconstitucionalidad de ley local de carácter general por contravenir la Constitución nacional por una sentencia del STJP con efectos derogatorios, por la incidencia de este tipo de sentencia a efectos del recurso extraordinario ante la CSJN. Pero esto es harina de otro costal.

86 Aunque, como referiremos más adelante, en dos provincias (Salta y CABA) y en ciertos casos (Neuquén y Río Negro) se admite amplia legitimación activa.

- a. Es mayor en aquellas nueve provincias que le atribuyen alcance general a cualquier sentencia de inconstitucionalidad dictada por el STJP que llegó a su decisión por cualquier vía, tanto por la vía directa de una ADI (de competencia exclusiva del STJP) como por la vía de apelación en cualquier proceso iniciado ante un juez de primera instancia (acción ordinaria, amparo, *hábeas corpus*, ADC) en el que tuvo lugar un cuestionamiento sobre la constitucionalidad de una norma.
- b. Es más reducida en las otras cuatro provincias que únicamente le confieren efecto general a aquellas sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el STJP en una ADI en jurisdicción original, por tanto, en los demás casos que interviene el STJP por vía de apelación (acción ordinaria, amparo, *hábeas corpus*, ADC iniciadas ante juez de primera instancia), tales sentencias carecen de efectos expansivos y siguen la regla general del efecto *inter partes*.

En resumen, el alcance es más amplio cuando comprende todo tipo de sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el STJP, cualquiera sea el origen de la acción entablada. Pero dentro de este grupo se da una gradualidad del efecto expansivo porque se acude a diferentes formatos, de lo que nos ocuparemos seguidamente.

### **2.3.1. Por cualquier sentencia de inconstitucionalidad del STJP**

Vamos a centrarnos, primeramente, en las nueve constituciones que admiten efecto expansivo a todas las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP, cualquiera sea su origen (una ADI de competencia originaria o cualquier otro tipo de acción que llega al STJP por apelación). Dentro de este grupo, advertimos diferentes formas de abordar el efecto expansivo de las sentencias de inconstitucionalidad del STJP. Se pueden distinguir tres subgrupos:

a) Imposición del deber de “interpretación obligatoria” por los tribunales inferiores de la sentencia de inconstitucionalidad dictada por el STJP. Estos casos confieren, de manera indirecta, efectos expansivos a la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por el STJP en cualquier proceso porque obliga a jueces y tribunales inferiores al seguimiento forzoso de la interpretación constitucional fijada por el STJP. En consecuencia, todo asunto análogo en materia constitucional sometido a decisión judicial debe respetar el sentido establecido por el STJP. Esta fórmula imperativa ha sido empleada por las constituciones de Formosa, La Rioja y San Juan.

- 1) Formosa (1957), artículo 174: “La interpretación que el Superior Tribunal haga de esta Constitución [...] es obligatoria para jueces y tribunales inferiores”.<sup>87</sup>
- 2) La Rioja (1986/2008), artículo 143: “La interpretación que efectúe el Tribunal Superior en sus pronunciamientos sobre el texto de esta Constitución [...] es de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores”.<sup>88</sup>
- 3) San Juan (1986), artículo 209: “La interpretación que haga la Corte de Justicia en sus pronunciamientos plenarios sobre el texto de esta Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos y resoluciones es de aplicación obligatoria por todos los tribunales inferiores”.<sup>89</sup>
- 4) Un caso especial, difícil de clasificar y que por su proximidad lo ubicamos dentro de este grupo, es el de la provincia de Jujuy, que por vía de ley estableció una suerte de efecto expansivo. En efecto, la Ley 4346/1988, reglamentaria de la Acción y el Recurso de Inconstitucionalidad, dispone que “Declarada [por el STJP] la inconstitucionalidad la norma cuestionada no podrá volver a ser aplicada, si se tratare de una disposición de carácter general, salvo que la inconstitucionalidad no proviniera de una norma sino de su errónea interpretación” (artículo 7.3). Se infiere que la declaración de inconstitucional por parte del STJP puede provenir de una ADI o por vía recursiva originada en cualquier acción iniciada en primera instancia. Como no se aclara quién no podrá aplicar la norma inconstitucional –por tratarse de “una disposición de carácter general”– alude a todos quienes puedan aplicar o invocar dicha norma.<sup>90</sup>

b) Pérdida de “vigencia” por sentencias reiteradas del STJP. Este grupo tiene la particularidad de que el dictado acumulativo de dos o tres sentencias análogas por el STJP puede afectar la “vigencia” de la norma legal tachada de inconstitucional. Es decir, que una sola sentencia no basta para hacer perder la vigencia de la norma declarada inconstitucional, sino que es necesaria la repetición de tres o dos sentencias consecutivas para conseguir ese efecto. Se emplea un concepto críptico, ya que, en lugar de decir que la norma es “inválida” para eliminarla del ordenamiento normativo, actúa sobre el efecto de la disposición,

---

87 Formosa (1957): las reformas de 1991 y 2003 mantuvieron los textos originarios (hoy, artículos 170, inciso 2, y 174) en el CPCC: “Declaración de inconstitucionalidad” (artículos 683 a 688).

88 La Rioja (1986/2008, artículos 139 y 140) en el CPCC “Juicio de inconstitucionalidad” (CPCC 386 y ss.).

89 San Juan (1986, artículos 208 y 209), aunque restringe la facultad de presentar una ADI ante el STJPa al Fiscal de Estado (artículo 265) y al Ministerio Público (Ley 7014/2000).

90 Vid. Antoraz (2012).

pues aplica la tacha sobre la “vigencia” de la norma sea para suspenderla (Tierra del Fuego) o para hacer perder su vigencia (Chubut). Elude tachar de inválida por inconstitucional a la norma, evita pronunciarse sobre esta cuestión, pero aplica el efecto nulificador sobre la vigencia de la norma. Esto, como vimos más arriba, no se condice con la recta doctrina de la inconstitucionalidad (declarativa, efecto *ex tunc*) porque al separarse la validez de la vigencia, el efecto sería *ex nunc*, pero a partir de la tercera (o segunda consecutiva) sentencia de inconstitucionalidad del STJP, esta tendría naturaleza constitutiva.

1) Río Negro: fue la primera constitución provincial (por el artículo 138 de 1957) en otorgar efectos expansivos a las sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas por el STJP, lo que fue mantenido en la reforma de 1988. El actual artículo 208 hace una diferencia según la inconstitucionalidad recaiga sobre un precepto provincial o municipal o sobre una ley. En ambos casos, exige que haya tres pronunciamientos y que la declaración sea tomada por unanimidad de los miembros del STJP. Pero, además, el efecto suspensivo es una accesoria potestativa, es decir, el STJP podría no hacer uso de tal facultad, pero, en caso de hacerlo, debe formular un pronunciamiento por separado, expreso, es decir, una resolución adicional a la tercera sentencia unánime para “declarar abrogada”.

Sin embargo, como señalamos más arriba, los efectos son distintos según sea el tipo de norma declarada inconstitucional. La regla general es que, luego de tres sentencias de inconstitucionalidad por unanimidad, el STJP puede, en resolución expresa dictada por separado, “declarar abrogada la vigencia” de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial.<sup>91</sup> Sin embargo, en caso de que la regla en cuestión fuese una ley, este efecto queda sujeto a una condición suspensiva:

El STJ debe dirigirse a la legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición

---

91 Río Negro (1957/1988), artículo 208: “Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial”. Los efectos de la sentencia se encuentran reproducidos en el artículo 799 del CPCC. Advirtamos que la constitución rionegrina no indica el tipo de acción que condujo a la declaración de inconstitucionalidad, por tanto, puede haberse originado en una ADI ante el propio STJP o en acciones entabladas ante un juez de primera instancia: un amparo, un *hábeas corpus*, un juicio ordinario o, incluso, en una ADC del artículo 322 del CPCC. Apuntemos que la reforma de 1988 introdujo una novedad: la acción de inconstitucionalidad por omisión (artículo 207, inciso 2.d).

con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del STJ quien ordena la publicación del fallo.

La legislatura tiene un plazo de seis meses para eliminar la oposición de la norma legal con la Constitución, ya sea derogándola o modificándola para hacerla compatible. En caso de silencio o inobservancia de estas alternativas, queda cumplida la condición suspensiva y se produce la “derogación automática” de la norma legal procediendo el STJP, recién entonces, a su publicación (artículo 208 *in fine*).

La propia Constitución intitula este artículo como “Abrogación”. Si bien una abrogación es una derogación, el primer párrafo habla de “abrogación de su vigencia”, por lo tanto, incurre en la misma objeción arriba señalada. Pero cuando la inconstitucionalidad recae en una ley provincial, establece directamente, *ipso iure*, un efecto “derogatorio” automático una vez cumplido el plazo de la condición suspensiva sin respuesta del órgano legislativo. Quizás por esto el STJP rionegrino exige como requisito la demostración de la existencia de un perjuicio o daño, o de un vicio conceptual que por sus características amerite una declaración de tal gravedad como la peticionada (caso *V, C. y otros s/acción de inconstitucionalidad*, del 10/03/98).<sup>92</sup>

2) Tierra del Fuego (1991).<sup>93</sup> El artículo 159 dispone que

Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido.

Recoge la primera parte del artículo 208 de Río Negro (tres sentencias unánimes y efecto derogatorio potestativo con pronunciamiento expreso por separado), pero se diferencia, en primer lugar, en que no hace distinción entre normas con o sin rango de ley. En segundo lugar, el efecto suspensivo de la vigencia es facultativo del STJP, es decir, puede hacerlo o no, pero si decide declarar la inconstitucionalidad, debe manifestarlo en un pronunciamiento especial. En tercer término, la comunicación a la autoridad de la que emanó la norma jurí-

92 Citado por Gallego (2007).

93 Tierra del Fuego (1991), artículos 157 y 158 en el CPCCLRM (artículo 315-318).

dica inconstitucional no conlleva un plazo como condición suspensiva, por lo que siempre se producirá la “suspensión de su vigencia” sin estar condicionada a lo que resuelva el órgano autor de la norma (Sisinni, 2000).

3) Chubut (1957/1994/2010). En el artículo 175 señala que: “Cuando el STJ declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva”. Ya en su Constitución de 1957 se había establecido esta pérdida de vigencia (el exartículo 180 fijaba solo dos veces consecutivas), lo que fue mantenido en las reformas de 1994 y 2010. Los requisitos para “dejar de tener vigencia” son más simples: dos sentencias consecutivas o tres alternadas. No exige pronunciamiento especial expreso ni comunicación alguna al autor de la norma ni de la Legislatura.

c) “Caducidad” de la norma inconstitucional por una sola sentencia del STJP. Chaco, siguiendo los pasos de su predecesora (Neuquén 1957), dispone en su Constitución de 1957 en el artículo 9 (que conserva su numeración y contenido en 1994):<sup>94</sup> “La inconstitucionalidad declarada por el STJ produce la caducidad de la ley, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración”. Aplica a un término poco apropiado para la materia constitucional, ya que la caducidad señala la pérdida de una potestad por el transcurso del tiempo. En este caso, sería la pérdida de la aptitud vinculante de la norma tachada de inconstitucional, obviamente, con carácter general, porque quien pierde virtualidad jurídica no es un sujeto, sino una norma y, por tanto, tiene efectos expansivos. Aquí también hay efectos *ex nunc*, ya que la caducidad se produce recién con el evento invalidatorio de la sentencia de inconstitucionalidad. A diferencia del grupo anterior, no es necesaria la acumulación de sentencias análogas, sino que basta con una sola sentencia, cualquiera sea la acción que haya provocado la intervención del STJP, una ADI u otro proceso por recurso.

d) Efecto derogatorio por sentencias reiteradas. Con mayor precisión técnica, la Constitución de Entre Ríos, con la reforma de 2008, incluyó en el artículo

---

94 Introducido ya por la Constitución de 1957, la reforma de 1994 mantuvo los artículos 9 y 163 incisos 1.a y 3.a (exartículo 170) en la Ley de Acción de Inconstitucionalidad (Ley 6863/2011, hoy Digesto 1966-B), artículo 7: “La sentencia que declare la inconstitucionalidad demandada producirá la caducidad del precepto impugnado en la parte afectada por ésta, a partir de su publicación en el Boletín Oficial, a cuyo efecto el Superior Tribunal de Justicia deberá remitir testimonio de las partes pertinentes dentro del plazo de tres (3) días”.

60<sup>95</sup> un directo efecto derogatorio: “La declaración de inconstitucionalidad por tres veces y, por sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de una norma general provincial, produce su derogación en la parte afectada por el vicio”. Sin hacer distinción si la sentencia del STJP declarativa de inconstitucionalidad provenga de una ADI de jurisdicción originaria o de cualquier proceso en grado de revisión.

### 2.3.2. Por sentencia de inconstitucionalidad solo en la ADI del STJP

En cuatro provincias el alcance es más reducido porque se atribuye el efecto expansivo únicamente a sentencias de inconstitucionalidad pronunciadas en una ADI en competencia originaria del STJP, por tanto, se excluyen todas las otras sentencias dictadas en grado de apelación por el STJP en cualquier otro proceso que se hallen privadas de tal alcance, es decir, solo tienen efecto *inter partes*.

1) Neuquén (1994/2006). La Constitución neuquina vincula la competencia originaria y exclusiva del STJP en una ADI (artículo 241)<sup>96</sup> con el efecto expansivo de esa sentencia, cuyo el artículo 16 fulmina con la “caducidad” a la norma declarada inconstitucional por el STJP en una ADI en estos términos:

Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el STJP en ejercicio de su jurisdicción originaria produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto u orden en la parte afectada por aquella declaración.

95 La reforma constitucional de 2008 abandona el efecto *inter partes* de la declaración de inconstitucionalidad dictada por el STJP para atribuirle efectos derogatorios. La Constitución de 1933 disponía en el artículo 33 (hoy artículo 60): “Es de ningún valor toda ley de la Provincia que viole o menoscabe las prescripciones establecidas por la Ley Suprema de la Nación y por esta Constitución, así como todo acto, contrato, decreto u ordenanza que contravenga a las mismas o las leyes dictadas en su consecuencia, pudiendo los interesados demandar o invocar su inconstitucionalidad o invalidez ante los tribunales competentes” con el siguiente un agregado introducido en 2008: “Sin perjuicio de ello, los jueces al advertir la inconstitucionalidad de una norma, de oficio podrán declararla. La sentencia que pronuncie la inconstitucionalidad será declarativa y de condena pudiendo ser ejecutada. En el proceso respectivo podrán admitirse medidas cautelares”.

96 Neuquén: las reformas de 1994 y 2006 (ahora como artículo 16) mantuvieron el contenido del texto de 1957 vinculado al artículo 241: “El Tribunal Superior de Justicia ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva para conocer y resolver: a) En las cuestiones que se promuevan directamente ante el mismo, en caso concreto y por vía de acción sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y reglamentos que estatuyan sobre materia regida por esta Constitución”.

Este caso es muy simple porque basta una sola sentencia del STJP en una ADI (propia de su competencia originaria) para producir la “caducidad” de la ley. Una ley especial regula el procedimiento ante el STJP. El impropio empleo de este término es pasible de la misma crítica que hicimos al referirnos a Río Negro La caducidad se producirá a partir de la publicación de aquella en el Boletín Oficial, conforme lo dispone el artículo 10, 2° párrafo de la Ley 2130/1995 de Acción de Inconstitucionalidad. El STJP de Neuquén ha interpretado que cualquier habitante, aun cuando fuera portador de un mero interés en la defensa de la legalidad (Acuerdo N° 539, Sala Procesal Administrativa) puede interponer una ADI, con lo cual, adquiere tintes de “acción popular”.<sup>97</sup>

2) El Estatuto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona con la “pérdida de vigencia” de las normas declaradas inconstitucionales por el STJP en una ADI que es de su competencia originaria y exclusiva. Al igual que Río Negro, realiza un tratamiento especial cuando la norma en cuestión es una ley, pues el efecto expansivo se suspende por tres meses. Dentro de dicho plazo, la Legislatura puede sostener el valor general de la norma, por tanto, en caso de ratificación legislativa expresa, esta opera reduciendo el efecto derogatorio de la sentencia al caso concreto, impidiendo que la norma legal pierda vigencia, es decir, la decisión legislativa revierte el efecto expansivo de la decisión judicial. El efecto derogatorio de la sentencia del STJP ha quedado suspendido en espera de una expresión positiva de voluntad de la legislatura, sosteniendo expresamente la validez *in genere* de la norma y detener así la *vis expansiva* derogatoria de la sentencia de inconstitucionalidad del STJP. Esta ratificación parlamentaria tiene un sentido diferente al que vimos en Río Negro, donde el STJP debe dirigirse a la Legislatura a fin de que “proceda a eliminar su oposición con la norma superior”, es decir, la norma constitucional impone un accionar positivo en un único sentido: corregir la norma legal. En cambio, en CABA, se recoge un accionar negativo de la Legislatura porteña que consiste en sostener la validez general de una norma declarada inconstitucional, para lo que exige, además, una mayoría especial de dos tercios de los miembros presentes y, de este modo, revertir el efecto derogatorio de la sentencia del STJ reduciendo su alcance al caso concreto. Lo más probable que ocurra es el silencio legislativo durante tres meses. Esta solución resulta algo artificiosa, porque parece extraño pedir que la Legislatura insista en sostener la validez general de una norma de-

---

97 Cfr. STJ, en *leading case*: Aromando Daniel y otros s/Inconstitucionalidad decreto provincial n° 171, 1984, RSI, 223; expediente 339/02. Vid. Barrese (2004).

clarada inconstitucional. Veamos cómo lo regula el artículo 113 CABA/1996, que establece:

Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: [...] 2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior.

La acción directa de inconstitucionalidad por ante el STJP está reglamentada por la Ley 402 del año 2000 (artículo 17). Las demás sentencias de inconstitucionalidad que pronuncie el STJP no conllevan ese efecto expansivo, por tanto, solo se aplica entre partes, pues la pérdida general de vigencia de una norma se circunscribe al supuesto de una ADI ante el STJP.

3) La provincia de Santiago del Estero, en su reciente reforma constitucional de 2005, ha tomado como modelo a la CABA, en el artículo 193:

Función jurisdiccional. En su función jurisdiccional el Superior Tribunal de Justicia tendrá las siguientes competencias, de conformidad con las leyes que la reglamenten: 1. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: [...] b) En las acciones declarativas directas contra la validez de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones de alcance general, contrarias a la Constitución Nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia de la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique por mayoría de dos terceras partes de los miembros presentes, dentro de los tres meses de la notificación de la sentencia declarativa por parte del Superior Tribunal de Justicia. La ratificación de la Legislatura no altera sus efectos en el caso concreto, ni impide el posterior control difuso de constitucionalidad ejercido por todos los jueces.

Esta ADI ante el STJP no cuenta con ley especial como la CABA, sino que está contenida en el CPCC (“Juicio por Inconstitucionalidad”), que fija un plazo de caducidad de 30 días solo cuando se controviertan cuestiones patrimoniales.

4) Por último, colocamos dentro de este grupo de sentencias del STJP en ADI con amplio efecto expansivo a la acción popular de Salta, la cual tiene la singularidad de ser una acción abstracta, es decir, a la par que abre una amplia legitimación activa, no requiere acreditar ninguna controversia por parte interesada ni que se plantee un caso concreto con afectación directa o en ciernes de derechos en conflicto, a diferencia de todas las demás mencionadas más arriba. La acción popular de Salta se aproxima a este género de acciones directas ante el STJP con efectos derogatorios a tenor del artículo 92 de su Constitución: “Todo habitante de la provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el superior tribunal de justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente constitución”. Esta acción singular está reglamentada por la Ley 8036/2017, que dispone en el artículo 1 que “la acción popular de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 92 CP tiene por exclusivo objeto la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a dicha Constitución”. La demanda se interpondrá ante el STJP, contemplándose un plazo de caducidad de treinta días hábiles, computados desde la publicación de la norma de alcance general (artículo 3). La declaración de inconstitucionalidad por el STJP “produce la pérdida de la vigencia de la norma cuestionada en la parte afectada por aquella declaración, a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial” (artículo 7). Claramente, estamos ante una acción abstracta típica del modelo de control concentrado puramente nomofiláctico, pero con dos rasgos que la aparta: primero, está en manos de un tribunal judicial integrante de la justicia provincial (en el modelo kelseniano es también un único tribunal *ad hoc*, pero que no integra el Poder Judicial), y segundo, la legitimación activa está abierta a cualquier persona, a diferencia del modelo europeo que se otorga de manera restringida a ciertos sujetos públicos (grupo de parlamentarios, el Gobierno, un estado local o comunidad autónoma, defensor del pueblo).

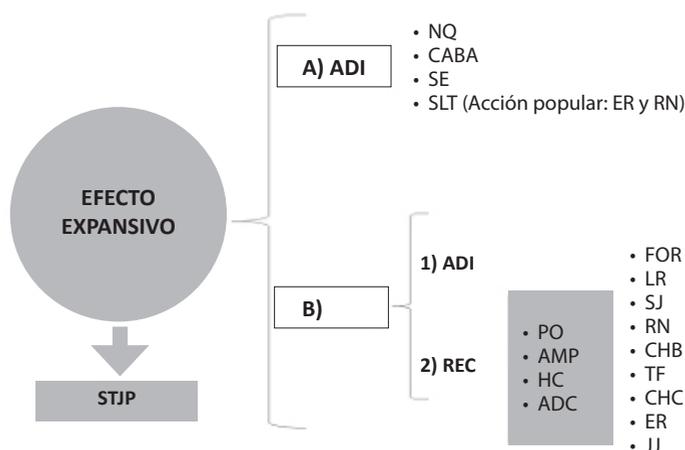
También exhibe rasgos de acción popular la ADI en Entre Ríos, cuya constitución reformada en 2008, en su artículo 61 (tomado del artículo 92 salteño), dispone: “Todo habitante de la Provincia, en el solo interés de la legalidad, tiene acción directa para demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la inconstitucionalidad de una norma general contraria a la presente Constitución”. También comparte esta característica la ADI “sin lesión actual” de Río Negro de jurisdicción originaria ante el STJP prevista en el artículo 207 *in fine*<sup>98</sup> regula-

---

98 Río Negro (1957/1988), artículo 207: “El Superior Tribunal de Justicia tiene, en lo jurisdiccional, las siguientes atribuciones: 1°. Ejerce la jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver

da en la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley K 2430/2008 (artículo 42) y en el CPCC, Ley 4142/2007, que prevé el “Juicio de inconstitucionalidad” (artículos 793/799). Finalmente, algunas provincias por vía pretoriana han admitido una amplia legitimación activa en defensa del orden público constitucional.<sup>99</sup>

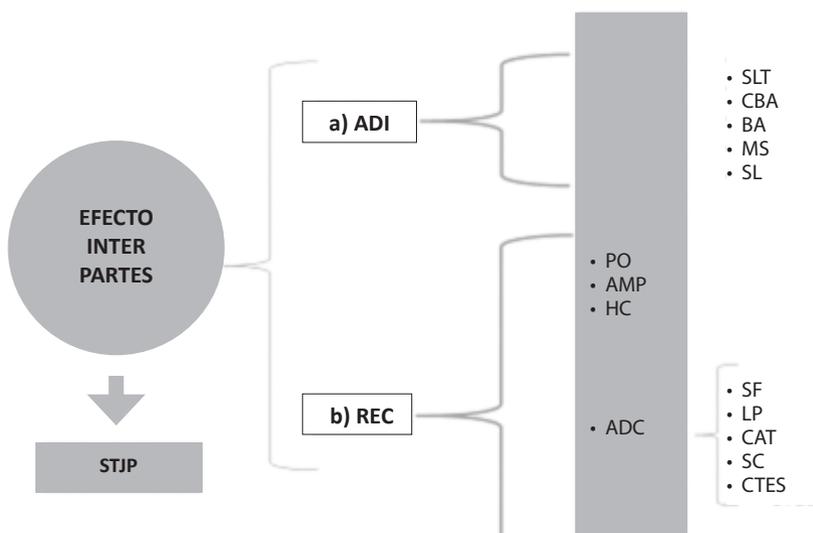
Guardando correspondencia con una de las notas más características del control concentrado *erga omnes*, algunas de estas constituciones provinciales recogen un recaudo típico del modelo europeo: la obligación de la publicación en el Boletín Oficial de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad del STJP, quedando supeditada a esta publicación la entrada en vigencia del efecto derogatorio (Chubut, artículo 175; Tierra del Fuego, artículo 159; Río Negro, artículo 208; CABA, artículo 24 de la Ley 402/2000; Salta, Ley 402 conforme el artículo 92 por Ley 8026/2017, artículo 7; Neuquén, por Ley de Acción de Inconstitucionalidad, artículo 10; Chaco, Ley 6863/2011, artículo 7).



Fuente: elaboración propia.

acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyan sobre materias regidas por esta Constitución y que se controvertan por parte interesada. En la vía originaria podrá promoverse la acción sin lesión actual”.

99 En igual sentido, en Mendoza, según la opinión de Kemelmajer de Carlucci (1991). También el STJ admitió el carácter abstracto de la ADI en cuanto no se examinan los hechos de un caso concreto (caso *Farkas*). Vid. Barraza (2016); Pérez Bourbon (2004); Riso (2004). Remitimos a lo señalado más arriba sobre Neuquén.



Fuente: elaboración propia.

### 3. Conclusiones

Como lo dijimos al comienzo, este trabajo solo aspira a realizar un aporte –seguramente incompleto, por las dificultades que entraña acceder a las múltiples facetas de las veinticuatro jurisdicciones provinciales– que sirva de base preliminar para revelar este cosmos bastante desconocido del control de constitucionalidad provincial.<sup>100</sup> No pretende ser más que un ensayo de derecho procesal constitucional provincial comparado que ofrece una visión de conjunto del control de constitucionalidad local.

Hasta aquí hemos tratado de describir sucintamente el control de constitucionalidad provincial a través de la exposición del tablero de las vías procesales que existen en las provincias para sostener la supremacía de la propia constitución provincial. Este estudio comparado nos mostró cómo a nivel local existen mecanismos de control de constitucionalidad muy depurados y perfeccionados. Pone, además, en evidencia el gran contraste entre las acciones procesales provinciales y la obsolescencia de los procesos constitucionales a nivel nacional que, previstos para otros tiempos, superaron más de medio siglo de existencia cuando la demanda social por la tutela de derechos fundamentales en un Estado

100 Un aporte en esta senda es el reciente trabajo de Altavilla (2020).

social de derecho se ha intensificado. A nivel provincial, el ciudadano cuenta con garantías adicionales eficaces y novedosas –incluso de carácter preventivo– para dar respuesta a este reclamo, sin perder la nota esencial del control de constitucionalidad argentino a cargo de los tribunales judiciales.

El diseño y la rica experiencia provincial ofrecen ejemplos que merecen ser conocidos, estudiados y evaluados. Este ensayo de exposición y clasificación de los procesos por donde transcurre el control de constitucionalidad provincial busca, precisamente, esa finalidad. Este intento solo tiene como pretensión hacerlos conocer con la cautela de que, por un lado, seguramente sea incompleto y contendrá errores derivados de la dificultad de acceder en detalle y profundidad a la jurisprudencia y a las realidades de prácticas y usos locales que la complementan, pero con la convicción, por otro lado, de que sirva de base y guía para el desarrollo de estudios posteriores más completos, profundos y desarrollados.

Nos hemos ocupado en destacar a las trece provincias que han avanzado al atribuir efectos expansivos a las sentencias de su Superior Tribunal de Justicia, originadas en una acción directa de inconstitucionalidad o en revisión por jurisdicción apelada, porque sirven a una eficaz función depuradora del orden normativo local sosteniendo la supremacía de la constitución provincial y nacional. No debemos soslayar ni subestimar estos procesos constitucionales locales, que son la antesala ineludible del control de constitucionalidad federal final a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En suma, los procesos constitucionales provinciales son el soporte y el sostén de la supremacía constitucional integrada tanto por la constitución provincial propia de cada estado local como por la Constitución federal y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional o, simplemente, supralegal.

## Bibliografía

- Allende, J. (2008). El control de constitucionalidad a nivel federal y en la provincia del Chubut. *El Derecho Constitucional*, Tomo 2008, 357.
- Altavilla, C. (2020). El control de constitucionalidad en el derecho constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24, 237- 267.
- Antoraz, S. (2012). *El Control de constitucionalidad y la accion de inconstitucionalidad en Jujuy*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Litoral. [http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Jujuy\\_4.pdf](http://faeproc.org/wp-content/uploads/2012/09/Jujuy_4.pdf).

- Ayarragary, C. y De Gregorio Lavie, J. (1968). *Código Procesal Civil y Comercial. Comentado*. Buenos Aires: Zavalia.
- Báez, Q. (2010). *La Acción declarativa de inconstitucionalidad originaria en la provincia de La Pampa*. Seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de La Pampa. [http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e\\_baelaa875.pdf](http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_baelaa875.pdf).
- Barraza, J. I. (2016). Artículo 113, inc. 2. En Marianello, P. (Dir), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires comentada* (Tomo II, pp. 1522-1565). Buenos Aires: La Ley.
- Barrese, M. (2004). La participación ciudadana en el proceso concentrado de control de constitucionalidad. *Jurisprudencia*. Jurisprudencia de la provincia del Neuquén. *Derecho Administrativo. Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 2004, 755-766.
- Bazán, V. (2002). Reflexiones sobre la acción declarativa de inconstitucionalidad en el ámbito jurídico argentino. *Ius Et Praxis*, 8(2), 93-140.
- Benini, G. A. (2012). La acción de inconstitucionalidad en el orden federal y en las provincias patagónicas. *El Derecho*, 2012, 290-318.
- Bianchi, A. (1992). *Control de constitucionalidad* (Tomo I). Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Cherubini, M. H., Gallo Quintian, F. J. y Quadri, G. H. (2005). *La acción autónoma de inconstitucionalidad. Un proceso autónomo en pos de la plena vigencia de la constitución*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Díaz Ricci, S. (2006). El Tribunal Constitucional “non nato” de Tucumán. Una curiosidad argentina. *Revista Peruana de Derecho Público*, (13), 87-110.
- Díaz Ricci, S. (2009). Panorama y evolución del control de constitucionalidad en las provincias argentinas. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (11), pp. 149-189.
- Fernández Segado, F. (2000). El voto particular de don Mariano Otero y el nacimiento del juicio de amparo en México. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional N° 4* (pp. 579-611). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fernández Segado, F. (2002). La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI (La quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeo-kelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad). *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, XLI.
- Fernández Segado, F. (2003). La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. En Fernández Segado, F. (Ed.), *La Constitución Española en el contexto constitucional Europeo* (pp. 855-905). Madrid: Dykinson.
- Gallego, R. F. (2007). Declaración de inconstitucionalidad. El Control de oficio y difuso de constitucionalidad en la provincia de Río Negro. *La Ley*, 2007-F, 1141-1153.
- García Belaunde, D. (2001). La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. En Morodo Leoncio, R. y De Vega García, P. (Coords.), *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (pp. 1423-1436). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- García-Mansilla, M. J. (2020). *Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 9-89. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>.
- Gómez, C. (2005). Acción declarativa de inconstitucionalidad en la Provincia de Córdoba. *La Ley-Córdoba*, 2005, 280-296.

- Gozaini, O. (Coord.). (2009). *Proceso y Constitución*. Buenos Aires: Ediar.
- Haro, R. (2003). *El control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Zavalía.
- Hernández, A. M. (2019). *Studies in comparative federalism: Argentina, The United States and Mexico*. Córdoba: Editorial de la Universidad Nacional de Córdoba.
- Kemelmajer de Carlucci, A. R. (1991). Atribuciones de los Superiores Tribunales de Justicia. En Pérez Guilhou, D. (Dir.), *Derecho Público Provincial* (Tomo II, p. 495). Mendoza: Depalma.
- Laplacette, C. (2020). *Acciones declarativas de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: La Ley.
- Perea Astrada, A. I. y Laferriere, L. (2017). La acción declarativa de inconstitucionalidad y la posibilidad de un diálogo democrático. *Revista Argumentos*, (4), 76-92.
- Pérez Bourbon, H. (2004). La acción declarativa de inconstitucionalidad. Reflexiones a propósito de una sentencia. *El Derecho. Constitucional (Serie Especial)*, (11.209).
- Pérez Hualde, A. (2007). Acción declarativa de inconstitucionalidad en el constitucionalismo provincial. En Cassagne, J. C. (Dir.), *Tratado de Derecho Procesal Administrativo* (pp. 775-785). Buenos Aires: La Ley.
- Risso, G. (2004). La acción declarativa de inconstitucionalidad en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Nociones y pautas procesales. *El Derecho*, 2004, pp. 68.
- Salgado, A. J. y Verdaguer, A. C. (2000). *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Sbdar, C. y Gutiérrez, R. (2019). *Los recursos extraordinarios en las provincias Argentinas y CABA*. Buenos Aires: La Ley.
- Sisinni, N. (2000). La acción autónoma de inconstitucionalidad en el ordenamiento normativo fueguino y en la doctrina del Superior Tribunal de Justicia. En Bidart Campos, G. (Dir.), *El derecho constitucional del siglo XXI. Diagnóstico y perspectivas* (pp. 507- 526). Buenos Aires: Ediar.
- Sola, J. V. (2009). *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley.
- Toricelli, M. (2002). *El sistema de control constitucional argentino. La Acción declarativa de inconstitucionalidad como mecanismo de tutela*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

## Legislación citada

### Estados Unidos

- U.S. Code: Federal Declaratory Judgment Act (1934) (28 USC; 48 Statutes at Large 955). Title 28: N° 2201; N° 2202.

## Jurisprudencia citada

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Anadon, Tomás Salvador c/Comisión Nacional de Comunicaciones s/despido, 20/08/2015, Fallos: 338:724.
- Arenzón, Gabriel Darío c/Nación Argentina, 15/05/1984, Fallos: 306:400.
- Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Salta, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza, 27/09/2005, Fallos: 328:3555.
- Caballero, Adolfo c/Capello, Mario Osvaldo s/Daños y Perjuicios, 16/07/2020, Fallos: 343:580.

- Canales, Mariano Eduardo y otro s/homicidio agravado - impugnación extraordinaria, 2/05/2019, Fallos: 342:697.
- Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta-M. de Educación de Salta s/amparo, 12/12/2017, Fallos: 340:1795.
- Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus, 19/10/1995, Fallos: 318:1894.
- Di Mascio, Juan Roque interpone recurso de revisión en expediente N° 40.779, 1/12/1988, Fallos: 311:2478.
- Díaz, Ruth Inés c/Buenos Aires, Provincia de s/Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, 19/12/2006, Fallos: 329:5814.
- Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.
- Federación Argentina de la Magistratura c/Salta, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, 14/11/2017, Fallos: 340:1614.
- Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza, 24/04/2020, Fallos: 343:195.
- Hoof, Pedro Cornelio Federico c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad, 16/11/2004, Fallos: 327:5118.
- N., J. G. s/infr. artículo 15, inc. 4°, LCP s/incidente de inconstitucionalidad, 05/10/2010, Fallos: 333:1891.
- Nación Argentina c/Prov. de Santiago del Estero s/nulidad por inconstitucionalidad Ley 5379 y Dec. 301, 22/12/1987, Fallos: 310:2812.
- Paredes, Eduardo y Pessoa, Nelson s/queja e inconstitucionalidad, 19/10/2004, Fallos: 329:3027.
- Peralta, Luis A. y otro c/Estado Nacional -M. de Economía-BCRA. s/amparo, 27/12/1990, Fallos: 313:1513.
- Schiffrin, Leopoldo H. c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa, 28/03/2017, Fallos: 340:257.
- Strada, Juan Luis c/Ocupantes del Perímetro Ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen, 8/04/1986, Fallos: 308:490.
- Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/Estado de la Provincia de Santa Cruz s/amparo, 11/12/2018, Fallos: 341:1869.

## Otros tribunales

- Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Arrieta, José Luis c/Municipalidad de Santa Rosa s. Inconstitucionalidad, 10/05/2000, II-P412.99.
- Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Guiñazu, Sergio Gustavo; Ovando, Eusebio Avelino c/Provincia de La Pampa s/Acción de inconstitucionalidad, 25/02/1999, SI-351.9.
- Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, Unión Cívica Radical y otros c/Provincia de La Pampa s/Acción de Inconstitucionalidad, SI-341.98, 18/05/1999.
- Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, V., C. y otros s/acción de inconstitucionalidad, SE. 23/98, 10/03/98.
- Superior Tribunal de Justicia del Chubut, in re, P. G. S.A. y otro c/provincia del Chubut s/acción declarativa de inconstitucionalidad, Lexis n° 15/15810 y 15/15811, 3/10/06.
- Suprema Corte de los Estados Unidos, *Ætna Life Insurance Co. c/Haworth*, 1/03/1937, 300 U.S. 227.

Tribunal Superior de Justicia CABA, *Farkas, Roberto y otros c. CABA, s/acción de inconstitucionalidad*, 26/09/1999.

Tribunal Superior de Justicia de Neuquen, *Fiscalía de Estado c/Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad*, Expte. 339, 2002.

Tribunal Superior de Justicia de Neuquen, *Othaz, Miguel Angel c. Municipalidad de Neuquén s. Acción de inconstitucionalidad*, 1998, Acuerdo N° 539, Sala Procesal Administrativa.



# EL PRECEDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

---

**Florencia Ratti**

Universidad Católica Argentina

floenciaratti@uca.edu.ar

**Recibido:** 6/09/2020

**Aceptado:** 5/10/2020

## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del precedente de la Corte Suprema argentina, tanto desde su dimensión vertical como horizontal. A tal fin, se describe la doctrina del precedente desarrollada a través de la jurisprudencia de la Corte y se revisa su vigencia a partir de recientes pronunciamientos judiciales. Finalmente, se abordan ciertas técnicas que hacen a una correcta aplicación del precedente, tales como la demarcación de la plataforma fáctica, la estructura formal y la claridad de las sentencias judiciales, su publicidad y la identificación de factores válidos (y otros ilegítimos o, cuanto menos, cuestionables) para modificar o abandonar un precedente.

**Palabras clave:** precedente, corte suprema, Argentina, sistema judicial, Poder Judicial, sentencia judicial, *stare decisis*, jurisprudencia.

## Precedent in the Argentine Supreme Court

### Abstract

This paper deals with precedent in the Argentine Supreme Court by describing how it works both vertically and horizontally. It explains the current doctrine of precedent the Court developed through its case law and analyses its workability in some recent cases. Finally, it examines some necessary techniques related to a proper use of precedent, such as the acknowledgment of the material facts, the structure and clarity of judicial decisions, its publication, and the identification of legitimate (and illegitimate or, at least, questionable) factors of overruling.

**Key words:** precedent, supreme court, Argentina, judicial system, judiciary, judicial decision, *stare decisis*, case law.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

En la actualidad, el estudio del precedente es un tópico ineludible en cualquier sistema jurídico, independientemente de la tradición a la que pertenezca. Esto es así porque ni siquiera la defensa acérrima de la lógica legalista, que supo ser el corazón del *civil law*, puede desconocer la trascendencia que el precedente judicial ha adquirido en la evolución del derecho en las últimas décadas ni el protagonismo que el Poder Judicial ha asumido, en la tradición continental, a partir de los postulados neoconstitucionalistas. En América Latina se han llevado a cabo reformas procesales (e, incluso, constitucionales) con el objeto de incorporar un precedente judicial con cierta fuerza o vinculatoriedad. Esto ha sucedido, por ejemplo, en México, Perú y Brasil. En ese contexto, se instala la idea de que ningún Estado contemporáneo puede privarse de precedentes sin renunciar a la coherencia del derecho y a la protección de la igualdad y de la seguridad jurídica (Marinoni, 2016).

La “doctrina del precedente” se forma por el conjunto de reglas que especifican qué valor tiene y cómo debe ser aplicado el precedente judicial en un ordenamiento jurídico determinado. Incluye los criterios necesarios tanto para el reconocimiento y la invocación de los precedentes como para su modificación o abandono. Con frecuencia, también señala cómo deben resolverse las posibles contradicciones (Núñez Vaquero, 2018, p. 55).

En este trabajo se examinará la doctrina actual del precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, CS, Corte o Corte Suprema). No se discurrirá sobre su evolución histórica –que ha atravesado múltiples vaivenes–, pues ya ha sido analizada exhaustivamente por eruditos juristas, a cuyas obras cabe remitirse (Bianchi, 2001; 2013; Garay, 2013; Legarre, 2016; Sagüés, 2008). En cambio, se identificarán aquellas sentencias hito<sup>2</sup> que han demarcado la doctrina del precedente tal y como se aplica hoy en día (tanto en su dimensión vertical como horizontal) y se revisará su vigencia a partir de recientes pronunciamientos judiciales de la Corte.

---

1 El presente trabajo es fruto de las investigaciones llevadas adelante en el Proyecto IUS (PIP 800 201901 00018 CT): “El precedente judicial en América Latina: análisis comparado”, dirigido por la suscripta y desarrollado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. La autora agradece especialmente a J. N. Lafferriere por sus comentarios a una versión preliminar de este artículo.

2 Por “sentencias hito” debe entenderse, dentro de la construcción de la línea jurisprudencial, aquellas decisiones fundamentales en las que se origina una subregla o se produce un cambio o giro jurisprudencial (por contraposición a las sentencias de reiteración, que carecen de peso estructural fundamental) (López Medina, 2001, p. 162). La búsqueda de sentencias hito en líneas jurisprudenciales responde a la metodología dinámica de análisis de la jurisprudencia desarrollada por López Medina (2001, pp. 139 y ss.).

Finalmente, se abordarán algunas cuestiones conexas al uso del precedente en Argentina que merecen especial atención, tales como la importancia de la plataforma fáctica, ciertas formalidades en torno a la escritura y estructura de las sentencias y determinados factores que habitualmente son invocados para apartarse de un precedente.

## 2. Estado del arte

El *stare decisis* es un principio basilar de los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *common law*, en virtud del cual aquello que ha sido resuelto judicialmente debe replicarse en casos análogos posteriores. En la mayoría de aquellos sistemas, los tribunales inferiores están obligados a seguir el precedente del tribunal superior en la escala jerárquica, y si bien cada tribunal puede apartarse de su propio precedente, tal apartamiento es excepcional (de modo que solo queda habilitado en circunstancias específicas y exige que el tribunal proporcione fundamentos adecuados para justificarlo).

Aquellos que se han ocupado, hasta aquí, de estudiar el precedente de la Corte Suprema argentina se dividen entre quienes afirman que el valor que la Corte otorga a su propio precedente se asimila al *stare decisis* (Bianchi, 2001; Bidart Campos, 2004; Mosmann, 2016; Sagüés, 2008) y quienes entienden que no (Garay y Toranzo, 2005; Garro, 1989; Legarre, 2016; Legarre y Rivera, 2006).

La práctica de la Corte de utilizar sus precedentes para fundar las decisiones se remonta a los primeros años de actuación del Tribunal.<sup>3</sup> También existe un hábito generalizado de los tribunales inferiores de invocar jurisprudencia de la CS. Sin embargo, esta práctica judicial no ha bastado para dar lugar a una doctrina del precedente lo suficientemente clara, estable y precisa. Más bien, el abordaje de la cuestión en la jurisprudencia ha sido zigzagueante y, en ocasiones, contradictorio.

A diferencia de otros países de la región, que han incorporado precedentes vinculantes a su ordenamiento jurídico y delimitado expresamente cuándo y cómo deben ser aplicados,<sup>4</sup> la CS argentina no ha definido con claridad cuál es el valor que posee su precedente. No ha confirmado expresamente su vinculatoriedad ni detallado las circunstancias que habilitan su abandono o manifestado

3 Garay (2013, p. 19) da cuenta de que ya en 1864, y a poco de su establecimiento, la Corte basó su decisión en lo resuelto en un caso anterior al resolver la causa *Tomás Tomkinson* (Fallos: 1:148).

4 En México, por ejemplo, la ley de Amparo (en sus artículos 223 y ss.) prevé expresamente la vincula-

si basta, para generar algún tipo de deber de seguimiento, la existencia de un único precedente o si se requiere, por el contrario, la configuración de una jurisprudencia consolidada o constante.

A lo largo de este trabajo, se partirá de la tesis de que si bien se han producido algunos avances en torno al reconocimiento de cierta fuerza al precedente de la CS y al desenvolvimiento de técnicas de aplicación del precedente propias del *common law*, no es posible asimilar la doctrina del precedente de la CS con el *stare decisis*, ni en la dimensión horizontal ni en la vertical. Ello se debe a que: (i) la Corte, con frecuencia, decide ignorar sus propios precedentes o los abandona sin la fundamentación debida; (ii) la permisión a los tribunales inferiores de invocar cualquier “nuevo argumento” para librarse del precedente de la Corte impide sostener, con rigor jurídico, que las decisiones del Máximo Tribunal poseen vinculatoriedad.

A continuación, se analizará en detalle la doctrina del precedente de la Corte Suprema. Para ello, conviene efectuar una distinción entre la dimensión vertical y la dimensión horizontal de ese precedente. La primera se refiere a la fuerza que el precedente de la CS tiene en relación con los tribunales inferiores. La segunda, a cómo debe comportarse el Máximo Tribunal respecto a sus propios precedentes.

### 3. Precedente vertical de la Corte Suprema argentina

No existe, en la actualidad, norma constitucional ni infraconstitucional que determine cuál es el valor del precedente de la Corte para los tribunales inferiores.<sup>5</sup> Durante la vigencia de la Constitución de 1949 (derogada en 1957), se le otorgó a la Corte competencia casatoria y se determinó, en el artículo 95, que la interpretación que ella hiciera de los códigos comunes y de la Constitución

---

toriedad de la jurisprudencia “por reiteración”, frente a la existencia de cinco fallos ininterrumpidos de la Corte Suprema o de los tribunales colegiados de circuito que hubieran sido dictados con una mayoría específica. Esa jurisprudencia, a su vez, solo puede ser dejada de lado por voto unánime de la Corte Suprema (Tondopó Hernández, 2007, p. 195). Otro caso es el de Colombia, donde la Corte Constitucional ha determinado, a través de sus precedentes, que la existencia de tres sentencias uniformes de la Corte Suprema o del Consejo de Estado constituyen doctrina probable y son obligatorias para los jueces inferiores (Sentencia C-836 de 2001) y que también posee carácter vinculante el precedente individual emanado de la Corte Constitucional (Sentencia C-104 de 1993).

5 La única norma existente en el ordenamiento jurídico nacional que otorga valor a un precedente judicial es el artículo 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que reconoce obligatoriedad vertical y horizontal a los fallos plenarios.

sería obligatoria para los jueces y tribunales nacionales y provinciales. Más tarde, la Ley 24463 (en su artículo 19) estableció el seguimiento obligatorio de los fallos de la Corte en materia de seguridad social, por parte de los jueces inferiores, en causas análogas. No obstante, cuando la Corte tuvo la oportunidad de interpretar qué alcance tenía la obligatoriedad consagrada en esa norma, prácticamente la desconoció, al sostener que dejaba en pie la posibilidad de que los tribunales inferiores se apartaran de los precedentes de la Corte si aportaban nuevos argumentos.<sup>6</sup> Ello evidencia que la Corte no concebía la posibilidad de establecer una vinculatoriedad lisa y llana de sus precedentes hacia los tribunales inferiores, aun cuando una ley expresamente la contemplara.<sup>7</sup> Finalmente, el artículo 19 fue derogado por la Ley 26025.

Ante la ausencia de normas expresas, la doctrina del precedente se ha ido delineando a través de la jurisprudencia de la Corte. Sin efectuar un repaso exhaustivo de los numerosos vaivenes que atravesó la cuestión, me limitaré a afirmar que la Corte nunca reconoció una obligación estricta de seguimiento de sus precedentes por parte de los tribunales inferiores, al modo del *stare decisis* vertical en el *common law*.<sup>8</sup> Aquellos casos en los que asumió una postura más cercana al seguimiento de sus precedentes, lo hizo sobre la base del reconocimiento de un deber moral o del respeto de su autoridad institucional, pero siempre dejó abierta la posibilidad de que los tribunales inferiores se apartasen (a veces con mayor flexibilidad que otras).

Fue al resolver los casos *Santín*<sup>9</sup> y *Balbuena*<sup>10</sup> que la Corte comenzó a delinear la fórmula que, complementada con lo sostenido en *Cerámica San Lorenzo*,<sup>11</sup> conforma la doctrina del precedente vertical de la Corte que se ha mantenido hasta la actualidad. En *Santín*, reconoció autoridad definitiva a su interpreta-

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/reajustes por movilidad*, 21/03/2000, Fallos: 323:555, considerando 12°.

7 El artículo en cuestión había sido declarado inconstitucional por la Cámara Federal de la Seguridad Social, que alegaba la vulneración a la libertad de criterio de los magistrados inferiores al imponer una obediencia ciega a la Corte.

8 El *stare decisis* vertical implica, en el *common law*, que solo la Corte puede dejar de lado sus propios precedentes, mientras que los tribunales inferiores están siempre obligados a seguirlos. Cfr. *Ramos v. Louisiana*, 590 U.S. \_\_\_\_ (2020), nota al pie 5 del voto del Justice Kavanaugh en la *slip opinion*.

9 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Santín, Jacinto s/impuestos internos*, 1948, Fallos: 212:51. Como dato anecdótico, cabe mencionar que esta fue la única vez que la Corte sancionó disciplinariamente a los camaristas que se apartaron de su precedente. La sanción fue recurrida en los autos *García Rams, Horacio y otro* (Fallos: 212:251) y la Corte la confirmó.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Balbuena, César Aníbal*, 1981, Fallos: 303:1769.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo*, 4/07/1985, Fallos: 307:1094.

ción constitucional para la justicia de la República y, en consecuencia, señaló que invocarla sin seguirla ni controvertir sus fundamentos implicaba desconocer esa autoridad (en tal oportunidad, además, la Corte mencionó expresamente que sus precedentes habían sido dictados en “fechas recientes”). Por su parte, en *Balbuena*, indicó que carecía de fundamento “la sentencia que se aparta[ra] de doctrina de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifi[ca]sen modificar la categórica posición sentada por el Tribunal”. Agregó que si el tribunal inferior quería realizar una interpretación diversa de la ley federal, debió haber señalado algo que la Corte no hubiera tenido cuenta al establecer la inteligencia que debía darse a esas normas y que no era suficiente “dejar consignado que [simple y respetuosamente] se discrepaba con su doctrina”. Finalmente, en *Cerámica San Lorenzo*, la Corte efectuaría tres afirmaciones importantes, que se replicarían en múltiples ocasiones hasta la actualidad:<sup>12</sup> (i) “las sentencias de la Corte sólo deciden en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos”; (ii) “los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas”; (iii) “carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de la jurisprudencia de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia”.

La contradicción entre (i) y (ii) no resiste análisis. Por un lado, la Corte afirma que sus fallos no son obligatorios (salvo para el caso en el que se emiten), y, por otro, que existe un deber de los jueces inferiores de conformar sus decisiones a esos fallos. A pesar de que la contraposición entre ambas afirmaciones roza la contradicción lógica,<sup>13</sup> la Corte ha continuado utilizándola.<sup>14</sup>

12 De allí que Legarre y Rivera (2006) la califiquen como “la doctrina oficial” de la Corte “sobre la obligatoriedad de sus precedentes”. En la nota al pie 46 de ese trabajo se citan más de una decena de casos en los que la Corte hizo uso de esa doctrina del precedente, a los que se les adicionan los casos recientes que se analizan en el presente estudio.

13 El único modo de encontrarle sentido es bajo la hipótesis de que la Corte está distinguiendo dos tipos de “obligatoriedades”: la de la cosa juzgada, que hace nacer un seguimiento obligatorio en la misma *litis* y es absoluta, estricta, no admite excepciones; y la obligatoriedad del *stare decisis*, que establece un seguimiento obligatorio, pero admite excepciones. En (i) se estaría refiriendo a la primera obligatoriedad, mientras que en (ii), a la segunda. Otra posibilidad sería pensar que la Corte niega la existencia de un deber u obligatoriedad jurídica, pero admite la existencia de un deber moral (Fayt utiliza esta expresión en su voto en disidencia en *Cerámica San Lorenzo*). Aun así, la fórmula elegida por la Corte es poco feliz y ha sido tachada de autocontradictoria (Garay, 2013, p. 226).

14 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Plan Rombo s/denuncia de Silveira, Elisa*, 12/08/1997, Fallos: 320:1660; *Gay de Martín, Elba Luisa y otro c/Plan Rombo S.A.*, 24/11/1998, Fallos: 321:3201; *Martí-*

La tercera afirmación es la que la Corte toma de *Balbuena* y, con mínimas modificaciones, aporta un poco más de luz a la doctrina del precedente vertical, que puede formularse del siguiente modo: el precedente de la Corte no es jurídicamente vinculante para los tribunales inferiores, pero apartarse de él requiere el desarrollo de argumentos que justifiquen el apartamiento y que no hubieran sido considerados por la Corte con anterioridad (es decir, *nuevos*).<sup>15</sup> Es importante tener en cuenta que esos “nuevos argumentos” a los que hace referencia la Corte son jurídicos y no fácticos. De lo contrario, lo que tiene lugar no es un apartamiento del precedente de la Corte, sino lo que en el *common law* se conoce como *distinguishing*, consistente en comparar la plataforma fáctica del precedente y la del caso por resolver y dilucidar si los hechos relevantes tienen una similitud tal como para justificar que, en ambos casos, se adopte la misma solución jurídica. En otras palabras, si los jueces inferiores encontraran diferencias relevantes entre los hechos que dieron lugar al precedente de la Corte y el que ahora deben resolver, no estaría en juego la obligatoriedad del precedente de la Corte: este, directamente, no sería aplicable, pues procedería el *distinguishing*.

Aquella doctrina del precedente ha recibido diversas denominaciones: obligatoriedad atenuada (o presunción *iuris tantum* de obligatoriedad) (Legarre, 2016, caps. VII y VIII); vinculatoriedad o sometimiento condicionados (Sagüés, 1981, p. 837; 2008, p. 893); tesis afirmativa de la obligatoriedad de los fallos de la Corte (Bianchi, 2001; 2013, pp. 426-445) o régimen débil de obligatoriedad vertical (Garay y Toranzo, 2005, p. 1093).

En mi opinión, su fórmula deja un margen de discreción demasiado amplio como para reconocer un verdadero deber de seguimiento u obligatoriedad. La posibilidad que se le reconoce a los tribunales inferiores diluye la existencia de una obligación: siempre podrán encontrar nuevos argumentos que no hayan sido considerados y utilizarlos para justificar el apartamiento.<sup>16</sup> En cambio, si

---

*nez Vergara, Jorge Edgardo y otro, 19/02/2008, Fallos: 331:162; Martins, Raúl Luis s/defraudación por retención indebida, 30/04/1996, Fallos: 319:699; González, Herminia del Carmen c/ANSeS s/reajustes por movilidad, 21/03/2000, Fallos: 323:555.*

15 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo*, 4/07/1985, Fallos: 307:1094. En el caso *Herminia del Carmen González*, del año 2000, la CSJN insistió en que los jueces inferiores podían “apartarse [de las resoluciones del Tribunal] cuando mediaban motivos valederos para hacerlo, siempre que tal abandono hubiera sido debidamente fundado en razones *novedosas y variadas*” (énfasis agregado). Tal expresión tampoco aporta claridad sobre la naturaleza de aquellas razones, por el contrario, parece flexibilizarlas.

16 En este sentido, Garay y Toranzo (2005) han señalado que “[e]l estándar propuesto por la Corte es fácilmente superable, pues, generalmente, con el dictado de una sentencia ni la Corte ni un juez

la Corte Suprema definiera con mayor precisión en qué tipo de circunstancias o bajo qué estándares su precedente podría ser abandonado en instancias inferiores, quizás sí podría encuadrarse su doctrina del precedente vertical como una verdadera obligatoriedad que admite excepciones. Es por eso que entiendo que, de acuerdo con la clasificación efectuada por Peczenik (2016) de los grados de reconocimiento que puede tener el precedente en un ordenamiento jurídico, se trataría de un precedente al que se le reconoce “fuerza superable” (por oposición a “vinculatoriedad formal”) (p. 475). En estos casos, el precedente no es obligatorio (no hay deber jurídico de seguirlo), sin perjuicio de lo cual aquella decisión judicial que no lo sigue, aunque válida, está sujeta a crítica por esa razón y podría llegar a ser revocada. En otras palabras, si el precedente no es aplicado, ello no implica *per se* que la sentencia sea contraria a derecho, pero el hecho de que un precedente no haya sido aplicado da motivos para una revisión y podrá dar lugar a la revocación (y, de hecho, a veces esta tiene lugar).

La diferencia entre “fuerza superable” y “obligatoriedad” reside en la sutil distinción que la lengua inglesa ofrece en los términos *must* y *should* y que, sin embargo, no encuentra réplica tan transparente en español. En el primer caso, si una sentencia no sigue el precedente, no es conforme a derecho (*unlawful*) –y será *necesariamente* revocada en una instancia ulterior–; en el segundo, si una sentencia no sigue el precedente, es, en principio, conforme a derecho, pero es pasible de crítica y *podrá* ser revocada en la apelación con motivo de dicho apartamiento (Peczenik, 2016, pp. 463, 472).

La aplicación de la doctrina del precedente delineada en *Cerámica San Lorenzo* lleva a sostener que si una sentencia del tribunal inferior se aparta del precedente de la Corte, no será revocada *necesariamente*, sino que *podrá serlo*, previo análisis de si se han aportado (o no) nuevos argumentos que justificasen modificar la posición de la Corte. Parecería ser esto a lo que la CS se refiere al sostener, como lo ha hecho, que “el apartamiento por parte de los jueces inferiores de la jurisprudencia de la Corte no basta para habilitar la jurisdicción extraordinaria”<sup>17</sup> y que “la ausencia de argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial referida, importa

---

agotan la cantidad de razones en la que basan su decisión. Por lo tanto, ello generará el espacio suficiente como para la explicitación de nuevas razones por parte de los tribunales inferiores, quienes, entonces, se encontrarán habilitados para fallar el caso en sentido contrario al precedente que rige la cuestión” (p. 1094).

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Hogar Obrero v. Rafael García*, 1965, Fallos: 262:101; *Piatti de Romano, Elisa*, 1976, Fallos: 296:53; *Paz, Daniel Nicolás*, 1985, Fallos: 307:2124; *Pulcini, Luis Benjamín y Oscar Alberto Dobra pssa. Infractores ley 20771*, 26/10/1989, Fallos: 312:2007.

una decisiva carencia de fundamentación que vicia a la sentencia como acto jurisdiccional válido [...], tornándola arbitraria”.<sup>18</sup>

Es dable preguntarse por qué, si no hay obligación jurídica de seguir el precedente, podrá ser sujeta a revisión y revocada por ese motivo: ¿es posible revocar una sentencia por el incumplimiento de un deber que no existe? Para esclarecer el punto, hay que señalar que la nulidad, en el caso de fuerza superable, no se desprende del mero hecho de no seguir el precedente (puesto que no existe un deber jurídico de hacerlo), sino de algún vicio que el “no seguimiento” trae aparejado y que tiene que ver, de acuerdo con lo que puede extraerse de la doctrina de la Corte en *Cerámica San Lorenzo*, con la ausencia de fundamentación suficiente (la Corte afirma que “carecen de fundamento...”). De este modo, se prioriza la fuerza argumentativa del precedente (que el magistrado inferior debe vencer, si quiere desaplicarlo) por encima de su fuerza autoritativa (que le es desconocida).

Podría parecer inútil dilucidar si lo que verdaderamente subyace en la doctrina del precedente vertical de la Corte es un deber u obligación jurídica que admite excepciones o si se trata simplemente de una exigencia argumentativa superable: en teoría, el resultado será, en ambos casos, que el tribunal inferior deberá seguir el precedente o proporcionar un argumento nuevo que justificase su apartamiento. Sin embargo, la reticencia de parte de la Corte Suprema a admitir sin rodeos la obligatoriedad de sus precedentes posee consecuencias prácticas concretas: en una cultura jurídica que no está arraigada en el uso del precedente y, tradicionalmente, desconoce su calidad de fuente de derecho (Oteiza, 2011), la amplitud de los términos en la doctrina delineada por la Corte y la facultad de apartamiento no es interpretada como excepción, sino como libertad irrestricta.<sup>19</sup> En consecuencia, los tribunales inferiores no se sienten jurídicamente compelidos a seguir los precedentes de la Corte y, por ende, abundan los ejemplos de apartamiento (Legarre y Rivera, 2009).<sup>20</sup> En la mayo-

---

18 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caric Petrovic, Pedro y otros c/Báez, Juan Carlos y Fernández, Miguel Ángel*, 28/05/2002, Fallos: 325:1227.

19 En un estudio reciente que llevé a cabo sobre la doctrina del precedente en Canadá, comprobé que la Suprema Corte, en recientes casos, habilitó el *anticipatory overruling* de su precedente, es decir, admitió que los tribunales inferiores se apartaran del precedente de la Corte (en situaciones excepcionales que no vienen al caso). Sin embargo, los primeros años de práctica forense desde que esta excepción fue habilitada demostraron que, no obstante tener a favor esta posibilidad, los tribunales inferiores han sido cautelosos en utilizarla y ello se debe, justamente, a la arraigada cultura del precedente que existe allí.

20 A los casos que allí se mencionan se agregan otros recientes en los que los tribunales inferiores no solo se apartan del precedente de la Corte, sino también de lo resuelto por ella en la misma causa.

ría de estos casos, la Corte, al recibir (a veces por segunda y hasta tercera vez)<sup>21</sup> el expediente, finalmente impone su criterio por encima del de los tribunales inferiores. Pero, para ese entonces, transcurrieron largos años de tramitación de la causa y se invirtieron recursos judiciales desproporcionados.

Es cierto que, muchas otras veces, los precedentes de la Corte Suprema son invocados y seguidos por los tribunales inferiores; sin embargo, los numerosos casos de apartamiento evidencian que cada vez que los jueces inferiores están en desacuerdo con la Corte, dejan de lado sus precedentes. Y, en una doctrina del precedente vinculante, es justamente en situación de desacuerdo cuando el precedente despliega su verdadero valor (pues si quien debe aplicarlo está de acuerdo con él, no rige la obligatoriedad, sino la persuasión) (Chiarloni, 2014; Garay, 2013, p. 203; Schauer, 1987, p. 576).

En suma, está claro que la doctrina del precedente vertical de *Cerámica San Lorenzo* no ha logrado, en la práctica, que los tribunales inferiores se comporten como si el principio general fuera el acatamiento al precedente de la Corte; y el apartamiento, la excepción. En sentencias muy recientes, la Corte parece haberse hecho eco de esta problemática y reforzado la obligatoriedad de su precedente en ciertas cuestiones. A continuación, se analizan algunos de estos casos, con la debida advertencia de que su cercanía en el tiempo impide avizorar si darán forma o no a una nueva doctrina del precedente vertical o si se perderán como casos aislados en los vaivenes jurisprudenciales de la CS.

### 3.1. Últimas tendencias en torno al precedente vertical

En los últimos meses de 2019, la Corte dictó algunas sentencias en las que se entrevé una seria preocupación por situaciones de reiterado y constante apartamiento de sus precedentes por parte de los tribunales inferiores. Ante tal situación, asumió una estrategia diversa: reiteró la doctrina del precedente vertical vigente hasta aquí (“los fallos de la Corte no son obligatorios para los casos análogos, pero hay un deber de conformar las sentencias a esos precedentes, del que se exceptúa el juez o tribunal que aporte nuevos argumentos”), pero, acto seguido, fue un poco más allá.

---

Esto sucedió, por ejemplo, en la causa *Pastore* (16/04/2019, Fallos: 342:681) y también en *Farina* (26/12/2019, CSJ 002148/2015/RH001), casos sobre los que se volverá oportunamente.

21 En estos casos hay, además, un incumplimiento de lo sentenciado por la Corte en el mismo expediente, que es algo distinto y algo más grave que desoír su precedente, puesto que implica el desconocimiento de su autoridad institucional.

En *Espíndola*<sup>22</sup> –sentencia dictada el 5 de noviembre de 2019–, la Corte calificó la prolongación del proceso penal en la provincia de Buenos Aires como “un problema serio y recurrente”, y señaló que al respecto existen precedentes de la Corte con más de una década de vida, en casos provenientes de la misma jurisdicción que, sin embargo, el tribunal bonaerense continúa desaplicando. A raíz de ello, la Corte dictó una sentencia exhortativa, a través de la cual solicitó a los tribunales de la provincia de Buenos Aires que adoptasen medidas urgentes para hacer cesar la problemática descripta.

El mismo día que dictó *Espíndola*, la Corte emitió otra sentencia en los autos *Volkswagen c/Provincia de Misiones*,<sup>23</sup> en la que se expidió sobre la constitucionalidad del establecimiento, a nivel local, de un régimen de prescripción liberatoria diverso al del Código nacional. Sostuvo que el Superior Tribunal de Justicia de Misiones se había apartado de sus numerosos precedentes en la materia, y que lo había hecho en contradicción con el deber existente de conformar sus sentencias a las decisiones de la Corte, pues no había formulado argumentos que justificasen el apartamiento. Pero agregó que esa deficiencia argumental se agudizaba por cuanto: (i) la parte había invocado los precedentes de la Corte desde el inicio de las actuaciones; y (ii) la CS, en otra causa, “ya había dejado sin efecto lo resuelto por aquel tribunal superior, por considerar que lo allí decidido no se ajustaba a la doctrina establecida en el caso ‘Filcrosa’”. Es decir, el Superior Tribunal reincidía en el apartamiento de los precedentes de la Corte y ella lo hacía notar.

Finalmente, poco más de un mes después, la Corte se animaría a dar un paso más. El 26 de diciembre de 2019, dictó sentencia en los autos *Farina, Haydee Susana s/homicidio culposo*. Este fallo podría alterar la doctrina del precedente vertical hasta aquí vigente.

Se trataba de una causa en la que se imputaba un homicidio culposo. No era la primera vez que el expediente llegaba a la Corte: esta ya había resuelto dos veces que el juez de origen debía evaluar si se había producido la prescripción de la acción en el marco del artículo 67 inciso “a” del Código Penal (es decir, verificar si la imputada había cometido nuevos delitos) y, si correspondiese, de conformidad con los precedentes de la Corte que interpretaban la prescripción del Código Penal, declarar prescripta la acción. La CS reenvió la causa, en am-

22 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espíndola, Juan Gabriel s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 9/04/2019, Fallos: 342:584.

23 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Volkswagen de Ahorro para Fines Determinados S.A. c/Provincia de Misiones – Dirección General de Rentas y otro s/demanda contencioso administrativa*, 5/11/2019.

bas oportunidades, al juzgado de origen para que este dictara una sentencia en consecuencia. Sin embargo, los tribunales inferiores mantenían su postura en el sentido de que la prescripción no operaba en el caso, por aplicación del artículo 67, inciso e, al considerar que la sentencia de los tribunales intermedios era un factor interruptivo de la prescripción. Esto último implicaba apartarse expresamente de la interpretación que la CS había desarrollado del artículo 67, inciso e, del Código Penal, en diversos precedentes (en causas provenientes también del fuero penal bonaerense), en los que había explicitado que el único y último acto que interrumpe la prescripción, en el marco del inciso en cuestión, es el dictado de la condena no firme. Y también implicaba apartarse del reenvío que la Corte había hecho de la causa al tribunal bonaerense con la instrucción expresa de expedirse sobre la prescripción en el marco del artículo 67, inciso a, es decir, limitarse a verificar si la señora Farina había cometido nuevos delitos o no.

Al recibir la causa por tercera vez, la CS hizo algo que, hasta aquí, no había hecho nunca: resolvió expresamente que su interpretación del artículo 67, inciso e, del Código Penal era de aplicación obligatoria para todos los tribunales inferiores, tanto nacionales como locales. En primer lugar, se refirió a la obligación que recae sobre el tribunal inferior de acatar la sentencia de la Corte en la misma causa en la que esta fue dictada (considerando 16°).<sup>24</sup> Pero luego agregó que la falencia de acatamiento de parte de los tribunales bonaerenses revestía trascendencia institucional, pues no se limitaba a una “causa singular aislada”, sino que se proyectaba a numerosas causas y generaba, de ese modo, la “afectación al funcionamiento de todo un fuero” (considerando 17°), un “alzamiento” de parte de los tribunales inferiores y la persistencia de una “doctrina jurisprudencial *contra legem*” (considerando 19°).

La Corte entendió que aquella trascendencia institucional exigía que ella, como jefa del Departamento Judicial Federal y una de las autoridades del Gobierno federal, adoptase “una decisión que dej[as]e en claro –ante la sociedad

---

24 Aquí, la CS apela a la doctrina del “leal acatamiento”, que impera cuando el Máximo Tribunal se expide en el marco de una causa y, luego, la reenvía a los tribunales inferiores en los términos del artículo 16 de la Ley 48, al efecto de que dicten una nueva sentencia en ese sentido. Si los tribunales inferiores se apartan de la sentencia de la CS recaída en esa misma causa, queda habilitado el recurso extraordinario por “palmario apartamiento” y, por lo general, la CS revisa lo actuado (v.gr. Fallos: 308:215; 321:2114; 330:1236; 337:62; 341:1846, entre otros). En rigor de verdad, el acatamiento de una sentencia de la Corte en la misma causa en la que esa sentencia fue dictada es, como se señaló anteriormente, algo distinto del *stare decisis* o de la obligatoriedad del precedente. Sin embargo, como se verá a continuación, en *Farina* se “mezclaron” ambas cuestiones: pues la Corte había dictado sentencia en el expediente reenviando la causa al tribunal inferior para que este dictase una

y ante el resto de los tribunales- el criterio con el que deb[ía] resolverse el tema sometido a conocimiento en procesos análogos” (considerando 19°). De allí que afirmara que, más allá de la decisión adoptada para el caso concreto de *Farina*, era necesario instruir a la Suprema Corte de Buenos Aires para que

adopt[as]e las medidas necesarias para que sus pronunciamientos y los de los tribunales penales en la jurisdicción a su cargo se adecu[as]en a lo establecido por el legislador en el art. 67, inc. e. del Código Penal y a la doctrina sentada en la jurisprudencia de la Corte sobre la materia.<sup>25</sup>

Pero lo más novedoso del caso es el segundo inciso de la parte resolutive de la sentencia, por medio del cual se decide “[d]eclarar que la doctrina judicial de esta Corte referida a la interpretación del art. 67, inc. e, del Código Penal es de seguimiento obligatorio para todos los tribunales judiciales del país”. Es la primera vez que la Corte reconoce, sin ambages, una obligación de los tribunales inferiores de seguir sus precedentes. Lo hace, además: (i) en la parte resolutive de una sentencia; y (ii) sin el acompañamiento de la frase “a menos que aporten nuevos fundamentos” o afines, lo cual lleva a pensar que los tribunales inferiores no podrían desprenderse de esa vinculatoriedad.

Es necesario destacar que, en este caso, la Corte no postula la obligatoriedad de sus precedentes *en general* –lo que significaría una modificación sustancial de su doctrina del precedente vertical–, pero sí confirma la obligatoriedad de *esos precedentes en particular*, es decir, aquellos que se refieren a la interpretación del artículo 67, inciso e, que ella engloba bajo la denominación “doctrina judicial”. El juez Carlos Rosenkrantz efectuó una disidencia parcial y manifestó su disconformidad justamente en esta cuestión, pues entendió que ello significaba que la CS asumiera una función casatoria y unificadora de la jurisprudencia de la que carece.

---

nueva sentencia: (i) en el marco del artículo 67, inciso a (no del inciso e); (ii) la nueva sentencia debía respetar la interpretación del inciso e, existente en los precedentes de la Corte.

25 Un detalle no menor sería determinar si la interpretación del artículo del Código Penal es una cuestión de derecho común –por tanto, reservada a la interpretación de los tribunales locales– o si hay una cuestión constitucional suficiente para que la Corte imponga su criterio. La Corte, en su sentencia, niega expresamente que se trate de una materia de derecho común, pues sostiene que están en juego diversos artículos de la Constitución Nacional (menciona el principio de legalidad del artículo 18, el artículo 31 y los artículos 116 y 117). De cualquier modo, aun aceptando que se tratara de una cuestión de derecho común, entiendo que el reenvío de la Corte con expresas instrucciones de seguir sus precedentes y de expedirse sobre la prescripción en el marco de un inciso distinto debe ser obedecido. Lo contrario tiene por resultado lo que efectivamente sucedió: en la lucha de poder entre órganos judiciales, quien perdió fue el justiciable, que esperó más de trece años para obtener una sentencia definitiva.

Dos meses después de esa sentencia, en el caso *Apoderados de la Alianza*,<sup>26</sup> la Corte sostuvo que las razones que la Cámara Electoral invocaba para apartarse de sus precedentes eran insuficientes e inidóneas y no cumplían con la “rigurosa carga argumentativa” exigida para eximirse del deber de conformar las sentencias a los precedentes de la Corte. De este modo, la Corte pasó del estándar de la aportación de “nuevos argumentos” al de una “rigurosa carga argumentativa” a cargo del tribunal inferior, pero, además, agregó otro factor para tener en cuenta: si el precedente de la Corte era o no reciente.<sup>27</sup> El factor temporal, que había tenido una aislada mención en el caso *Santín*, para luego desaparecer, regresa a escena a través de esta sentencia y, al parecer, torna aún más rigurosa la carga argumentativa de quien pretende el apartamiento.<sup>28</sup>

Será necesario estar atentos al desenvolvimiento de estas nuevas pautas que parecen fortalecer la influencia del precedente de la Corte sobre los tribunales inferiores, pues es sabido que, cuando se trata de precedentes, la delineación de una regla jurídica con límites estables y definidos no se produce al ser formulada una única vez, sino que puede requerir su desenvolvimiento en múltiples casos. Habrá que ver si se trata de casos aislados, fundados en la trascendencia institucional que la Corte consideró configurada a partir de la desobediencia reiterada del fuero, o si es el inicio de una nueva doctrina del precedente a partir de la cual la Corte otorgue expresamente fuerza vinculante a algunas de sus decisiones (o a todas).

#### 4. Precedente horizontal de la Corte Suprema argentina

La doctrina del precedente horizontal de la Corte Suprema se refiere a las reglas y estándares a los que ella debe atenerse respecto a su propio precedente. Define, en términos generales, si la Corte está obligada o no a seguirlo, en qué casos puede modificarlo y bajo qué condiciones o requisitos. Desde el inicio de

---

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Apoderados de la Alianza Frente Patriota Bandera Vecinal Distrito Buenos Aires* (art. 71 bis ley 26.215) s/aportes públicos, 18/02/2020, Fallos: 343:42.

27 Acto seguido, la Corte cita cuatro precedentes: Fallos: 307:1094 (*Cerámica San Lorenzo*); Fallos: 315:2386 (*Jáuregui*); Fallos: 329:759 (*Barreto*); Fallos: 332:616 (*Casa Casmma*). No obstante, en ninguno de ellos se menciona el hecho de que la argumentación para el abandono del precedente se agudiza cuando el precedente es reciente. Es uno de los tantos ejemplos en los que el uso de citas en la Corte Suprema es desprolijo u obscuro, lo que torna realmente dificultoso construir una línea jurisprudencial.

28 Sin embargo, no fue un factor que la Corte tuviera particularmente en cuenta cuando dejó de lado los precedentes *Smith* (Fallos: 325:28) y *Provincia de San Luis* (Fallos: 326:417) en el caso *Bustos* (Fallos: 327:4495).

su actuación como tribunal federal superior, la Corte tuvo por hábito invocar sus propias sentencias al resolver un caso.<sup>29</sup>

*Baretta*<sup>30</sup> es una sentencia hito en la definición de la doctrina del precedente horizontal de la Corte. Allí se formularon ciertas pautas para resolver cuándo podría la CS apartarse de sus precedentes, al señalar que: (i) como principio general, la solución a una misma cuestión legal debe buscarse en los precedentes; (ii) como excepción, solo “causas graves” podrían originar que el Tribunal se apartase de su doctrina, cuando resultase “de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito”.

La Corte indicó, entonces, que el “error” y la “inconveniencia” de los precedentes eran factores que la habilitaban a abandonarlos. Está claro que los parámetros proporcionados poseen un grado alto de abstracción para su aplicabilidad: ¿cuándo es “inconveniente” mantener un criterio? ¿cuán grave debe ser el error y cómo evitar que este se transforme en una habilitación a abandonar todo aquel precedente que no le resulte simpático al juez?

En 2006, la Corte precisa un poco más –en la causa *Barreto*–<sup>31</sup> qué factores dan lugar al cambio de jurisprudencia. Afirma, pues, que deben existir: (i) causas suficientemente graves como para hacer ineludible tal cambio de criterio; o (ii) “razones de justicia”. Entre estas últimas, enumera: (a) “el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión”; (b) la apreciación de las lecciones de la experiencia; (c) la existencia de cambiantes circunstancias históricas que hubieran demostrado la conveniencia de abandonar el criterio establecido. No aclara si tales factores son válidos para que la modificación de jurisprudencia se produzca tanto de su parte como de los tribunales inferiores, pero, en tanto se trata de un caso en el que ella misma reflexiona sobre la necesidad de apartarse de un precedente respecto a su propia competencia originaria, parece que se refiriera únicamente al precedente horizontal.

En *Arte Radiotelevisivo*,<sup>32</sup> se reiteró lo afirmado en *Baretta*, con transcripción, incluso, de las mismas citas doctrinarias efectuadas en aquella oportunidad en

29 Para un análisis detallado de la historia de la Corte Suprema y del primer caso en el que resolvió una controversia con remisión a su precedente, véase Garay (2019).

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 15/05/1939, Fallos: 183:409.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barreto, Alberto Damián y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/daños y perjuicios*, 21/03/2006, Fallos: 329:759.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arte Radiotelevisivo Argentino SA c/EN – JGM s/amparo ley 16986*, 11/02/2014, Fallos: 337:47, considerando 7°.

favor del mantenimiento del precedente.<sup>33</sup> Pero, esa vez, la Corte agregó algo más a la doctrina de su precedente horizontal: determinó sobre quién recaía la carga argumentativa tendiente a demostrar que el cambio de precedente era necesario. En este sentido, afirmó que, cuando la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa se fundase en precedentes de la Corte, es quien pretendiera que ella efectuase un nuevo examen sobre la cuestión constitucional el que “deberá exponer con la mayor rigurosidad los fundamentos críticos que sostienen su postura, y demostrar en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable” (considerando 7º). Esa carga se agrava si quien pretende el cambio jurisprudencial intervino como parte en la causa en la que el precedente fue dictado (como sucedía en ese caso).

En suma, en *Arte Radiotelevisivo* la Corte mantuvo, por un lado, el criterio de que solo causas graves habilitarían el abandono de su precedente y que ellas deben ser alegadas y demostradas por la parte que lo pretende. Esas causas graves parecerían estar relacionadas con el error y la inconveniencia que podría poseer el precedente. Por otro lado, asignó un rol protagónico a la parte en el proceso de modificación del precedente y, en especial, a la argumentación que esta ofrezca en torno a la cuestión.<sup>34</sup> Aún más, en el entendimiento de que dicha carga había sido incumplida por el Estado Nacional, la Corte se consideró eximida de efectuar cualquier otra consideración sobre los agravios planteados (considerando 7º). Es decir, la Corte no se adentró, *motu proprio*, en el análisis de si su precedente debía ser o no modificado, sino que, frente a la omisión argumentativa de quien así lo pretende, decidió conservarlo.

En el caso *Schiffrin*,<sup>35</sup> la Corte debió evaluar si mantenía o modificaba el precedente *Fayt*,<sup>36</sup> por medio del cual había declarado inconstitucional la reforma de la Constitución de 1994 al artículo 99, inciso 4, en cuanto exigía un nuevo nombramiento de los magistrados una vez que alcanzaran los 75 años,

---

33 La Corte señalaría los mismos factores, dos años más tarde, en el caso *CEPIS (Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo)*, 18/08/2016, Fallos: 339:1077).

34 Cabe destacar que, en los sistemas del *common law*, el deber de invocar todos los precedentes aplicables, sea que favorezcan o no a la parte, es una obligación que suele estar consagrada en los Códigos de conducta o de ética profesional para abogados.

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa*, 28/03/2017, Fallos: 340:257.

36 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.

renovable cada cinco años. En tal oportunidad, indicó que la carga argumentativa referida a la necesidad de modificar el precedente le corresponde “a quien pretende apartarse de él”, sin especificar si esto aplica únicamente a la parte que pretende que la Corte revise su precedente (como había afirmado en *Arte Radiotelevisivo*) o si también se incluía a sí misma, de modo de autoimponerse la carga de argumentar cada vez que quisiera apartarse de su precedente. La segunda interpretación parece la más adecuada, toda vez que acto seguido la Corte comienza a desarrollar una estructura argumentativa tendiente a explicar por qué resolverá que el precedente debe modificarse.

A diferencia de lo que había sucedido en *Baretta* y en *Arte Radiotelevisivo*, en *Schiffirin* la Corte efectivamente consideraba que su precedente debía ser dejado de lado. Es por esto que asumió la imposición de explicar por qué habría de modificar su precedente. Para ello, invocó la “relevancia institucional” del caso e identificó una estructura de argumentación consistente en seis razones que desarrollaría a lo largo de la sentencia y que la llevaron “a la conclusión de que el precedente debe ser modificado” (considerando 7º). En esa oportunidad, la CS agregó que una de las razones que habían dado lugar a modificaciones de precedentes en distintas materias (previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal) y en cuyo marco debía ser evaluado *Fayt*, fue la aplicación de la reforma constitucional de 1994. Así es que configuró, como causal de modificación del precedente, “el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional” provocado por la reforma de 1994.

Más allá de las pautas salpicadas en distintas sentencias de la Corte Suprema en torno a su precedente horizontal que hasta aquí se han analizado, es preciso señalar que, muchas veces, la Corte abandonó su precedente y, en reiteradas ocasiones, lo hizo influenciada por las circunstancias políticas subyacentes o fundada únicamente en los cambios de composición del tribunal.<sup>37</sup>

#### 4.1. Últimas tendencias en torno al precedente horizontal

Más allá de las sentencias mencionadas en el apartado anterior, en virtud de las cuales la CS desarrolla una serie de pautas y requisitos exigibles para su cambio de criterio, hay dos sentencias recientes en las que es necesario detenerse, por-

---

37 Véase, por ejemplo, el caso *Bustos* (Fallos: 327:4495) (que dejó de lado *Smith* (Fallos: 325:28) y *Provincia de San Luis* (Fallos: 326:417)) o el vaivén jurisprudencial en materia de tenencia personal de estupefacientes (*Colavini* (Fallos: 300:254), *Bazterrica* (Fallos: 308:1392), *Montalvo* (Fallos: 313:1333) y *Arriola* (Fallos: 332:1963)).

que la Corte podría estar borrando con el codo lo que escribió con la mano. Se trata de los casos *Asociación Filantrópica Francesa*<sup>38</sup> e *Institutos Médicos Antártida*.<sup>39</sup> En ambos, los hechos presentaban una gran semejanza y se relacionaban con la configuración de mala praxis durante el nacimiento, que había causado una severa discapacidad en los recién nacidos. Ambas familias demandaron a los médicos intervinientes y a los hospitales respectivos en los que los nacimientos se habían producido; luego de largos procesos, sus demandas prosperaron. Pero los institutos médicos se declararon en quiebra, motivo por el cual, en ambos procesos concursales, las respectivas familias solicitaban que se les reconociera a sus créditos un privilegio para cobrar con anticipación respecto a los demás acreedores, incluso de aquellos que contaban con créditos hipotecarios. Se invocaba, para fundar dicha pretensión, la inconstitucionalidad de la Ley de Concursos y Quiebras, al no prever un privilegio crediticio en favor de la discapacidad.

La primera decisión de la Corte recayó en *Asociación Filantrópica Francesa* en noviembre de 2018. Allí, con una mayoría de 3 sobre 2, se declaró la constitucionalidad del régimen de quiebras. La segunda sentencia, en el caso *Institutos Médicos Antártida*, también fue resuelta con una mayoría de 3 sobre 2, pero, ante la excusación del ministro Rosenkrantz, intervino como conjuenza Graciela Medina. Esta vez, la Corte resolvió que el régimen de quiebras era inconstitucional y otorgó un privilegio para el crédito del niño con discapacidad para cobrar con anterioridad a cualquier otro acreedor.<sup>40</sup> En otras palabras, con una diferencia de cuatro meses, debido exclusivamente a un cambio circunstancial de composición del tribunal en uno de sus miembros por la excusación de un ministro, la Corte se contradijo a sí misma y resolvió exactamente lo opuesto a lo que había resuelto tan solo meses antes en un caso prácticamente idéntico.

Aún más: a la Corte no le bastó con modificar su reciente precedente a partir de un cambio circunstancial y eventual de su integración, sino que tampoco se ofreció la “rigurosa carga argumentativa” para justificar por qué decía “sí” a lo que cuatro meses atrás había dicho “no”.<sup>41</sup> Y mucho menos para res-

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros*, 6/11/2018, Fallos: 341:1511.

39 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Institutos Médicos Antártida s/quiebra s/incidente de verificación*, 26/03/2019, Fallos: 342:459.

40 No es posible efectuar aquí un análisis del fondo de la cuestión, para cuyo estudio me remito a lo señalado por Capdevila y Palazzo (2020). El abordaje de esta diada de sentencias se realiza, en este trabajo, desde la perspectiva del precedente.

41 En definitiva, subyace en eso una consolidada (pero no por eso menos errada) creencia de que el

guardar la seguridad jurídica, doblemente lesionada: en primer lugar, porque un precedente dictado en noviembre es abandonado en marzo y, en segundo lugar, porque, al ser abandonado por una mayoría circunstancial, hay muchas probabilidades de que el precedente de noviembre se retome en un tercer e hipotético caso.

La mayoría en *Institutos Médicos* invocó, en el entendimiento de que el régimen concursal debía integrarse con los tratados internacionales, un precedente de 2014 –*Pinturas y Revestimientos*–,<sup>42</sup> en el que se había reconocido prioridad de cobro en una quiebra a un crédito laboral. Sin embargo, la Corte no explicó por qué la aplicación de este precedente, con una plataforma fáctica distinta a la de *Institutos Médicos*, debía prevalecer sobre la aplicación de *Asociación Filantrópica*, con una plataforma cuasi idéntica.<sup>43</sup> Tampoco se le dio la relevancia necesaria a la circunstancia de que en el caso *Pinturas y Revestimientos* el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, que resultaba aplicable, preveía específicamente la situación del trabajador frente a la insolvencia del deudor. Ello no sucedía, en cambio, en los tratados internacionales que se invocaron en *Institutos Médicos*, configurando un factor de distinción relevante entre ambas causas.

Es cierto que la sentencia *Asociación Filantrópica* fue dictada con la mayoría mínima requerida (y eso podría debilitar su fuerza como precedente), y también es cierto que los jueces que resolvieron *Institutos Médicos* podrían alegar una causal de injusticia palmaria y grave para desoír el precedente de la Corte. Pero, aun así, creo que no puede convalidarse el cambio de precedente, puesto que: (i) el abandono del precedente fue efectuado por una mayoría circunstancial, a raíz de lo cual no es posible afirmar que ese criterio será mantenido en el futuro (con la consecuente cascada de litigios que esto implicará, pues los tribunales inferiores no tienen un precedente claro al que seguir y los litigantes querrán todos probar suerte de que la Corte falle a su favor); (ii) la Corte no brindó ningún tipo de argumentación que justificase el abandono del prece-

---

mero cambio en los integrantes de la Corte habilita el cambio en su jurisprudencia, tema sobre el que se volverá en el apartado 7.3 de este estudio.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pinturas y Revestimientos Aplicados SA s/quiebra*, 26/03/2014, Fallos: 337:315.

43 López Medina (2001) califica esto como una forma ilegítima de utilización del precedente, puesto que “se desplaza una sentencia con fuerza primaria de precedente por otra que solo tiene fuerza secundaria por tratarse de un referente conceptual común” (p. 116). Es decir que, en estos casos, se deja de lado un precedente estrictamente aplicable para preferir otro que podrá o no tener similitud con el caso presente, pero no la suficiente en comparación con el precedente que se omite aplicar.

dente que estaba llevando a cabo (es más, lo invoca confusamente para fundar su decisión, como se verá a continuación).

En conclusión, con independencia de las atendibles opiniones en favor y en contra del criterio esbozado por la CS en *Institutos Médicos*, lo reprochable es que no haya sido la composición natural de la Corte la que operó el cambio de precedentes y que no se haya fundamentado debidamente el apartamiento de un precedente que la Corte había dictado apenas meses antes. La actitud de los ministros que habían formado la disidencia en *Asociación Filantrópica* debió ser la de adherir a lo resuelto meses antes por la composición natural de la Corte.

Finalmente, y como si todo lo mencionado fuera poco, en el considerando 6° del voto mayoritario de la sentencia recaída en *Institutos Médicos*, la Corte cita la sentencia dictada en *Asociación Filantrópica*. Pero no la invoca para explicar por qué no es aplicable o por qué se apartará de ese precedente, sino que –en lo que constituye la expresión más extrema de la imprecisión y la obscuridad en el uso de citas y precedentes por parte de la Corte– se invoca la disidencia del juez Juan Carlos Maqueda en *Asociación Filantrópica*, como si lo resuelto en ese caso hubiera sido justamente lo contrario a lo que en realidad se resolvió. En efecto, dice la Corte:

Que las circunstancias fácticas y las cuestiones de fondo planteadas en la presente causa resultan sustancialmente análogas a las examinadas y resueltas en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidencia de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, *voto en disidencia del juez Maqueda (Fallos: 341:1511)*, en el que se hizo lugar al reclamo efectuado por los incidentistas, se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239, primer párrafo; 241; 242, parte general, y 243, parte general e inc. 2° de la ley 24.522, y se verificó el crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.<sup>44</sup>

En síntesis, más allá del cuestionable apartamiento de la Corte de su reciente precedente, la confusa invocación del precedente en esos términos es intolerable. Si el lector no se encuentra familiarizado con él, probablemente pensará que en *Asociación Filantrópica* efectivamente se verificó el crédito con privilegio especial y se declaró la inconstitucionalidad del artículo 239 de la Ley de Concursos y Quiebras, cuando lo que sucedió *fue todo lo contrario*.

---

44 Considerando 6° de la sentencia *Institutos Médicos*. Énfasis agregado.

## 5. Recapitulación: la doctrina del precedente de la Corte Suprema

Como síntesis de lo analizado en los dos apartados anteriores, se podría delinear la doctrina del precedente de la Corte Suprema del siguiente modo:

- Si los tribunales inferiores quieren apartarse del precedente de la Corte Suprema, deben proporcionar nuevos argumentos, es decir, razones que ella misma no hubiera considerado ya.
- La sentencia del tribunal inferior que se apartare del precedente de la Corte sin proporcionar nuevos argumentos carece de fundamentación y podrá ser descalificada por arbitrariedad.
- No basta para justificar el apartamiento del precedente de la Corte que el tribunal inferior señale la mera discrepancia.
- El abandono del precedente exige la configuración de una causa grave que haga ineludible el cambio de criterio. Entre los factores que contribuyen al cambio, la Corte ha admitido el error o la inconveniencia, la apreciación de lecciones de la experiencia o la existencia de cambiantes circunstancias históricas.
- Si una parte pretende que la Corte Suprema abandone su precedente, debe enfrentar una carga argumentativa rigurosa o calificada, tendiente a demostrar que existe una causa grave que hace ineludible el cambio de criterio.
- Algunos factores que podrían agravar la carga argumentativa respecto a la necesidad de modificar el precedente son: que el precedente sea reciente, que una de las partes lo hubiera invocado expresamente como sustento de su pretensión, que la parte que solicita su modificación ya hubiera intervenido en otra causa en la que se aplicó el precedente.

## 6. Valoración de la doctrina del precedente de la Corte Suprema

Corresponde analizar si la doctrina del precedente de la Corte es la más adecuada a fin de atender los valores que promueve (seguridad jurídica, igualdad, eficiencia y legitimidad judicial). Subyace en estas consideraciones la decisión de en quién debe recaer la promoción de la evolución del derecho y la modificación de la jurisprudencia.

Cuando la Corte permite que los tribunales inferiores se aparten de su precedente sobre la base de nuevos argumentos, tiene la intención de evitar la cristalización del derecho o la repetición de un criterio que, visto desde otro perfil o perspectiva que ella no tuvo la oportunidad de considerar, se presenta como inadecuado. La CS admite que la modificación del derecho puede venir

“desde abajo”, ser encabezada por los tribunales inferiores, y evidentemente interpreta que de ese modo la seguridad jurídica queda a resguardo. Sin embargo, considero que si ese es el camino que la Corte desea elegir para su precedente vertical, se necesita algo más para hacer efectiva la consagración de la seguridad jurídica y la igualdad: la definición de estándares de qué tipo de argumentos habilitarían un apartamiento. No basta, para asegurar la estabilidad en el derecho, con admitir la invocación de nuevos argumentos de parte de los tribunales inferiores.

De cualquier modo, a mi entender, la doctrina del precedente vertical de la Corte que debería adoptarse es el reconocimiento de obligatoriedad, tanto horizontal como vertical. En este último caso, el tribunal inferior podría, al aplicar el precedente de la Corte, dejar asentado su criterio u opinión discordante y la Corte tomarlo en cuenta para considerar, llegado el caso, si mantiene o no su precedente. Lo contrario implica, en un ordenamiento como el argentino, en el que es realmente dificultoso acceder a la Corte Suprema, que la interpretación de la Constitución efectuada por el Máximo Tribunal pueda ser constantemente dejada de lado por los tribunales inferiores con un doble riesgo: (i) que en todos esos casos se intente alcanzar la jurisdicción de la Corte, lo que agrava el cúmulo de expedientes que hay en su seno; (ii) que la Constitución adquiera un significado y su contrario al mismo tiempo, en el mismo ordenamiento jurídico y para las mismas situaciones.

En otras palabras, creo que la doctrina del precedente vertical de la Corte Suprema es mejorable, y que el camino adecuado para su mejora es reconocer la obligación de seguimiento del precedente por parte de los tribunales inferiores y constituir a la Corte, en tanto intérprete final de la Constitución, en la encargada de llevar a cabo (en las situaciones excepcionales que ello fuera necesario) la modificación del precedente y el cambio en el derecho. Esto implicará que los tribunales inferiores, aun si estuvieran en desacuerdo con el precedente de la Corte, deberán seguirlo, pero empeñarse en dejar en evidencia su opinión en contrario, reunir y detallar todos los argumentos posibles para que sea la Corte la que considere si, sobre la base de esos nuevos argumentos, mantiene su postura o la modifica. Entiendo que solo así podrá asegurarse efectivamente la necesaria estabilidad del derecho y el respeto por la igualdad jurídica.

Podría argumentarse que permitir que el tribunal inferior se aparte, proporcionando nuevos argumentos, y que luego esa sentencia sea revisada por la Corte lleva al mismo resultado que el camino propuesto sin necesidad de reconocer la vinculatoriedad del criterio de la Corte. Sin embargo, no es así por diversos

motivos: en primer lugar, la Corte Suprema tiene la potestad (conferida por el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) de rehusarse a resolver un caso y, efectivamente, en muchísimos casos lo hace. Ello podría ocasionar que la causa jamás llegue a la Corte (incluso, a partir de la Acordada 4/2007, por cuestiones formales). En segundo lugar, porque ello implica poner sobre la espalda de la parte que se ha atenido a la doctrina de la Corte el deber y los costos (cuanto menos, hasta el dictado de la sentencia) de litigar hasta la instancia máxima, en vez de hacerlos recaer sobre la parte que busca y pretende un cambio jurisprudencial. Por último, es evidente que, hasta aquí, la doctrina del precedente que permite el apartamiento del tribunal inferior en tan amplios términos no ha logrado su cometido de estabilidad: la actitud de los tribunales inferiores es reticente al seguimiento de los precedentes de la Corte.<sup>45</sup>

Con frecuencia, se invoca la libertad de criterio o la independencia judicial para oponerse al reconocimiento de obligatoriedad al precedente de la Corte. Considero que ello no es así por las razones que ofreceré a continuación. La independencia judicial debe ser entendida como una garantía para las partes, no para el juez: se orienta, precisamente, a que las partes puedan obtener un resultado justo para su pleito, sin presiones ni coacciones hacia los jueces que deben resolverlo. De allí que resulte suficiente para asegurar la independencia judicial que el juez quede vinculado “al sistema de fuentes del derecho y no a las opiniones o intereses personales de otras autoridades del Estado” (Bernal Pulido, 2008, p. 86). No obstante, sería absurdo que, en su defensa, se justificase que dos personas en análogas situaciones recibieran de la misma Justicia respuestas contrarias. Eso equivaldría a concebir el sistema en interés y para protección de los jueces por encima del interés y de la protección de los justiciables. En otras palabras, la protección frente a injerencias indebidas se refiere a la intervención directa que cualquiera podría tener sobre la resolución de un caso concreto (Bravo Hurtado, 2014),<sup>46</sup> y no debe ser entendida como una libertad absoluta de criterio, en especial en ocasiones en las que el ejercicio de esa libertad contrariase una garantía constitucional como la de igualdad. Reconocer la obligatoriedad del precedente, por lo demás, no excluye que se

---

45 Del estudio que han efectuado Legarre y Rivera (2006) sobre la actitud de los tribunales inferiores respecto al precedente de la Corte, se extrae como conclusión que los protagonistas (jueces y litigantes) no perciben la doctrina del precedente que la Corte ha delineado como una verdadera obligación. Por el contrario, los tribunales inferiores entienden que pueden válidamente apartarse del precedente de la Corte y, más aún, que en algunos casos *deben* hacerlo.

46 Bravo Hurtado (2014) da como ejemplo más concreto de la intervención directa el “telefonazo” de una instancia superior a una inferior para indicarle cómo debe resolver un caso.

garantice a aquel juez que posee un criterio distinto la libertad de dejarlo de manifiesto en su sentencia, fundarlo y contribuir así a que la Corte evalúe si es o no necesaria una evolución en el derecho, que es lo que habitualmente ocurre en el *common law*, en el que nadie se atrevería a afirmar que los jueces carecen de independencia por estar sujetos al precedente de jueces de instancias superiores.

Sin perjuicio de todo lo dicho, entiendo que un supuesto distinto viene dado por el precedente gravemente injusto, que obliga en ciencia y conciencia al juez a su inaplicación. Pero se trata de situaciones excepcionalísimas, en las que el precedente dictado por la Corte ocasionara una injusticia grave, notoria, manifiesta. Aun ante una doctrina del precedente obligatorio, podría aceptarse que, en tales casos, y luego de evaluar que la injusticia de apartarse del precedente será menor que la de resolver de conformidad a él, el juez se apartase del criterio. Si lo hace, deberá fundarlo expresa y exhaustivamente.

En relación con el precedente horizontal, entiendo que también debe reconocerse la obligatoriedad de seguimiento por parte de la Corte Suprema y habilitar el apartamiento solo ante circunstancias excepcionales. Algunas de esas circunstancias serán analizadas más adelante. Basta aquí señalar que el requisito básico de una doctrina que estableciera la obligatoriedad horizontal del precedente sería que, cuando se configurase una causa que exigiese la modificación del precedente, la Corte debería fundar expresamente el cambio de criterio.

Vale efectuar algunas aclaraciones respecto a la doctrina del precedente propuesta: en primer lugar, todo lo antedicho aplica para el caso del precedente de la Corte en materia federal. En cuanto al precedente en materia de derecho común, que será abordado en el siguiente apartado, advierto el riesgo que la pretendida constitucionalización de todo el derecho podría significar al ejercicio de la jurisdicción provincial de acuerdo con la distribución efectuada por la Constitución. Coincido con Garay (2015a) en que el ejercicio de funciones casatorias de parte de la Corte en materia de derecho común “excede el plan constitucional” (p. 25). En segundo lugar, un peligro semejante se desprende del activismo judicial volcado en ciertas sentencias que se inmiscuyen en la actividad legislativa y definen cuestiones que deben ser debatidas y resueltas en el Congreso y respecto a las cuales es necesario el ejercicio del *judicial restraint*. En tercer lugar, es necesario recordar que la obligatoriedad del precedente debe circunscribirse a lo que en él “se decidió”, es decir, a su *ratio decidendi*, no a lo

que en él “se dijo”,<sup>47</sup> y se extiende exclusivamente a la plataforma fáctica del caso en concreto y a hechos suficientemente análogos. Por ende, carecen de obligatoriedad para casos análogos posteriores todas aquellas manifestaciones adicionales que la Corte Suprema suele hacer en sus sentencias y que no constituyen la regla jurídica indispensable para resolver el caso o que se refieren a hechos hipotéticos que no son los que dieron origen al precedente. También se volverá sobre esto en el siguiente apartado.

Finalmente, cabría cuestionarse si la doctrina de la obligatoriedad del precedente en materia federal o constitucional puede ser impuesta por la Corte a través de sus precedentes o si es preciso el dictado de una ley que le otorgue ese valor. En tal sentido, entiendo que, tal como lo ha reconocido la propia Corte, el deber de los tribunales inferiores de conformar sus decisiones a los precedentes del Máximo Tribunal emana de la propia Constitución, del carácter de la Corte de intérprete final de su texto y cabeza del Poder Judicial de la Nación<sup>48</sup> y de la necesidad de garantizar la igualdad y la seguridad jurídica. Por ende, no sería necesario que el Congreso dictara una norma para reconocer expresamente la obligatoriedad de los tribunales inferiores de estar a lo resuelto por la Corte en casos análogos. Sin embargo, reconozco que podría ser conveniente que una norma así lo dispusiera, no solo para reglamentar todas las aristas de la doctrina del precedente de modo esquemático (cuándo puede ser modificado, a quién corresponde la carga de la prueba, etcétera),<sup>49</sup> sino también como un intento de paliar la desobediencia reiterada de los tribunales inferiores hacia el precedente de la Corte.

## 7. Precisiones sobre el uso del precedente de la Corte

A continuación se desarrollarán algunas peculiaridades del uso del precedente de la Corte Suprema argentina y se resaltarán la importancia de técnicas que deben acompañar la aplicación de un precedente judicial y que son pasibles de análisis y crítica valorativa, en atención a la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la igualdad a la que la doctrina del precedente se orienta.

---

47 Tomo de Garay (2013) esta distinción entre “lo que se resuelve” y “lo que se dice”.

48 Cfr. artículo 108 de la CN.

49 Tal como sucedió con el nuevo Código Procesal Civil de Brasil.

## 7.1. Precedente de derecho federal y precedente de derecho común

Las circunstancias históricas que rodearon la incorporación de Buenos Aires a la Confederación, en 1860, motivaron la primera reforma a la Constitución Nacional de 1853, inspirada en la intención de debilitar el poder federal. Una de las consecuencias de esta reforma fue la reserva de la aplicación de los códigos de derecho común –dictados por el Congreso Nacional por disposición del artículo 67– por parte de los jueces locales. Esto generó un híbrido en virtud del cual el legislador nacional dictaría el código de fondo, pero el juez local sería el encargado de interpretarlo y aplicarlo. En consecuencia, por disposición constitucional, la Corte no tiene competencia para resolver cuestiones planteadas en la aplicación de derecho común, sino que se reserva esa competencia al derecho federal y a los puntos regidos por la Constitución. Tampoco la tiene, en teoría, en materia procesal y de derecho público local.

Sin embargo, a través de su jurisprudencia, la Corte amplió su competencia por distintas vías. En primer lugar, reconoció que, en ocasiones, se configura una cuestión federal a partir de la interpretación de normas no federales.<sup>50</sup> En segundo lugar, desarrolló las doctrinas de arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional como causales pretorianas de admisibilidad del recurso extraordinario federal. La realidad es, entonces, que por estos cauces muchas veces llegan a la Corte cuestiones de interpretación y aplicación de derecho común, derecho procesal o derecho público local en las cuales se pronuncia y dicta un precedente.

La cuestión reside, entonces, en dilucidar si ese precedente, que la Corte dicta en interpretación del derecho no federal, tiene (o debería tener) distinto valor que el dictado en aplicación o interpretación del derecho federal.

En un principio, en cuanto a materias de derecho público local, la Corte sostuvo que sus precedentes carecían de fuerza vinculante para los tribunales locales en virtud del sistema federal adoptado en la Constitución.<sup>51</sup> En cuanto a materias de derecho común, se pronunció a favor de la aplicación de su doctrina del precedente vertical –en aquellos casos en los que se hubiera expedido “para contribuir al desarrollo del derecho en la materia y con el propósito de afianzar la seguridad jurídica”– para frenar diversas tendencias jurisprudenciales.<sup>52</sup>

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Marchelli, Eduardo y Cía. c/ Empresa Tranway Metropolitano*, 1905, Fallos: 102:379; *P. Cesari y Cía. c/ La Empresa del Ferrocarril Central Argentino*, 1916, Fallos: 123:313; *Sumario instruido contra Frery José*, 1916, Fallos: 124:395; *Graffigna, Domingo*, 1926, Fallos: 147:286.

51 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lopardo, Rubén Ángel c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 1982, Fallos: 304:1459; *Vivas, Victor c/ Provincia de Entre Ríos*, 16/06/1992, Fallos: 315:1319.

52 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Encinas, Marcelino c/ Francisco Ballester y otro s/ indemnización*.

En el reciente caso *Farina*, al afirmar el carácter vinculante de la interpretación de la Corte al artículo 67 del Código Penal, el Tribunal se cuidó de señalar que no se trataba de una cuestión de derecho común, pues estaban en juego diversos preceptos constitucionales, que a continuación citó (considerando 16º) y, por ende, se configuraba una cuestión federal a partir de la interpretación de normas no federales.

Lo cierto es que la cuestión exige ser analizada, hoy en día, desde la perspectiva del fenómeno denominado “constitucionalización de todo el derecho”. Esto, que lleva a algunos a sostener que la Constitución gobierna la interpretación de todas las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación,<sup>53</sup> podría implicar, en la práctica, que la Corte se expidiera en prácticamente cualquier asunto de derecho común. Y, en estos casos, al aplicar esas normas de derecho común desde la óptica constitucional, el precedente de la Corte robustecería su fuerza en todos los supuestos, pudiendo llegar a provocar la casación del derecho común.

Sin intención de agotar el tema, me limitaré a reiterar que la extensión de obligatoriedad del precedente de la Corte en materias que, en principio, el texto constitucional deja fuera de su competencia debe ser interpretada restrictivamente, puesto que podría vulnerar el federalismo judicial.<sup>54</sup> Será necesario dilucidar, caso a caso, si verdaderamente está en juego la interpretación de la Constitución o de alguno de los tratados internacionales, o si simplemente se requiere, para resolver la cuestión planteada, la interpretación de una norma de derecho común, procesal o local. En definitiva, en el modelo constitucional adoptado se aceptó, implícitamente, que existieran diferencias interpretativas de normas no federales desde el mismo momento en el que se concedió a los tribunales locales la potestad de aplicarlas. Considero que el supuesto sería distinto al de contradicción o desigual aplicación de una misma norma dentro de un mismo tribunal o dentro de una misma jurisdicción.

Finalmente, en cuanto al precedente dictado por la Corte en ejercicio de su

---

zación rec. de casación, 25/08/1998, Fallos: 321:2294; *Quadrum S.A. c/Ciccone Calcográfica S.A.*, 6/07/2004, Fallos: 327:2842; *Autolatina Argentina S.A. c/Dirección General Impositiva y otro s/res. apel. TFN*, 13/03/2007, Fallos: 330:704.

53 En especial, a partir de que su artículo 1 dispone: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte [...]”. Énfasis agregado.

54 Sobre el peligro que esto podría acarrear al esquema judicial adoptado en la Constitución, en relación con la apelabilidad de prácticamente todas las sentencias de los Tribunales Superiores provinciales ante la Corte, véase Garay (2015a).

competencia originaria y en materia de derecho común, esta ha dicho que no es de seguimiento obligatorio.<sup>55</sup>

## 7.2. La importancia de los hechos. *Ratio decidendi* y *obiter dicta*

Una de las grandes diferencias en el uso de precedentes en el *civil law* y en el *common law* reside en la importancia que se le atribuye a los hechos del caso en el que precedente fue dictado y su comparación o relación con los hechos del caso en el que será aplicado. El modo de pensar del operador jurídico continental tiende a la abstracción y, por ende, suele aislar extractos de la sentencia para enunciarlos en casos posteriores como si fueran reglas, sin proporcionar un anclaje en los hechos concretos para los que esa regla fue enunciada (Carrió, 1987, pp. 174 y 177; Cueto Rúa, 1982, p. 138; Garay, 2013, pp. 77 y 78).

Aquello provoca dos inconvenientes: (i) la aplicación de precedentes a circunstancias fácticas distintas de aquellas que inspiraron la decisión en el caso anterior; (ii) la invocación de un precedente sin distinción de su *ratio decidendi* y los *dicta* que contiene. Ambas prácticas debilitan la doctrina del precedente, puesto que colocan al Poder Judicial fuera del ámbito propio de su función (que es la resolución de casos concretos con plataformas fácticas específicas) y lo exponen, de ese modo, a las críticas fundamentales de los detractores del uso del precedente (vulneración a la división de poderes, renuncia al ejercicio del control de constitucionalidad).

En Argentina, es frecuente que los hechos del caso queden “en penumbras” (Mosmann, 2016; Oteiza, 2007).<sup>56</sup> Los jueces, al redactar las sentencias, tienden al maximalismo (Grosman, 2010, p. 53) y omiten relatar apropiadamente los hechos y circunscribir la *ratio* –es decir, la regla que aplicarán para resolver la controversia– a los hechos del caso que tienen ante sí. A su vez, aquellos jueces que deben utilizar esa sentencia como precedente invocan expresiones generales de la sentencia sin contextualizarlas con la plataforma fáctica en la

---

55 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pereyra Rodríguez, Gustavo Rodolfo Marcelo y Morel de Pereyra, Gloria Rosa c/Cruz, Medardo Idanor y Gilardi, Luis Esteban*, 10/04/2003, Fallos: 326:1204; *Ferreya, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A. s/daños y perjuicios*, 21/03/2006, Fallos: 329:646 (en particular, el voto concurrente de Highton de Nolasco). Ampliase en Ibarlucía (2006, p. 223); Legarre y Rivera (2006).

56 La concepción del precedente en Argentina queda explicitada a través del expresidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti (2014, p. 31), quien, al referirse a la jurisprudencia, señaló que se trata de “una serie de decisiones judiciales que interpretan una norma en sentido coincidente [...], pero lo que interesa no son los elementos fácticos, sino la doctrina que se desarrolla con aptitud para valer como fundamento en casos posteriores”. Énfasis agregado.

que fue dictada. En este último caso, la dificultad de anclar el precedente en una plataforma fáctica determinada se acentúa por la ausencia de una adecuada descripción de los hechos en el texto de las sentencias judiciales (en especial, de los tribunales supremos),<sup>57</sup> lo que conduce a una circularidad viciosa. En otras palabras, ni los jueces están habituados a utilizar los precedentes dentro del contexto fáctico determinado para el cual fueron dictados ni las sentencias judiciales contienen un relato adecuado de la plataforma fáctica que permita hacerlo.

La descripción y el relato de los hechos efectuado por el tribunal son cruciales no solo para determinar el área de aplicabilidad del precedente (que debe limitarse a las circunstancias fácticas análogas), sino también para apreciar qué hechos han sido considerados relevantes para el tribunal y cuáles no. Esto es imprescindible para que el operador jurídico, una vez que se ha topado con un caso posterior que parece ser análogo, pueda dilucidar si cabe aplicar el precedente o si procede el *distinguishing* (es decir, si es posible o necesario distinguir el caso actual del caso pasado); para eso, deberá saber a qué hechos le otorgó relevancia el juzgador para resolver como lo hizo en el caso anterior y comprobar si se reprodujeron o no en el caso actual. En este sentido, cabe llamar la atención sobre una práctica habitual de la Corte que obstaculiza la adecuada ponderación de la plataforma fáctica: se trata de la remisión, en cuanto a los hechos, al Dictamen de la Procuración General.<sup>58</sup> La remisión, por un lado, provoca que la sentencia pierda autosuficiencia (de modo que el lector debe echar mano de otras actuaciones de la causa para comprenderla cabalmente), y, por el otro, exime al tribunal de efectuar un relato propio de los hechos a partir del cual dejar explicitados aquellos que son relevantes.

En relación con lo analizado, en los últimos años, la Corte descalificó como arbitrarias algunas sentencias que aplicaban precedentes sin atender a la similitud de las circunstancias fácticas y jurídicas entre el precedente en cuestión y el caso que resolvían e invocando expresiones generales. Se trata de una doctrina que desarrolló la Corte, por primera vez, en el caso *Municipalidad de la Capital c/Elortondo*.<sup>59</sup> En aquella oportunidad, había sostenido que

---

57 Véanse, como ejemplos, el famoso caso *Peralta*, Fallos: 313:1513 (27/12/1990) y *Arriola*, Fallos: 332:1963 (25/08/2009).

58 Esto ha ocurrido en *Pilaga* CSJ 570/2016, y en *Sisnero Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros s/amparo*, 20/05/2014, Fallos: 337:611.

59 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Municipalidad de la Capital c/Isabel A. de Elortondo*, 14/04/1888, Fallos: 33:162.

las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan, y [...] en cuanto vayan más allá, pueden ser respetadas pero de ninguna manera obligan al juicio del tribunal para los casos subsiguientes.

En los casos *Acosta*,<sup>60</sup> *Karpin*,<sup>61</sup> *Bignone*<sup>62</sup> y *Freire Díaz*<sup>63</sup> se invocó esa doctrina nuevamente. Hay que destacar que cuando la Corte se refiere a las circunstancias del caso, no alude únicamente a cuestiones fácticas, sino que las extiende asimismo a las jurídicas: en efecto, en *Acosta*, la Corte descalificó por arbitraria una sentencia que se basaba en un precedente sin atender a que el marco normativo aplicable era distinto, pues “soslayó las diferencias jurídicas existentes entre un caso y otro”. Asimismo, en *Bignone*, la Corte expresamente afirmó que “resulta imprescindible ponderar las *circunstancias fácticas y normativas relevantes*”.<sup>64</sup>

Así y todo, es necesario señalar que muchas veces es la propia Corte la que invoca una expresión general del precedente en un caso que en nada se relaciona con él o resuelve una controversia mediante reglas y principios mucho más extensos que los requeridos por la plataforma fáctica y sin anclaje en esta. Lo primero ocurre, por ejemplo, en el caso *Albornoz*, con la invocación de los casos *Banco de Mendoza*<sup>65</sup> y *Villada*.<sup>66</sup> Lo segundo, en *Arriola*.<sup>67</sup> Pero no hace falta siquiera ir a casos tan específicos para comprobar que cualquier sentencia de la Corte Suprema invoca una gran cantidad de precedentes y la mayoría de ellos no presenta relación alguna con la plataforma fáctica que se está analizando.

Esto no quiere decir que no puedan utilizarse principios o reglas generales contenidas en sentencias anteriores para resolver casos presentes; no se les pide a los tribunales que inventen la rueda cada vez que dictan sentencia y,

---

60 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Acosta, Leonel Ignacio s/impugnación de precandidatos elecciones primarias – Frente Justicialista Riojano*, 22/08/2017, Fallos: 340:1084.

61 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Karpin Mario c/Estado Nacional – Ministerio de Justicia s/personal military y civil de las FFAA y de Seguridad*, 7/11/2006, Fallos: 329:5019.

62 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/recurso extraordinario*, 3/05/2017, Fallos: 340:549.

63 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Freire Díaz, Manuel Santos y otro s/defraudación*, 19/03/2019, Fallos: 342:278.

64 Énfasis agregado.

65 Para un análisis y crítica sobre la pertinencia de estas citas, véase Garay (1993).

66 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villada, Juan Carlos y otros s/robo calificado*, 9/10/1990, Fallos: 313:1010.

67 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arriola Sebastián y otros s/causa n° 9080*, 25/08/2009, Fallos: 332:1963. Véase, en ese sentido, Grosman (2010).

de hecho, es preferible que se apoyen en lo que ellos mismos han sostenido anteriormente, pues eso mantiene la coherencia en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, lo que sí es criticable es cualquiera de los dos extremos: (a) que se invoque un principio abstracto sin considerar y, eventualmente, argumentar por qué resulta aplicable a la plataforma fáctica sobre la que se está resolviendo; (b) que se ignore o se deje de lado un principio desarrollado en una sentencia anterior, haciendo incurrir al tribunal en una autocontradicción insalvable.

Por último, me referiré brevemente a la necesaria distinción entre *ratio* y *obiter*. La *ratio decidendi* de un caso es “aquella regla de derecho expresa o implícitamente considerada por el juez como un paso necesario para arribar a su conclusión, teniendo en consideración la línea argumental adoptada por él” (Cross y Harris, 1991, p. 72). La *ratio* debe ser extraída del voto mayoritario del tribunal. Del *obiter dictum*, por su parte, basta una definición residual: todo aquello que no es *ratio* es *obiter*.<sup>68</sup> El *obiter* refleja, no solo etimológicamente, sino también en su aplicación, el “dicho sea de paso”. Es lo complementario, lo que no es necesario para resolver el caso, lo que se dice “a mayor abundamiento”. A su vez, hay quienes distinguen entre *obiter dicta* y *dicta*: estas últimas serían aquellas proposiciones no necesarias para resolver el caso, pero relacionadas con él, mientras que *obiter dicta* serían las proposiciones relacionadas con un caso distinto al que se está resolviendo (Wambaugh, 1894, p. 18). Lo importante de la distinción entre *ratio* y *dicta* desarrollada en el *common law* es que solo lo necesario para resolver el caso obliga en un caso análogo futuro, pues se presume que es a ello a lo que el tribunal le otorgó atención, deliberación y esfuerzo como para dotarlo de autoridad y fuerza. Lo demás, aquello esgrimido de modo adicional o que no está estrechamente relacionado con el caso en cuestión, podrá tener fuerza persuasiva, pero no obliga.<sup>69</sup> Es una distinción necesaria en el uso del precedente, en especial en sentencias extensas como las de nuestra Corte Suprema, en las que no es dable suponer que todo se afirma y se invoca con la misma fuerza o ha merecido la misma deliberación y reflexión.

---

68 Como sostienen Cross y Harris (1991, p. 75), no hay mejor forma de definirlo ni mucho más para decir. Sin embargo, para un estudio más abarcativo de tipos o ejemplos de *obiter*, se puede consultar aquella obra en sus páginas 75-84.

69 Muchas veces sucede que la Corte, aunque niega su competencia para resolver un asunto, manifiesta toda su opinión en un largo *obiter*. Esto es confuso para quien no está habituado en las técnicas del precedente (y, a veces, para los mismos jueces), que le otorgan a lo dicho allí un peso que no merece. Véanse, como ejemplos de esto, el caso *Barrick* (4/06/2019, Fallos: 342:917) y la reciente sentencia

### 7.3. El precedente y los cambios de integración del Tribunal

Con frecuencia, la Corte menciona expresamente en sus sentencias que lo invocado como precedente fue sentenciado “con esta misma composición” o “en esta misma integración” (o en una anterior), como si ello fuera indicio de algo, como si el hecho de que sean los mismos jueces los que están resolviendo hoy un caso parecido al que se resolvió ayer le diera más peso al pasado.<sup>70</sup> Doctrinariamente, también suele aceptarse que un precedente sea modificado o abandonado a raíz de un cambio de composición del tribunal (Ibarlucía, 2006; Mosmann, 2016, p. 21).<sup>71</sup>

A su vez, la historia institucional de la Corte Suprema da cuenta de situaciones de manipulación del precedente judicial a partir de los cambios en la composición del tribunal (no solo a partir de “la variación en la composición de los nombres de sus ministros, sino también por el cambio de composición en la cantidad de los ministros” (Oteiza, 1994)<sup>72</sup>).

A pesar de estas prácticas o hábitos consolidados, entiendo que el cambio de composición del tribunal no puede ser en sí mismo una causal que justifique el abandono de un precedente sin que ello afecte gravemente la seguridad jurídica y la legitimidad judicial. Con respecto a la seguridad jurídica, la Corte Suprema ha afirmado que, frente a situaciones sustancialmente idénticas, los justiciables tienen legítimo derecho a esperar que las decisiones judiciales tengan continuidad y correspondencia con la jurisprudencia existente, aun frente a ocasionales modificaciones en la integración del órgano jurisdiccional<sup>73</sup> y que la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional, “sin que resulte por ende admisible que dos sentencias emanadas del mismo tribunal resuelvan la cuestión de modo

---

dictada en ocasión de la acción declarativa interpuesta por la vicepresidenta del Senado para cuestionar la constitucionalidad de las sesiones virtuales del Senado en el marco de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 (Fernández de Kirchner, *Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza*, 24/04/2020, CSJ 000353/2020/CS001).

70 Véase, por ejemplo, el considerando 6° del fallo *Arte Radiotelevisivo*.

71 Asimismo, se encuentran ejemplos en igual sentido en el derecho comparado: se señala que es usual que los nuevos integrantes de órganos jurisdiccionales de México “utilicen expresiones como ‘ustedes sostuvieron’ o ‘a mí no me obliga la jurisprudencia sustentada cuando no formaba parte de este tribunal’, tras lo cual exponen su propio criterio” (Soberanes Diez, 2013, p. 343).

72 En el mismo sentido, véase Sedlacek (2015).

73 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baretta, Miguel c/Prov. de Córdoba. Ferrocarril del Sud c/Yacimientos Petrolíferos Fiscales*, 1939, Fallos: 183:409; *Provincia de San Luis c/Compañía de Electricidad de los Andes*, 1948, Fallos: 212:325; *González, Herminia del Carmen c/ANSe s/reajustes por movilidad*, 21/03/2000, Fallos: 323:555.

diverso, aunque hayan cambiado sus integrantes”, si no medió circunstancia sobreviviente o que no hubiese podido ser apreciada en el fallo anterior.<sup>74</sup>

En cuanto a la legitimidad judicial, se trata de la garantía de que es el tribunal el que está juzgando y decidiendo (Mead, 2012, p. 813), independientemente de la opinión de los jueces que ocasionalmente lo integran.<sup>75</sup> Tiene su correlato en la confianza en el Poder Judicial por parte de la sociedad. En tal sentido, cuando las personas físicas y jurídicas notan que un tribunal trata del mismo modo a las partes que les presentan casos similares, se desarrolla un nivel de confianza en el sistema que, de otro modo, no existiría. Por el contrario, cuando las reglas de juego se reformulan constante y azarosamente, lo que se desarrolla es una concepción de arbitrariedad e inestabilidad (Kozel, 2010, pp. 412-413; Shapiro, 1972, p. 125). Para garantizar esa legitimidad, se debe preservar la idea de tribunal por encima de la de un juez o jueces individuales que ocupan transitoriamente un sitio en el órgano judicial.

En síntesis, considero que el cambio en la integración de un tribunal no es motivo suficiente para justificar la modificación del precedente. Aún más: entiendo que es más genuino el cambio de precedente que se produce con los mismos integrantes que aquel que tiene lugar luego de un cambio de personal. Ello es así toda vez que el primero reflejará, en la mayoría de los casos, una reflexión profunda que conlleva el reconocimiento de la necesidad de cambio; mientras que el segundo reflejará, en la mayoría de los casos, la influencia de la subjetividad del decisor por encima de la estabilidad jurídica. Esto último se exagera cuando, como en la sentencia *Institutos Médicos* analizada más arriba, el cambio de precedente se da a partir de una modificación circunstancial de la integración del tribunal.

#### 7.4. El precedente y el error

Aristóteles afirmaba, varios siglos atrás, que la existencia de cambios frecuentes en el derecho no es buena para la sociedad política.<sup>76</sup> Contemporáneamente,

74 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Nación c/Muzaber, Rafik*, 1969, Fallos: 273:312; *Rodríguez Gómez, Eugenio c/Municipalidad de Chascomús*, 1979, Fallos: 301:762.

75 En este sentido, la Suprema Corte de Estados Unidos ha afirmado que la doctrina del *stare decisis* permite a la sociedad presumir que los principios fundamentales se sustentan en el derecho mismo y no en las inclinaciones de los individuos que integran los tribunales y, por tal razón, ello contribuye a la integridad del sistema constitucional de gobierno, tanto en apariencia como en la realidad. Cfr. *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254, 265-266 (1986).

76 Sostenía que los cambios en las leyes solo incentivarán la desobediencia, pues dañaría el hábito creado

se ha señalado que un ordenamiento jurídico cambiante se opone al Estado de derecho (Waldron, 2012, p. 26). De allí que el principio general que debe imperar cuando un cambio en el derecho es inevitable es que aquel debe tener lugar por medio de normas y no de precedentes:

[s]i los poderes constituidos desean que cambie “la regla del juego”, la ley es la que debe ser alterada, nunca el entendimiento jurisprudencial a respecto de ella, que tiene que ser el mismo, en un sólo momento histórico y no modificarse más. Admitir decisiones diferentes concomitantes o, los llamados grandes vuelcos, es negar el Estado de Derecho, es estimular la proposición de acciones y el acto de recurrir. (Alvim Wambier, 2010, p. 80)

No obstante, está claro que existen ciertas circunstancias en las que un precedente judicial debe ser dejado de lado. Si bien el análisis de todas las causales o factores que podrían justificar un cambio de jurisprudencia excede el objeto del presente trabajo, es preciso dejar sentados algunos criterios o principios rectores del cambio jurisprudencial que podrían evitar que se configure un verdadero “derecho dúctil”:<sup>77</sup> (i) el cambio es la excepción, la regla debe ser la estabilidad que proporciona certeza, seguridad jurídica y garantiza la igualdad ante la ley; (ii) el cambio jurisprudencial es un ámbito en el que debe regir el *judicial restraint*, de modo que la primera pregunta que deberá realizarse un juez ante la disyuntiva de llevar a cabo una modificación en el derecho es si le corresponde al poder judicial efectuarla o más bien es una competencia propia del legislador; (iii) el tribunal habilitado para llevar a cabo el cambio es el tribunal supremo; se debe desalentar la habilitación a jueces inferiores a apartarse del precedente de la Corte, por los motivos proporcionados al valorar la doctrina del precedente vertical; (iv) todo cambio de criterio debe estar justificado; ello exige que no solo se den razones que fundamenten el nuevo criterio, sino que se justifique expresamente por qué es necesario introducir un cambio y abandonar el anterior; (v) hay factores que no justifican por sí mismos el abandono de un precedente; como se vio en el apartado anterior, uno de ellos es el cambio de personal en el tribunal, otro es el mero error o discrepancia con el precedente. Me detendré específicamente en este último aspecto, pues el “error” es mencionado por la Corte Suprema argentina como uno de los factores habilitantes del abandono del precedente.

---

por la antigua ley, que solo se alcanza con el paso del tiempo (Aristóteles, 1988, libro II, p. 122).

77 La expresión ha sido acuñada por Zagrebelsky (2003).

La cuestión a resolver no es si es deseable o conveniente la conservación de un precedente que es considerado “erróneo” o su reemplazo por otro, considerado “correcto”. Todos estaríamos de acuerdo con esto último. El verdadero problema de admitir el abandono o modificación del precedente a partir del mero reconocimiento del error reside en que, una vez que esto se habilita, se vuelve incontrolable la delimitación entre lo erróneo y lo correcto (a menos que todos los jueces adhieran a la misma teoría metafísica, antropológica, gnoseológica, ética y iusfilosófica).<sup>78</sup> Todos los tribunales podrían abandonar un precedente que consideren erróneo simplemente mediante la invocación de una diferente interpretación que enarboles como “correcta”. De hecho, es probable que eso suceda (en especial en una cultura que, como la nuestra, no está inmersa en la valoración por el precedente), puesto que es esperable que dos personas puedan realizar dos o más interpretaciones disímiles de un mismo precepto o principio y que consideren que la propia es la correcta. En la práctica, el precedente perdería toda su fuerza, y tanto la estabilidad como la garantía de igualdad ante la ley desaparecerían. Esto cobra relevancia en relación con la Constitución, puesto que la falta de constancia en su interpretación jurisprudencial “erosiona su significado [...] y su valor simbólico. La Ley Fundamental pasa a ser vista y considerada como si fuera cualquier otra ley” (Garay, 2015b).

En otras palabras, permitir que se deje sin efecto un precedente sobre la única base de considerarlo erróneo es desconocer su obligatoriedad y atribuirle una fuerza meramente persuasiva (Hellman, 1995, p. 1120), debido a que la obligatoriedad del precedente se pone en juego justamente en aquellos casos en los que un juez está en desacuerdo con él. No se necesita una doctrina de *stare decisis* para explicar o promover la decisión de un tribunal de adherir a un precedente que considera correcto o con el que está de acuerdo. Es así que la fuerza del precedente no se deriva de que sea correcto, sino del mero hecho de que haya sido dictado (Gray, 1895, pp. 27-28); la esencia del *stare decisis*

es la adhesión a decisiones anteriores lisa y llanamente porque alguna vez han sido decididos de ese modo, aunque el tribunal en el caso posterior se sintiera preparado para decir, sobre la base de otro criterio interpretativo, que la interpretación que brinda el precedente es errónea. (Paulsen, 2000, p. 1538)<sup>79</sup>

---

78 Y, aún así, habría discrepancias, pues el derecho es algo práctico, y, en muchos casos, no admite una certeza absoluta sobre lo justo, sino que requiere una decisión prudencial por medio de la cual se distribuya a cada cual lo suyo.

79 En el mismo sentido, véase Schauer (1987, p. 571). En el *common law* hay sobrados ejemplos en los que se ha rechazado el *overruling* fundado en la mera consideración de que el precedente es erróneo.

A su vez, la adhesión al precedente, incluso en aquellos casos en los que la decisión parezca equivocada a la mayoría del tribunal actual, contribuye a la noción de que la ley es de carácter impersonal (Monaghan, 1988, p. 757).

Sin embargo, tampoco se postula una defensa acérrima de la seguridad jurídica que se desentienda absolutamente de la justicia intrínseca de sus resultados. La búsqueda de estabilidad y previsibilidad no implica desatender la búsqueda de un “producto aceptable, básicamente justo, respetuoso de los derechos humanos básicos” (Sagüés, 1996, p. 2). De allí que el cambio de jurisprudencia o el abandono del precedente deben verse como una excepción a un principio general que cede únicamente en determinadas circunstancias y con determinados requisitos. Y para que ese principio ceda, no basta la mera creencia o convicción de que el precedente que debe aplicarse es erróneo, puesto que lo cierto es que “en la mayoría de las cuestiones, es más importante que la regla esté determinada que que esté determinada correctamente”.<sup>80</sup>

## 7.5. Formalidades de la sentencia. Publicidad

El éxito en la aplicación concreta de la doctrina del precedente está íntimamente ligado a la escritura y a la estructura de la sentencia judicial. En cuanto a lo primero, autosuficiencia y concisión son los parámetros básicos de una buena

---

Para Estados Unidos, véase *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC.*, 135 S. Ct. 2401 (2015), p. 2409; *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 573 U.S. 258 (2014), p. 266; *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019), pp. 2418 y 2422; Garner et al. (2016, pp. 35-36); Reino Unido: (i) House of Lords: *Fitzleet Estates Ltd. v. Cherry* (1977), 51 T.C. 708, p. 718; (ii) Suprema Corte: *R. v. Taylor*, [2016] UKSC 5, [2016] 4 All E.R. 617, cons. 19; *Willers v. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2017] 2 All E.R. 383, cons. 7; *Knauer v. Ministry of Justice*, [2016] UKSC 9, [2016] 4 All E.R. 897, cons. 22-23; Nueva Zelanda: *Couch v. Attorney-General (No. 2)*, [2010] NZSC 27, [2010] 3 N.Z.L.R. 149, cons. 105 del voto del juez Tipping y cons. 209 del voto del juez McGrath; Australia: *Lee v. New South Wales Crime Commission*, [2013] HCA 39, 302 A.L.R. 363, cons. 62-66 y 70.

80 *Burnet v. Coronado Oil y Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932) (disidencia del Justice Brandeis). En aquellas cuestiones en las que esto no aplica (es decir, en las que pudiera ser más importante que la regla esté determinada correctamente), la procedencia del cambio dependerá de cuán relacionado esté el contenido del precedente con la naturaleza humana y con los principios de la ley natural. Y esta relación procede de dos modos: cuanto más cerca esté de esos principios, si los respeta, más invariabilidad tendrá. Si el precedente se opone a ellos, se dará la excepcionalidad necesaria para que sea modificado una vez que se hubiera verificado que la injusticia del cambio es menor que la que proviene de la aplicación del precedente. Nótese que aquí ya no estamos hablando de error, sino de injusticia. Por el contrario, si el contenido del precedente se refiere a conclusiones lejanas de esos principios o determinaciones de lo que, primeramente, es indeterminado en la ley natural, el principio que regirá la actitud hacia su variabilidad será el de permanencia, puesto que sobre aquello que, en principio, es igual que sea de un modo u otro, siempre será preferible mantenerlo que introducir una modificación. Esto no es más que la aplicación, a la doctrina del precedente, de la doctrina tomista sobre la relación entre ley positiva y ley natural y la ley injusta.

sentencia, en especial si quiere utilizarse como precedente para un caso análogo. Es necesario que el juez sea selectivo con las citas que efectúa, en especial con las citas de precedentes, cuidándose de invocar lo estrictamente aplicable por analogía de plataformas fácticas o jurídicas y de evitar que una sentencia “floreada” oscurezca la identificación de su *ratio*. Deben eliminarse, pues, aquellas citas que alejan el foco de atención de la cuestión jurídica central por resolver.<sup>81</sup> Y, por supuesto, debe evitarse invocar confusamente una disidencia como si fuera un precedente, con el objeto de fundar en ella una decisión posterior.<sup>82</sup>

Asimismo, una de las problemáticas que presenta la estructura de las sentencias de la CS argentina es que resulta dificultoso identificar los votos correspondientes a cada magistrado y, en ocasiones, se omiten firmas o se consignan errores en la información que acompaña a cada firma (así, por ejemplo, muchas veces se indica que un juez está en disidencia, junto a su firma, y en verdad se trata de un voto concurrente o viceversa).<sup>83</sup>

El hecho de que no exista un enunciado que indique, al inicio de la sentencia, a qué ministro o ministros corresponde el voto que a continuación se desarrolla y que ese voto sea firmado por todos los ministros presta a confusión. A este inconveniente, que hace a la formalidad de los votos, se agrega otro de fondo: las sentencias en las que cada magistrado efectúa su voto en concurrencia y, consecuentemente, existe un abanico de argumentos que ponen en duda la existencia de mayoría y desvalorizan esa sentencia como precedente. En definitiva, aunque no es posible extenderse aquí sobre esas cuestiones, sino simplemente dejarlas planteadas, suelen evidenciar una frágil colegialidad o insuficiente deliberación entre los ministros.<sup>84</sup>

Finalmente, una exigencia necesaria para dotar de cierta fuerza a un precedente judicial es su publicidad. La publicidad y el fácil acceso a los precedentes

---

81 Por ejemplo, algo muy común en la práctica forense argentina (que es necesario erradicar) son las cascadas de citas de fallos. Esa concatenación de citas dificulta la comprensión de las sentencias y la construcción de una línea jurisprudencial. Cfr. García de la Concha et al. (2011, p. 13).

82 Me remito a lo analizado en el apartado 4.1. respecto al caso *Institutos Médicos*.

83 El voto del juez Petracchi en el caso *F. A. L. s/medida autosatisfactiva* (13/03/2012, Fallos: 335:197) es un claro ejemplo de lo mencionado. Debajo de la firma del ministro se vislumbra escrito a mano “según mi voto”. Parecería, entonces, que el ministro hubiera emitido un voto concurrente. Sin embargo, en realidad, se trata de una disidencia: la parte resolutive de su voto es declarar inadmisibile el recurso extraordinario. La confusión se incrementa cuando se analizan los considerandos, en los que remite -prácticamente en todo- a los argumentos del voto concurrente de Argibay.

84 De allí que Gelli (2014, p. 383), por ejemplo, postule que el deber de seguimiento del precedente se activa cuando de la mayoría la regla creada por el Tribunal es suficientemente clara y precisa “y emana de la mayoría de sus integrantes en cuanto a la decisión y a los argumentos que sostienen la decisión”.

constituyen no solo garantías básicas para el justiciable, sino también un requisito ineludible para el correcto funcionamiento de una doctrina que le reconozca al precedente cierta fuerza u obligatoriedad. En ese sentido, se señala que “en ausencia de reportes, la doctrina del *stare decisis* es pasible de ineficiencia” (Cross y Harris, 1991, p. 6).<sup>85</sup>

Desde antaño, se ha sostenido en Argentina que el análisis de la jurisprudencia de nuestros tribunales

[a]parte de ser un freno para el mismo poder judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. Él sabe que una sentencia fundada que hoy se da, no se dará mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad. (Navarro Viola, 1854, p. 3)<sup>86</sup>

Sin embargo, aún existen grandes inconvenientes en la publicación de las decisiones judiciales en instancias inferiores y en tribunales del interior del país. En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema, en cambio, se han dado importantes avances: podría afirmarse que, hoy en día, todas sus sentencias son perfectamente accesibles desde el sitio oficial de la Corte, e incluso, desde el año 2016 en adelante, es posible rastrear en qué casos cada sentencia fue invocada por la propia Corte y se proporciona un doble formato de descarga de la sentencia (en Word y en PDF), lo que facilita el trabajo del operador jurídico que debe utilizarla. Aún queda, no obstante, algún camino por recorrer, en especial en relación con el formato en el que se presentan las sentencias más antiguas y, particularmente, para evitar que el sitio de la Corte se encuentre inaccesible por inconvenientes técnicos, como a veces sucede.

## 8. Conclusión

Los lineamientos de la doctrina del precedente de la Corte Suprema deben buscarse en las propias sentencias de dicho Tribunal. Sin embargo, la Corte no ha mantenido una doctrina todo lo estable y precisa que cabría esperar y esa es la primera crítica que puede efectuarse.

En relación con el precedente vertical de la Corte Suprema, resulta incom-

---

85 En igual sentido, véase Taruffo (2016, p. 451), quien señala que la manera en la que las sentencias se publican determina substancialmente la naturaleza y el modo de aplicación de los precedentes.

86 Énfasis agregado. Sobre la conexión entre la historia del *stare decisis* y el *law reporting* puede verse Healy (2001, p. 89). A su vez, sobre la estrecha relación entre el precedente y los modos de documentación de casos, puede consultarse Chiarloni (2014, pp. 403-430).

previsible que la doctrina del precedente se haya estructurado, y mantenido durante tanto tiempo, sobre la base de una contradicción como la contenida en los términos de *Cerámica San Lorenzo*. Quizás esto, junto con la variación constante de la jurisprudencia de la Corte, da lugar a los tribunales inferiores a apartarse más de lo que a ella le gustaría y de lo que es deseable en términos de igualdad, seguridad jurídica y eficiencia judicial.

De este modo, una de las conclusiones a las que este estudio permite arribar es que es necesario que, cualquiera sea la doctrina del precedente de la Corte que se adopte, su formulación sea clara, estable y precisa. Considero, además, que es deseable y conveniente adoptar una doctrina del precedente de la Corte que reconozca su obligatoriedad vertical y horizontal, que admita, en este último caso, el abandono del precedente, por parte de la Corte Suprema, en circunstancias delimitadas, excepcionales y específicas. En relación con esto, creo que la modificación del precedente bajo el fundamento genérico de que es erróneo o de que ha cambiado la integración del tribunal no es legítima.

Otra conclusión que es posible extraer del análisis efectuado es que deben mejorarse las técnicas de invocación y de utilización del precedente. En relación con esto último, es preciso comprender que el alcance de aplicación de un precedente está ligado a la plataforma fáctica que le dio origen y a su relación con hechos análogos. Asimismo, sería interesante mejorar la formación de los operadores jurídicos en torno a técnicas propias del uso del precedente, tales como el *distinguishing* y la delimitación de la *ratio decidendi*, pues ello mejoraría la fundamentación de las sentencias sobre la base de los precedentes.

## Bibliografía

- Alvim Wambier, T. (2010). La uniformidad y la estabilidad de la jurisprudencia y el estado de derecho. *Civil law y common law. Themis*, 58, 71-80.
- Aristóteles. (1988). *Política* (Trad. M. García Valdés). Madrid: Biblioteca Clásica Gredos.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, 21, 81-94.
- Bianchi, A. (2001). De la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema (Una reflexión sobre la aplicación del *stare decisis*). *El Derecho Constitucional*, 2000/2001, 335-347.
- Bianchi, A. (2013). *Stare decisis*. En Sacristán, E. B. *Manual de Jurisprudencia y Doctrina* (pp. 425-445). Buenos Aires: La Ley.
- Bidart Campos, G. J. (2004). *Tratado elemental de Derecho Constitucional* (3ª ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Bravo Hurtado, P. (22 de julio de 2014). Precedente vinculante versus independencia judicial en Chile. *El Mercurio*.

- Capdevila, G. H. (h.) y Palazzo, C. (2020). Una solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias. *Jurisprudencia Argentina*, 2020-I, AR/DOC/3499/2019.
- Carrió, G. R. (1987). *Recurso de amparo y técnica judicial* (2ª ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Chiarloni, S. (2014). Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Revista de Processo*, 39(229), 403-430.
- Cross, R. y Harris, J. W. (1991). *Precedent in English Law* (4ª ed.). Oxford: Clarendon Press.
- Cueto Rúa, J. (1982). *Fuentes del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Damaska, M. (2000). *Las caras de la justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Garay, A. (1993). Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal. *La Ley*, 1993-A, 786.
- Garay, A. (2013). *La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Garay, A. (2015a). El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados. *La Ley*, RC-CyC, agosto, 25.
- Garay, A. (2015b). *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica* XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, Argentina, 10 al 12 de septiembre de 2015. [https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia\\_Congreso\\_Procesal\\_Jujuy\\_2015\\_-Garay.pdf](https://www.procesal2015.org.ar/images/Ponencia_Congreso_Procesal_Jujuy_2015_-Garay.pdf).
- Garay, A. (2019). La Corte Suprema y el uso de sus precedentes. *La Ley*, LLAR/DOC/3518/2019.
- Garay, A. y Toranzo, A. (2005). Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV, 1093.
- García de la Concha, V., Bravo Sanestanislaio, G., Carnicer Díez, C., Cañas Pita de la Vega, G., Grijelmo García, A., García Calderón, J. M., Bengoechea Bartolomé, M., Peral Parrado, M. y Gutiérrez Ordóñez, S. (2011). *Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Garro, A. (1989). Eficacia y autoridad del precedente constitucional en América Latina: las lecciones del Derecho Comparado. *Interamerican Law Review*, 20(2), 473-512.
- Gelli, M. A. (2014). La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de 'Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.' y la libertad expresiva. *La Ley*, 2014-B, 383.
- Gray, J. C. (1895). Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence. *Harvard Law Review*, 9(1), 27-41.
- Grosman, S. (2010). El maximalismo en las decisiones de la Corte Suprema. *La Ley Suplemento Constitucional*, agosto, 53.
- Healy, T. (2001). Stare Decisis as a Constitutional Requirement. *West Virginia Law Review*, 104, 43-122.
- Hellman, D. (1995). The Importance of Appearing Principle. *Arizona Law Review*, 37, 1107-1155.
- Ibarlucía, E. A. (2006). Sobre el seguimiento de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho Constitucional*, 2006-215, 223.
- Kozel, R. J. (2010). Stare Decisis as Judicial Doctrine. *Washington y Lee Law Review*, 67, 411-466.
- Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.) (2006). Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 109-124.

- Legarre, S. y Rivera, J. C. (h.) (2009). La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el *stare decisis* vertical. *La Ley*, 2009-E, 820-832.
- López Medina, D. (2001). El derecho de *los jueces*. Bogotá: Legis.
- Lorenzetti, R. L. (Dir.). (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Marinoni, L. G. (2016). El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del *civil law*: la contribución de Taruffo. En Ferrer Beltrán, J. y Vázquez, C. (Eds.), *Debatendo con Taruffo* (pp. 133-156). Madrid: Marcial Pons.
- Mead, J. W. (2012). Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States. *Nevada Law Journal*, 12, 787-830.
- Monaghan, H. P. (1988). Stare Decisis and Constitutional Adjudication. *Columbia Law Review*, 88, 723-773.
- Mosmann, M. V. (2016). El precedente judicial en Argentina. *Revista de Derecho Público*, 2016-I, 205-226.
- Navarro Viola, J. M. (1854). Prospecto. *El Plata Científico y Literario. Revista de los Estados del Plata sobre Legislación, Jurisprudencia, Economía-Política, Ciencias Naturales y Literatura*, 3-7
- Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho*, xxxi(1), 51-78.
- Oteiza, E. (1994). *La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia*. La Plata: Platense.
- Oteiza, E. (2007) El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, VI(10), 157-215.
- Oteiza, E. (2011) Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia y del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN. En Oteiza, E. (Coord.), *Cortes Supremas. Funciones y recursos extraordinarios* (pp. 363-406). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Paulsen, M. S. (2000). Abrogating Stare Decisis by Statute: May Congress Remove the Precedential Effect of Roe and Casey? *Yale Law Journal*, 109(7), 1535-1602.
- Peczenik, A. (2016). The Binding Force of Precedent. En MacCormick, D. N., Summers, R. S. y Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 461-479). Nueva York: Routledge.
- Sagüés, N. P. (1981). Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho*, 93, 891-900.
- Sagüés, N. P. (1996). Seguridad jurídica y confiabilidad en las instituciones judiciales. *La Ley*, 1996-E, 957, AR/DOC/20319/2001.
- Sagüés, N. P. (2008). La vinculatoriedad de la doctrina judicial de la Corte Suprema. *La Ley*, 2008-E, 837-841.
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39(3), 571-605.
- Sedlacek, F. (2015). *Bases para la aplicación de la teoría del precedente de la República Argentina*. XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Jujuy, Argentina, 10 al 12 de septiembre de 2015.
- Shapiro, M. (1972). Toward a Theory of Stare Decisis. *Journal of Legal Studies*, 1, 125-134.
- Soberanes Diez, J. M. (2013). La igualdad ante la jurisprudencia. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 29, 313-345.
- Taruffo, M. (2016). Institutional Factors Influencing Precedents. En MacCormick, D. N., Sum-

- mers, R. S. y Goodhart, A. L., *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (pp. 437-459). Nueva York: Routledge.
- Tondopó Hernández, C. H. (2007). La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano. Necesidad de aplicación retroactiva y ampliación en su alcance. *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, (9), 193-221.
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach. *Michigan Law Review*, 111(1), 1-32.
- Wambaugh, E. (1894). *The Study of Cases. A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-Notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities and Compiling Digests* (2ª ed.). Boston: Little, Brown and Company.
- Zagrebelsky, G. (2003). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (5ª ed.). Madrid: Trotta.

# PRIVATIZACIÓN DE FUNCIONES INHERENTEMENTE ESTATALES

---

**Horacio J. J. Piombo**

Universidad Nacional de La Plata

horacio.piombo@columbia.edu

**Recibido:** 3/08/2020

**Aceptado:** 6/10/2020

## Resumen

La delegación de poderes entre los distintos departamentos del Gobierno ha sido un tema de recurrente y profundo análisis en nuestro ámbito; en particular, el ejercicio de potestades legislativas por parte del Poder Ejecutivo. La delegación de funciones inherentemente estatales a particulares, por su lado, ha recibido menos atención. El presente trabajo intenta determinar qué se debe entender por tales y, consecuentemente, si la transferencia de su ejercicio a manos privadas es tolerada por nuestro ordenamiento –y, en cuyo caso, bajo qué circunstancias– a la luz de la doctrina de la no delegación, la garantía al debido proceso y la forma democrática de gobierno.

**Palabras clave:** funciones inherentes al Estado, privatización, delegación de poderes, debido proceso, forma democrática de gobierno.

## Privatization of Inherently Governmental Functions

### Abstract

Interbranch delegation of powers has been an issue of deep and recurrent analysis in our field; particularly, the exercise of legislative powers by the Executive branch. Conversely, the delegation of inherently governmental functions to private parties has received less attention. This essay tries to determine what should be understood by such, and consequently, if the transfer of certain quintessential state matters to private hands is tolerated by our legal system –and if so, under what circumstances– in light of the non-delegation doctrine, due process of law and the democratic form of government.

**Key words:** inherently governmental functions, privatization, non-delegation doctrine, due process of law, democratic form of government.

## 1. Introducción

Existe en el marco de cualquier sociedad organizada una serie de funciones reconocibles como elementales para su normal desenvolvimiento. En el imaginario común, tan relevantes son estas atribuciones que únicamente el Estado, en sentido lato, debe llevarlas a cabo, pues solo a través de una autoridad pública vinculada directamente con el orden constitucional es posible que su ejecución sea democráticamente legítima y ofrezca a la ciudadanía garantías básicas para sus derechos y libertades. Sin embargo, la historia y el presente están repletos de ejemplos –aquí, en otros países e incluso en la órbita internacional– de entidades privadas ejerciendo funciones que cabe reputar como inherentemente estatales. Desde corsarios a la orden de las fuerzas navales de alguna nación, pasando por policías privadas y cazadores de recompensas, para más cerca en el tiempo encontrar sujetos particulares legislando, administrando cárceles, gerenciando correos centrales, licenciando actividades profesionales o deportivas y regulando mercados o industrias. En nuestro ámbito, el fenómeno ha sido referido de varias maneras. En el campo de la ciencia política, muchas veces bajo la rúbrica de la “gobernanza”; en el mundo del derecho administrativo, indistintamente como “delegación transestructural”, “sustitución”, “descentralización impropia” u “órganos indirectos”, por mencionar solo algunas de las expresiones técnicas más usadas (Gauna, 1990).

En sustancia, la privatización en el contexto de actividades estrechamente ligadas a lo gubernamental implica el traspaso de responsabilidades esencialmente públicas a manos privadas (Metzger, 2003, p. 1377). Y esto, como podrá presumirse, trae consigo serios interrogantes en punto a la validez constitucional de semejantes delegaciones. Determinar si el orden supralegal las permite y, de hacerlo, bajo qué condiciones procedimentales han de ejecutarse es el objeto principal de este trabajo. Hasta hoy, la doctrina nacional, con expresiones pasadas y recientes, ha abordado con todo rigor las transmisiones de poder entre distintas autoridades públicas; concretamente, la delegación legislativa al presidente o, más genéricamente, al Poder Ejecutivo.<sup>1</sup> La privatización de funciones típicamente estatales a particulares, por su lado, ha recibido menos atención.

En la primera parte trato de dar respuesta a una engorrosa cuestión preliminar, que es la determinación de aquellas funciones que cabe reputar como inherentes al Estado. A fin de dar con ellas, habré de reposar en la jurisprudencia comparada, en la teoría política clásica y en el texto constitucional. A esa altura,

---

1 Cfr. Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018); Santiago y Thury Cornejo (2003); Santiago, Vera-mendi y Castro Videla (2019), entre otros.

ya habré concluido parcialmente dos cosas: que este último es la fuente más certera para hallarlas; y que del hecho de que una función quepa ser reputada como inherentemente estatal, de ello no se sigue automáticamente que aquella no pueda ser delegada a un sujeto privado; todo dependerá de cómo tales cometidos hayan sido consagrados en la ley suprema.

Por esa razón, una vez identificadas y delimitadas esas funciones tan singulares, será preciso establecer si existen límites estructurales para su transferencia a particulares –aspecto sobre el cual cobrará relevancia la doctrina de la no delegación– y, en caso negativo, si de todas formas la garantía al debido proceso y nuestra forma democrática de gobierno han de actuar como límites colaterales frente a tales manifestaciones de autoridad delegada. A esto dedicaré la segunda parte del trabajo.

Sentado todo lo anterior, en la tercera parte describiré y analizaré cuatro casos de delegaciones de funciones que considero intrínsecamente estatales a particulares existentes en nuestro país: el Stud Book del Jockey Club Argentino, las normas de estandarización del IRAM, el gobierno de la matrícula del Centro de Ingenieros de Catamarca y los permisos y certificados internacionales emitidos por el Automóvil Club Argentino. Mi propósito es demostrar cómo operan en la práctica y brindar herramientas para su eventual control judicial.

Concluyo que solo el primer supuesto es problemático, mientras que las restantes delegaciones, si bien perfectibles, cuentan con una serie de elementos que las harían tolerables desde el punto de vista constitucional.

## **2. Determinación de las funciones inherentemente estatales**

La construcción del presente estudio requiere, como cuestión preliminar, determinar qué tipo de funciones han de ser reputadas inherentes al gobierno de un Estado, de modo tal que su ejercicio por sujetos privados haya de ser visto con desconfianza o escepticismo, como una delegación anómala o no convencional. Tal tarea, en principio, no es fácil.

Como se ha puesto de manifiesto, “cualquier discusión acerca del ejercicio de poderes gubernamentales, o su delegación, hacia actores privados, de inmediato choca con la dificultad de definir con precisión aquellos poderes que son gubernamentales” (Lawrence, 1986, p. 468). Sin embargo, al cabo de un detenido análisis de la jurisprudencia comparada, algunos ensayos basales en materia de teoría política y, finalmente, de la Constitución Nacional, prometo reducir la lista a un catálogo bastante circunscripto para así demostrar y analizar cómo

es que en nuestro país el ejercicio de ciertas funciones estatales tradicionales, integrales o necesarias ha sido, en la práctica, delegado a personas privadas.

## 2.1. La jurisprudencia comparada

Encuentro sumamente útil comenzar el abordaje del tema desde el derecho comparado. Ello es así dado que han sido pocas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia ha tenido oportunidad de caracterizar la naturaleza de una cierta actividad de forma tal de determinar su estatalidad.<sup>2</sup> Mientras que, por el contrario, en los tribunales federales de los Estados Unidos se ha plasmado una variada amalgama de criterios y nociones para desentrañar cuándo se está en presencia de una “función inherentemente estatal”, algo que, a su vez, da cuenta de la magnitud del problema. Tan grande es la dificultad, que la Corte Suprema de ese país, tras una avanzada a la postre difícil de administrar, hace ya varios años emprendió la retirada en ese campo. Las áreas que en el derecho norteamericano han presentado la necesidad de trazar delgadas líneas de separación entre lo intrínsecamente estatal y lo privado o comercial son abundantes y todas revelan los embarazos que eso genera.

Una de ellas es en materia de inmunidades fiscales aplicables a las instrumentalidades estatales, en las que se ha tenido que establecer si ciertas actividades socioeconómicas desarrolladas por los Gobiernos locales debían abonar impuestos federales.<sup>3</sup> A fin de no generar distorsiones en el mercado, al comienzo la jurisprudencia limitó la inmunidad a aquellas actividades que respondían a “funciones gubernamentales *históricamente* reconocidas”, por oposición a los “negocios llevados a cabo por un Estado de aquellos que hasta el momento han sido entablados por empresas privadas”.<sup>4</sup> Bajo esa fórmula, se concluyó, por ejemplo, que una empresa estatal que tenía el monopolio de la distribución de bebidas alcohólicas no gozaba de inmunidad tributaria, dado que “cuando

---

2 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schirato, Gino c/Estado Nacional y Cooperativa Escolar de la Escuela N°14*, 15/04/1982, Fallos: 304:490, considerando 8° (aludiendo a la educación primaria como un fin específico del Estado); *Mexicana de Aviación SA de CV c/Estado Nacional s/amparo*, 26/8/2008, Fallos: 331:1942, considerando 18° (estimando que la seguridad de las personas y de los bienes involucrados en la aeronavegación trata de una función esencial del Estado); *Banco de la Provincia de Córdoba c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos*, 14/08/2013, considerando 5° (refiriéndose a ciertas actividades financieras de un banco provincial como típicamente estatales).

3 Para un análisis comparativo entre la jurisprudencia nacional y la norteamericana sobre la materia, ver Naveira de Casanova y Revilla (2009).

4 Suprema Corte de los Estados Unidos, *State of New York v. United States*, 326 U.S. 572, 579 (1946).

un Estado ingresa al mercado en búsqueda de clientes, éste se desprende de su cuasi soberanía hasta cierto punto, y adopta el carácter de un comerciante, al menos en lo que concierne al poder impositivo del gobierno federal”.<sup>5</sup>

La rigidez de la concepción histórica llevó más adelante a adoptar un test distinto, con el foco puesto en actividades *normalmente* emprendidas por el Estado. Pero, nuevamente, el estándar devino ingobernable y la doctrina judicial se replegó: solo se controlaría que los impuestos no fueran discriminatorios –esto es, dirigidos únicamente contra los estados–, dejando la solución del problema al Congreso, donde estos últimos, a fin de cuenta, estaban representados igualitariamente en el Senado (Lessig, 2019, pp. 173-175).

Siguiendo en la línea del federalismo y ahora en un tema que atañe a la separación vertical de competencias, bajo la premisa de que el Gobierno nacional solo goza de poderes definidos y expresos, se concluyó que igual de acotada debía ser su potestad para regular a los estados locales en su calidad de tales (*states qua states*) bajo la cláusula del comercio interjurisdiccional.<sup>6</sup> Es decir, en aspectos que hacían estrictamente a su autonomía.

En *National League of Cities v. Usery* (1976),<sup>7</sup> la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Fair Labor Standards Act (FLSA) –ley laboral que, entre otras cosas, consagra actualmente salarios mínimos y el pago extra de horas de trabajo suplementarias– en su aplicación a los empleados públicos estatales. Si bien reconoció que el Congreso podía regular las jornadas y los sueldos de los trabajadores en general, por virtud del principio de soberanía ese poder hallaba un justo límite en “áreas de funciones gubernamentales tradicionales”, como se reputó era la reglamentación de las relaciones de empleo público en los distintos estados que integraban la unión nacional.

Pero esta doctrina rápidamente probó ser inmanejable y, menos de diez años después frente a igual situación, fue expresamente abandonada en *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority* (1985),<sup>8</sup> en el que se discutía si el sistema de tránsito municipal constituía una “función tradicionalmente gubernamental” inmune a la injerencia del Congreso bajo la cláusula comercial y la legislación laboral dictada en su consecuencia. Dijo el juez Blackmun:

---

5 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Ohio v. Helvering*, 292 U.S. 360, 369 (1934).

6 Artículo 1, § 8, cl. 3, Constitución de los Estados Unidos.

7 Suprema Corte de los Estados Unidos, 426 U.S. 833 (1976).

8 Suprema Corte de los Estados Unidos, 469 U.S. 528 (1985).

La corte de distrito ha manifestado una preocupación común: “No obstante la abundancia de adjetivos, identificar qué tipo de funciones estatales particulares son inmunes sigue siendo problemático”. Que tan inconveniente resulta esa tarea ha sido revelada por los resultados a los que se llegó en otros casos federales. Así, hay tribunales que han determinado que regular los servicios de ambulancias, licenciar a conductores de automóviles, gerenciar un aeropuerto municipal, disponer de residuos sólidos y operar una autopista, son funciones protegidas bajo *National League of Cities*. Al mismo tiempo, han dicho que emitir bonos de desarrollo industrial, regular la venta local de gas natural, ordenar el tráfico sobre las carreteras, controlar el transporte aéreo, operar un servicio de telefonía, arrendar y vender gas natural, administrar un hospital neuropsiquiátrico y proveer servicios domésticos a los ancianos y discapacitados, no les cabe inmunidad.<sup>9</sup>

Basarse en la historia, remarcó, tampoco era algo útil. Ello necesariamente se traduce “en el trazo de líneas de lo más arbitrarias”, ya que

la génesis de las funciones gubernamentales abarca un *continuum* histórico que va desde la Revolución hasta el presente, y los tribunales tendrían que decidir por decreto qué tan duradero el patrón de involucración estatal ha de ser para que la autoridad federal pueda ser derrotada.<sup>10</sup>

Pero tampoco los estándares no históricos eran asequibles. Recordando los problemas surgidos en el ámbito de las controversias sobre inmunidades fiscales, Blackmun afirmó que

Cualquier regla de inmunidad estatal que busque en lo “tradicional”, “integral” o “necesario” de la función gubernamental inevitablemente invita a un poder judicial federal no elegido por el pueblo a tomar decisiones acerca de qué políticas estatales favorece y cuáles desfavorece.<sup>11</sup>

Así las cosas, nuevamente se concluyó que correspondía que esta clase de cuestiones fueran resueltas a través de los procesos políticos que tenían lugar en el Congreso y no mediante la creación de “espacios sagrados de autonomía estatal” por parte de los jueces.<sup>12</sup>

Otras controversias que continuamente han despertado la necesidad de

---

9 Ídem pp. 538-539 (citas internas omitidas).

10 Ídem p. 544.

11 Ídem p. 546.

12 Ídem p. 554.

precisar el alcance de las funciones inherentemente estatales se suscitaron en materia de contrataciones públicas (determinar qué actividades no son ineludiblemente gubernamentales y pueden ser prestadas por contratistas privados)<sup>13</sup> o en la privatización de ciertos servicios, como la defensa nacional o el sistema correccional (si les corresponde a los particulares observar ciertas garantías fundamentales, dado que la mayoría de ellas –entiende la doctrina constitucional norteamericana– solo vinculan al Estado).<sup>14</sup> De acuerdo con una compilación del Congressional Research Service, distintos tribunales federales han considerado que las siguientes actividades son “inherentemente estatales”, a saber: (a) legislar y reglamentar normas; (b) llevar a cabo elecciones; (c) expropiar; (d) proveer servicios policiales; (e) ejercer la potestad tributaria; (f) investigar delitos y conducir la acción fiscal; (g) diseñar regímenes tarifarios; (h) supervisar y regular empresas privadas; (i) contratar personal diplomático o empleados públicos; (j) crear monopolios; (k) retener bienes de propiedad de detenidos en causas penales y limitar sus derechos constitucionales; (l) llevar a cabo acciones que significativamente afecten la vida, libertad y propiedad de las personas, entre otras (Congressional Research Service, 2014).

Como podrá apreciarse, el aporte de la jurisprudencia comparada es aproximativo en el mejor de los casos. Tan vasta y heterogénea es su descripción de aquellas funciones intrínsecas al funcionamiento de un gobierno que difícilmente pueda aprehenderse una noción básica de ellas a partir de su estudio. Por eso, a continuación, invito a indagar en la teoría política clásica en busca de un núcleo esencial de funciones inherentemente gubernamentales.

---

13 Principalmente bajo la Federal Activities Inventory Reform Act (FAIR) de 1998 y la Circular A-76 de la Office of Management and Budget, que determinan las actividades que necesariamente deben ser llevadas a cabo por agentes estatales, impidiendo que contratistas privados ofrezcan sus servicios en tales áreas.

14 Es la llamada *state action doctrine* o “efecto vertical” plasmado en los *Civil Right Cases*, 109 U.S. 3 (1883) y que sobrevive hasta el presente; ver Gardbaum (2003). Contrariamente, la doctrina del “efecto horizontal” de los derechos fundamentales propugna, en palabras de nuestra Corte nacional, que “nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados ‘derechos humanos’ –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad *lato sensu* carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos”. Añadiendo que “dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelva SRL y otros*, 20/05/2014, Fallos: 337:611, considerando 3°).

## 2.2. La teoría política clásica

Si la pluralidad de funciones estrechamente ligadas a las operaciones del Estado sugerida por la jurisprudencia comparada resulta excesiva y casuística, es posible volcarse a la teoría política clásica desarrollada a partir del siglo XVII, cuya filosofía liberal tiene una tendencia a limitarlas. De allí surge lo vital de las funciones de legislación, juzgamiento, ejecución de las normas o mandatos judiciales, seguridad, defensa y administración de las relaciones internacionales.

En *Leviatán*, publicado en 1651, Thomas Hobbes (2017) se refiere a la formación del Estado por institución, acto del cual derivan “[...] todos los derechos y facultades de aquel o aquellos a quienes se confiere el poder soberano por el consentimiento del pueblo reunido” (p. 154), derechos que, en sumatoria, representan “la esencia de la soberanía”.

Así, entre los doce que enumera, en quinto lugar recuerda que:

Como el fin de esta institución es la paz y la defensa de todos, y como quien tiene derecho al fin lo tiene también a los medios, corresponde de derecho a cualquier hombre o asamblea que tiene la soberanía ser juez, a un mismo tiempo, de los medios de paz y de defensa, y juzgar también acerca de los obstáculos e impedimentos que se oponen a los mismos, así como hacer cualquier cosa que considere necesario, ya sea por anticipado, para conservar la paz y la seguridad, evitando la discordia en el propio país y la hostilidad del extranjero [...]. (Hobbes, 2017, p. 156)

En séptimo lugar, dice que:

[...] es inherente a la soberanía el pleno poder de prescribir las normas en virtud de las cuales cada hombre puede saber qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede llevar a cabo sin ser molestado por cualquiera de sus conciudadanos. Esto es lo que los hombres llaman propiedad [...] Esas normas de propiedad y de lo bueno y lo malo, de lo legítimo e ilegítimo en las acciones de los súbditos, son leyes civiles [...]. (Hobbes, 2017, p. 157)

En octavo lugar, afirma que “[...] es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos” (Hobbes, 2017, p. 157). “En noveno lugar, es inherente a la soberanía el derecho de hacer guerra y paz con otras naciones y Estados” (Hobbes, 2017, p. 158).

Finalmente, “en undécimo lugar se asigna al soberano el poder de recompensar con riquezas u honores, y de castigar con penas corporales o pecuniarias

[...]” (Hobbes, 2017, p. 158). Y en lo que aquí pudiera interesar, concluye que “los derechos y consecuencias de la soberanía [...] no puede[n] ser transferido[s], sin su consentimiento, a otra persona” (Hobbes, 2017, p. 173).

Algunos años más tarde, en su *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, publicado en 1689, John Locke (2012) se refería a los caracteres que distinguían a la sociedad civil del estado de naturaleza, notando que:

[...] la comunidad pasa a ser el árbitro que decide según las normas y reglas establecidas e imparciales, aplicables a todos, y administradas por hombres autorizados por la comunidad para que las ejecuten. Así, decide todas las diferencias que puedan surgir entre los miembros de esa sociedad en cuestiones de derecho, y castiga aquellas ofensas que cualquier miembro haya cometido contra la sociedad, con las penas que la ley ha establecido [...] Aquellos que están unidos en un cuerpo y tienen una ley común establecida y una judicatura a la cual apelar, con autoridad para decidir las controversias entre ellos y castigar a los ofensores, forman entre sí una sociedad civil. (p. 64)

A lo anterior debía sumarse “el poder de hacer la guerra y la paz” o la “administración de la seguridad y el interés de los asuntos exteriores”, algo que definía como la función “federativa” de un Estado (Locke, 2012, p. 109).

La centralidad de las funciones legislativa y ejecutiva surge también patente en *El contrato social*, de Jean-Jacques Rousseau, publicado en 1762:

Toda acción libre tiene dos causas que concurren a producirla: una moral, a saber, la voluntad que determina el acto, y otra física, a saber, el poder que la ejecuta [...] El cuerpo político tiene los mismos móviles; se distinguen también, en él, la fuerza y la voluntad; ésta, bajo el nombre de poder legislativo; la otra, bajo el nombre de poder ejecutivo. Nada se hace ni debe hacerse sin su concurso. (Rousseau, 2017, pp. 67-68)

Asimismo, en la parte más célebre de la obra *Del espíritu de las leyes*, publicada en 1748, Montesquieu (2007) destaca que “en cada Estado existen tres clases de poderes; el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de las que dependen del derecho civil”. Y precisando estos últimos, dice que

Por el primero, el príncipe o el magistrado dictan leyes por un tiempo o para siempre, y corrige o abroga las existentes. Por el segundo, pacta la paz o declara la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los crímenes o juzga en los diferendos de los particulares.

Llamaremos a este último el poder de juzgar, y al otro, simplemente el poder ejecutivo del Estado. (p. 205)

Al margen de los recordados ensayos clásicos de base contractualista, encuentro útil en este punto referirme a las conclusiones de Robert Nozick (1974, p. 26) en *Anarquía, Estado y etopía*. Ello es así en la medida en la que este pensador libertario imagina la formación del Estado no estrictamente en términos de un acuerdo originario más o menos abstracto (en el cual las funciones inherentemente estatales pueden ser libremente escogidas), sino como el producto del inevitable surgimiento y transformación en algo más ambicioso de una agencia de protección privada que ejerce el monopolio de la fuerza, al verse llevada por razones morales a extender sus servicios a todas las personas dentro de un mismo territorio y no solo a quienes pagan tributo por aquellos. De ese proceso invisible nace, para Nozick (1974), el “Estado mínimo” –el único justo–, cuyas funciones se confunden con las del Estado gendarme de la teoría política clásica en lo tocante a la provisión de seguridad interior y exterior, la protección de la propiedad privada y la ejecución de los contratos. Pero nada más.

### 2.3. La Constitución Nacional

Ya sea por exceso o defecto de las descripciones anteriores, acudir al texto constitucional ha de servir para aclarar el panorama acerca de las funciones que cabe reputar como inherentemente estatales. Y es aquí donde, a mi criterio, se debe definir la cuestión.

Comenzando por el Preámbulo, al cual se le ha reconocido “una función orientadora de todas las normas del texto máximo”,<sup>15</sup> en lo medular reza que el establecimiento de una Constitución para la Nación argentina se hace “[...] con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad [...]”. Tras haber leído la jurisprudencia comparada y la teoría política clásica –que, desde ya, informó este pasaje preliminar de nuestra ley suprema– es posible aislar una serie de funciones que cabe considerar básicas, entre ellas: la administración del servicio de justicia, la seguridad tanto interior como exterior y la potestad de legislar para el bien común. Pero estas declaraciones genéricas son luego precisadas y expandidas a lo largo del articulado.

---

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, 14/06/2005, Fallos: 328:2056, voto del juez Zaffaroni, considerando 35°.

Así, de los términos empleados en las cláusulas respectivas o su ubicación sistémica, se deduce o infiere que, para nuestro constituyente, las siguientes son funciones inherentemente estatales: fijar, recaudar e invertir impuestos (artículos 4, 17, 75 incisos 1 y 2, artículo 99 inciso 10, artículo 100 inciso 7); expropiar (artículo 17); defender la patria de ataques exteriores (artículos 6, 21, 23, 75 incisos 16, 27 y 28); bregar por la seguridad interior (artículos 6, 23, 75 inciso 29); garantizar la educación primaria (artículo 5); dictar planes de educación general y universitaria (artículo 75 incisos 18 y 19); proveer el servicio de justicia (artículos 5, 17, 18, 43, 75 incisos 12 y 20, artículos 116, 117); prestar el servicio penitenciario (artículo 18); legislar (artículos 14, 17, 18, 19, 22, 24, 31, 39, 40, 44, 75 incisos 12, 13, 18, 19, 30 y 32, artículos 76, 77, 99 inciso 3, artículos 122, 125); gestionar las relaciones internacionales (artículos 27, 75 incisos 22 y 24, artículo 99 inciso 11); licenciar a personas para realizar ciertas actividades (artículo 14); otorgar los beneficios de la seguridad social (artículo 14 bis); enajenar tierras estatales (artículo 75 inciso 5); emitir moneda (artículo 75 inciso 6); adoptar un sistema uniforme de pesos y medidas (artículo 75 inciso 11); arreglar y establecer los correos generales (artículo 75 inciso 14); controlar al sector público nacional (artículo 85); y reglamentar y ejecutar las leyes (artículo 99 inciso 2).

Se podrán mencionar más o menos funciones, pero he tratado de mantenerme dentro de lo que considero son las principales y que surgen de una lectura de tapa a contratapa de la Constitución Nacional reformada en el año 1994. Este listado, de consuno con lo desarrollado anteriormente, nos permite tener una idea general de aquellas que resultan menester para el funcionamiento del aparato estatal.

### **3. Delegación de funciones inherentemente estatales a particulares: la no delegación, el debido proceso y la forma democrática de gobierno como limitaciones**

He aquí una primera afirmación central de este trabajo: del hecho de que una determinada función quepa ser catalogada como “inherentemente estatal” no se sigue como regla que ella no pueda ser delegada a sujetos extraestatales, para el caso, privados. Tal posibilidad estará siempre determinada por el ordenamiento constitucional en el cual semejante delegación tenga o haya de tener lugar, el que habrá de actuar limitándola, permitiéndola o permaneciendo neutral al respecto, punto en el cual cobra especial relevancia la doctrina de la no delegación. Y aun cuando desde el plano estrictamente formal se pudiese con-

cluir que el ejercicio de una autoridad típicamente estatal es posible en cabeza de un particular, tal cosa no obsta a la observancia de elementales garantías de debido proceso y el respeto por la forma democrática que informa e inspira a toda nuestra estructura social.

### 3.1. No delegación

El lenguaje de la Constitución puede suministrar claros indicios acerca de la posibilidad de delegar o no ciertas funciones inherentemente estatales a privados.

Voy a comenzar por la función más importante. He notado más arriba que la potestad legislativa es, a no dudarlo, un cometido tradicionalmente gubernamental. Sin leyes sería imposible avanzar el plan de vida consensuado por la comunidad política al forjar su unidad bajo un Gobierno organizado. Son, por tal razón, el principal instrumento jurídico dentro de una sociedad democrática. Ahora bien, este dato –carente de otro complemento y sin perjuicio de la tesis *rousseauiana* sobre los peligros de plasmar la voluntad particular en las leyes (Rousseau, 2017, pp. 31-32, 39, 74-75)– de suyo no implica la imposibilidad de encomendarle a un particular el diseño de una política legislativa, ya sea por su experiencia, proximidad o conocimiento de cierta materia. Todo dependerá, como dije, del arreglo constitucional de cada Estado.

La discusión ha tenido un intenso desarrollo en los Estados Unidos, la que me permito brevemente referenciar para luego conectar con nuestra legislación nacional.

La Vesting Clause del Artículo 1, § 1 de la Constitución norteamericana establece que “todo el poder legislativo” se encuentra en cabeza del Congreso, lo que ha llevado a mirar con desconfianza su delegación al presidente o a las agencias administrativas. Esta parte de la historia es bastante conocida. La llamada *public non-delegation doctrine*, que en rigor abarca los tres poderes constitucionalmente conferidos, lo que en teoría impide es su transferencia desde sus beneficiarios hacia otros actores públicos. Veda el traspaso del poder judicial al presidente, a las agencias o al Congreso, inhibe la asignación del poder ejecutivo a los legisladores o a los jueces y prohíbe transmisiones de poder legislativo a las ramas ejecutiva o judicial (Aranson, Gellhorn y Robinson, 1982, pp. 3-4).<sup>16</sup> Con todo, en lo que atañe a la delegación legislativa interdepartamental, la máxima *delegatas potestas non potest delegare*, en su versión más rígida, ha sido

---

16 La Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica de 1819 lo ponía en términos categóricos. En el capítulo primero de la sección quinta, sobre “Derechos de la Nación”, el artículo 105

prácticamente desoída, al menos desde el año 1813.<sup>17</sup> La moderna inteligencia entiende que el Congreso puede válidamente delegar en el Ejecutivo o en otro brazo del Gobierno la autoridad para implementar el mandato legislativo, siempre que lo provea de un “principio inteligible”.<sup>18</sup> Sobre esa base, nunca desde el año 1935 la Corte Suprema estadounidense invalidó una delegación legislativa,<sup>19</sup> interpretando de modo sumamente condescendiente dicho parámetro aun frente a términos vagos e imprecisos.<sup>20</sup> O directamente disponiendo del problema asumiendo que la potestad regulatoria por delegación es función administrativa y no legislativa.<sup>21</sup>

En lo que acá interesa, casi paralelamente a esos sucesos surgió la denominada *private non-delegation doctrine*, en la que varía sensiblemente el destinatario de la delegación legislativa: esta recae en una persona privada.

Para muchos académicos, el lenguaje de la cláusula que atribuye “todo el poder legislativo” al Congreso es neutral y, de admitirse su delegación bajo ciertas condiciones, no es posible distinguir entre destinatarios públicos y privados. En esa línea, la indagación constitucional no pasa por analizar a quién se le ha delegado el poder, sino si se le ha delegado demasiado, para lo cual cabe aplicar el ya conocido test del “principio inteligible” (Abramson, 1989, p. 193; Volokh,

---

establecía que “La Nación, en quien originariamente reside la Soberanía, delega el ejercicio de los Altos Poderes que la representan, a cargo de que se ejerzan en la forma que ordena la Constitución; de manera que ni el Legislativo puede avocarse el Ejecutivo o Judicial, ni el Ejecutivo, perturbar o mezclarse en este o el Legislativo; ni el Judicial tomar parte en los otros dos, contra lo dispuesto en esta Constitución”.

- 17 Suprema Corte de los Estados Unidos, *The Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 383, 388 (1813).
- 18 Suprema Corte de los Estados Unidos, *J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394, 409 (1928) (“[s]i el Congreso dispone por mandato legislativo un principio inteligible, tal acción legislativa no es una delegación prohibida de poder legislativo”).
- 19 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935); *A.L.A. Schechter Poultry Corp v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).
- 20 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Whitman v. American Trucking Assns., Inc.*, 531 U.S. 474, 475 (2001) (“En la historia de la Corte hemos encontrado que el recaudo del ‘principio inteligible’ estaba ausente en solo dos leyes, una la cual literalmente no proveía ninguna guía para el ejercicio de la discrecionalidad, y otra la cual confería autoridad para regular la totalidad de la economía sobre la base de un estándar no más preciso que la estimulación de la economía asegurando ‘justa competencia’ [...] En suma, ‘casi nunca nos hemos sentido calificados para subrogar al Congreso en lo concerniente al grado permisible de juicio político que puede ser dejado a aquellos ejecutándolo o aplicándolo”). Ver Noh (2016, p. 89) diciendo que: “La moderna formulación de la doctrina de la no-delegación, al menos según la Corte, consistentemente ha sostenido delegaciones sobre una teoría chata según la cual virtualmente cualquier cosa constituye un principio inteligible a partir del cual una agencia administrativa puede válidamente dictar normas”.
- 21 Suprema Corte de los Estados Unidos, *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 953 n. 16 (1983).

2014, pp. 41-42). Otros, sin embargo, no conciben que la potestad legislativa pueda ser delegada a actores no estatales. Aun reconociendo que el lenguaje del Artículo 1, § 1 de la Constitución norteamericana contenga cierta neutralidad de destinatario de admitirse la delegación de funciones legislativas, la estructura y el diseño implícito en la norma fundamental, que limita el poder federal a tres ramas, impide la transferencia de potestades regulatorias a personas que no puedan identificarse con ninguna de ellas (Merrill, 2004, p. 2168).

Cabe destacar que, a nivel jurisprudencial, la posibilidad de delegar en sujetos privados la redacción de contenidos normativos ha presentado suma resistencia.

En *Carter v. Carter Coal Co.* (1935),<sup>22</sup> la Corte Suprema invalidó las previsiones de la Bituminous Coal Conservation Act que permitían que un grupo de productores de carbón establecieran regulaciones obligatorias para el resto de la industria. De acuerdo con esa ley, dentro de cada distrito minero a aquellos productores que extrajesen más de dos tercios del carbón y empleasen a más de la mitad de los mineros se les confería la potestad de establecer salarios mínimos, los que serían aplicables al resto de los productores mineros dentro del mismo distrito. A la vez, aquellos productores que cumpliesen con las mismas condiciones, pero a escala nacional, podían además fijar horas máximas de trabajo, que irían a incorporarse a un código obligatorio para todo el mercado (Massey, 2014, p. 161). A través de la opinión del juez Sutherland, el Tribunal fue tajante:

El poder conferido a la mayoría es, en efecto, el poder de regular los asuntos de una minoría reacia. Esto es delegación legislativa en su forma más repugnante, ya que ni siquiera es delegación a un agente o cuerpo oficial, presuntamente desinteresado, sino a personas privadas cuyos intereses pueden –y usualmente son– adversos a los intereses de otros en el mismo negocio.<sup>23</sup>

En doctrina se encuentra discutido si aquí la Corte fulminó la ley bajo un estándar de no delegación o de debido proceso, o de ambos a la vez; indeterminación que –como pronto se verá– permanece irresuelta hasta el día de hoy (Volkh, 2014, p. 45).

Luego de *Carter*, la Corte tuvo solo dos encuentros más con las delegaciones de funciones legislativas a privados, aunque esta vez sosteniendo su constitu-

---

22 Suprema Corte de los Estados Unidos, 298 U.S. 238 (1936).

23 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), p. 311.

cionalidad por no implicar, lisa y llanamente, el diseño troncal de la política pública para ser aplicada con fuerza legal a otros sujetos. Así, en *Currin v. Wallace* (1939)<sup>24</sup> distinguió el caso afirmando que la delegación allí impugnada no trataba de una situación en la cual la mayoría dentro de un grupo económico podía hacer la ley, sino simplemente decidir cuándo una ley escrita por el Congreso habría de tener efectos, mientras que en *Sunshine Anthracite Coal Company v. Adkins* (1940)<sup>25</sup> remarcó que los grupos privados solamente colaboraban con el diseño de la política legislativa, en función consultiva, mas no redactando la ley.

Así fue cómo entre 1940 y 2013 la doctrina de la no delegación privada se mantuvo dormida, hasta que la Corte Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia la revivió a los fines de invalidar la § 207 de la Passenger Rail Investment and Improvement Act de 2008 que ponía en cabeza de Amtrak (una empresa ferroviaria con involucración estatal que el tribunal, por varias razones, reputó de naturaleza privada) la potestad de regular conjuntamente con una agencia federal los estándares relativos al control de calidad y performance horaria del servicio de trenes, dotando a la firma de un poder de veto en caso de desacuerdo (Rice, 2017, p. 548). En efecto, en *Association of American Railroads v. Department of Transportation* (2013)<sup>26</sup> el panel de tres jueces subrayó que “los legisladores federales no pueden delegar autoridad regulatoria a una entidad privada”, dado que “la Constitución no las inviste de poder ejecutivo”.<sup>27</sup> Para ilustrar el problema, notaron que el caso se asemejaba “a un escenario en el cual el Congreso le diese a General Motors el poder de proyectar, junto al Departamento de Transporte, regulaciones que gobernasen a toda la industria automotriz”.<sup>28</sup> Así, concluyeron que el control cedido a Amtrak era “cercano al esquema palmariamente inconstitucional de *Carter Coal*” y por ello debía ser invalidado.

Si bien la Corte Suprema, al conceder el *certiorari*, revocó y reenvió al reputar que Amtrak era una persona pública a los fines de la Constitución,<sup>29</sup> hubo tres jueces que en concurrencia con el resultado aprovecharon para remarcar

---

24 Suprema Corte de los Estados Unidos, 306 U.S. 1 (1939).

25 Suprema Corte de los Estados Unidos, 310 U.S. 381 (1940).

26 Corte Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia, *Ass'n of Am. R.Rs. v. U.S. Dep't of Transp.*, 721 F.3d 666 (D.C. Cir. 2013).

27 Ídem p. 670.

28 Ibidem.

29 En *Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U.S. 374 (1995), la Suprema Corte de los Estados Unidos había entendido que Amtrak era una agencia a los fines de los derechos garantizados por la Primera Enmienda.

la imposibilidad de delegar autoridad legislativa a sujetos privados.<sup>30</sup> En tal dirección, el juez Thomas advirtió que “a pesar de que ninguna previsión constitucional expresamente prohíbe el ejercicio de poder gubernamental por parte de una entidad privada, la llamada ‘doctrina de la no-delegación privada’ fluye lógicamente de las tres cláusulas atributivas del poder federal”. De modo semejante, el juez Alito dijo que

Cuando se trata de entidades privadas, sin embargo, no hay justificación constitucional alguna. Las entidades privadas no han sido conferidas con “poderes legislativos” [...] Ni tampoco con el “poder ejecutivo”, que pertenece al presidente [...] Del modo que sea, entregarle poder regulatorio a una entidad privada es “delegación legislativa en su forma más repugnante”.

Podrá apreciarse que el estado normativo y doctrinario en los Estados Unidos tiene parangón con el esquema de nuestra Constitución Nacional antes de la reforma de 1994, de cuyo texto bien se podía predicar la neutralidad de destinatario (de admitirse la subdelegación) en la cláusula atributiva del Poder Legislativo.<sup>31</sup> Y con ello, si se quisiese, una posible delegación de esa función a sujetos particulares bajo un “principio inteligible” o, para usar un término más autóctono, respetando la “política legislativa claramente establecida”.<sup>32</sup>

Pero es innegable que ese panorama cambió sensiblemente y, por virtud de lo actualmente contemplado en el artículo 76, 99 inciso 3 y en el 100 inciso 12 del texto reformado que regularon específicamente la delegación legislativa en materias determinadas al Poder Ejecutivo y el ejercicio de funciones materialmente legislativas en situaciones extremas por parte del presidente, una enorme mayoría de autores nacionales prolijamente identificados por Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 115-120) –quienes, en minoría y como de inmediato se verá, sostienen la postura contraria– han considerado que difícilmente pueda sostenerse que el derecho público argentino hoy permita delegar la potestad legisferante a órganos administrativos distintos al primer mandatario o, con mayor razón aún, a sujetos no vinculados directamente con él. En esta línea de pensamiento, si el constituyente abordó el instituto de la delegación específicamente, reivindicó el poder legislativo para el Congreso y solo

30 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Dep’t of Transp. v. Ass’n of Am. R.Rs.*, 135 S. Ct. 1225 (2015).

31 Cfr. artículo 36, Constitución Nacional 1853/60.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Prattico, Carmelo y otros c/Basso y Cia.*, 20/05/1960, Fallos: 246:345, considerando 8°; *Cocchia, Jorge Daniel c/Estado Nacional y otros s/acción de amparo*, 2/12/1993, Fallos: 316:2624, considerando 14°.

autorizó su ejercicio a instancias del departamento Ejecutivo en circunstancias concretas y bajo estrictos recaudos, parecería seguirse *a fortiori* que la delegación legislativa no tiene lugar en la esfera privada.

Un reparo de ese tenor parecería haber sido deslizado por la Corte Suprema ya antes de la reforma constitucional del año 1994 en el caso *Ferrari* (1986), en el que en parte justificó la delegación legislativa a un colegio de abogados, entre otras cosas, notando que este último no era una simple asociación integrada con la adhesión libre y espontánea de cada uno de sus componentes, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente corresponden al Estado quien ha decidido transferirlos.<sup>33</sup>

Con argumentos también plausibles, hay quienes aseguran que las referidas innovaciones constitucionales no alteraron la posibilidad de que el Congreso efectúe delegaciones legislativas de segundo grado a órganos sin vinculación inmediata con el Poder Ejecutivo, dado que aquellas únicamente habrían regulado la delegación al presidente y los órganos y entes subordinados a él, previniendo los peligros de agrandamiento derivados del “hiperpresidencialismo”. En esa lógica, y tratando de justificar la fragmentación del Estado regulatorio hoy vigente, aseguran que las delegaciones a entidades “extra poder (ejecutivo)” –lo que, admiten, potencialmente incluye a sujetos privados– no están alcanzadas por la interdicción de los artículos 76 y 100 inciso 12 de la Constitución Nacional, sino permitidas bajo un “principio inteligible” y al amparo del artículo 75 inciso 32 en cuanto faculta al Congreso a “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes” (Castro Videla y Maqueda Fourcade, 2018, pp. 78, 182-213). Si el auge irrefrenable del Estado administrativo responde a una ineludible necesidad pragmática, la tesis avanzada por este par de autores ciertamente ha de contribuir a justificar constitucionalmente un estado de cosas que bien podría ya tener “la consagración de los hechos”<sup>34</sup> y que, de lo contrario, carecería de todo sostén jurídico.<sup>35</sup>

Óbices formales también basados en la no delegación, que dan cuenta de restricciones textualmente demostrables dentro de la ley básica que imposibilitarían su transferencia a particulares, se observan asimismo respecto a algu-

---

33 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.)*, 26/06/1986, Fallos: 308:987, considerando 11°.

34 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sociedad Anónima Simón Mataldi Ltda. c/Provincia de Buenos Aires s/repetición de pago de impuestos*, 28/09/1927, Fallos: 149:160.

35 Sobre los intentos de justificar el Estado administrativo y reconciliarlo con el derecho constitucional, se recomienda la lectura de Vermeule (2016).

nas funciones soberanas, como las de establecer impuestos –que solo lo puede hacer el Congreso– (artículos 4, 17, 52, 75 incisos 1 y 2, artículo 99 inciso 3, Constitución Nacional); ejercer la administración de justicia –que solo lo hacen la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la nación– (artículos 108, 116 y 117, Constitución Nacional); o gestionar las relaciones internacionales –que solo lo hace el presidente con la anuencia del Congreso– (artículo 27, artículo 75 incisos 22 y 24, artículo 99 inciso 11). A este catálogo se le suman, como regla, todas las disposiciones que encomiendan ciertas tareas a funcionarios u órganos específicos.<sup>36</sup> Así, verbigracia, no podría el presidente delegar en el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral el nombramiento de los jueces de la Corte Suprema, o el Auditor General de la Nación traspasar su misión a una organización no gubernamental destinada a la lucha contra la corrupción. De este tipo de limitaciones la Constitución provee más ejemplos. Me limito a mencionar los más relevantes.

Pero esas restricciones no parecen aplicar a toda otra serie de funciones que he identificado como inherentemente gubernamentales, para las cuales, a primera vista, no se presentarían obstáculos formales expresos o implícitos, sino silencio o autorizaciones concretas.

Partiendo desde lo último, pensemos por ejemplo en la defensa exterior de la nación, atribución desde los orígenes reputada necesariamente estatal. Atendiendo a ese carácter, se trata de una tarea que comedidamente ha sido confiada a las fuerzas armadas y de seguridad nacionales, actualmente, por la Ley 23554. Pero ¿sería posible, según el régimen constitucional, su delegación a ejércitos privados, de aquellos cuya existencia nos hemos enterado en las guerras de Afganistán e Irak? (Nastri, 2014; Michaels, 2017, pp. 113-114). Pues bien, a diferencia de lo que podría ocurrir con la delegación de potestades legislativas, nada hay en la Constitución Nacional que taxativamente impida esto último. Antes bien, el artículo 67 inciso 22 de la versión histórica, recordemos, facultaba al Congreso a “conceder patentes de corso y represalias, y establecer reglamentos para las presas”, esto es, autorizar que marinos privados (por algo llamados *privateers*), individuos notables como Hipólito Bouchard durante la guerra de la Independencia, conduzcan actividades bélicas navales al servicio de la patria.

Lo anterior pareciera ser el único vestigio en nuestra tradición constitucional de una expresa autorización para la delegación de funciones intrínsecamen-

---

36 Cfr. artículos 85, 86, 99, 100, 113, 114, 120, entre otros.

te estatales a sujetos privados. En lo restante, la ley suprema se muestra neutral y la historia revela cómo en otros países, dotados de un arreglo constitucional similar al nuestro en términos estructurales, algunas funciones de aquella naturaleza fueron trasvasadas sin mayores reparos a actores no gubernamentales.

Volviendo a los Estados Unidos, Jon D. Michaels (2017) recuerda la delegación de funciones ligadas a la seguridad interior durante los primeros tiempos de la República, mediante el otorgamiento de potestades policiales o cuasi policiales a individuos o grupos privados. Así aconteció con los cazadores de recompensas que capturaban criminales o fugitivos para entregarlos a la justicia “vivos o muertos”, como leían los carteles en el Lejano Oeste; con la Agencia Pinkerton de detectives, a la cual además se le confiaron tareas de investigación y protección presidencial antes de la creación del Servicio Secreto; y con las policías privadas de empresas ferroviarias, del carbón y del acero, investidas por las legislaturas locales de potestades de interrogación, detención y arresto (Michaels, 2017, pp. 24-27). En la historia protoconstitucional bonaerense<sup>37</sup> es posible mencionar la formación alrededor del año 1820 de la milicia conocida como “Los Colorados del Monte” al mando de Juan Manuel de Rosas, que no era sino un grupo armado organizado integrado por peones de varias estancias privadas puestos al servicio de intereses de seguridad o defensa de la recién formada provincia de Buenos Aires.

El mismo autor también hace referencia a la función estatal de establecer los correos generales, con numerosos casos de cumplimiento de misiones postales por parte de transportistas privados ajenos al U.S. Postal Service (Michaels, 2017, pp. 24-27), la segunda agencia –hoy corporación estatal– más antigua luego del Ejército (O’Connell, 2014, p. 844). En el caso de la Argentina, rápido viene a la mente la privatización del Correo Argentino en el año 1997,<sup>38</sup> siendo uno de los pocos países en tercerizar tan medular servicio. Asimismo, recuerda la facultad de recaudar impuestos o iniciar juicios en nombre del Estado para el recupero de activos tomados fraudulentamente a cambio de un porcentaje de su producido: las llamadas acciones *qui tam* (Michaels, 2017, pp. 24-27). Adviértase que algo muy similar a lo primero ocurre actualmente en nuestro régimen fiscal, en el cual el legislador ha confiado a particulares tareas de retención y percepción de tributos.<sup>39</sup>

---

37 Ver, en general, Montero (2019, pp. 91-118).

38 Cfr. Decreto 265/1997.

39 Cfr. Ley 11683, artículo 22.

En cuanto al servicio penitenciario, independientemente de lo que quepa extraer del lenguaje del artículo 18 del texto fundamental, entiendo que su posibilidad de delegación a entidades privadas dependerá de qué tan intrínsecamente ligado al servicio de justicia penal –función inherentemente estatal no delegable– lo consideremos. Por la extensión que el tema demanda, no pretendo abordarlo aquí. Sencillamente me limito a señalar que la cuestión se encuentra discutida en otros lugares, habiéndose avalado en países como Estados Unidos y prohibido en otros como Israel (Barak, 2010; Dolovich, 2005; Wecht, 1987).

Por otro lado, el ejercicio de la potestad reglamentaria presenta un interrogante sumamente interesante, dado que por su naturaleza complementaria y accesoria de la potestad legislativa podría reputarse, según la tesis que se siga, que se trata de una zona vedada para las delegaciones privadas, o nada de eso. Como sea, por mi lado considero que no cabe aquí predicar una prohibición con igual intensidad. Si bien el artículo 99 inciso 2 de la Constitución Nacional dice que el presidente de la nación “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes [...]”, tal consagración habla de una facultad asignada al titular del departamento ejecutivo sin claras pretensiones de exclusividad, lo que no podría decirse de otros incisos de esa misma norma. En efecto, los antecedentes parlamentarios ponen de manifiesto que el Congreso se ha mostrado relativamente libre a la hora de designar qué sujeto mejor habrá de llenar los detalles de su plan legislativo, siendo muy numerosos los casos en los cuales encargó semejante tarea en personas distintas al presidente, aunque siempre en la esfera de la organización estatal centralizada o descentralizada.<sup>40</sup> En esto hay coincidencia con un sector de la doctrina nacional, que encuentra justificación en lo normado en el artículo 75 inciso 32 del texto fundamental (Castro Videla y Maqueda Fourcade, 2018, pp. 75-76).

Muy relevante también, la Constitución Nacional no parece instaurar interdicciones formales al ejercicio de potestades de licenciamiento para ciertas

---

40 Cfr. Ley 24241, artículos 93 inciso “b”, artículos 108 y 118 inciso “p” (delegando potestades reglamentarias en la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones y en la Superintendencia de Seguros de la Nación); Ley 24156, artículo 74 inciso “j” (delegando potestades reglamentarias en la Secretaría de Hacienda y en la Secretaría de Finanzas); Ley 25938 artículo 8 (delegando potestades reglamentarias en la Dirección del Registro Nacional de Armas perteneciente al Ministerio de Defensa y en la Secretaría de Seguridad Interior del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos); Ley 26970 artículo 12 (delegando potestades reglamentarias en la Administración Nacional de la Seguridad Social y en la Administración Federal de Ingresos Públicos); Ley 26046 artículo 8 (delegando potestades reglamentarias en la Inspección General de Justicia y en la Administración Federal de Ingresos Públicos).

actividades industriales, comerciales, profesionales o ligadas al tránsito y al libre movimiento,<sup>41</sup> presumiéndose la posibilidad de su delegación al sector privado.

### 3.2. Debido proceso

Que no apliquen restricciones fundadas en la doctrina de la no delegación a muchas funciones identificadas como inherentemente estatales no significa que los sujetos privados beneficiarios de aquellas tengan “carta blanca” para actuar en los ámbitos en los cuales su intervención haya sido legalmente autorizada. La observancia de la garantía del debido proceso (artículo 18, Constitución Nacional) ha sido una gran preocupación en el marco de la delegación de cometidos estatales a actores no públicos. Una de esas inquietudes tiene que ver con el interés particular: la idea según la cual un regulador privado habrá de ejercer sus poderes delegados de un modo egoísta, incompatible con el interés colectivo.

Como explica David Lawrence (1986),

[c]uando a un funcionario le es permitido ejercer una potestad pública, es esperable que éste lo haga de un modo desinteresado. La comunidad confía que actuará teniendo en cuenta lo que es bueno para ella o de conformidad con estándares que busquen alcanzar sus intereses, por oposición a sus intereses privados. (pp. 659-661)

Esta “expectativa de desinterés” es lo que justifica la tendencia natural a conferir el poder coercitivo solo a agentes estatales, cuyo juicio cabe presumir siempre imparcial.

En sentido similar, subrayando las diferencias entre lo “público” y lo privado”, Abal Medina y Cao (2012, pp. 143-144) resaltan las notas características de la “administración privada”, advirtiendo distintos objetivos (“mientras que las empresas buscan maximizar sus ganancias, la lógica de la acción estatal se basa fundamentalmente en la consecución del bienestar social”), modos de funcionamiento (“mientras que en el sector privado es asimilable la idea de que prime lo técnico por sobre lo político, dentro del Estado estos dos elementos resultan difícilmente dissociables”) y conjunto de beneficiarios (“el sector privado orienta sus acciones a satisfacer las necesidades de sus clientes, valorados primordialmente por su poder de compra. El sector público, en cambio, debe destinar sus

---

41 Cfr. artículo 14, Constitución Nacional.

esfuerzos a garantizar la provisión de bienes y servicios de manera universal para todos sus habitantes, en virtud de que todos son ciudadanos con derechos”).

Asimismo, el ejercicio de prerrogativas por parte de personas privadas requiere asegurar un piso de remedios procesales. Aquellos sujetos a su autoridad delegada deben tener a disposición los mismos mecanismos de participación y audiencia que tendrían si el regulador fuese el Gobierno. También, la habilitación de un recurso de revisión ante un órgano de la administración; y, ante la potencial lesión de un derecho individual fundamental,<sup>42</sup> una acción plena ante un tribunal de justicia para que ejerza un control judicial amplio y suficiente.<sup>43</sup>

Se le ha atribuido a la Suprema Corte de Texas la enunciación del test judicial más detallado para comprobar la legalidad de una delegación de funciones inherentemente estatales a un actor privado (Jorgensen, 1998; Reeder, 2004; Volokh, 2014, pp. 42-44). En la inteligencia de que la constitución política de ese Estado no contiene una prohibición estructural a las delegaciones a particulares, el examen se basa enteramente en el respeto por el debido proceso adjetivo, combinando elementos que emanan de la forma democrática de gobierno. Y así son ocho factores los que deben ponderarse a los fines de concluir si el arreglo es constitucionalmente tolerable, a saber:<sup>44</sup>

1. Si las acciones del delegado privado están sujetas a revisión por una agencia estatal u otra rama del Gobierno.
2. (Si aquellos afectados por las acciones del delegado privado están adecuadamente representados en los procesos de decisión.
3. Si el poder del delegado privado está limitado a establecer reglas o además tiene el poder de aplicarlas a individuos particulares.
4. La presencia de algún interés pecuniario o de otro tipo que pueda afectar la función del delegado privado.
5. El poder del delegado privado de definir conductas criminales y sancionarlas.
6. La duración, alcance y materia de la delegación.
7. Las calificaciones especiales que requiere la tarea delegada al actor privado.
8. La existencia de bases establecidas por la Legislatura para guiar su actividad.

---

42 Cfr. Young (1986).

43 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias, Elena, y otros c/Poggio, José sucesión*, 19/09/1969, Fallos: 247:646; *Ángel Estrada y Cia. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos*, 5/04/2005, Fallos: 328:651.

44 Suprema Corte de Texas, *Texas Boll Weevil Eradication Foundation, Inc. v. Lewellen*, 952 S.W.2d 454 (Tex. 1997); *Proctor v. Andrews*, 972 S.W.2d 729 (Tex. 1998); *FM Properties Operating Co. v. City of Austin*, 22 S.W.3d 868 (Tex. 2000); *Texas Workers' Compensation Com'n v. Patient Advocates of Texas*, 136 S.W.3d 643 (Tex. 2004).

Si bien cabe reconocer que bajo estos parámetros sigue siendo dificultoso determinar cuándo la delegación de una función gubernamental a un privado viola el debido proceso, aquellos factores al menos proveen una útil pauta de orientación para los tribunales que deban revisar tales transferencias de poder. Y es claro que una preponderancia de factores desfavorables para la delegación habrán de presumir su invalidez constitucional.

### 3.3. Forma democrática de gobierno

La forma democrática inmanente a nuestra organización constitucional (artículos 1, 36, 38 y concordantes, Constitución Nacional) se alza como un tercer reparo al ejercicio de funciones tradicionalmente soberanas por parte de particulares.

El vínculo entre el electorado y sus gobernantes se desvanece a medida que se crean sucesivas cadenas de delegaciones que terminan concediéndole autoridad regulatoria a entidades ajenas al Estado. Esto, como podrá detectarse, tiene pésimas consecuencias en términos de responsabilidad política (*accountability*), puesto que el confinamiento del poder gubernamental en manos de personas ajenas a los procesos políticos hace que el uso del derecho al voto resulte inefectivo para expulsar a los malos representantes si se desvían demasiado de la voluntad popular (Lawrence, 1986, p. 688). En tal sentido, responsabilidad política implica estar obligado frente a la autoridad capaz de disponer la conducta deseable y sancionar aquella que no observe las obligaciones pautadas (Minow, 2003, pp. 1259-1260). Como señaló el juez Alito en el caso *Amtrak*,

La libertad requiere responsabilidad política. Cuando los ciudadanos no pueden identificar rápidamente la fuente de la legislación o regulación que afecta sus vidas, los funcionarios estatales pueden ejercer su poder sin tener que pagar las consecuencias por ello. Una forma con la que el gobierno puede regular sin tener que rendir cuentas es haciendo pasar una responsabilidad gubernamental como un asunto privado independiente.<sup>45</sup>

El problema se agranda incluso más cuando ese privado resulta ser una entidad internacional (algo de lo que hablaré más adelante al referirme a las normas de estandarización), dado que “distinto a las delegaciones dentro del gobierno federal, a los estados o a organizaciones privadas, las delegaciones

---

45 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. R.Rs.*, 135 S. Ct. 1225 (2015), p. 1234, concurrencia del juez Alito.

internacionales se efectúan a organizaciones generalmente exentas de mecanismos de control” (Ku, 2006, p. 59). De modo tal que mientras las primeras no generan un “espectro de resultados enteramente antidemocráticos”, las delegaciones a entidades privadas en el extranjero directamente sustraen el órgano regulador de la sociedad regulada (Zaring, 2013, p. 86).

Pero a pesar de todo ese criticismo, hay quienes no están tan preocupados por las consecuencias supuestamente antidemocráticas de las delegaciones privadas. Aun cuando naturalmente ven con buenos ojos cualquier mecanismo que ayude a arrimar los procesos de decisión al electorado, no encuentran una justificación más que dogmática para la afirmación de que la satisfacción de los deseos populares requiere que todas las decisiones provengan de funcionarios electos. Para estos escépticos, basta con tener algún grado de control sobre aquellos que establecieron el sistema antidemocrático en primer lugar (v.gr., sobre los legisladores que confirieron autoridad regulatoria a un tercero) para que la delegación a privados sea admisible (Lawrence, 1986, p. 671; Volokh, 2014, p. 44).

#### 4. Estudio de casos

Habiéndome referido a la teoría y a los problemas que rodean a la delegación de funciones inherentemente estatales a sujetos particulares, quiero ahora aplicarlos a cuatro casos de estudio que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Se trata de ejemplos en los cuales el Congreso, el Poder Ejecutivo o una legislatura provincial han confiado expresamente a un agente privado no gubernamental el ejercicio de prerrogativas identificadas como tradicionalmente estatales (entre ellas, las de legislar, reglamentar, licenciar y limitar o ejercer coacción sobre la libertad y la propiedad de las personas).

Con lo cual omitiré abordar otras situaciones que no tratan propiamente de ejercicios de autoridad formalmente conferidos de modo unilateral, de modo tal que no es objeto de interés aquí el llamado “gobierno por contrato” o tercerización de obras, servicios o suministros –todos asuntos estudiados bajo la rúbrica de las “contrataciones públicas”–,<sup>46</sup> ni tampoco las situaciones en las que dicho ejercicio no es más que *de facto* (v.gr., el intenso control que ejerce la Asociación del Fútbol Argentino sobre los profesionales de esa disciplina deportiva). Asimismo, las que importen prácticas para nada desconocidas y que han sido abordadas en profundidad por la doctrina especializada (v.gr., la función notarial).

---

46 Cfr. Minow y Freeman (2009). Por su lado, Gauna (1990) aborda el asunto desde esta perspectiva al comentar el fallo *Schirato* (Fallos: 304:490) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que involucra un contrato de obra pública dirigido por una cooperativa escolar.

Por último, no son pocos los autores que han incluido dentro del rubro a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC) u otras entidades que cumplen fines semejantes,<sup>47</sup> en el entendimiento de que al poder establecer aranceles para el uso de las obras musicales que les pertenecen intelectualmente a los autores que nuclean –además de perseguir su cobro judicial– se estaría en presencia del ejercicio de una función típicamente estatal por parte de asociaciones civiles (Cortese, 2019; Rey Vázquez, 2016, p. 164). Por mi lado, considero que tal situación no se configura plenamente. Ciertamente es que, por razones pragmáticas, la Ley 17648 previó que la referida organización se constituyera monopólicamente como sociedad de gestión colectiva de los derechos patrimoniales relativos a la propiedad intelectual de artistas o compositores para una mejor tutela de sus intereses. Pero en tal tarea no ejerce funciones públicas, sino privadas, y la fijación de aranceles generales dependiendo del uso que se haga de la música no trata de una prerrogativa impositiva<sup>48</sup> ni hay sanciones de naturaleza penal involucradas, sino que viene a sustituir el arreglo contractual que, de lo contrario, habría de ocurrir individualmente entre las partes cada vez que una quisiera reproducir una obra sonora que le pertenece a la otra. Tan es así que otras asociaciones similares, como el Centro de Administración de Derechos Reprográficos (CADRA), que reúne a las editoriales y percibe aranceles de centros de fotocopiado, se desenvuelve de igual manera sin marco legal que lo sustente.

Con estas aclaraciones preliminares, avanzamos.

#### 4.1. El Stud Book del Jockey Club Argentino

El primer caso de delegación privada que voy a analizar es posiblemente el más problemático de todos.

---

47 Cfr. Ley 20115 y decretos 1671/1974, 1914/2006 y 124/2009, que han reconocido a la Sociedad General de Autores de la Argentina (ARGENTORES), a la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI), a la Cámara Argentina de Productores e Industriales de Fonogramas (CAPIF), a la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes (SAGAI) y a Directores Argentinos Cinematográficos (DAC) como “sociedades de gestión colectiva” para la representación exclusiva de autores e intérpretes en resguardo de sus derechos.

48 En efecto, el pago requerido por SADAIC no es sino la regalía o derecho patrimonial que la sociedad de gestión colectiva habrá de repartir entre todos los autores y compositores que nuclea. No es un impuesto porque no grava una manifestación de capacidad contributiva ni es una tasa ya que no retribuye la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio por parte del Estado. Por la misma razón de que falta una actividad estatal, no se trata de una contribución de mejoras que retribuya un beneficio especial. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Swiss Medical SA c/ Estado Nacional s/amparo*, 18/02/2020, considerando 9°, voto del juez Rosenkrantz.

Tras un régimen provisorio gobernado por el decreto-ley 6699/1963, en 1973 se dictó la Ley 20378, que en su artículo 1 estableció que “la inscripción de animales equinos de sangre pura de carrera en los registros genealógicos reconocidos por el Ministerio de Agricultura y Ganadería acredita su origen, calidad como ejemplares de *pedigree* y la propiedad a favor del titular”. Dicha norma agregó que

Se considerarán como tales registros genealógicos los actualmente existentes, los cuales deberán ajustar su organización y funcionamiento a las condiciones que establezca el Poder Ejecutivo nacional, que los controlará a través del Ministerio de Agricultura y Ganadería así como a los que, de acuerdo con dichas condiciones se reconozcan en el futuro.

Asimismo, en su artículo 2 dispuso que “la transmisión del dominio de los animales a que se refiere el artículo anterior sólo se perfeccionará entre las partes y respecto de terceros mediante la inscripción de los respectivos actos en los registros genealógicos”. Todas estas disposiciones, aclaró en su artículo 4, entrarían a regir a partir de su reglamentación.

Reafirmando lo anterior, la Ley 2239 sobre marcas y señales de ganado sentó en su artículo 11 que “la propiedad de los ejemplares de pura raza se probará por el respectivo certificado de inscripción en los registros genealógicos y selectivos reconocidos, que concuerde con los signos individuales que lleven los animales”; y en su artículo 14, que “la transmisión de dominio de los animales de pura raza, podrá perfeccionarse mediante acuerdo de partes por la inscripción del acto en los registros genealógicos y selectivos, a que se refiere el artículo 11”.

Por cuarenta años este esquema normativo quedó inacabado hasta que en 2013 el Ministerio de Agricultura, ejerciendo la delegación plasmada en La ley 20378, dictó la resolución 325/2013 reconociendo retroactivamente al Stud Book del Jockey Club Argentino como registro genealógico de animales equinos de sangre pura de carrera, acreditando así su origen, calidad y propiedad a favor de su titular con fuerza de instrumento público.

La delegada es una organización privada fundada en 1882 con el fin de organizar y promover las carreras de caballos, que hasta ese entonces solo se practicaban en el país de manera informal y amateur. El acto destacó que el Jockey Club había sido el custodio por más de un siglo de los registros genealógicos de los caballos purasangre de carrera, que han sido de carácter abierto sin necesidad de previa asociación al club y que este tenía una larga tradición en su administración contando con una estructura adecuada para organizar el servicio.

En vista de la singular misión que cumplen dichos registros,<sup>49</sup> cabe afirmar sin rodeos que se está en presencia de la delegación a una asociación civil de una de las funciones estatales más sagradas:<sup>50</sup> la regulación de aspectos esenciales de la propiedad privada, como es la perfección del derecho de dominio y su oposición a terceros (Moisset de Espanés et al., 1984). Reforzado por el dato de tratarse de un esquema normativo de origen *de facto*, en el cual el principio de legalidad se ha visto severamente desdibujado frente al ejercicio promiscuo y concentrado del poder público, fácil es concluir en esta parcela que el Reglamento del Stud Book Argentino se traduce en la ejecución material de potestades legislativas que, ya sea por su objeto o ausencia de bases que las orienten, se exhibe como algo censurado por el ordenamiento constitucional y la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha hecho de él.<sup>51</sup>

Pero aun distrayéndose de lo anterior y aplicando una aproximación funcionalista o antiformalista, una que en vez de mirar las barreras estructurales se preocupe porque el diseño no altere sustancialmente el arreglo básico –en la especie, que el poder delegado a un particular esté debidamente compensado o controlado por el poder público– (Redish y Cisar, 1991, p. 491; Strauss, 1987, p. 489), la delegación confiada al Jockey Club es insostenible en todo sentido, objetable además desde la óptica del debido proceso y la forma democrática de gobierno.

La última versión del reglamento fue actualizada en marzo de 2016.<sup>52</sup> En su artículo 1 enuncia, con bastante amplitud, su misión:

[...] custodiar el Registro Genealógico, de Identidad y Propiedad de los caballos Sangre Pura de Carrera, con amplias facultades de organizar con ese fin, la fiscalización de la procreación, gestación, nacimiento, identificación, inscripción, transferencia, estadística y todo cuanto con ello se relacione.

49 Cfr. Sacristán (2012). Esta autora advierte que en el caso del Stud Book del Jockey Club se presenta “[...] una suerte de monopolio al menos de hecho, pues cualquier criador que necesite una constancia oponible a terceros, emanada de ese registro, deberá acudir al mismo para obtenerla” (Sacristán, 2012, p. 54).

50 Cfr. Hobbes (2017, pp. 208-210), diciendo que: “Si advertimos, por consiguiente, que la institución de la propiedad es un efecto del Estado, el cual no puede hacer nada sino por mediación de la persona que lo representa, advertiremos que es acto exclusivo del soberano, y consiste en las leyes que nadie puede hacer si no tiene ese soberano poder [...] Corresponde, por consiguiente, al Estado, es decir, al soberano, determinar de qué modo deben llevarse a cabo todas las especies de contratos entre súbditos (como los actos de comprar, vender, cambiar, prestar, tomar prestado, arrendar y tomar en arrendamiento), y por qué palabras y signos deben ser considerados como válidos”.

51 Cfr. artículos 17, 76 y 99 inciso 3, Constitución Nacional; Castro Videla y Maqueda Fourcade (2018, pp. 117-118).

52 Ver: <https://www.studbook.org.ar/sb/reglamento-spc>.

Según su artículo 2,

Su dirección y administración será ejercida por una Comisión designada por la Comisión Directiva del Jockey Club, compuesta por hasta nueve (9) de sus socios, bajo la presidencia de la persona que designe la Comisión Directiva, quien deberá pertenecer o haber pertenecido a la Comisión de Carreras.

Duran en sus cargos dos años, renovándose parcialmente por mitades y pudiendo ser reelectos. Entre las atribuciones mencionadas en el artículo 5, se destacan las de proyectar modificaciones al reglamento (que deberán ser aprobadas por la comisión directiva del club), fijar derechos o aranceles por los trámites y establecer sanciones y multas por infracciones a sus normas. También se incluye la de “resolver los asuntos o gestiones que se le presenten”. A su turno, el artículo 6 dispone que sus resoluciones “son definitivas e inapelables”, condición que se reputa consentida por la presentación de solicitudes de transferencia.

En el capítulo XI se regula lo atinente a la propiedad de los caballos sangre pura de carrera y sus transferencias. El artículo 55 reitera que “la propiedad de un caballo pura sangre de carrera resulta exclusivamente de la constancia de su inscripción en el Registro respectivo”. Los siguientes tres artículos aclaran que “la transferencia de la propiedad debe ser solicitada mediante los formularios que proporciona el Stud Book Argentino”; que “efectuadas las comprobaciones del caso, se ordenará, si corresponde, la inscripción de la transferencia de propiedad”; y que “la Comisión del Stud Book, en el caso de mediar imperfección en la solicitud de transferencia, o no constar el estado de la propiedad en debida forma, denegará la inscripción”.

Finalmente, en lo que acá interesa, el capítulo XIII instaura el régimen sancionatorio. De acuerdo con el artículo 73,

la comprobación de cualquier irregularidad en el cumplimiento de las disposiciones del presente Reglamento, será sancionada por la Comisión del Stud Book, con la aplicación de apercibimientos, multas, descalificaciones y eliminaciones, constituyendo un agravante la reiteración de faltas cometidas. La modificación del genoma hereditario de un ejemplar Sangre Pura de Carrera inscripto provisoriamente o de uno ya registrado, haya sido durante su concepción, gestación o en cualquier etapa posterior de su existencia, resultará en la pérdida de su condición de Pura Sangre de Carrera.

El artículo 74 prevé que las multas deberán abonarse dentro de los diez días y que de no hacerlo habrá lugar a nuevas sanciones; y el artículo 75 castiga a quien fuera descalificado por haber incurrido en “grave irregularidad” con la

imposibilidad de ser admitido como “haras, estación de monta o criador”. Pero lo que es más preocupante, teniendo en cuenta que la inscripción en el registro hace título, es que el mismo precepto estatuye que “cancelada la inscripción de un animal, la misma no podrá volver a solicitarse”.

Como puede apreciarse, independientemente de los obstáculos que puedan surgir en virtud de la doctrina de la no delegación, los que no encuentro salvados por la referencia en el artículo 2 inciso “a” del Decreto 4827/1973 a la aprobación previa que supuestamente hará el Ministerio de Agricultura y Ganadería del reglamento (mecanismo que no debe confundirse con la incorporación *iure proprio* del proyecto privado en forma de acto estatal, como en el caso *Adkins* visto en el apartado 3.1.; o lo que se dirá del reglamento del Centro de Ingenieros de Catamarca, visto en el apartado 4.3.) –y si eso efectivamente ocurrió, deja bastante que desear–, el del Stud Book es una pesadilla en términos de debido proceso.

Si bien los clubes de *jockeys* históricamente han presentado problemas judiciales en otros países como los Estados Unidos<sup>53</sup> o el Reino Unido,<sup>54</sup> tales inconvenientes se han suscitado únicamente respecto a su potestad de otorgar o retener licencias para la respectiva actividad competitiva profesional. Mas no parecen haber sido dotados, como en el caso argentino, del poder de regular todo lo relacionado al dominio de la propiedad de los caballos purasangre a través de resoluciones inapelables y un régimen sancionatorio.<sup>55</sup>

---

53 Cfr. Lawrence (1986, p. 656), notando que: “[U]na delegación puede en algunos casos ser vista como un estadio intermedio entre las fallas del mercado privado y la responsabilidad estatal plena, de modo tal que permita una respuesta temprana, a veces de mayor calidad, que de otro modo no sería posible. Tal vez la delegación del Estado de Nueva York al *Jockey Club* de la facultad de licenciar pueda ser entendida bajo esta luz. El *Jockey Club* fue establecido a finales del siglo diecinueve como un grupo voluntario para la regulación de las carreras. Desde sus comienzos buscó mantener la integridad del deporte licenciando a propietarios, entrenadores y *jockeys*. Para 1930, cuando Nueva York buscó revigorizar la regulación estatal de las carreras, la organización administrativa estaba deteriorada. De tal manera, aprovechando las tradiciones y experiencia del *Jockey Club*, Nueva York le transfirió el poder de licenciar la actividad deportiva ecuestre, con recurso ante la comisión de carreras”. Cfr. Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Matter of Fink v. Cole*, 302 N.Y. 216, 97 N.E.2d 873 (1951) (invalidando la delegación de la potestad de licenciar al *Jockey Club* con cita a *Carter Coal* y, subsidiariamente, la falta de estándares inteligibles, entendiéndose que la potestad de licenciar una actividad es ejercer función legislativa no delegable a entidades privadas). La asimilación es discutible y no parece haber sido seguida por otros tribunales más adelante.

54 Corte de Apelaciones (División Civil) del Reino Unido, *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909. El tribunal inglés desestimó la apelación contra una sanción impuesta por el *Jockey Club*, argumentando que sus poderes y deberes, a pesar de su posición dominante en el deporte nacional, no eran de naturaleza estatal sino derivados de un arreglo contractual entre privados. En todo caso, sostuvo, correspondía instar una acción civil fundada en el *common law*, mas no una acción de revisión de actos administrativos (*judicial review*).

55 Cfr. *American Stud Book*, § 5, Rule 7: “Transfer and Report of Ownership, Ownership Disputes”.

De confrontar la delegación al Jockey Club Argentino con los factores propuestos por la jurisprudencia vistos en la parte anterior, vemos cómo aquella fracasa en casi todos: (i) el reglamento del Stud Book prohíbe expresamente la revisión de las decisiones de su comisión; (ii) solo quienes, a su vez, sean miembros del Jockey Club están representados en el órgano de decisión; (iii) además de establecer las normas regulatorias, la comisión del Stud Book cuenta con poder para aplicarlas ella misma coactivamente a otros sujetos; (iv) sus integrantes, al ser también propietarios de caballos y/o competidores, pueden tener un interés individual en el resultado de las decisiones; (v) a través del poder delegado, se tipifican conductas sancionables; y (vi) es una delegación sin bases. El único factor que parece jugar a favor de esta última es la relativa experiencia del Jockey Club en materia equina, pero nada más.

En suma, la delegación puesta en cabeza de esta histórica institución, en lo que atañe a sus facultades para reglamentar aspectos medulares del derecho constitucional a la propiedad de un caballo de carrera, trata del ejercicio de una atribución materialmente legislativa que se muestra seriamente reñida con la ley suprema. Por otro lado, la potestad de licenciar a los actores de la actividad ecuestre, si bien no viene impedida por barrera estructural alguna, genera muy serios reparos desde el plano del debido proceso, en especial la imposibilidad de revisión de las determinaciones de la comisión del Stud Book, incluyendo sus actos sancionatorios.

Por la relevancia del asunto, estimo que el Congreso debería dictar legislación apropiada en algún momento, brindando seguridad jurídica al cúmulo de relaciones involucradas.

## **4.2. Las normas de estandarización del IRAM**

Un ámbito en el que tradicionalmente la participación privada en materia co-regulatoria ha sido requerida es el de las normas de estandarización de productos para su comercialización en los mercados locales y globales.

A finales del siglo XIX, la creación de sociedades electrotécnicas en varios países llevó a que sus representantes, entre ellos el Ing. Jorge Newbery por la Asociación Electrotécnica Argentina (AEA), se reuniesen en congresos internacionales para discutir y acordar cuestiones ligadas a la estandarización en

---

El Jockey Club estadounidense, entidad incorporada bajo las leyes del estado de Nueva York, solo actúa asentando las transferencias de propiedad de los equinos purasangre. Pero sus actos no constituyen el título jurídico para la traslación de su dominio.

materia de seguridad de determinados equipos, de modo tal de favorecer su fabricación en economías de escala. En efecto, de estas primeras reuniones surgieron el ampere, el volt y el ohm como unidades de medida estandarizadas. Pero las demás diferencias que existían entre los productos fabricados en distintos países, sobre todo en temas eléctricos, representaba un serio problema mundial que debía ser resuelto con acuerdos transnacionales.

Para ello, en el año 1906 se fundó la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI) como ente de carácter no gubernamental (Büthe y Mattli, 2013, pp. 128-129). Asimismo, los inconvenientes surgidos durante la Segunda Guerra Mundial con el uso de repuestos de maquinaria bélica entre los aliados (v.gr., las diferentes medidas de tuercas y tornillos) llevaron a las potencias occidentales a la creación, en el año 1944, de un comité internacional de estandarización en la órbita de las Naciones Unidas. Pero muy rápidamente, tras reconocerse que no podía dejarse fuera a los países del sistema métrico decimal que en ese momento ya eran la mayoría, en el año 1946 nació la Organización Internacional de Normalización (más conocida como ISO, por sus siglas en inglés) con competencia en todo aquello no absorbido por la CEI (Büthe y Mattli, 2013, pp. 130-132).

En lo que respecta a nuestro país, el Decreto 1474/1994 instauró el Sistema Nacional de Normas, Calidad y Certificación, con el objeto de “brindar instrumentos confiables a nivel local e internacional para las empresas que voluntariamente deseen certificar sus sistemas de calidad, productos, servicios y procesos” (artículo 1). Por su intermedio se creó, de un lado, el organismo de normalización con funciones de elaboración de normas de estandarización y, de otro, el organismo de acreditación con la misión de acreditar organismos de certificación (artículos 9 y 13).

El artículo 12 delegó en la Secretaría de Industria la designación, mediante un convenio, de la entidad que asumiría las funciones de organismo de normalización, siendo escogido por su trayectoria el Instituto Argentino de Normalización y Certificación (ex Instituto Argentino de Racionalización de Materiales, IRAM). En cuanto al órgano de acreditación, se le encomendó a la autoridad de aplicación la constitución de una entidad apta para cumplir con esa función (artículo 16), para lo que en el año 1996 se fundó el Organismo Argentino de Acreditación (OAA) bajo la forma de una asociación civil sin fines de lucro.

Por encima de ambos actores privados, en carácter de “órgano superior de gobierno y administración en materia de normalización, calidad y certificación voluntaria” se erige el Consejo Nacional de Normas, Calidad y Certificación

(artículo 3 inciso “a”). Se trata de un cuerpo vinculado al Ministerio de Economía que está integrado por nueve miembros de distintos sectores: cuatro por el Poder Ejecutivo, dos por la banca nacional, uno por el IRAM, otro por el OAA y uno por el Comité Asesor (artículo 6). Entre sus funciones están las de supervisar el sistema nacional de estandarización, instando la emisión de normas, su adecuación o derogación por parte del órgano de normalización (artículo 5).

Ahora bien, en lo que atañe al ejercicio de funciones inherentemente estatales, cabe señalar que, en principio, la divulgación de normas de estandarización por parte del IRAM no implica *per se* el ejercicio de una función legislativa o reglamentaria por delegación. Ello es así dado que se trata de estándares para ser adoptados voluntariamente por los actores comerciales, sin perjuicio de que el apartamiento de sus previsiones –sobre todo cuando están basadas en una norma internacional– pueda implicar para el productor o prestador la exclusión de un mercado determinado por no reunir sus artículos o servicios la calidad esperable para cierta industria. En eso es claro el Decreto 1474/1994 cuando reza que “las normas que deriven del sistema creado serán de cumplimiento voluntario” (artículo 1), en línea con otros sistemas como el británico (Strauss, 2013, pp. 2-4, 67).

La cuestión tampoco es problemática cuando es el legislador quien incluye en una ley la remisión a una norma de estandarización determinada y la identifica pormenorizadamente con letras y números. Como notan Tim Büthe y Walter Mattli (2013),

Hacia 1981, en los Estados Unidos alrededor del 80 por ciento de los estándares desarrollados por el sector privado [...] habían sido incluidos en la legislación o regulaciones locales, estatales o federales [...] Más recientemente, esta práctica se ha desparrramado a otros países, y bajo la ley comercial internacional (como el acuerdo TBT de la OMC), en general los gobiernos están comprometidos a usar estándares internacionales y, por tanto, privados, como “base técnica” de las medidas regulatorias domésticas. (p. 203)

Un claro ejemplo de esa tendencia es la Ley 25643 de Protección Integral de Personas con Discapacidad, que en su artículo 4 –al referirse a los prestadores de servicios turísticos– establece que aquellos que cumplan con ciertas condiciones de accesibilidad deberán identificarse con los símbolos adoptados por la Ley 19279 y las normas IRAM 3722, 3723 y 3724. Como puede apreciarse, la “incorporación por referencia” o “endoso *ex post*” no es estrictamente una delegación legislativa, sino la pragmática apropiación de un estándar ya

elaborado y probado por un tercero, redundando en un ahorro económico y técnico sumamente eficiente para el Estado, sin perjuicio de la osificación que genera plasmar por ley o decreto una norma de estandarización determinada que puede cambiar en virtud de los constantes avances tecnológicos (Strauss, 2013, pp. 5-6).

El panorama es radicalmente distinto cuando, para evitar esto último, el legislador directamente decide firmar un cheque en blanco a favor de las entidades privadas de estandarización nacionales o internacionales en la forma de reenvíos genéricos (v.gr., “lo que establezca el IRAM”) o fórmulas prospectivas (v.gr., “o la norma que en el futuro la reemplace”). Señalan los citados autores que:

La tendencia hacia reglas privadas ha sido reforzada por un desplazamiento desde el endoso *ex post* a la delegación *ex ante* de autoridad regulatoria a entes privados. Cada vez con más frecuencia, legisladores y funcionarios ya no transcriben el estándar privado en las leyes y reglamentos, sino que incluyen una referencia general a aquél. Si éste subsecuentemente cambia, pues entonces la obligación regulatoria es automáticamente transferida al estándar revisado. (Bütthe y Mattli, 2013, p. 204)

Lo anterior naturalmente genera serios problemas desde el punto de vista de la no delegación. Por eso, en el marco de la Unión Europea se ha evitado a toda costa adoptar un mecanismo semejante y, bajo la llamada “nueva aproximación”, el cumplimiento con las normas de estandarización europeas o internacionales ha pasado de ser una obligación legal a una mera presunción de conformidad que autoriza a comerciar los productos en todos los Estados miembros sin tener que recurrir a decenas de acreditaciones individuales (Hoffman, Rowe y Turk, 2012, pp. 589-592).

En nuestro país son varias las leyes que remiten con flexibilidad a normas de estandarización, delegando así en el IRAM –a nivel local– o usualmente en ISO –a nivel internacional– el ejercicio de la función soberana de legislar o reglamentar la ley.

Como ejemplos de reenvío genérico se encuentra la Ley 24921 de Transporte Multimodal de Mercaderías, que en concordancia con el artículo 485 inciso “b” del Código Aduanero dice que se considerará contenedor a aquel equipo de transporte que “haya sido fabricado según las exigencias técnico-constructivas, de conformidad con las normas IRAM o recomendaciones COPANT o ISO u otras similares” (artículo 45 inciso “b”). Asimismo, la Ley 26184 de Energía Eléctrica Portátil que regula la fabricación y comercialización de pilas fija que

Las pilas y baterías deberán cumplir con los requisitos de duración mínima promedio en los ensayos de descarga, según normas IRAM, o según normas internacionales: International Electrotechnical Commission (IEC) o American National Standards Institute (ANSI) cuando no se dispusiera de normas IRAM actualizadas. (Artículo 3 inciso “c”)

Por otro lado, un exponente de delegaciones prospectivas es la Ley 26687 sobre tabaco, la cual establece que “los contenidos de alquitrán, nicotina y monóxido de carbono de los cigarrillos y cigarritos se medirán según las normas ISO 4387, ISO 10315 e ISO 8454, respectivamente o las que en el futuro se dicten” (artículo 15 inciso “c”). Lo mismo la Ley 27279 de Productos Fitosanitarios, la que dispone que

Se establece como procedimiento obligatorio para reducir los residuos de fitosanitarios en los envases vacíos en todo el territorio nacional, el procedimiento para el lavado de envases rígidos de plaguicidas miscibles o dispersables en agua, según la norma IRAM 12069 o la norma que oportunamente la reemplace. (Artículo 22)

En las condiciones reseñadas, de reputarse manifestaciones de autoridad legislativa, semejante clase de transferencias *ex ante* al IRAM o a ISO por parte del Congreso no superaría la doctrina de la no delegación privada, al menos desde el plano estrictamente formal y de acuerdo con la tesis mayoritaria que no admite delegaciones de ese tipo por fuera de la esfera del Poder Ejecutivo en sentido amplio del término.<sup>56</sup> Alternativamente, cuando lo anterior sea mejor visto como ejercicios de una función meramente reglamentaria, como sugerí en el apartado 3.1., las barreras estructurales podrían no ser tan severas.

Pero aquí sí resulta interesante conducir un análisis en términos funcionales, ya que –distinto del caso del Stud Book previamente estudiado– el arreglo normativo para la estandarización ha incluido en su diseño varios mecanismos compensatorios, de modo tal que, en definitiva, el balance entre lo público y lo privado no parece alterado (Krent, 1990, p. 94).

En esa línea, todo el sistema se encuentra supervisado por un organismo en la órbita de la administración centralizada (el Consejo Nacional de Normas, Calidad y Certificación), en el que seis de sus nueve miembros son funcionarios estatales (artículo 6), el cual cuenta con poderes de veto, dirección y arbitraje respecto a las decisiones del IRAM (artículo 5 incisos “f” y “g”, Decreto

---

56 Cfr. artículos 44, 76 y 99 inciso 3, Constitución Nacional; Castro Videla y Maqueda Fourcade

1474/1994). Además, en la etapa de elaboración normativa, este último debe garantizar la representación de todos los sectores interesados, incluyendo productores, consumidores y entidades de interés general (artículo 10), a través de uno de los pocos mecanismos de *notice and comment* existentes en nuestro ordenamiento legal (artículo 11).

Pero aun cuando podamos considerar que la delegación aquí estudiada es viable siguiendo una aproximación funcionalista o escéptica en cuanto a las posibles barreras existentes a la no delegación,<sup>57</sup> tal circunstancia no exime al esquema de resultar compatible con la garantía constitucional al debido proceso y la forma democrática de gobierno. Aplicando los factores propuestos con anterioridad, aparentaría que la mayoría de ellos juega a favor de la validez de la delegación.

En tal sentido, se aprecia que: (i) se contempló la revisión de las normas del IRAM por parte de la administración centralizada; (ii) los potenciales afectados están debidamente representados en los procesos de decisión, especialmente a través del mecanismo de elaboración participativa de normas; (iii) el IRAM solo aprueba los estándares, no persigue su cumplimiento por la fuerza, siendo estos de acatamiento voluntario; (iv) tampoco es un competidor dentro del mercado, por lo cual carece de interés individual en su diseño; (v) no ejerce potestades sancionatorias; (vi) cuenta con calificaciones especiales que lo convierten en un delegado técnicamente idóneo; y (vii) el Decreto 1474/1994 provee bases suficientes para guiar el trabajo del IRAM.

Como puede apreciarse, la situación de este último es la perfecta contracara de la descrita en el caso del Stud Book del Jockey Club, por lo que puede servirle de útil modelo en algunos aspectos susceptibles de compatibilización, de revisarse el marco legal del segundo.

### 4.3. El gobierno de la matrícula del Centro de Ingenieros de Catamarca

La potestad de licenciar y ejercer el control de las profesiones liberales –incluso dictando reglamentos– trata de una materia local que, en nuestro ámbito, tradi-

---

(2018, pp. 117-118).

57 Cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988). En ambos casos, adoptando una aproximación funcionalista al principio de separación de poderes y sosteniendo la constitucionalidad de leyes que, a pesar de representar una invasión del ámbito de competencias reservado al Poder Ejecutivo, no le impedía a su titular cumplir con su función constitucionalmente asignada.

cionalmente ha sido delegada por el legislador a entidades de carácter público no estatales organizadas en la forma de colegios o consejos.<sup>58</sup> Es por esa primera característica que, posiblemente, semejantes transferencias de poder público no hayan generado hasta el día de hoy mayores preocupaciones en términos constitucionales.<sup>59</sup> Por lo demás, señalé que la potestad de autorizar mediante el licenciamiento la práctica de ciertas actividades de lo contrario libres<sup>60</sup> en principio no choca con barreras estructurales como la doctrina de la no delegación, con prohibiciones evidentes en el texto fundamental. La posibilidad de que entidades privadas tengan alguna injerencia en la matriculación de ciertos profesionales ha sido aceptada en otros sistemas legales sin grandes reproches.<sup>61</sup>

Para ilustrar con toda intensidad el tema bajo estudio, he escogido como objeto de análisis al Centro de Ingenieros de Catamarca, pues se trata de una de las pocas instituciones de naturaleza puramente privada que en la Argentina ha sido confiada con el control de una matrícula profesional a nivel local. Los demás casos, como advertí, de ordinario tratan de entes paraestatales de origen público.

La Ley provincial 4996, de 2000, reguladora de la profesión de ingeniero en la provincia de Catamarca, establece en sus artículos 8 y 32 que la administración y control de la respectiva matrícula estará a cargo del mencionado centro, una asociación civil con personería jurídica conferida por el Decreto 272/1951. Lo hace bajo una serie de condiciones, entre ellas, la de “constituir una comisión de Fiscalización de la actividad profesional integrada por al menos tres miembros titulares y tres suplentes, quienes no podrán formar parte de la Comisión Directiva, ni de la Comisión Revisora de Cuentas”, los que deberán tener un mínimo de diez años en el ejercicio profesional. También, las de “establecer y determinar las causas de recusación de sus miembros y el trámite para su juzgamiento”; “elaborar un régimen electoral para cubrir esos cargos, que contemple el derecho de elegir y ser elegido para quienes conformen el Registro de Matriculados”; y “regular el procedimiento que deberá seguir la

---

58 Cfr. Hutchinson (1982, pp. 56 y ss).

59 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.)*, 26/06/1986, Fallos: 308:987.

60 Cfr. artículo 14, Constitución Nacional.

61 Cfr. Lawrence (1986, p. 649), afirmando que: “Otro asunto de frecuente litigiosidad, con resultados mezclados, ha sido la participación de corporaciones profesionales privadas en actividades estatales de licenciamiento, particularmente en la determinación de qué graduados pueden rendir examen de aptitud profesional para acceder a la matrícula respectiva. Una gran cantidad de impugnaciones contra ese tipo de intervención, especialmente las dirigidas a aquella delegación que es usual a la American Bar Association (ABA) para acreditar escuelas de derecho, han sido llevadas a los tribunales federales y todas ellas han fracasado uniformemente”.

Comisión para imponer las sanciones previstas en la presente Ley con fijación de los distintos plazos procesales y modo de impugnación de las resoluciones” (artículo 7).

En materia disciplinaria, es el legislador quien estableció el catálogo de infracciones que deberá administrar el Centro: advertencia, amonestación, multa que no podrá superar treinta veces la matrícula anual y suspensión en el ejercicio de esta última inferior a dos años. Se aclara que tales sanciones se aplicarán “previa notificación fehaciente y descargo presentado por el matriculado”, quien a su turno “podrá interponer recurso de reconsideración dentro del término de treinta días” presumiéndose la denegatoria tácita por silencio y quedando expedita la vía judicial ante el fuero civil y comercial (artículo 24). En el marco del trámite sumarial, se garantiza al profesional el derecho de audiencia y se le brinda amplia posibilidad de ofrecer y producir prueba (artículo 25). Cuando lo que fuese investigado sea el ejercicio ilegal de la profesión, tras recabar la información necesaria, el Centro deberá acudir a la justicia ordinaria en lo que fuera de su competencia (artículo 36).

En cuanto a los recursos del ente, su grueso está formado por ingresos provenientes de la colegiatura que antes tenía el gobierno de la matrícula (el Consejo Profesional de Agrimensores, Arquitectos e Ingenieros), de los aportes de sus matriculados y de las multas aplicadas (artículo 37).

Finalmente, cabe destacar que, en materia de producción normativa, el artículo 33 faculta al Centro únicamente a “Proponer al Poder Ejecutivo el proyecto de reglamento para la aplicación de la presente ley”, para luego conferirle la posibilidad de dictar normas secundarias que resulten adecuadas para el ejercicio profesional.

Sobre la base de ese esquema, que en lo que atañe a la potestad de licenciamiento y gobierno cuadra ser analizada bajo la óptica del debido proceso y la forma democrática (pues asumo que no hay barreras estructurales como consecuencia de la doctrina de la no delegación), me permito replicar una vez más el test avanzado en el apartado 3.2. De esta forma, entiendo que en la especie la mayoría de los factores juegan a favor de la validez de la delegación formulada por la Legislatura catamarqueña en cabeza de la asociación civil. A saber: (i) los actos de gravamen del Centro de Ingenieros están sujetos a control judicial; (ii) los potenciales afectados por sus acciones están representados en el órgano de decisión; (iii) el reglamento de la ley solamente es “propuesto” por el delegado, su proyecto debe ser luego sancionado por el Poder Ejecutivo; (iv) la posible influencia de intereses pecuniarios en los miembros de la comisión fiscalizadora

es magra considerando la amplitud y diversidad del mercado laboral para los ingenieros; (v) el legislador configuró de antemano el universo de sanciones aplicables y los procedimientos para su determinación; (vi) indudablemente, el Centro de Ingenieros es experto en la materia delegada; y (vii) la Ley 4996 cuenta con bases sólidas para guiar la actividad del delegado.

Solo se podría argumentar en contra de la delegación la posibilidad del Centro de dictar normas secundarias accesorias de su reglamento, que aun cuando pueda ser visto simplemente como el ejercicio de función administrativa residual o reglamentaria no automáticamente vedada por la doctrina de la no delegación legislativa, no se me escapa que la Constitución catamarqueña contiene una serie de previsiones que, según cómo hayan de ser construidas por sus tribunales de justicia, pueden traducirse en obstáculos para esta posibilidad.<sup>62</sup> Pero lo descarto.

#### **4.4. Los certificados y permisos internacionales del Automóvil Club Argentino**

Creado en el año 1904, el Automóvil Club Argentino (ACA) fue establecido como una asociación civil con el objeto de promover el automovilismo deportivo en la Argentina. Rápidamente, esta entidad pasó a colaborar activamente con el Gobierno nacional en el desarrollo de políticas públicas ligadas a la seguridad automovilística.

La Ley 12316, a la luz de las previsiones del Convenio Internacional para la Circulación de Automóviles firmado en París el 24 de abril de 1926, “autorizó” al Poder Ejecutivo Nacional a “encomendarle” al ACA “[...] la emisión del Certificado Internacional del Automóvil y del Permiso Internacional del Conductor” (artículo 1). De conformidad con dicho instrumento, para que un vehículo pudiera ser admitido para circular más allá de las fronteras de su nación de origen, este debía cumplir con una serie de requisitos técnicos cuya acreditación se haría mediante la emisión de certificados internacionales (artículos 3 y 4). Asimismo, el convenio rezaba que el conductor debía poseer “cualidades que ofrezcan garantía suficiente para la seguridad pública”, razón por la cual dispuso para la circulación internacional que “nadie puede conducir un automóvil

---

62 Cfr. Constitución de la Provincia de Catamarca (1988), artículo 3: “El poder de Gobierno de la Provincia estará dividido en tres Departamentos: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial y ninguno de ellos podrá arrogarse facultades que no le hayan sido conferidas por esta Constitución, ni delegar las que la misma les acuerda, so pena de insanable nulidad que debe ser declarada de oficio por los tribunales de la Provincia”; artículo 170: “Ningún empleado público puede delegar sus funciones en otra persona, permanente ni transitoriamente, salvo los casos previstos por la Constitución o la ley”.

sin tener, al efecto, la autorización correspondiente, expedida por la autoridad competente o por una Asociación habilitada por dicha autoridad, después de haber probado su aptitud” (artículo 6).

La norma nacional aclaró que el ACA no podría percibir más de diez pesos moneda nacional para la emisión de cada uno de los referidos documentos (artículo 2), además de encargarle la creación de un registro de los turistas provenientes del extranjero con dicha documentación para proceder a su certificación (artículo 3). Casi en paralelo, la Ley 12385 encomendó idénticas funciones y en iguales condiciones al disuelto Touring Club Argentino (TCA), al que además le asignó la emisión de los *carnets de passages en donane* (carnets de paso y aduana).

En el año 1949, la Convención de Ginebra sobre la Circulación Vial, que vino a reemplazar a la de París, creó dos instrumentos para el manejo internacional análogos a los anteriores: el certificado de matrícula y el permiso internacional para conducir (artículos 18 a 25). Mientras el primero servía para dar fe de varios datos del vehículo (matrícula, patente, número de serie, fecha de primer patentamiento, etc.), el segundo daba cuenta de las habilidades de conducción de su portador. De ese modo, se previó en ambos casos que la autoridad competente o una asociación habilitada a tal efecto podía otorgarlos.

En función de lo anterior, en el año 1967, el Gobierno *de facto* dictó la Ley 17232 autorizando al ACA y al TCA a emitir ambos documentos (artículo 1). Se aclaró que las dos entidades habrían de hacerlo en un todo de acuerdo con la convención internacional (artículo 2), se ratificaron las delegaciones de las leyes 12316 y 12385 (artículo 3) y finalmente se fijó que ninguno podría establecer como contraprestación por la elaboración de la documentación una suma mayor a la que fijara la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por la expedición de licencias de conducir de categoría “particular” (artículo 4).

Advierto que en la especie se está ante un caso limitado a la transferencia de la potestad licenciataria, cuya delegación a particulares en principio no viene vedada por ninguna previsión estructural del ordenamiento y la doctrina de la no delegación. Pero, como ya señalé con anterioridad, tal circunstancia no la releva de satisfacer garantías mínimas de debido proceso y legitimidad democrática.

Aplicando nuevamente la matriz de factores útiles para evaluar esto último, tenemos a favor que: (i) el ACA no posee intereses pecuniarios de aquellos típicos de una situación de mercado frente a competidores a quienes perjudicar (solo tiene ingresos por sus servicios administrativos, cuyo monto está limitado por ley); (ii) carece de potestades normativas (se limita a precisar, por ejemplo, que deberá presentarse una foto carnet y fotocopias de la licencia nacional de

manejo y del pasaporte); (iii) no define ni aplica sanciones; (iv) es una institución única y tradicionalmente reconocida en materia automovilística; y (v) la delegación cuenta con bases suficientes fundadas en un convenio internacional.

En contra se puede criticar que no se previó una instancia de revisión administrativa o judicial ante una potencial denegatoria del ACA a la hora de expedir los documentos (lo que no implica que no exista acción a través de una genérica pretensión anulatoria), como así también que aquí los potenciales afectados por un acto de gravamen no necesariamente están representados en el órgano decisor (a menos que sean socios de la asociación).

En balance, tratándose de una serie de instrumentos no necesariamente esenciales y que modernamente han perdido gran parte de su utilidad práctica (v.gr., la tendencia a alquilar automóviles directamente en el exterior, la libre circulación dentro del Mercosur o el creciente número de países o estados que no exigen su presentación) me inclina a orientarme a favor de la validez de la delegación de funciones puestas en cabeza del ACA, reforzadas por el prestigio y la historia de esta institución en nuestro país.

## 5. Conclusión

La privatización de funciones inherentemente estatales es un fenómeno pasado y presente que no puede ignorarse. Teniendo en cuenta las inquietudes que generan las delegaciones de poder público a sujetos particulares, mi trabajo ha tratado de explicar el origen y razones de esas preocupaciones para así proporcionar un marco teórico capaz de entenderlas y, llegado el caso, gobernarlas. He suministrado cuatro ejemplos de ese tipo, todos existentes en nuestro país, que solo esporádicamente habían sido objeto de detenido análisis. Salvo el primero, los demás supuestos estudiados cuentan con una preponderancia de elementos que los tornan compatibles con el ordenamiento supralegal, sin perjuicio de resultar perfectibles.

En síntesis, independientemente de la guía que pueda proveer la jurisprudencia comparada o la teoría política clásica, el catálogo de funciones inherentemente estatales debe ser desentrañado de la ley suprema con la que cada comunidad política se haya dotado a sí misma. Además, de la circunstancia de que una determinada atribución quepa ser reputada como inescindiblemente ligada al gobierno de un Estado no debe llevar automáticamente a la conclusión de que aquella no pueda ser transferida al sector privado. Todo dependerá del lenguaje y del diseño del texto constitucional.

Algunos contendrán prohibiciones o permisiones expresas o implícitas, mientras que otros arreglos básicos se mostrarán neutrales respecto a semejante posibilidad. Esto es lo que he llamado un análisis basado en la doctrina de la “no delegación” privada. Pero aun frente a escenarios en los cuales sea plausible concluir que tales delegaciones se encuentran autorizadas –desde el plano formal o estructural– o están debidamente compensadas por el poder público –desde el punto de vista funcional–, ello no releva al intérprete de un análisis focalizado en la garantía al debido proceso y la forma democrática de gobierno.

Son esos tres elementos los que jueces y legisladores habrán de tener presentes a la hora de controlar o diseñar los marcos normativos que, de un modo u otro, pretendan asignarles a entidades privadas el manejo de algunos de los asuntos públicos más incardinados con el gobierno de la ciudadanía toda.

## Bibliografía

- Abal Medina, J. M. y Cao, H. (2012). *Manual de la Nueva Administración Pública Argentina*. Buenos Aires: Ariel.
- Abramson, H. I. (1989). A Fifth Branch of Government: The Private Regulators and Their Constitutionality. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 16, 165-220.
- Aranson, P. H., Gellhorn, E. y Robinson, G. O. (1982). A Theory of Legislative Delegation. *Cornell Law Review*, 68(1), 1-67.
- Barak, M. (2010). Constitutional Limits to Privatization: The Israeli Supreme Court Decision to Invalidate Prison Privatization. *Oxford International Journal of Constitutional Law*, 8(4), 690-713.
- Bürthe, T. y Mattli, W. (2013). *The New Global Rulers: The Privatization of Regulation in the World Economy*. Princeton: Princeton University Press.
- Castro Videla, S. y Maqueda Fourcade, S. (2018). *La Delegación Legislativa y el Estado Regulatorio*. Buenos Aires: Ábaco.
- Congressional Research Service. (2014). *Definitions of “Inherently Governmental Function” in Federal Procurement Law and Guidance*. R42325.
- Cortese, M. (2019). Límites al accionar de la gestión colectiva desde el derecho de la competencia. *La Ley*, 2019-E, 130.
- Dolovich, S. (2005). State Punishment and Private Prisons. *Duke Law Journal*, 55, 437-536.
- Gardbaum, S. (2003). The “Horizontal Effect” of Constitutional Rights. *Michigan Law Review*, 102(3), 387-459.
- Gauna, J. O. (h) (1990). Ejercicio privado de funciones públicas. *La Ley*, 1990-D, 1205.
- Hobbes, T. (2017). *Leviatán: O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (Trad. de Manuel Sánchez Sarto.). México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.

- Hoffman, H. C. H., Rowe, G. C. y Turk, A. H. (2012). *Administrative Law and Policy in the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Hutchinson, T. (1982). *Las corporaciones profesionales*. Buenos Aires: FDA.
- Jorgensen, B. M. (1998). Delegations in Danger: The Texas Supreme Court Reinvigorates the Non-Delegation Doctrine. *Texas Tech Law Review*, 29, 213-249.
- Krent, H. J. (1990). Fragmenting the Unitary Executive: Congressional Delegations of Administrative Authority Outside the Federal Government. *Northwestern University Law Review*, 85(1), 62-112.
- Ku, J. G. (2006). International Delegations and the New World Order. *Washington University Law Review*, 81(1), 1-70.
- Lawrence, D. M. (1986). Private exercise of governmental power. *Indiana Law Journal*, 61(4), 647-695.
- Lessig, L. (2019). *Fidelity & Constraint: How the Supreme Court has Read the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Locke, J. (2012). *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires: Losada.
- Massey, C. R. (2014). The non-delegation doctrine and private parties. *Green Bag 2d*, 17, 157-171.
- Merrill, T. W. (2004). Rethinking Article I, Section 1: From nondelegation to exclusive delegation. *Columbia Law Review*, 104(8), 2097-2181.
- Metzger, G. E. (2003). Privatization as Delegation. *Columbia Law Review*, 103, 1367-1502.
- Michaels, J. D. (2017). *Constitutional Coup: Privatization's Threat to the American Republic*. Cambridge: Harvard University Press.
- Minow, M. (2003). Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion. *Harvard Law Review*, 116(5), 1229-1270.
- Minow, M. y Freeman, J. (2009). *Government by Contract*. Cambridge: Harvard University Press.
- Montero, G. R. (2019). Breve Historia Constitucional de la Provincia de Buenos Aires. Análisis de las Cartas Bonaerenses (1820-1994). *Revista Derechos en Acción*, 4(11), 91-118.
- Montesquieu (2007). *Del Espíritu de las Leyes*. Buenos Aires: Losada.
- Moisset de Espanés, L., Cima, L. B. (h), Martínez, V. H. y Ventura, G. (1984). *Propiedad de los Semovientes*. Trabajo presentado en el Seminario Interdisciplinario de la Propiedad y Empresa Agraria, San Francisco.
- Nastri, J. P. F. (2014). *Contratistas y otros actores privados durante el conflicto de Irak: (2003-2011)* (Tesis de Maestría en Estudios Internacionales). Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires. <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/2213>.
- Naveira de Casanova, G. J. y Revilla, P. J. M. (2009). Inmunidad de los instrumentos de gobierno. *Revista de Derecho Fiscal*, (4). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Noh, N. K. (2016). Non-delegation as non-deliberation. *New York University Journal of Legislation & Public Policy*, (19), 379-415.
- Nozick, R. (2013). *Anarchy, State, and Utopia*. Nueva York: Basic Books.
- O'Connell, A. J. (2014). Bureaucracy at the Boundary. *University of Pennsylvania Law Review*, 162, 841-927.
- Redish, M. H. y Cisar, E. J. (1991). "If Angels Were to Govern": The Need for Pragmatic Formalism in Separation of Powers Theory. *Duke Law Journal*, 41(3), 449-506.

- Reeder, C. (2004). Regulation by Contractors: Delegation of Legislative Power to Private Entities in Texas. *Texas Tech Administrative Law Journal*, 5, 191-230.
- Rey Vázquez, L. E. (2016). Estado, Administración y Realidad: La participación del ciudadano en la gestión pública. *Revista Digital de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, (1), 119-171.
- Rice, J. M. (2017). The private nondelegation doctrine: preventing the delegation of regulatory authority to private parties and international organizations. *California Law Review*, 105, 539-572.
- Rousseau, J. J. (2017). *El contrato social*. Buenos Aires: Colihue.
- Sacristán, E. B. (2012). Las personas no estatales como instrumentos de gobierno. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (408), 45-56.
- Santiago, A. (h) y Thury Cornejo, V. (2003). *Tratado sobre la Delegación Legislativa*. Buenos Aires: Ábaco.
- Santiago, A. (h), Veramendi, E. V. y Castro Videla, S. M. (2019). *El Control del Congreso sobre la Actividad Normativa del Poder Ejecutivo*. Buenos Aires: Thomson Reuters.
- Strauss, P. L. (1987). Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions. A Foolish Inconsistency? *Cornell Law Review*, 72(3), 488-526.
- Strauss, P. L. (2013). Private Standards Organizations and Public Law. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 22, 497.
- Vermeule, A. (2016). *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Volokh, A. (2014). The new private-regulation skepticism: Due process, non-delegation, and antitrust challenges. *Federalist Society Practice Groups*, 15, 35-53.
- Wecht, D. (1987). Breaking the Code of Deference: Judicial Review of Private Prisons. *The Yale Law Journal*, 96(4), 815-837.
- Young, G. G. (1986). Public Rights and the Federal Judicial Power: From Murray's Lessee Through Crowell to Schor. *Buffalo Law Review*, 35(3), 765-869.
- Zaring, D. (2013). Sovereign mismatch and the new Administrative Law. *Washington University Law Review*, 91(1), 59-112.

## Jurisprudencia citada

### República Argentina

#### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Ángel Estrada y Cía. S.A. c/resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos, 5/04/2005, Fallos: 328:651.
- Banco de la Provincia de Córdoba c/Provincia de Río Negro s/cobro de pesos, 14/08/2013.
- Cocchia, Jorge Daniel v. Estado Nacional y otros s/acción de amparo, 2/12/1993, Fallos: 316:2624.
- Fernández Arias, Elena, y otros c/Poggio, José sucesión, 19/09/1969, Fallos: 247:646.
- Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.), 26/06/1986, Fallos: 308:987.
- Mexicana de Aviación SA de CV c/Estado Nacional s/amparo, 26/08/2008, Fallos: 331:1942.
- Prattico, Carmelo, y otros c/Basso y Cía., 20/05/1960, Fallos: 246:345.
- Schirato, Gino c/Estado Nacional y Cooperativa Escolar de la Escuela N°14, 15/04/1982, Fallos: 304:490.

Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/Taldelwa SRL y otros, 20/05/2014, Fallos: 337:611.

## Estados Unidos

### Suprema Corte de los Estados Unidos

*A.L.A. Schechter Poultry Corp v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).  
*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936).  
*Currin v. Wallace*, 306 U.S. 1 (1939).  
*Dep't of Transp. v. Ass'n of Am. R.Rs.*, 135 S. Ct. 1225 (2015).  
*García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985).  
*INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).  
*J.W. Hampton, Jr. & Co. v. United States*, 276 U.S. 394 (1928).  
*Lebron v. National Railroad Passenger Corporation*, 513 U.S. 374 (1995).  
*Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).  
*National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976).  
*Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425 (1977).  
*Ohio v. Helvering*, 292 U.S. 360 (1934).  
*Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).  
*State of New York v. United States*, 326 U.S. 572 (1946).  
*Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins*, 310 U.S. 381 (1940).  
*The Cargo of the Brig Aurora v. United States*, 11 U.S. (7 Cranch) 383 (1813).  
*Whitman v. American Trucking Assns., Inc.*, 531 U.S. 474 (2001).

### Otros tribunales

Corte Federal de Apelaciones para el Distrito de Columbia, *Ass'n of Am. R.Rs. v. U.S. Dep't of Transp.*, 721 F.3d 666 (D.C. Cir. 2013).  
Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York, *Matter of Fink v. Cole*, 302 N.Y. 216, 97 N.E.2d 873 (1951).  
Suprema Corte de Texas, *FM Properties Operating Co. v. City of Austin*, 22 S.W.3d 868 (Tex. 2000).  
Suprema Corte de Texas, *Proctor v. Andrews*, 972 S.W.2d 729 (Tex. 1998).  
Suprema Corte de Texas, *Texas Boll Weevil Eradication Foundation, Inc. v. Lewellen*, 952 S.W.2d 454 (Tex. 1997).  
Suprema Corte de Texas, *Texas Workers' Compensation Com'n v. Patient Advocates of Texas*, 136 S.W.3d 643 (Tex. 2004).

## Reino Unido

Corte de Apelaciones (División Civil) del Reino Unido, *R. v Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan* [1993] 1 WLR 909.

# MUJERES ABUSADAS QUE MATAN: UNA MIRADA DE GÉNERO A LA LEGÍTIMA DEFENSA Y AL “SÍNDROME DE LA MUJER GOLPEADA” EN EL DERECHO CANADIENSE DESDE EL CASO *R V. LAVALLEE*

---

**Melisa N. Handl**

Universidad de Ottawa

mhand050@uottawa.ca

**Recibido:** 14/09/2020

**Aceptado:** 30/09/2020

## Resumen

El propósito del presente artículo es analizar la aplicación de la excluyente de responsabilidad de la legítima defensa en los casos de mujeres abusadas que matan a sus abusadores, con énfasis en las dificultades teóricas y prácticas que presenta tal figura desde una perspectiva de género. Se aborda la institución de la legítima defensa simultáneamente desde una doble mirada: la perspectiva de la violencia de pareja y la perspectiva del derecho canadiense. Se reflexiona sobre soluciones alternativas en los casos en los que se produjo una defensa diferida, inquiriendo sobre la posibilidad de una respuesta más equitativa por parte de las instituciones. La legítima defensa resguarda a quien mata a otro para defenderse a sí mismo o a un tercero. Aunque esta aseveración parezca incuestionable, es en realidad una zona de grises en el derecho penal. Las mujeres violentadas durante largos periodos de tiempo, que un día matan a sus maltratadores, generalmente no lo hacen durante una confrontación física. En este artículo, en lugar de restringir el análisis meramente a los hechos ocurridos el día de la muerte del maltratador, se dará marcha atrás en el tiempo para desmenuzar con detenimiento el ciclo de violencias recurrentes y el “síndrome de la mujer golpeada”, así como también la teoría del “control coercitivo” en el contexto canadiense. Se parte del famoso caso canadiense *Rust v. Lavallee* (1990). Se señalarán las dificultades en el alcance de algunos de los requisitos de las causales de legítima defensa y su insuficiencia para responder a las realidades de las mujeres violentadas. Esta investigación, realizada a través de un análisis de la eximente de responsabilidad penal y de sus requisitos, evidencia una preocupante desconexión entre el derecho actual y la realidad de la violencia contra las mujeres.

**Palabras clave:** violencia de género, violencia contra las mujeres, legítima defensa, síndrome de la mujer golpeada, control coercitivo, mirada de género, derechos de las mujeres, derecho penal, derecho canadiense, *Rust v. Lavallee* (1990), abordajes socio-legales.

## Battered Women Who Kill: A Gender Perspective on Self-Defence and the “Battered Women Syndrome” in Canadian Law from *R v. Lavallee*

### Abstract

This paper analyzes the exclusion of responsibility in cases of battered women who kill their abusive partners in self-defence, emphasizing the theoretical and practical difficulties from a gender lens. I investigate self-defence simultaneously from a double perspective: the perspective of intimate partner violence, and the perspective of Canadian law. I reflect on alternative solutions in cases where there was a deferred self-defence, seeking a more equitable response from institutions. Self-defence protects whoever kills another person to defend herself or a third party. Even though this legal figure seems unquestionable, it is actually an ambiguous area in criminal law. Women who are abused for extended periods of time, who one day kill their abusers, generally do not do so during a context of physical confrontation. In this paper, instead of merely restricting my analysis to the events that occurred on the day of the abuser’s death, I will go back in time to scrutinize in detail the cycle of systematic violence and the “battered woman syndrome”, as well as the theory of “coercive control” in the Canadian context. I draw from the famous Canadian case *Rust v. Lavallee* (1990). I problematize some of the requirements for self-defence, emphasizing their inability to respond to the realities of battered women. This research shows a problematic disconnect between the current legal framework and the realities of violence against women.

**Key words:** gender-based violence, violence against women (VAW), self-defence, battered women syndrome, coercive control, gender perspective, criminal law, Canadian Law, *Rust v. Lavallee* (1990), socio-legal approaches.

*i stand  
on the sacrifices  
of million women before me  
thinking  
what can I do  
to make this mountain taller  
so the women after me  
can see farther.*

*Me paro  
sobre los sacrificios  
de millones de mujeres antes que yo  
que pensaron  
qué puedo hacer  
para que esta montaña sea más alta  
así las mujeres que vienen detrás de mi  
puedan ver más lejos.*

*Legacy* (Rupi Kaur, Milk and Honey: Andrews McMeel, Kansas City, 2015).

## 1. Introducción<sup>1</sup>

El ímpetu del presente trabajo se desarrolló a partir de mi propio interés en lo que se ve como un área poco desarrollada de la investigación interdisciplinaria: la manera en la que abordamos los casos legales que involucran a mujeres maltratadas que matan a sus parejas abusivas. El síndrome de la mujer maltratada ha sido reconocido internacionalmente desde la década de 1990 como una justificación de legítima defensa, especialmente después del célebre caso canadiense *Lavallee (Rust v. Lavallee, 1990)*. En este contexto, la aceptación pública de la legítima defensa como excluyente de responsabilidad en casos de violencia doméstica es un requisito esencial en la lucha por la justicia en un sistema que ha tradicionalmente favorecido a los hombres. Es así como históricamente la doctrina de la legítima defensa ha asumido que la fuerza defensiva solamente es justificada como respuesta a una amenaza de carácter directo e inmediato. Existen múltiples y complejas razones por las cuales esta inmediatez no se da en el caso de tratarse de mujeres maltratadas ejerciendo el derecho a tal defensa. En efecto, en muchas ocasiones, las mujeres maltratadas temen por su seguridad y/o la de sus niños, acarrean una historia compleja de trauma y victimización y ejercen violencia contra su abusador en un contexto de carácter no inmediato y en el que no existe un enfrentamiento directo.

Para el desarrollo de este artículo, varias preguntas me sirvieron de guía: ¿cómo puede entenderse analíticamente a la eximente de responsabilidad penal de legítima defensa en juicios de homicidio del cónyuge violento cometido por su pareja maltratada? La consideración del síndrome de la mujer maltratada en tal situación ¿constituye un avance en la lucha contra la violencia o derivaría en un peligroso “permiso para matar”? ¿Debería incorporarse o codificarse en la normativa el síndrome de la mujer maltratada? ¿Es el síndrome de la mujer maltratada un avance para la igualdad de género o, por el contrario, termina reproduciendo los estereotipos sobre las mujeres? ¿Deben flexibilizarse los criterios de la legítima defensa en tales casos? En este trabajo discutiré de manera directa e indirecta estas preguntas.

---

1 Agradezco a Fabián Aguilar Calzadillas y a Carla González Hurtado la lectura de este trabajo, las correcciones y los comentarios ofrecidos. Mis agradecimientos para Lucila Scibona por las múltiples ediciones a este artículo y por su paciencia y dedicación. Por último, agradezco a mi colega Pierre-Gilles Bélanger por haberme sugerido esta línea de investigación. He desarrollado la temática de violencia contra las mujeres en tres talleres llevados a cabo en México (2018-2019) como parte del proyecto de Alianza México-Canadá sobre Justicia Penal Adversarial y Derechos Humanos, financiado por Global Affairs Canada como la “Capacitación basada en habilidades en el sistema de justicia penal acusatoria de México”, implementada en conjunto por el Instituto Judicial Nacional de Canadá (NJI), la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa y el Poder Judicial de los estados de México y Chiapas.

La preparación de este artículo presenta dos desafíos importantes. El primero es el desafío interdisciplinario de traducir el complejo análisis de la investigación socio-legal y de las ciencias sociales sobre la violencia doméstica en información que puedan usarse justa y equitativamente en un contexto legal sin crear sesgos. El segundo es sistémico: cómo abordar las complejidades de un sistema legal que funciona como un sistema orgánico en constante evolución, compuesto de múltiples partes entrelazadas, diversas instituciones y una enmarañada dinámica entre estas.

Este trabajo está estructurado en dos partes. La Parte I presenta la terminología adoptada, el contexto y, muy brevemente, el marco metodológico. Describo y analizo críticamente la situación actual de la violencia de género en Canadá antes de presentar el marco normativo internacional y nacional (federal, provincial y territorial) de protección de los derechos humanos de las mujeres y en la lucha contra la violencia doméstica. Sigo diferenciando los distintos tipos de violencia y criticando la problemática invisibilización del abuso doméstico en nuestras sociedades. Con el apoyo de la ayuda interdisciplinaria de la psicología, la psiquiatría y la sociología, concluyo esta primera parte del trabajo introduciendo el “síndrome de la mujer maltratada”, explicando las teorías del ciclo de la violencia y de la indefensión aprendida según las extensas y valiosas investigaciones de Lenore Walker (1979).

La Parte II de este trabajo abarca las aplicaciones legales del síndrome de la mujer maltratada. El núcleo de esta sección es el análisis del caso *Rust v. Lavallee* (1990). Examinó la figura de la legítima defensa en el derecho canadiense, desmenuzando los precedentes jurisprudenciales en el *common law*, con especial énfasis en los requisitos de razonabilidad e inminencia y problematizando los mitos que existen sobre la materia. Detallo los avances que existieron en los tribunales canadienses desde *Lavallee*, aludiendo a precedentes jurisprudenciales relevantes. Finalmente, concluyo este apartado advirtiendo con detenimiento las críticas feministas sobre el síndrome de la mujer maltratada y los nuevos avances en la investigación y en la jurisprudencia respecto a la teoría del control coercitivo.

## Parte I

### 2. Terminología: desafíos y controversias

*El lenguaje, la palabra, es una forma más de poder,  
una de las muchas que nos ha estado prohibida.*

Victoria Sau

En este artículo, usaré el término “violencia doméstica” para referirme al abuso en las relaciones íntimas entre adultos. Me focalizo en la violencia como “control coercitivo”, un concepto que surge de la doctrina feminista a los fines de explicar y documentar tácticas de poder y de manipulación. El “control coercitivo” consiste en una variedad de tácticas y estrategias sistemáticas utilizadas por el abusador para controlar, aislar, degradar y deshumanizar a las mujeres.<sup>2</sup>

Los términos “perpetrador” o “abusador” se usan indistintamente en este trabajo, al igual que los términos “víctima” y “sobreviviente”. El primer conjunto de términos se refiere a la pareja íntima dominante que tuvo la responsabilidad principal por el inicio y el patrón de la violencia doméstica; el segundo conjunto de términos se refiere a la pareja íntima sometida a violencia doméstica.

Uso los términos “víctima” y “perpetrador” de manera laxa para facilitar la escritura y la transmisión del conocimiento, pero reconozco que no todos los casos de violencia doméstica se resolverán a través del sistema judicial ni terminarán en sentencias condenatorias. También es necesario aclarar que el término “víctima” no está exento de controversias. Muchas estudiosas prefieren utilizar la expresión “sobreviviente” en lugar de “víctima”, ya que el primero honraría el hecho de que las personas que han sufrido o sufren violencia doméstica no son ni deben ser tildadas como impotentes, indefensas o ingenuas. El término “sobreviviente” reflejaría mejor la agencia, la resiliencia y el poder de las mujeres que se ven atrapadas en tal situación. La mayoría de las personas que sufren violencia doméstica realizan un esfuerzo considerable y emplean una gran valentía para dejar estas relaciones abusivas. J. Moldon (2002) argumenta a favor de abandonar el término “víctima” y explica las ventajas terapéuticas de tal estrategia. Conforme las mujeres se recuperan, dejan de verse identificadas como mujeres abusadas y comienzan a identificarse como mujeres que “fueron abusadas”.

---

2 Para una descripción general de las tipologías de violencia doméstica, recomiendo leer Jane Wangmann (2011).

Si bien desde el punto de vista analítico de la investigación sobre violencia doméstica el uso de la palabra “sobreviviente” es válido, utilizaré mayormente el término “víctima” por razones prácticas y conceptuales. El problema que presenta el uso del término “sobreviviente de violencia doméstica” es que crea otras exclusiones. Si bien muchas personas en situaciones de violencia doméstica sobreviven, muchas lamentablemente mueren. Además, la gran mayoría de las víctimas sufren de trauma y continúan reaccionando emocionalmente a los daños causados por la violencia doméstica por mucho tiempo, a veces, indefinidamente. En efecto, el término “sobreviviente” –persona que sale con vida de una situación de extremo peligro– excluye a aquellos que no han sobrevivido.

Otra opción sería el uso de “mujeres que han sido abusadas”, sin embargo, genera una exclusión basada en el género. Es necesario reconocer que si bien la mayoría de las víctimas de violencia doméstica coercitiva son mujeres, la expresión “mujeres que han sido abusadas” excluye a hombres, niños y/o personas no binarias, que también requieren tanto reconocimiento simbólico como también material (asistencia legal).

El término “víctima” no está exento de desventajas, pero es inclusivo en cuanto al género. El vocablo “víctima” también sirve para distinguir de manera sencilla y sin demasiadas vueltas a aquellas personas que sufren de violencia doméstica de aquellas personas que la infligen. Asimismo, el sistema legal, particularmente el sistema del derecho penal y el del derecho de familia, responde a la situación de los perpetradores y de las “víctimas” de violencia doméstica en un momento en el que al menos una de las partes ha escapado de la relación, momento clave y el más peligroso, ya que los efectos de la violencia doméstica están en la cima de la intensidad. Según Lundy Bancroft (2002), al momento de la separación la violencia aumenta sustancialmente. Las investigaciones demuestran que los ataques más atroces se dan cuando la mujer intenta irse de la relación (Mahoney, 1991, pp. 5-6). El momento de la separación es registrado como el período más peligroso en una relación de abuso y se estipula que puede durar hasta dos años después de terminada la relación (Walker, 1990, p. 333). En efecto, la reivindicación de independencia de la mujer en el acto de la separación exacerba la violencia masculina y el riesgo de las mujeres de ser gravemente lesionadas o asesinadas (Schneider, 2000, p. 115). En tal acontecimiento, el término “víctima”, a pesar de sus desventajas, enfatiza discursivamente las vulnerabilidades y el peligro asociado a los procesos de separación, riesgos que no deben ser desestimados.

Asimismo, los términos “violencia doméstica” y/o “violencia familiar” abar-

can una multiplicidad de fenómenos extremadamente complejos que deben ser abarcados desde una multiplicidad de disciplinas. Resulta difícil crear una conceptualización uniforme del fenómeno entre los diferentes sistemas legales debido a las diferencias inherentes a cada tipo de violencia, las diversas terminologías, la particular relación entre agresor y víctima y la diferente priorización en cuanto a la comisión de un delito, los daños, la libertad, la seguridad, el interés de los niños, la salud física y mental y el riesgo, *inter alia*, entre los diferentes sistemas, instituciones, actores y sectores. Como explica la Dra. Neilson (2013), el término “violencia familiar” es más amplio e incluye la “violencia doméstica” o “violencia de pareja íntima”. Se relacionan entre sí como lo general y lo particular; la “violencia doméstica”, por ejemplo, constituye una especie de la “violencia familiar”; la “violencia de pareja íntima” es el género respecto a la violencia familiar. La última también incluye la violencia entre padres e hijos, hermanos y parientes.

La “violencia doméstica” no puede separarse completamente de otras formas de “violencia familiar” por varias razones (Neilson, 2013). En primer lugar, existe una superposición empírica entre la violencia de pareja íntima y otras formas de violencia dentro de las familias. En segundo lugar, muchos pueblos indígenas prefieren utilizar la expresión “violencia familiar” (Neilson, 2013). Finalmente, es importante abordar de forma dinámica las formas de violencia familiar de género asociadas con la cultura en las familias. Por ejemplo, miembros de una familia –como los hijos– podrían actuar en nombre de uno de los cónyuges a los fines de controlar al otro cónyuge (Neilson, 2013). Si bien esta forma de violencia familiar se asemejaría a la “violencia doméstica”, no lo utilizaré cuando me refiera a “violencia doméstica”. El uso del término “violencia doméstica” en este trabajo se restringe al abuso o la violencia dirigida contra una pareja íntima (o expareja íntima), no incluyendo la violencia dentro de la familia por parte de otros miembros de esta.

También utilizo el término “violencia de pareja” o “violencia íntima” o “violencia doméstica”, que algunos autores han tildado como problemático por ser neutral en cuanto al género (DeKeseredy y Dragiewicz, 2014). Sin embargo, en este trabajo me refiero explícitamente a la violencia de pareja contra la mujer. En efecto, me focalizo en la violencia perpetrada por los hombres contra las mujeres. Si bien los hombres también pueden ser víctimas de violencia íntima, las estadísticas demuestran que es poco probable (aunque no imposible) que así sea. Como se detalla en los próximos apartados de este trabajo, en Canadá, aproximadamente el 80% de las víctimas de violencia de pareja son mujeres.

### **3. Contexto. “¿Por qué una mujer no puede ser más como un hombre?”: el androcentrismo del derecho y la necesidad de la perspectiva de género**

En el ahora clásico cinematográfico *My Fair Lady* (1964), el personaje conocido como Henry Higgins, un profesor de fonética misógino y egoísta, se pregunta “por qué una mujer no puede ser más como un hombre”. La académica Sally Simpson (1989) responde al desafortunadamente célebre reclamo de Henry Higgins con una reflexión cínica, argumentando que “la teoría criminológica supone que una mujer es como un hombre” (p. 605).

Ya aproximadamente en la década de 1970, varias feministas criminólogas como Heidensohn (1968), Klein (1973) y Smart (1976) habían argumentado que la mayoría del derecho penal asumía que lo que era cierto para el varón también lo era para toda la humanidad (Simpson, 1989). Daly y Chesney-Lind (1988) explicaron que tanto el estudio del crimen como el proceso mismo de justicia es androcéntrico, ya que parte de las experiencias masculinas y la manera de entender el mundo desde los ojos de los hombres sin tener en cuenta la experiencia femenina, ya sea como participante o como víctima del crimen. Las mujeres que se desviaban de los roles socialmente asignados eran vistas como histéricas, enfermas, manipuladoras, moralmente corruptas y alienadas (Glueck y Glueck, 1934; Simpson, 1989). Se entendía entonces que tanto los comportamientos en conformidad a la ley como aquellos que implicaban su violación se derivaban de su “naturaleza femenina” (Edwards, 1985; Klein, 1973; Simpson, 1989). Como lo explica Simpson (1989), no fue hasta el progreso de la crítica feminista de la década de 1970 que los modelos biogénicos/psicógenos del crimen femenino perdieron su pedestal dogmático.

Las estudiosas feministas han criticado durante mucho tiempo al derecho como androcéntrico y al supuesto estándar “objetivo” de la legítima defensa como parcial y discriminatorio (Ogle y Jacobs, 2002; Schneider, 1996; 2000). Tal como lo explica Alda Facio, “el derecho conlleva una fuerte parcialidad ‘androcéntrica’”, ya que las leyes formalmente instituidas como neutrales, universales y objetivas terminan siendo interpretadas por los jueces desde una mirada que beneficia a los varones (Facio y Frías, 1999, p. 15). *Verbi gratia*, Facio enfatiza que el hombre es el sujeto distintivo que sirve de referencia, de punto de partida a los fines de la aplicación del principio formal de igualdad. Si bien tal principio técnicamente también se aplicaría a la mujer, sus necesidades se consideran “especiales” por ser distintas a las necesidades del hombre.

Es así como la violencia contra la mujer ha sido ignorada o soportada históricamente. En efecto, las mujeres han sido percibidas como inferiores a los

hombres y las leyes de la civilización occidental han aprobado por mucho tiempo el uso de la violencia contra las mujeres para castigarlas y controlarlas (Dowd, 1992), y han alentado el uso de la fuerza física a los fines de mantener al hombre en una posición de poder dentro del hogar (Bates, 1991). Incluso el origen de la palabra “familia” se refiere al hombre como emperador de lo doméstico: significaba la totalidad de los esclavos pertenecientes a un individuo (Martín, 1981).

Dowd (1992) explicó que, en el derecho romano, el hombre podía ejercer fuerza para disciplinar a su esposa, pegándole hasta dejar sus ojos moreteados e incluso rompiéndole la nariz. En Rusia, en el siglo XVI, se decía que los esposos no debían pegarles a sus esposas en la cara o en la oreja, no porque pegarle fuera ilícito, sino porque sería problemático e impráctico en caso de que la mujer quedara ciega o muriera (Dowd, 1992). Hasta aproximadamente 1600, un hombre podía matar a su esposa sin impedimento alguno ni castigo en muchas partes de Europa; pero si una esposa asesinaba a su marido, era un acto de traición, considerado análogo al asesinato del rey, pero en la esfera de lo privado (Browne, 1987; Dowd, 1992). Después de todo, el hombre reinaba en la esfera de lo privado. Incluso en nuestros tiempos, en algunas culturas, el homicidio del esposo a manos de la esposa recibe una mayor condena social que cuando el esposo asesina a su mujer.<sup>3</sup>

Blackstone (1867) explicó que

Si el varón mata a su mujer es lo mismo que si hubiera matado a un extraño o a cualquier otra persona; pero si la mujer mata a su varón, las leyes lo consideran un crimen mucho más atroz, ya que no sólo rompe las ataduras de la humanidad y el afecto conyugal, sino que se deshace de todo sometimiento a la autoridad de su marido. Y por eso, la ley califica su crimen como una especie de traición, y la condena al mismo castigo que si hubiera matado al rey. (p. 418, nota al pie 103)

Según la ley inglesa, existía una “regla del dedo pulgar” según la cual un hombre podía golpear a su esposa con un palo no más ancho que su dedo pulgar (Dowd, 1992), regla paradójicamente promulgada para “proteger” a las mujeres de los excesos de los maridos.

Asimismo, a través de la historia, las mujeres han sido consideradas “propiedad” de los hombres: primero, era propiedad de su padre y luego se traspasaba

---

3 Sobre un análisis a nivel cultural de los valores involucrados en el homicidio de esposas por parte de sus maridos, ver Spatz (1991).

al marido a través de la institución del matrimonio. La violencia contra sus esposas e hijos no solamente les era permitido a los hombres, sino que también era considerado como un deber para mantener a las mujeres y a los niños “en su lugar” (Taubman, 1986). La doctrina legal anglosajona conocida como *coverture*, por ejemplo, establecía que las mujeres casadas no podían poseer propiedades libres del control de su marido (Dowd, 1992). Las reglas inglesas del derecho consuetudinario que transferían la propiedad de las mujeres a sus maridos al casarse a través de esta doctrina legal eran de las leyes que los emigrantes de Inglaterra trajeron a Canadá. Contribuyeron a la precarización de la situación de las mujeres canadienses, ya que los precedentes equitativos que se habían desarrollado en Inglaterra para prevenir los casos más flagrantes de abuso de la *coverture* tuvieron menos impacto en Canadá, donde los tribunales de equidad se desarrollaron lentamente y no había acceso a la justicia (Backhouse, 1988, p. 211). Según Backhouse (1988), debido a una tasa aparentemente alta de casos de abandono de esposa, las mujeres no tenían ningún tipo de manutención por parte de sus maridos, pero aun así seguían incapacitadas por las reglas de la doctrina de la *coverture*. Incluso cuando las mujeres eran víctimas de violación o abuso sexual, el crimen no era contra ellas, sino contra el hombre al que ella supuestamente pertenecía (Dowd, 1992).

Hasta 1928, las mujeres ni siquiera eran consideradas “personas” en Canadá. El caso de las personas (“Persons’ Case”, oficialmente *Edwards v. A.G.*) fue un fallo constitucional en Canadá que estableció el derecho de las mujeres a ser designadas para el Senado. El caso fue iniciado por las Cinco Famosas (*the Famous Five*), un grupo de destacadas mujeres activistas. En 1928, la Suprema Corte de Canadá dictaminó que las mujeres no eran “personas” de acuerdo con la entonces Ley Británica de América del Norte y, por lo tanto, no podían ser designadas para el Senado. Sin embargo, las mujeres apelaron al Comité Judicial del *Privy Council* en Londres, Inglaterra, que en 1929 revocó la decisión de la Corte. El “caso de las personas” abrió la esfera del Senado a las mujeres, lo que les permitió trabajar tanto en la Cámara de los Comunes como en la Cámara Alta. Fundamentalmente, el reconocimiento legal de las mujeres como “personas” significaba que ya no se les podían negar derechos a ellas sobre la base de una interpretación restrictiva de la ley.<sup>4</sup>

Con el correr del tiempo, la igualdad que las mujeres habían logrado en algunos países resultó en una igualdad en términos de hombres. Se solía tratar

---

4 Government of Canada, Status of Women in Canada.

a las mujeres como iguales a los hombres, siempre que se ajustaran a los estándares de cognición y comportamiento masculinos.<sup>5</sup> Por ende, el principio de igualdad reconoce una igualdad formal ante la ley, pero que en su aplicación en la realidad impacta negativa y discriminatoriamente sobre las mujeres.<sup>6</sup> Conocemos hechos de desigualdad social como la feminización de la pobreza, la diferencia salarial, el “techo de cristal” y las crudas estadísticas que evidencian la innegable y marcada tendencia de los varones abusivos a golpear a sus compañeras con mucha más frecuencia y severidad de lo que las mujeres golpean a los hombres; tales hechos significan que la igualdad formal plasmada en legislación, tratados, reglamentaciones y en los libros no necesariamente conduce a una igualdad sustancial.

Los dos debates que se encuentran con mayor frecuencia en la jurisprudencia feminista norteamericana se focalizan en el debate reformistas versus Radicales, y el “debate de la igualdad versus la diferencia” (Dietz, 2003, p. 401-404). El último es el que nos concierne. Por un lado, las feministas de la igualdad argumentan que las “diferencias” entre ambos sexos se han utilizado para evitar que las mujeres disfruten de un estatus legal igual al de los hombres y que las mujeres deben ser consideradas iguales a los hombres. Por otro lado, las feministas de la diferencia argumentan que las diferencias entre hombres y mujeres son significativas y deben ser tomadas en cuenta por la ley para lograr la justicia y la equidad. Las mujeres tienen diferentes necesidades que requieren diferentes recursos legales (Williams, 1991). Se debe hacer que la ley reconozca las diferencias que son relevantes para la vida, el estatus y las posibilidades de la mujer.

Si bien la norma abstracta de la igualdad formal, como la vara lesbiana,<sup>7</sup> su-

---

5 Al respecto, ver el trabajo de Williams (1984-1985).

6 Por ejemplo, en 1974, las feministas cuestionaron el hecho de que la ley de discapacidad de California cubría prácticamente todas las afecciones médicas, pero no el embarazo. La Suprema Corte de los Estados Unidos, sin embargo, sostuvo el carácter no discriminatorio de tal legislación, ya que, según esta, a primera vista, no discriminaria a la mujer. Según el razonamiento de la Corte, la ley excluía la condición de embarazo; tanto hombres como mujeres pueden estar “no embarazados” (*not pregnant*); ergo, la Corte concluyó que la ley no discriminaria entre hombres y mujer. El hecho de que solo las mujeres quedan embarazadas aparentemente no influyó en la Corte. Este razonamiento abrió la absurda posibilidad de excluir, por ejemplo, el cáncer de mamas sin plantear un problema de discriminación, ya que, técnicamente, tanto hombres como mujeres pueden estar libres de cáncer de mama. Si uno ignora los efectos de la ley y asume que hombres y mujeres son iguales en todos los sentidos, la Corte sin duda tenía razón. Sin embargo, la igualdad no significa que hombres y mujeres sean idénticos. *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974). 11. Id. at 496 n.20. 12. En 1978, el Congreso anuló estatutariamente el fallo del Tribunal al adoptar la Ley de discriminación por embarazo. Pub. L. No. 95-555, 92 Stat. 2076 (codified at 42 U.S.C. § 2000e(k) (1994)).

7 Como ocurría con la “vara lesbiana” o “regla de Lesbos”, utensilio de plomo empleado por los archi-

puestamente se adaptaría y aplicaría al caso de las mujeres, en realidad el principio de igualdad formal termina muchas veces funcionando como el lecho de Procusto,<sup>8</sup> rígido, excluyente, marginalizando las experiencias y necesidades de las mujeres. Es así como en el ámbito de nuestro interés,

se insiste en promulgar [...] leyes sobre violencia doméstica que tratan este hecho como si fuese neutral. Como si esta violencia se diera indistintamente contra hombres o mujeres, niñas o niños, o como si en las relaciones de pareja y en las familias, no hubiese una persona con mucho más poder que la o las otras. (Facio y Fries, 1999, pp. 25-26)

Elena Laurrari (1994) también explica que el marco normativo penal se esconda bajo una apariencia de supuesta objetividad y de neutralidad, cuando en realidad tiene un marcado carácter androcéntrico. Esto significa, según la autora, que impacta negativamente sobre la mujer porque parte de la base de considerar al hombre como sinónimo de lo que significa “ser humano” (Laurrari, 1994, p. 22).

Jeanne Flavin (2001) sostiene que el feminismo debe desafiar al pensamiento androcéntrico para ser “reflexivo y relevante” (p. 281). De lo contrario, nos perdemos la posibilidad de realizar un análisis más justo sobre las dinámicas sociales que perpetúan tanto el crimen como la victimización; y, simultáneamente, no mejoramos ni las políticas ni las prácticas sociales (Flavin, 2001, p. 281). La autora argumenta que tanto los prejuicios de género como los de raza han sido puntos epistemológicos desatendidos dentro del campo de la investigación, y la falta de consideración de esos puntos nos ha impedido entender las complejas modalidades del crimen (Flavin, 2001, p. 275).

Si se parte de la crítica al orden público mundial como foro en el que las mujeres están inadecuadamente representadas, varias feministas han afirmado

---

rectos de la isla griega que, por ser maleable, media las superficies amoldándose a las formas de los objetos (Aristóteles, 2001, V, 10).

8 En la mitología griega, el semidiós Procusto les ofrecía a sus huéspedes acostarse en una cama de hierro en la que, una vez dormidos, eran atados de sus extremidades a las esquinas del lecho, de tal forma que aquellos huéspedes cuyos cuerpos no se ajustaban con precisión a las dimensiones del lecho eran mutilados. Procusto serraba los miembros sobresalientes o, si eran de menor tamaño que la cama, estiraba sus cuerpos hasta hacer que se ajustasen al lecho. La muerte ocurría en ambos casos. El mito de Procusto puede interpretarse en nuestros tiempos como entendiendo a la *epiékheia* (equidad, o interpretación benigna y prudente de la ley según las circunstancias de tiempo, lugar y sujetos) como una exigencia de la justicia y no como un mero privilegio (Aristóteles, 2001, V, 10). El derecho debe ser dúctil, como la “vara de Lesbos” (que se adaptaba a los objetos), y no rígido como el “lecho de Procusto” (al que había que adaptarse).

que la protección que ofrece el marco de los derechos humanos internacionales es “androcéntrica”. Desde la publicación de la crítica de Charlesworth, Chinkin y Wright (1991), las feministas han desafiado el derecho internacional como sesgado desde su misma concepción, aunque por diferentes motivos. Las feministas radicales atacan la existencia misma de los Estados como sujetos y objetos del derecho internacional, alegando que el concepto de “Estado” promueve una falsa dicotomía entre lo “público” y lo “privado”, privilegiando a los hombres y perpetuando la subordinación de las mujeres. Las feministas radicales han venido a atacar al Estado “patriarcal” y su aparato legal en conjunto como productos y perpetuadores de la opresión masculina y la subsecuente subordinación femenina.<sup>9</sup>

Las feministas liberales argumentan que el derecho internacional defiende una ética de la justicia masculina que no considera ni los problemas ni las perspectivas de las mujeres.<sup>10</sup> Las feministas posmodernas afirman que el derecho internacional es producto de un pensamiento monolítico y hegemónico que ignora la multiplicidad y diversidad de las experiencias de las mujeres.<sup>11</sup>

Entonces, vemos que un hilo que une toda la literatura feminista es el reconocimiento de una hegemonía masculina y un androcentrismo que perjudica a las mujeres, un compromiso con la igualdad (cualquiera que sea su definición) y el uso de una variedad de métodos para lograr la igualdad de género, *de facto* y *de jure*.

#### 4. Métodos

La metodología utilizada es la investigación documental, mediante la recolección, revisión y análisis de los materiales existentes sobre los diferentes aspectos de la violencia doméstica en Canadá. Los escritos no han sido exclusivamente jurídicos, ya que el tema de la violencia de género y sus implicaciones en la exclusión de responsabilidad deben ser analizados desde diversas ramas del conocimiento que permiten su comprensión de una forma más completa, incluyendo la sociología, la psicología y la psiquiatría. He notado una ausencia de materiales en idioma español sobre este fenómeno, específicamente sobre el caso canadiense, lo cual es alarmante. Si bien el idioma inglés es considerado

---

9 Por ejemplo, ver el trabajo de Mackinnon (1987).

10 Ver el trabajo de Robinson (1997).

11 Ver Butler (1990).

por algunos la “lengua franca de la academia” (Ozdemir, 2014), la falta de disponibilidad de literatura en español no contribuye a la lucha contra la violencia doméstica, agravando los mitos y la falta de comprensión sobre este fenómeno que ya es altamente estigmatizado en nuestras sociedades y excluye la posibilidad de diálogo con aquellos académicos que no manejan el idioma inglés y no se encuentran situados en el mundo anglosajón. Parte del trabajo involucrado en este artículo ha sido la traducción e interpretación de numerosos trabajos académicos y de legislación y jurisprudencia sobre la materia que no está disponible en español.

### **5. Situación actual de la violencia de género en Canadá: estadísticas que hablan**

En Canadá, las mujeres son las principales víctimas de la violencia doméstica.

Según el índice de desarrollo humano (IDH) de 2018 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD),<sup>12</sup> Canadá ocupa el puesto 12° de una lista de 189 países con un “índice de desarrollo humano muy alto” que llega a los 0,926 puntos. En 2019, bajó con un IDH de 0,922 puntos.<sup>13</sup> Asimismo, este país se ha convertido en el líder de una nueva lista que clasifica a los países con la mejor calidad de vida en todo el mundo.<sup>14</sup>

A pesar del elevado nivel de vida en Canadá, el país no está exento de una situación preocupante en cuanto a la violencia contra las mujeres. Por el contrario, el ejemplo de Canadá sirve para ilustrar cómo la violencia de género es lamentablemente un fenómeno de índole global, insidioso, que afecta a todas las culturas, clases sociales, grupos de edad, en diversas situaciones socioeconómicas y con distintos niveles de educación, a pesar que la legislación y los organismos encargados de hacer cumplir la ley están supuestamente cada vez más facultados para proteger a las víctimas.

En efecto, la violencia de género contra las mujeres se identifica en todo el mundo como uno de los desafíos sociales y de derechos humanos más apre-

---

12 El IDH del PNUD ha sintetizado en un solo número el progreso humano, al combinar información sobre la salud, la educación y los ingresos de las personas. Ha servido como una herramienta comparativa. [http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018\\_human\\_development\\_statistical\\_update\\_es.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_es.pdf).

13 Ver el IDH del PNUD de 2019 en [http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr\\_2019\\_overview\\_-\\_spanish.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr_2019_overview_-_spanish.pdf).

14 En la *US News & World Report*, el Ranking de los Mejores Países de 2019, producido con el Grupo BAV y la Escuela Wharton de la Universidad de Pennsylvania. <https://toronto.hispanocity.com/publicacion/canada-es-el-pais-con-la-mejor-calidad-de-vida-en-el-mundo/>.

miantes del mundo.<sup>15</sup> Los costos económicos de la violencia doméstica en Canadá están estimados entre 1,5 y 15 mil millones de dólares anuales.<sup>16</sup> Farrow et al. (2016) han intentado cuantificar otros costos asociados con el acceso a la justicia, que no incluyen los institucionales acumulativos a largo plazo, como costos educativos, laborales, de salud –en cuanto a adicción, como drogas y alcohol– y legales. Además, la violencia doméstica es intergeneracional. Cuando los niños se ven perjudicados por la exposición a la violencia de una pareja íntima, los efectos pueden ser a largo plazo, incluso permanentes. La investigación científica médica ahora ha confirmado que la violencia doméstica puede afectar negativamente el desarrollo neurológico de un niño.<sup>17</sup>

La violencia doméstica impone una enorme carga financiera a las mujeres y a la sociedad. El costo de oportunidad para ellas y el impacto negativo en sus empleos y carreras es difícil de cuantificar. El mayor costo, sin embargo, es la pérdida del sentido de seguridad, de confianza en sí mismas y de pertenencia.

En 2013, Statistics Canada (Estadísticas Canadá) publicó el informe “Midiendo la Violencia contra las Mujeres: Tendencias Estadísticas” (Statistics Canada, 2013), que destacó los siguientes datos: en 2011, los cinco delitos violentos más comunes cometidos contra las mujeres fueron agresión (49%), amenazas (13%), agresión grave (10%), agresión sexual de nivel I (7%) y acoso criminal (7%). Las mujeres tenían once veces más probabilidades que los hombres de ser víctimas de delitos sexuales y tres veces más probabilidades de ser víctimas de acoso criminal (Statistics Canada, 2006, p. 8). El informe explica que el delito de agresión común tiene una tasa de condena de solo el 17%.

Las mujeres representaron el 79% de las víctimas de violencia doméstica denunciadas a las autoridades en 2018 y corren mayor riesgo de ser asesinadas por violencia doméstica que los hombres (Canadian Centre for Justice Statistics, 2019). Las estadísticas canadienses de los años 2014-2016 también confirman que la tasa de homicidio por parte de una pareja íntima fue cuatro veces mayor para las mujeres que para los hombres (Burczycka, 2016; Miladinovic y Mulligan, 2015; y Statistics Canada, 2016). De los 83 homicidios de parejas íntimas en 2014, 67 fueron cometidos contra mujeres (Miladinovic y Mulligan, 2015).

---

15 Ver, por ejemplo, “Women and Violence” (Naciones Unidas); “Gender Equality” (United Nations Fund for Population Activities); “Violence against Women” (World Health Organization).

16 Ver Neilson (2013).

17 Una de las mejores fuentes de información pública confiable sobre este tema es el Consejo Científico Nacional sobre el Niño en Desarrollo de la Universidad de Harvard: <http://developingchild.harvard.edu/index.php/activities/council/>.

Eso significa que en 2014 una mujer fue asesinada por su pareja aproximadamente cada cinco a seis días.

Estas cifras se incrementan en casos de mujeres de grupos marginalizados, que incluyen a las mujeres indígenas, mujeres lesbianas, inmigrantes, refugiadas, mujeres con alguna discapacidad, y mujeres que viven en situación de pobreza. En 2014, el 10% de las mujeres aborígenes reportaron violencia doméstica, mientras que esa cifra desciende al 3% en caso de mujeres no aborígenes.<sup>18</sup>

### 5.1. El caso de la violencia contra las mujeres indígenas en Canadá

El caso de las mujeres indígenas violentadas en Canadá requiere una mención aparte dada la severidad de la problemática. Ser mujer e indígena en este país es un riesgo según el Informe Provisional de la Investigación Nacional (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, 2019c), que detalla cómo las mujeres indígenas son agredidas física y sexualmente casi tres veces más que las mujeres no indígenas.<sup>19</sup> También están experimentando violencia doméstica en tasas más altas y tienen aproximadamente siete veces más probabilidades de ser asesinadas, según el mismo reporte provisional.

Dubravka Šimonović, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres, dijo que la violencia contra las mujeres en Canadá sigue siendo un “problema generalizado, sistemático y grave”.<sup>20</sup> En su reporte final, al concluir su misión en Canadá, detalló que “las mujeres y niñas indígenas de las comunidades de las Naciones Originarias, Métis e Inuit están en desventaja dentro de sus propias comunidades y dentro del país, más ampliamente”, sufriendo exclusión y pobreza debido a discriminación institucional y sistémica que no ha sido abordada por Canadá.

La epidemia de Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas (Murdered and Missing Indigenous Women, o MMIW, por sus siglas en inglés) ha sido reconocida como un flagelo que afecta a los pueblos indígenas en Canadá. Se le ha descrito como una crisis nacional canadiense y un genocidio canadiense.<sup>21</sup>

---

18 Canadian Centre for Justice Statistics (2016). Este informe no presenta estadísticas específicas en cuanto a mujeres inmigrantes, refugiadas o en situación de pobreza. Sobre el tema de violencia contra mujeres marginalizadas, recomiendo leer: Bhuyan, Osborne, Zahraei y Tarshis (2014); Burns (2010); Koshan (2012); Sheppard (2000); Ursel (2006).

19 Ver National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls (2019c).

20 Ver Bellrichard (2018).

21 Un documento que se adjunta como anexo al informe principal lo describe como un genocidio. A Legal Analysis of Genocide: Supplementary Report. <http://mncfn.ca/wp-content/uploads/2019/06/>

En respuesta a las repetidas demandas de las comunidades indígenas y de activistas y organizaciones no gubernamentales y de base, el Gobierno de Canadá, bajo el mando del primer ministro Justin Trudeau, estableció la Investigación Nacional sobre Mujeres y Niñas Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en septiembre de 2016. El 3 de junio de 2019 se publicó el informe final, titulado “Reclamación del Poder y el Lugar: Informe Final de la Investigación Nacional sobre Mujeres y Niñas Indígenas Desaparecidas y Asesinadas”, que consta de los volúmenes 1a<sup>22</sup> y 1b.<sup>23</sup> A lo largo de este informe, se explican las acciones e inacciones del Estado, arraigadas en “las ideologías coloniales construidas sobre la presunción de superioridad de los colonizadores y utilizadas para mantener el poder y el control sobre la tierra y sobre los pueblos indígenas mediante la opresión, en muchos casos, eliminándolos” (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women, 2019a, p. 54). Las mujeres indígenas han sido un grupo históricamente marginado que ha sufrido a menudo odio y violencia (Harper, 2007, pp. 33-38). La pobreza y la falta de vivienda contribuyen a su marginalización, al igual que el racismo, el sexismo y el legado del colonialismo. El estrés postraumático causado por los abusos en el sistema de escuelas residenciales de Canadá también ha contribuido a la violencia. Uno de los hallazgos más significativos del informe final fue que no había “una estimación confiable del número de mujeres, niñas y 2SLGBTQQIA<sup>24</sup> indígenas desaparecidas y asesinadas en Canadá” (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women, 2019b, p. 234).<sup>25</sup>

---

Supplementary-Report\_Genocide.pdf.

- 22 National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls (2019a).
- 23 National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls (2019b).
- 24 2SLGBTQQIA son las siglas en inglés que corresponden a personas “dos-espíritus, lesbiana, gay, bisexual, transgénero, *queer*, en proceso de exploración (*questioning*), intersex y asexual”. Celebro el entendimiento más amplio y progresista que fue adoptado por la Investigación Nacional de Canadá sobre Mujeres y Niñas Indígenas Desaparecidas y Asesinadas que va mucho más allá del binario biológico de mujeres y hombres, abarcando todas las identidades y diversas sexualidades (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, 2019a, p. 58).
- 25 El segundo hallazgo significativo parte de los informes de la Real Policía Montada de Canadá (RCMP, por sus siglas en inglés, o Royal Canadian Mounted Police, servicio policial nacional canadiense) de 2014 y 2015, concluyendo que en tales informes se habían identificado causas limitadas e incompletas de homicidios de mujeres y niñas indígenas en Canadá (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, 2019b). En tercer lugar, se desmitificó la estadística normalmente citada de que los hombres indígenas son responsables del 70% de los asesinatos de mujeres y niñas indígenas, concluyendo que no hay base empírica alguna para tal aserción. En cuarto lugar, prácticamente no se encontró información con respecto al número o las causas de las mujeres y niñas mestizas e inuit desaparecidas. En quinto lugar, se enfatizó que las comunidades indígenas, especialmente situadas en zonas remotas, carecen de recursos y no son priorizadas por

La pandemia ha venido a intensificar la violencia que ya sufrían las mujeres indígenas en Canadá. La Asociación de Mujeres Nativas de Canadá ha llevado encuestas a nivel nacional con mujeres indígenas de las Naciones Originarias, Inuit y Métis para determinar cómo el virus COVID-19 las ha afectado (Asociación de Mujeres Nativas de Canadá, 2019).<sup>26</sup> Los resultados preliminares de una encuesta realizada a más de 250 mujeres indígenas revelan un incremento profundamente preocupante en el número de mujeres indígenas que dicen estar enfrentando incidentes más violentos desde que comenzó la pandemia, especialmente por parte de una pareja íntima. Una de cada cinco mujeres indígenas reportó haber sido víctima de violencia física o psicológica durante los últimos tres meses. Estas mujeres están más preocupadas por la violencia doméstica en medio de esta pandemia que por el mismo virus COVID -19.

Finalmente, el tráfico humano en Canadá es preocupante en lo que respecta a las mujeres y niñas indígenas, que están sobrerrepresentadas como víctimas de la trata de personas. También existe una falta generalizada de datos sobre el tráfico de personas, ya sea con fines de explotación sexual u otros.

## 6. Marco normativo legal internacional y el derecho canadiense

En este apartado, voy a referirme al marco normativo relacionado con el reconocimiento de la violencia de género, cubriendo el *corpus juris* internacional de protección de los derechos de las mujeres.

A partir de la década de 1970, los movimientos de mujeres realizaron esfuerzos con el propósito de visibilizar el fenómeno de la violencia de género. Podemos identificar al menos tres instrumentos fundamentales. El Protocolo Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana reconocen el derecho de todas las personas a la igualdad y no discriminación, a la vida, a la salud, a la libertad, a la seguridad personal, a la integridad personal, física, psíquica y moral, a la dignidad y a encontrarse libres de tortura y penas, tratos

---

el Estado. En sexto lugar, que “hay una falta de comunicación con las familias y las comunidades indígenas por parte de los servicios policiales y una falta de confianza en la policía por parte de las comunidades indígenas”. Séptimo, que “sigue habiendo falta de comunicación y coordinación entre la policía y otras agencias de servicios estatales”. Octavo, las muertes y desapariciones de mujeres, niñas y personas indígenas 2SLGBTQQIA están marcadas por una indiferencia institucional y estatal. Particularmente, los prejuicios, estereotipos y el estigma sobre mujeres, niñas y personas 2SLGBTQQIA indígenas impactan negativamente en las investigaciones policiales, por lo que las muertes y desapariciones son investigadas y tratadas menos seriamente que otros casos (National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, 2019b, p. 234).

26 Ver Wright (2020).

cruces, inhumanos o degradantes.<sup>27</sup> El Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también contiene disposiciones relacionadas con la lucha contra la violencia de género, tales como el derecho a disfrutar el más alto nivel posible de salud física y mental, al trabajo, a la educación, a la protección de la familia y a garantizar tales derechos sin discriminación alguna por motivos de género (artículos 6-15).<sup>28</sup>

Canadá no ratificó la Convención Americana. De hecho, desde que se unió a la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1990, no se ha adherido a la Convención de Derechos Humanos (Convención Americana) ni ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Sin embargo, sí reconoció las funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), incluida su competencia para formular recomendaciones a los Estados miembros y para recibir y tramitar peticiones individuales.<sup>29</sup>

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) constituyó el primer instrumento de derechos humanos dedicado exclusivamente a la protección y promoción de los derechos de las mujeres. Fue aprobada por las Naciones Unidas en 1979 y entró en vigor en 1981.

Ese mismo año, Canadá fue uno de los primeros países en ratificarla, sin embargo, como lo señala Dubravka Šimonović, los derechos establecidos en las convenciones internacionales de derechos humanos como la CEDAW no son directamente aplicables y no están plenamente incorporados en el sistema legal nacional.<sup>30</sup> Por ende, esos derechos no son legalmente exigibles ni justiciables.

En Canadá, en general, los derechos humanos de las mujeres están protegidos de manera incompleta y fragmentada a nivel federal, provincial y territorial, que se encuentran en diferentes niveles de coordinación con la CEDAW y, por lo tanto, resultan en diferentes niveles de protección para el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. El Gobierno debería incorporar efectiva

27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171 (entró en vigor el 23 de marzo de 1976).

28 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se abrió a la firma de la Asamblea General de la ONU el 19 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976, el mismo año en el que Canadá se convirtió en Estado Parte de este.

29 Ver el excelente trabajo de Duhaime (2019).

30 Declaración del fin de misión de Dubravka Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias (2018). Visita oficial a Canadá. <https://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22981&LangID=E>.

y plenamente la CEDAW en todos los niveles de la jurisdicción nacional utilizando los derechos humanos de la mujer y la Recomendación General N° 35 de la CEDAW sobre la violencia de género contra la mujer como punto de referencia unificador para la armonización. Estos instrumentos son fundamentales en este *corpus juris* de la protección de los derechos de la mujer. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), que monitorea la convención, elaboró la Recomendación General N° 19, en la que afirmó que “los Estados deben adoptar medidas efectivas para superar todas las formas de violencia basadas en el género, así éstas sean perpetradas por actores públicos o privados”; y la Recomendación General N° 35<sup>31</sup> sobre la violencia por razón de género contra la mujer –por la que se actualiza la Recomendación General N° 19 en 2017– explica que “en muchos Estados, la legislación para hacer frente a la violencia por razón de género contra la mujer no existe, es insuficiente o se aplica de manera deficiente”.

En 1994, se creó el organismo de La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer con facultades para realizar informes, recibir quejas e iniciar investigaciones sobre violencia contra las mujeres en todos los países miembros de Naciones Unidas. La Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995, produjo otro instrumento importante en la materia: la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, el plan más progresista que jamás había existido para promover los derechos de la mujer, enfatizando la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. El Estatuto de Roma de 1998 instituyó a la Corte Penal Internacional y considera que constituyen crímenes de lesa humanidad la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable y la persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada, entre otros, en motivos de género.<sup>32</sup>

---

31 Recomendación General N° 35 sobre la Violencia por Razón de Género Contra la Mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19 (26 de Julio de 2017) CEDAW/C/GC/35. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.

32 Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional. Doc. A/CONF.183/9. 17 de julio de 1998, artículo 7, 1 g) y h). Canadá firmó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional el 18 de diciembre de 1998 y lo ratificó el 7 de julio de 2000, convirtiéndose así en uno de los muchos países que han tomado medidas para aplicar el Estatuto en su ordenamiento jurídico nacional. Participó activamente en las negociaciones que condujeron al establecimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional y fue uno de los primeros países del mundo en establecer tal legislación integral. El 29 de junio de 2000, Canadá promulgó la ley de crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra (Crimes Against Humanity and War Crimes Act), que entró en vigor el 23 de octubre de 2000. Junto a la creación de esta ley, Canadá modificó otras partes de su legislación, como el Código

El federalismo no debería ser una barrera para la implementación de los derechos humanos, incluida la implementación de todas las recomendaciones sobre los derechos de las mujeres, especialmente sobre discriminación racial y de género contra las mujeres indígenas.

En el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos fue a partir de la década de 1990 cuando la violencia de género tuvo mayor reconocimiento en la agenda regional de derechos humanos. Un instrumento fundamental en la materia es la Convención de Belém do Pará o Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada en 1994 por la Asamblea General de la OEA. Este instrumento no instaure nuevos derechos, pero es fundamental porque sí traduce concretamente las formas a través de las cuales la violencia de género vulnera numerosos derechos humanos de las mujeres y especifica con más detenimiento los deberes de los Estados partes para combatir la violencia de género y proteger y asistir a las víctimas (artículos 7 y 8). Debido a la calidad clara y explícita de sus disposiciones, los Estados ya no podrán ampararse detrás del argumento de una interpretación errónea.

Canadá no es parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Duhaime (2019, pp. 187-205) argumenta que Canadá debería adherirse a la Convención Americana, ya que los estándares desarrollados por el Sistema Interamericano son relevantes para una mejor comprensión de la situación actual de los derechos humanos en Canadá y para una mejor protección de los canadienses, específicamente en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la violencia contra mujeres y niñas.<sup>33</sup> La CIDH ha adoptado estándares muy detallados<sup>34</sup> en lo que respecta a la protección de las mujeres contra la violencia y las obligaciones de los Estados en la lucha contra la impunidad con respecto a esos delitos. Tiene, además, una magnífica jurisprudencia,<sup>35</sup> con casos emblemáticos y precedentes

---

Penal y las leyes relativas a la extradición, a la ayuda jurídica mutua y a la protección de los testigos. Ver Bélanger (s.f.).

33 Para un análisis detallado de las razones por las cuales Canadá debería unirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, ver Duhaime (2019).

34 Sobre este asunto, recomiendo leer: Acosta López (2012); Bettinger-López (2008); Celorio (2011); Quintana Osuna (2008); Rubio-Marin y Sandoval (2011).

35 Ver, por ejemplo, *Raquel Martín de Mejía v. Perú* (1995), Inter-Am Comm HR, No 5/96, Reporte Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1995, OEA/Ser.L/V/II.91/Doc. 7; *Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. México* (2001), Inter-Am Comm HR, No 53/01, Reporte Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2001, OEA/Ser.L/V/II.114/Doc. 5; *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil* (2001), Inter-Am Comm HR, No 54/01, Reporte Annual de La

paradigmáticos, como el de *Maria da Penha Maia Fernandes* de 2001, a través del cual la Comisión decidió por primera vez un caso en el que se alegaba la violación de disposiciones de la Convención de Belém do Pará.<sup>36</sup> Concluyó que Brasil no había cumplido su obligación de condenar todas las formas de violencia contra la mujer por no haber actuado y por haber tolerado la violencia infligida contra Maria da Penha. Por otro lado, en el *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México* (2009), la Corte IDH se encargó del tema de los homicidios cometidos por razones de género, o en contextos afectados por una cultura de discriminación y violencia contra la mujer, y el de los estereotipos de género que impactan negativamente en la investigación y procesamiento de estos casos.<sup>37</sup> Simultáneamente, subrayó la obligación del Estado de investigar con debida diligencia los hechos de violencia contra las mujeres. En los casos *Rosendo Cantú y Fernández Ortega* (México),<sup>38</sup> se ocupó de una de las manifestaciones paradigmáticas de la violencia de género, como es la violencia sexual. La Corte indicó que

este tipo de violencia contra las mujeres supone una intromisión en la vida sexual que, además de anular el derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, conlleva a la completa pérdida del control sobre las decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas. (Caso *Fernández Ortega*, § 129; Caso *Rosendo Cantú*, § 119)

La Comisión también ha redactado varios informes temáticos importantes que brindan recomendaciones útiles a los Estados para remediar la situación de violencia contra las mujeres.<sup>39</sup> Para el caso canadiense, serían de particular

---

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2001, OEA/Ser.L/V/II.114/Doc. 5 rev.; *Jessica Lenahan (Gonzalez) and al v. United States* (2011), Inter-Am Comm HR, No 80/11, Reporte Annual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2011, OEA/Ser.L/V/II/Doc. 69.

36 *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brazil* (2001), Inter-Am Comm HR, No 54/01, Reporte Annual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2001, OEA/Ser.L/V/II.114/Doc. 5 rev.

37 Ver *Caso González y otras (“Campo algodnero”) vs. México*. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 205, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 16 Noviembre 2009.

38 Ver *Fernández Ortega* (México) (Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas) (2010), Inter-Am Ct HR (Ser C) No 215; *Rosendo Cantú* (México) (Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas,) (2010), Inter-Am Ct HR (Ser C), N° 216.

39 OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia Para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual: Educación y Salud, u OEA/Ser.L/V/II/Doc. 63 (2011); OAS, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho de la Mujer en Haití a Vivir Libre de Violencia y Discriminación, u OEA/Ser.L/V/II/Doc. 64 (2009); OEA, Comisión Interamericana de Derechos

relevancia las normas más específicas sobre la protección de mujeres indígenas frente a la violencia establecida en recientes sentencias de la Corte, como *Fernández Ortega* (México) y *Rosendo Cantú* (México). De particular importancia para Canadá es el informe de la CIDH de 2017 sobre Las Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas<sup>40</sup> y el informe de 2015 sobre Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en la Provincia de la Columbia Británica, Canadá.<sup>41</sup>

En el campo internacional de los derechos humanos existe entonces un sólido consenso acerca de que la violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres.

En conclusión, considerando la falta de aplicabilidad directa y la falta de plena incorporación de la CEDAW, se puede afirmar que Canadá carece de un marco legal nacional sobre la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.<sup>42</sup>

Como detallaré en el próximo apartado de este trabajo, a nivel federal, la legislación canadiense no proporciona normas uniformes o una definición de violencia doméstica aplicable a todas las jurisdicciones. Es fundamental y urgente la armonización del marco legal nacional sobre la violencia contra la mujer, incluyendo el reconocimiento de órdenes de protección para las víctimas cualquiera sea la provincia en la que los sobrevivientes se encuentren, independientemente de donde tales órdenes se hayan emitido. Las órdenes de protección deberían siempre ser accesibles y ejecutables en todos los territorios y jurisdicciones del país.

---

Humanos, El Derecho de la Mujer en Haití a Vivir Libre de Violencia y Discriminación, u OEA/Ser.L/V/II/Doc. 64 (2009); OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia Para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, u OEA/Ser.L/V/II/Doc. 68 (2007); OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia y Discriminación contra las Mujeres en el Conflicto Armado en Colombia, u OEA/Ser.L/V/II/Doc 67 (2006); OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación, u OEA/Ser.L/V/II.117/Doc. 44 (2003).

40 OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres Indígenas y sus Derechos Humanos en las Américas, u OEA/Ser.L/V/II.17/Doc. 44 (2017).

41 OEA, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica, Canada, u OEA/Ser.L/V/II.14/Doc. 30 (2014).

42 Declaración del fin de misión de Dubravka Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, en su visita oficial a Canadá en 2018.

## 6.1. Leyes y políticas nacionales: la falta de un marco legal uniforme en la lucha contra la violencia de género

El sistema legal de Canadá se basa en una combinación de *common law* (derecho consuetudinario o anglosajón) y derecho civil o *droit civil* (derecho continental), provenientes del sistema inglés y francés, respectivamente.<sup>43</sup> Quebec es la única provincia con un código civil, que se basa en el Código Napoleónico. El resto de Canadá se adscribe al *common law*.

Es importante saber que el derecho penal canadiense (*droit criminel, criminal law*) está codificado en Canadá.<sup>44</sup> Según la Constitución, el Parlamento de Canadá tiene la autoridad para dictar leyes relacionadas con el derecho penal y determinar las reglas de procedimiento penal. Como resultado, el Código Penal se aplica a todos los canadienses. El Servicio de Fiscalía Pública de Canadá (PPSC, por sus siglas en inglés) lleva a cabo enjuiciamientos de la mayoría de los delitos federales, sin embargo, son las provincias las que procesan la mayoría de los delitos del Código Penal. En los territorios, la PPSC lleva a cabo todos los enjuiciamientos penales, incluidos los del Código Penal.

También es fundamental el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas en Canadá (Indigenous Law) que se refieren a la ocupación y al uso histórico del territorio por parte de los pueblos aborígenes. La Constitución reconoce y protege los derechos de los pueblos indígenas consagrados en los tratados con la Corona.

La Carta Canadiense de Derechos y Libertades (Canadian Charter of Rights and Freedoms, en inglés)<sup>45</sup> (1982) otorga protección constitucional a los derechos humanos de las personas en su relación con el Estado y es parte de la Constitución canadiense. En cuanto a la protección de los derechos de las mujeres, hay dos secciones (artículos) fundamentales a tener en cuenta con

---

43 Los colonizadores trajeron estos sistemas a Canadá en los siglos XVII y XVIII. Después de la batalla de Quebec en 1759, el país cayó bajo el derecho consuetudinario inglés, excepto Quebec, que sigue el sistema del derecho civil. El derecho consuetudinario es un derecho que no está escrito como legislación; evolucionó hasta convertirse en un sistema de reglas basado en precedentes que guía a los jueces para tomar decisiones posteriores en casos similares. El derecho consuetudinario no se encuentra en ningún código o cuerpo legislativo, sino en decisiones pasadas. Es flexible y se adapta a las circunstancias cambiantes porque los jueces pueden emitir nuevas doctrinas legales o cambiar las antiguas. Por otro lado, los códigos civiles contienen una enunciación de normas. Muchas se enmarcan como principios generales amplios para abordar cualquier disputa que pudiera surgir. A diferencia de los tribunales de derecho consuetudinario, los tribunales en un sistema de derecho civil parten en principio de las normas codificadas y luego se remiten a la jurisprudencia.

44 Código Penal de Canadá: <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C46.pdf>.

45 Carta Canadiense de Derechos y Libertades: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html>.

respecto a la igualdad: las secciones 15 y 28. La 15 garantiza la igualdad de protección ante la ley “sin discriminación [...] por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física”. La jurisprudencia canadiense ha ampliado esta lista para incluir la discriminación por otros motivos, como ciudadanía, estado civil y orientación sexual, reconociendo el carácter interseccional de la discriminación.<sup>46</sup> La sección 28 garantiza que todos los derechos consagrados en la Carta se apliquen por igual a hombres y mujeres.

Las relaciones entre individuos están cubiertas en ciertas áreas por la Ley Canadiense de Derechos Humanos (Canadian Human Rights Act, o CHRA, por sus siglas en inglés)<sup>47</sup> (1977), así como por la legislación provincial y territorial de derechos humanos. La CHRA establece que todos los canadienses tienen derecho a la igualdad, incluyendo la igualdad de oportunidades, el trato justo y a vivir en un ambiente libre de discriminación por motivos de sexo, orientación sexual, estado civil y/o estado familiar. La CHRA creó la Comisión Canadiense de Derechos Humanos con competencia para investigar y resolver las denuncias sobre discriminación y remitirlas al Tribunal Canadiense de Derechos Humanos.<sup>48</sup>

Existe una crisis de acceso a la justicia en los casos de violencia doméstica en Canadá.<sup>49</sup> En 2019, reforzó el Código Penal para combatir la violencia doméstica. El Proyecto de Ley C-75 especificó que el estrangulamiento es una forma agravada de agresión y permitió a los jueces considerar una pena máxima más alta para los perpetradores que ya tenían condenas anteriores por violencia de género.<sup>50</sup> Sin embargo, aún no existe en Canadá un delito específico en el código penal relacionado con la violencia doméstica si bien el Código Penal incluye

---

46 Government of Canada: <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/services/human-rights-complaints/about.html#a2a>.

47 Ley Canadiense de Derechos Humanos: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html>.

48 Otra legislación importante en esta materia incluye la Ley de equidad en el empleo y la Ley de compensación equitativa del sector público. Employment Equity Act (1995): <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/>; y Public Sector Equitable Compensation Act (2009): <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-31.65/>.

49 Con respecto a esta crisis, se expidieron: Canadian Bar Association, *Reaching Equal Justice: An Invitation to Envision and Act* (Ottawa: CBA, 2013); Canadian Forum on Civil Justice, *The Cost of Justice: Weighing the Costs of Fair and Effective Resolution to Legal Problems* (CFCJ, 2012).

50 La Dra. Koshan explicó en una entrevista que tales modificaciones a la legislación canadiense no fueron suficientes y cree que Canadá debería seguir el ejemplo de algunos países como el Reino Unido. En 2015, Inglaterra y Gales agregaron el delito específico de violencia de pareja íntima a sus códigos penales para ayudar a sus fuerzas policiales a identificar patrones de abuso psicológico y control coercitivo (Nicholson, 2020).

varios delitos que son aplicables en este contexto.<sup>51</sup> Los delitos relacionados con la violencia doméstica tipificados en el derecho penal canadiense incluyen el homicidio y la tentativa (artículos 229-239), acoso criminal y amenazas (artículos 264 y 264.1), agresión y lesiones corporales (artículos 265-269), violación (artículos 271-273), daños a la propiedad (artículo 430) y los bonos de paz o promesas de buen comportamiento (artículo 810). El Proyecto de Ley C-75 tipificó otros delitos, como asfixiar, sofocar o estrangular, agregándolos a los artículos 267 y 272, considerándolos como formas de lesiones corporales.<sup>52</sup>

El Código Penal sí se refiere explícitamente a la violencia doméstica como un factor agravante a los fines de la libertad provisional y de la fianza, y estipula la restitución de gastos (compensación) para algunas víctimas de violencia doméstica, como los gastos razonables incurridos por la sobreviviente por tener que mudarse fuera del hogar del ofensor, vivienda temporal, alimentación, cuidado de niños y transporte, *inter alia* (artículos 515(3) (a) y 515(6) (b.1)). Según los artículos 718.2 (a) (ii), 718.201 y 718.3 (8) respecto a la sentencia, constituye un factor agravante cuando el perpetrador abusó de su pareja y los tribunales deben considerar la mayor vulnerabilidad de las mujeres que son víctimas a la hora de la sentencia, especialmente en el caso de las mujeres aborígenes víctimas, y pueden aumentar la pena máxima de prisión para los reincidentes. En tales casos, el tribunal debe dictar una orden que prohíba al abusador la posesión de cualquier arma durante un período especificado (artículos 109(1) (a.1); y 110(2.1)).

Las órdenes también pueden proporcionar que los perpetradores no tengan contacto con las víctimas (y, en ocasiones, con sus hijos) y/o que se abstengan de asistir a lugares particulares como condición para la libertad provisional (*interim release*), libertad condicional (*probation*) u órdenes de sentencia condicional (*conditional sentence orders*) y bonos de paz (*peace bonds*) (artículos 501(3) (d), (e), 515(3)(a), 516(2); s 732.1(3) (a.1); s 742.3(2) (a.3); s 810(3.2), respectivamente).

A nivel de aplicación de la ley (*enforcement*), el Gobierno federal ha mantenido desde 1983 una política a favor de la acusación (propersecución) que

---

51 Es interesante notar que algunas otras jurisdicciones prohíben específicamente la violencia doméstica, incluyendo el delito de control coercitivo, como, por ejemplo, el Reino Unido en su legislación Serious Crime Act 2015 (UK), 2015 c 9, s 76 (Criminalizing Controlling or Coercive Behaviour in Intimate and Family Relationships). Ver también Douglas (2015).

52 Código Penal que fue enmendado por el Proyecto de Ley C-75, 1ª Sesión, 42ª Parlamentaria, 2018 (aprobado el 21 de junio de 2019).

promueve inquirir y enjuiciar delitos en el contexto de la violencia doméstica, y esta política se aplica a la Real Policía Montada Canadiense (Royal Canadian Mounted Police, o RCMP, por sus siglas en inglés) y a los fiscales federales.<sup>53</sup> Las políticas a favor de la persecución, acusación y enjuiciamiento de oficio requieren que la policía imponga cargos cuando tengan motivos “razonables”, o motivos “razonables y probables” para hacerlo. Estas políticas requieren que los fiscales procedan cuando exista una probabilidad de sentencia condenatoria y sea de interés público hacerlo.

## **6.2. Leyes y políticas provinciales/territoriales. “Catch-22’: un sistema fragmentado e inconsistente”**

Dada la presencia de trece provincias y territorios en Canadá, con amplia jurisdicción sobre asuntos que incluyen la administración de justicia penal, derecho de familia, propiedad y vivienda, asistencia social y leyes laborales, *inter alia*, es necesario entender el rol de las provincias en el marco legal de la lucha contra la violencia doméstica.

El panorama legislativo y político es complejo (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020).<sup>54</sup> Cada provincia y/o territorio tiene su propia jurisdicción y puede implementar legislación para complementar las protecciones del Código Penal. Las jurisdicciones que ofrecen mayor protección a las víctimas de violencia doméstica implementaron órdenes de intervención de carácter urgente que pueden otorgar el derecho de que solo la víctima permanezca en el hogar y use el vehículo familiar. También pueden impedir que el abusador se comuniquen o contacte a la víctima o a miembros de la familia de la víctima (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020). Otras jurisdicciones prevén órdenes de protección contra la violencia familiar en virtud de su legislación de derecho de familia, por ejemplo, la ley de derecho de familia de la provincia de la Columbia Británica.

Hasta la fecha, seis provincias (Alberta, Manitoba, Nova Scotia, Prince Edward Island, Newfoundland y Labrador and Saskatchewan) y tres territorios (Northwest Territories, Yukon and Nunavut) han consagrado legislación espe-

---

53 Ver el Informe final del Grupo de Trabajo Especial Federal, Provincial y Territorial que Revisa las Políticas y la Legislación sobre el Abuso Conyugal (Ottawa: Departamento de Justicia de Canadá, 2003 pp. 100-101).

54 Koshan y Wieggers y su equipo de investigación están realizando un trabajo de recopilación y análisis sistemático de las diferentes regulaciones provinciales sobre violencia doméstica, “mapeando” el sistema (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020).

cífica sobre la violencia familiar (Neilson, 2013). En cuanto a la administración de justicia penal, todas las provincias cuentan con políticas en favor de la acusación y enjuiciamiento por delitos de violencia doméstica que se aplican a las fuerzas policiales y a los fiscales (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020).

La mayoría de las provincias tienen tribunales especializados en violencia doméstica, aunque el alcance de estos tribunales difiere mucho dentro y entre jurisdicciones. Por ejemplo, Prince Edward Island y Quebec no han instituido un tribunal especializado en violencia doméstica, aunque esta última tiene un proceso judicial especializado cuya sede está radicada en la ciudad de Montreal (Ursel, Tutty y Lemaistre, 2008). Toronto tiene un tribunal integrado de violencia doméstica (Integrated Domestic Violence Court, o IDVC, por sus siglas en inglés), cuyo objetivo es que un solo juez evalúe tanto los cargos penales como ciertas demandas relacionadas al derecho de familia. El IDVC tiene competencia a nivel de la jurisdicción provincial (Birnbaum, Saini y Bala, 2017).

Algunas provincias han implementado legislación que consagra los derechos de las víctimas, tal como el derecho a ser informadas de los procedimientos, a que se les conceda licencia por ausencia laboral a causa de tener que comparecer en el sistema judicial y el derecho a mantenerse apartadas de su abusador a los fines de garantizar su seguridad.<sup>55</sup> Asimismo, la mayoría de las provincias poseen legislación que establece compensación o restitución económica –explícita o implícitamente– a las víctimas de delitos relacionados con la violencia doméstica.<sup>56</sup>

Las órdenes de restricción (penales) están disponibles en la mayoría de las jurisdicciones como alternativa a las órdenes de protección civil (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020). Las órdenes de protección civil existen en la mayoría de las provincias y territorios de Canadá, excepto en Ontario y Quebec.<sup>57</sup> Esta legislación generalmente tiene como objetivo hacer que las órdenes de protección

---

55 Una lista no exhaustiva de tales legislaciones incluye: Victims of Crime Act, RSBC 1996, c 478, s 14 (BC); The Victims' Bill of Rights, CCSM c V55 (MB); Act Respecting Assistance for Victims of Crime, CQLR, c A-13.2 (QC); Victims' Rights and Services Act, SNS 1989, c 14 (NS); Victims of Crime Act, SY 2010, c 7 (YK); Canadian Victims Bill of Rights Act, SC 2015, c 13. The Victims of Crime Act, 1995, SS 1995, c V-6.011 (SK); The Victims of Crime Act, 1995 (SK); The Compensation for Victims of Crime Act, RSO 1990, c C.24 (ON); Ontario's Victims Bill of Rights, 1995 SO 1995, c 6, s 3. Crime Victim Assistance Act, SBC 2001, c 38 (BC); Victims of Crime Act, RSA 2000, c V-3 (AB); The Victims' Bill of Rights (MB); Crime Victims Compensation Act, CQLR, c I-6 (QC); Compensation for Victims of Crime Regulation, NB Reg 96-81 (NB); Victims' Rights and Services Act (NS); Victims of Crime Act, RSPEI 1988, c V-3.1 (PEI).

56 Por ejemplo, Crime Victim Assistance Act (BC), s 9; The Victims of Crime Act, 1995 (SK), s 15.1; The Victims' Bill of Rights (MB), s 54; Act Respecting Assistance for Victims of Crime (QC); Compensation for Victims of Crime Regulation (NB).

57 Family Law Act, SBC 2011, c 25, Part 9 (BC); Protection Against Family Violence Act, RSA 2000,

sean más accesibles y amplias que las órdenes de restricción en casos de violencia doméstica. Asimismo, las víctimas pueden obtener órdenes de protección en carácter de emergencia y a más largo plazo, expedidas con base en la ocurrencia –o temor razonable– de violencia o abuso “doméstico”, “familiar” o “interpersonal”, según lo defina la legislación. No todas las provincias incluyen el abuso emocional, psicológico y/o financiero.<sup>58</sup>

Las órdenes se restringen a las víctimas que han residido junto con el abusador en una relación de familia, en una relación conyugal o íntima y/o con los padres de los hijos, independientemente de si han vivido juntos (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020). Las órdenes de protección pueden otorgar al solicitante la posesión exclusiva de una vivienda familiar, estipulando la remoción del denunciado y prohibiendo el contacto o la asistencia del abusador a lugares específicos. Las infracciones de las órdenes de protección suelen contemplarse específicamente en las legislaciones provinciales –que, generalmente, conllevan al arresto–, y si la legislación provincial en cuestión no prevé este caso, se aplica el artículo 127 del Código Penal.<sup>59</sup>

Finalmente, algunas provincias han aprobado recientemente leyes de divulgación de violencia doméstica (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020). La mayoría de las provincias y territorios también han eliminado o ampliado los plazos de prescripción para denuncias relacionadas con el delito de violación y el abuso sexual cuando la denunciante vivía en una relación íntima con la persona que cometió la agresión.<sup>60</sup>

---

c P-27 (AB); The Victims of Interpersonal Violence Act, SS 1994, c V-6.02 (SK); The Domestic Violence and Stalking Act, CCSM c D93 (MB); Intimate Partner Violence Intervention Act, SNB 2017, c 5 (NB); Domestic Violence Intervention Act, SNS 2001, c 29 (NS); Victims of Family Violence Act, RSPEI 1988, c V-3.2 (PEI); Family Violence Protection Act, SNL 2005, c F-3.1 (NL); Family Violence Prevention Act, RSY 2002, c 84 (YK); Protection Against Family Violence Act, SNWT 2003, c 24 (NWT); Family Abuse Intervention Act, SNu 2006, c 18 (NU).

58 Para las jurisdicciones que incluyen estas formas de abuso, consulte Columbia Británica (BC), Manitoba, New Brunswick, Prince Edward Island, Newfoundland, Yukon, Northwest Territories y Nunavut. Family Law Act, SBC 2011, c 25, Part 9 (BC); Protection Against Family Violence Act, RSA 2000, c P-27 (AB); The Victims of Interpersonal Violence Act, SS 1994, c V-6.02 (SK); The Domestic Violence and Stalking Act, CCSM c D93 (MB); Intimate Partner Violence Intervention Act, SNB 2017, c 5 (NB); Domestic Violence Intervention Act, SNS 2001, c 29 (NS); Victims of Family Violence Act, RSPEI 1988, c V-3.2 (PEI); Family Violence Protection Act, SNL 2005, c F-3.1 (NL); Family Violence Prevention Act, RSY 2002, c 84 (YK); Protection Against Family Violence Act, SNWT 2003, c 24 (NWT); Family Abuse Intervention Act, SNu 2006, c 18 (NU).

59 Las jurisdicciones con disposiciones explícitas sobre incumplimiento incluyen: Alberta (ss 13.1-13.2), New Brunswick (s 17), Nova Scotia (s 18), Prince Edward Island (ss 16-17), Newfoundland and Labrador (s 18), Yukon (s 16) y Northwest Territories (s 18).

60 Las regulaciones sobre plazos de prescripción incluyen: Limitation Act, SBC 2012, c 13, ss 2(1)(f),

Los diferentes objetivos, prioridades y regulación a nivel de las provincias y territorios, junto con la falta de coordinación entre diferentes proveedores de servicios e instituciones, conforman un sistema contradictorio y/o fragmentado que puede comprometer el acceso a la justicia para muchas personas, llevando a la toma de decisiones contradictorias y creando prácticas de cumplimiento inconsistentes entre las provincias, que pueden empeorar la situación de riesgo y peligro en la que se encuentra la víctima. Las víctimas pueden enfrentar estrés, presiones y señales contradictorias por parte de las autoridades. Por otro lado, como lo explica Koshan (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020, p. 24), los perpetradores de violencia doméstica pueden aprovechar la inconsistencia y falta de coordinación de estos diferentes sistemas legales (policía, inmigración, tribunales de familia, custodia y acceso, asistencia social, etc.) a los fines de mantener y desplegar su poder y control. Este es el fenómeno que Koshan describe como “el efecto en cascada”, en el que un problema legal desencadena otro (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020).

Para complicar el panorama legal e institucional ya fragmentado, la violencia doméstica en sí es un fenómeno complejo que puede consistir en una variedad de comportamientos, desde el abuso emocional hasta al abuso financiero, en los que algunos de estos tipos de violencia lamentablemente no están contemplados en ciertas jurisdicciones provinciales y/o territoriales. En la provincia de Alberta, por ejemplo, el abuso emocional y el abuso financiero no están incluidos en la Ley de Protección contra la Violencia Familiar (un marco legal que permite a las víctimas obtener órdenes de protección) (Koshan, Mosher y Wieggers, 2020). Si bien el Gobierno federal de Canadá introdujo una estrategia nacional contra la violencia de género en 2017 –Canada’s Gender-Violence Strategy–,<sup>61</sup> esta no profundiza en el ámbito legal ni resuelve los conflictos y desarmonías del sistema actual. Es necesario entender la intersección entre los diferentes sistemas legales y corroborar si existen conflictos o brechas que victimicen aún más a quienes ya sufren o sufrieron violencia.

---

3(1)(j)-(k) (BC); Limitations Act, RSA 2000, c L-12, s 3.1 (AB); The Limitations Act, SS 2004, c L-16.1, s 16 (SK); The Limitation of Actions Act, CCSM c L150, s 2.1 (MB); Limitations Act, 2002, SO 2002, c 24, Schedule B, ss 16(1)(h)-(h.2), 16(1.2)-(1.3) (ON); Civil Code of Quebec, supra note 73, art 2926.1; Limitation of Actions Act, SNB 2009, c L-8.5, s 14.1 (NB); Limitation of Actions Act, SNS 2014, c35, s 11 (NS); Limitations Act, SNL 1995, c L-16.1, s 8(2)(b) (NL); Limitation of Actions Act, RSY 2002, c 139, s 2(3) (YK); Limitation of Actions Act, RSNWT 1988, c L-8, s 2.1 (NWT); Limitation of Actions Act, RSNWT (Nu) 1988, c L-8, s 2.1 (NU).

61 Ver: <https://cfc-swc.gc.ca/violence/knowledge-connaissance/strategy-strategie-en.html>.

## 7. La violencia: tipos, abordaje y desafíos en la conceptualización

Si bien todos los tipos de violencia doméstica deben tratarse con seriedad, la investigación empírica nos permite identificar tres categorías o tipos principales de violencia doméstica: la violencia menor y aislada, la violencia de resistencia de parte de las víctimas y la violencia coercitiva o controladora. La Dra. Linda Neilson (2013) argumenta que estas categorías son más útiles y menos controvertidas que otros abordajes analíticos de los tipos de violencia doméstica.<sup>62</sup> Las investigaciones muestran que la violencia doméstica coercitiva es el tipo más común entre quienes están en proceso de mediación y/o litigio (Beck et al., 2011).

La violencia doméstica menor aislada es no repetitiva, es menor, no característica de la persona o de la relación, no causa daño o miedo persistente y no se asocia a un patrón de abuso emocional, dominación, coacción o control (Neilson, 2013). Es el tipo más común entre la población en general y en la población no litigante en particular, y en general solamente ocurre durante la separación. Por ejemplo, en el forcejeo mutuo durante un conflicto acalorado, siempre y cuando “que el comportamiento no se repita, no sea parte de un patrón y no refleje ni produzca el control de un miembro de la pareja sobre la otra” (Neilson, 2013). Sin embargo, antes de que se pueda concluir con seguridad que cualquier acto de violencia es aislado, es fundamental una investigación precisa, completa y detallada (Beck et al., 2011).

La violencia de resistencia y la violencia coercitiva son las que incumben a este trabajo. En cuanto a la primera, numerosas investigaciones evidencian el fenómeno en el cual el cónyuge que ha sido sujeto a una violencia repetitiva se defiende con violencia. Resulta complejo entonces distinguir al agresor primario y los perpetradores aprovechan esa complejidad para manipular y confundir durante el litigio (Neilson, 2004). La violencia de resistencia puede incluir la violencia utilizada para responder a una percepción de amenaza inminente (legítima defensa), la violencia inducida por estrés postraumático, la violencia que se asocia con resistir la continuación de la violencia y/o la violencia de separación en el intento de escapar de la relación. Si se vuelve repetitiva y forma parte de un patrón coercitivo y controlador, puede parecerse a la violencia doméstica coercitiva.

Por último, la violencia doméstica coercitiva implica un patrón de supervisión, dominación, degradación, intimidación, coerción o control emocional, financiero o psicológico, con o sin la existencia de violencia física o sexual. Son

---

62 Ver Neilson (2013).

conductas aislantes y controladoras. Algunos investigadores afirman que la mayoría de las relaciones íntimas caracterizadas por violencia doméstica coercitiva también implican abuso sexual.<sup>63</sup> Es en el contexto de este tipo de violencia coercitiva, y violencia de resistencia, que en los próximos apartados de este artículo me abocaré a describir, detallar y analizar el “síndrome de la mujer golpeada” en el contexto canadiense.

### **7.1. La falta de reconocimiento del síndrome de la mujer maltratada**

Hasta hace solamente unos 30 años atrás, la violencia cometida contra miembros de la familia se consideraba en gran medida un asunto familiar, privado, que debía permanecer oculto. Afortunadamente, desde entonces han existido mejoras en la respuesta del sistema de justicia penal y la intervención social en cuanto a la violencia doméstica. A pesar de que muchos de los cambios han sido lentos, y aunque aún nos falte mucho camino por recorrer en esta materia, se comienza a visibilizar un cambio en la comprensión y en la conciencia –tanto en la academia como en el público en general– sobre un tema que ha estado marcado por el estigma, estereotipos persistentes y una falta de comprensión dada su complejidad. Los actos violentos cometidos contra una pareja ahora se comienzan a reconocer como delitos violentos graves en muchas jurisdicciones, al menos formalmente (Birnbaum y Bala, 2017; Schneider, 2000).

Las relaciones entre hombres y mujeres tradicionalmente han estado encuadradas en un ámbito de desigualdad tolerada socialmente. De esta forma, en la dinámica de las parejas, el hombre es percibido como dominante; y la mujer, como sumisa y frágil. En ese contexto, influenciado también por ideas imperantes como la “intimidad” de la pareja, la sociedad ha tolerado un cierto nivel de violencia en contra de la mujer que por mucho tiempo ha sido comprendido casi como inherente a tales relaciones íntimas. Los mitos que rodean la violencia en contra de la mujer han permitido que este fenómeno no solo perdure, sino que se expanda a través del tiempo.

En efecto, en cuanto al entendimiento sobre las relaciones íntimas caracterizadas por violencia, la realidad sigue siendo desalentadora. Como lo explica Cecilia Hopp (2012), la falta de comprensión sobre el síndrome de la mujer pone en evidencia la invisibilización y la negación de la violencia de género en las relaciones de pareja. No es “meramente un error judicial, sino que tiene sus

---

63 Ver McFarlane y Malecha (2005), Taylor y Gaskin-Laniyan (2007) y Stark (2007).

raíces en relaciones desiguales de poder conformadas históricamente” (Hopp, 2012, p. 53).

Esta negación de la violencia en el ámbito familiar, explica Hopp (2012), está relacionada históricamente con la existencia de un sistema de derecho patriarcal que consideraba que el marido, el *pater* (Zaffaroni, 2000, p. 27), tenía la *potestas* de amonestar y reprender a su esposa, hijos y a todos sus dependientes mediante el uso de la violencia (Barrancos, 2000, p. 122; Schneider, 2010, p. 44).

Otra explicación de esa invisibilización es la categórica y artificial división entre lo que consideramos la esfera de lo público y la de lo privado. Las feministas desafiaron el artificio de esa división (MacKinnon, 1995, p. 340). Una consecuencia de esa artificial división fue ver los asuntos domésticos como privados, fuera de la vista del público, no de interés común. Al enfrentarse con la dominación masculina principalmente en los espacios llamados “privados”, en particular el hogar, las mujeres solamente podían luchar contra esa dominación enmarcándola como una especie de política. En palabras de Catharine MacKinnon (1987):

Para las mujeres, la medida de la intimidad ha sido la medida de la opresión. Por eso el feminismo ha tenido que hacer estallar lo privado. Por eso el feminismo ha visto lo personal como político. Lo privado es lo público para aquellos para quienes lo personal es lo político. En este sentido, no hay privado, ni normativa ni empíricamente. (p. 100)

Copelon (1997), en su clásico y célebre artículo denominado “Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura”, argumentó que se entendía entonces que en lo público regía el Estado y en la esfera de lo privado, de lo doméstico, del hogar, gobernaba sin reticencias el poder del *pater*. La autora se refiere el ámbito del hogar como una esfera análoga a la de lo público, pero que queda bajo la soberanía del *pater* (Copelon, 1997, p. 114).

Históricamente, la violencia contra las mujeres ha sido tolerada en la legislación angloamericana, incluyendo el sistema canadiense. El abuso de la esposa generalmente caía dentro del ámbito de asuntos “privados” que el Estado no consideraba como un daño público (Schneider, 1994). Hasta mediados del siglo XIX, las palizas de los maridos a las esposas eran legales siempre y cuando no causaran un daño permanente a la mujer (Sheehy, 1994, p. 63). Hasta 1983, la violación conyugal en Canadá era legal y los abusadores sexuales tenían inmunidad por agredir y violar a sus esposas (Randall, 2010, p. 401).

En la década de 1970, surgieron movimientos de mujeres parte de la se-

gunda ola feminista en el Reino Unido, Estados Unidos y Canadá (Dobash y Dobash, 1992, p. 47; Schechter, 1982, p. 55). Hasta entonces, no existían los refugios para mujeres maltratadas y las activistas solían organizarse y disponer de sus propias casas para proteger a las mujeres que estaban escapando de la violencia doméstica (Janovicek, 2007, p. 4). Fue en esa década cuando se abrieron las primeras casas de transición (precursores de los refugios para mujeres que escapan de la violencia) en Toronto y en Vancouver (Janovicek, 2007, p. 4).

Hopp (2012) continúa explicando que otros estereotipos que contribuyeron a la minimización y/o negación de la violencia íntima incluye el “lenguaje de la privacidad, el amor y el compañerismo” (p. 55). Según Reva Siegel (1999, p. 68), este es el paradigma que vino a reemplazar al derecho de corregir o castigar a la mujer. Hopp (2012, p. 55) cita a la célebre feminista MacKinnon para explicar que este mito se basa en la idea de que las relaciones de familia se caracterizan por el amor elegido voluntariamente por la pareja, en condiciones de supuesta igualdad, y que en ese contexto no es lógica la existencia de violencia. Según Schneider (2010, p. 43), el “velo de la relación” ha sido el mayor obstáculo en la lucha del Estado y de las instituciones contra la violencia de género.

Las aproximaciones a la violencia de género como exclusivas de la privacidad de las personas imputan corresponsabilidad a las mujeres que sufren violencia. Todavía existe la creencia de que las mujeres víctimas de violencia son masoquistas, un mito que tiene su origen en la teoría psicoanalítica de Freud. Como lo explica Symonds (1979), la teoría del masoquismo de Freud afirmaba que las mujeres disfrutaban del sufrimiento y, hasta hace muy poco, los expertos estaban de acuerdo con ese error de culpar a la víctima. Symonds (1979) cree que la comunidad psiquiátrica tradicional ha sido fuertemente influenciada por la teoría del masoquismo femenino de Freud y tiende a creer que las mujeres buscan relaciones violentas porque obtienen satisfacción del dolor y del sufrimiento. Este concepto ha sido inherente a la formación de psicólogos, psiquiatras y psicoanalistas por mucho tiempo. Después de estudiar el abuso con mayor profundidad, Symonds se cuestionó: ¿por qué ella y sus colegas estaban tan predispuestos a culpar a la víctima y a aceptar respuestas simplistas para explicar estos crímenes violentos? Moss (1991) también explica que ha existido una seria controversia en torno a la inclusión del diagnóstico de “trastorno de personalidad masoquista” en el manual de diagnóstico y estadístico de trastornos mentales. Las feministas se opusieron abiertamente y la Asociación Estadounidense de Psiquiatría al final no lo incluyó.

Muchas feministas, incluida Lenore Walker (1984), no creen que el compor-

tamiento de las mujeres maltratadas sea necesariamente desacertado, ya que, en nuestra sociedad, estas características son consideradas como virtudes femeninas deseables, tales como ser abnegada, cariñosa, servicial, desinteresada, sacrificada, etc. Walker sostiene que esto ocurre porque las mujeres aprenden a adaptarse a la realidad de una sociedad patriarcal en la que los estereotipos sobre los roles sexuales y la división de las labores definen el comportamiento que es considerado “apropiado”. A su vez, son esas cualidades las que maximizarían las posibilidades de supervivencia de una mujer maltratada, por ejemplo, durante el incremento de violencia en un conflicto (Moss, 1991).

Todas las anteriores maneras de entender la violencia son problemáticas, ya que no se enfocan en la raíz de la cuestión, culpabilizan a la víctima, muestran ignorancia sobre el fenómeno y les faltan el respeto a quienes sufren y han sufrido violencia. A veces, también es común encontrar explicaciones relacionadas con un problema de control de la ira del hombre golpeador, y si bien esta aproximación es más respetuosa para las víctimas, termina enmarcando el problema como algo individual, ignorando su dimensión social. Como lo explica Lundy Bancroft (2002, p. 37), investigador y terapeuta que ha trabajado con hombres abusivos por décadas, concluir que el abuso es un problema de ira es confundir causa y efecto. Según el autor, un hombre no es abusivo porque está enojado, sino que está enojado porque es abusivo. Todos los seres humanos nos enojamos en algún momento, sin embargo, eso no significa que abusemos de nuestra pareja por experimentar una emoción como el enojo. El autor sí reconoce que los hombres abusivos tienden a enojarse más que el promedio de la población (Bancroft, 2002, p. 38), pero que en realidad el problema es el abuso y no el enojo. “Quizás su forma de abuso más latente, más obvia, o más intimidante, se manifiesta cuando él está enojado, pero su patrón más profundo está operando todo el tiempo” (Bancroft, 2002, p. 38). La ira del abusador termina corriendo el foco de todas las faltas de respeto, irresponsabilidades, mentiras y comportamientos controladores y coercitivos que emplea el abusador incluso cuando no está en un estado de ira explosiva.

Asimismo, al momento de trazar los límites del derecho a ejercer la legítima defensa, algunos autores han aludido a la idea del amor conyugal para condicionar el derecho a la defensa propia. La doctrina tradicional ha entendido que en algunos casos hay que negar la posibilidad de la legítima defensa, exigiendo que el sujeto afectado eluda el ataque o requiera auxilio de un tercero (Stratenwerth, 2005, p. 236). Los ejemplos que ilustran las situaciones contempladas por la literatura penal incluye la existencia de deberes especiales entre los intervinientes.

Jakobs (1995), por ejemplo, sostiene que

[...] en estas relaciones de garantía existe una obligación de sacrificarse más elevada [...] Por lo tanto, al repeler ataques, por ejemplo, de un cónyuge, la parte agredida debe procurar desviar el ataque en mayor medida, o aceptar menoscabos leves a sus bienes, antes que lesionar bienes existenciales del agresor. (pp. 488-489)

Bacigalupo (1996) agrega que, en un contexto de relaciones personales íntimas, el derecho a defenderse se limita “al medio más suave, aunque sea inseguro” (p. 371). En esta línea de argumentación, Jescheck (1993) mantiene que en el caso de estrechas relaciones personales,

el deber de actuar consideradamente y preservar de daño a la otra parte es aquí tan destacado que el agredido no puede emplear un medio defensivo posiblemente mortal, cuando, por su lado, sólo tiene que temer una lesión corporal leve. (pp. 310-311)

Roxin (1997), en cambio, argumenta que las limitaciones al derecho de defensa no se aplican en el caso de una mujer golpeada, ya que no se le puede exigir a ella un deber que su pareja no ha cumplido y “por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse” (p. 652). Como explica Julieta di Corleto (2006), “un razonamiento de este tipo, sostenido de manera fija e invariable, otorga a los maridos que golpean a sus esposas una ‘vía libre’ para continuar haciéndolo” (p. 2). Stratenwerth (2005) también concluye que ese tipo de razonamiento significaría conceder un “salvoconducto” a los esposos golpeadores (p. 240). Di Corleto (2006) continúa explicando que

Exigir a las mujeres víctimas de violencia el deber de eludir la agresión del autor define y refleja uno de los mitos existentes en torno a las mujeres golpeadas. Ciertos dichos populares y refranes refuerzan las falsas concepciones sobre la violencia doméstica y constituyen una invitación a preguntar qué debía haber hecho la mujer para finalizar el vínculo. En esta área, uno de estos mitos consiste en afirmar que, si quisiera, la mujer podría abandonar el hogar, y que si no lo hace es porque no quiere o porque le gusta ser maltratada. (p. 6)

La ley de legítima defensa tradicionalmente intenta explicar el comportamiento de un individuo que responde a una amenaza de muerte o daño corporal. El

ejemplo estándar de esto ha sido el cómo se comportaría el “hombre promedio” (*ordinary man*) cuando está amenazado en esta situación. Esta ley parte del supuesto de que la fuerza utilizada en defensa propia sería aplicada en medio del combate mutuo para situaciones con participantes de igual tamaño e igual fuerza. Pero, en muchos casos, las mujeres que matan a sus maridos no lo hacen mientras están siendo golpeadas. Mientras se enfrentan con los recuerdos traumáticos de abusos anteriores, temen por la seguridad de los niños, que también pueden estar presentes en el hogar, y la situación de una desventaja de fuerza física; entonces, tienden a retroceder durante la confrontación directa. Es solamente más tarde que las mujeres traumatizadas se protegen matando a sus parejas mientras estos están ebrios o dormidos. Este tipo de escenarios son en gran medida ajenos a los hombres porque es muy poco probable –posible, pero poco probable– que se encuentren en situaciones en las que necesiten utilizar fuerza letal contra sus parejas mujeres para defenderse a sí mismos o a sus hijos.

El concepto de “razonabilidad” que subyace detrás de la categoría de la legítima defensa es totalmente inadecuado para las mujeres maltratadas que matan. Sus experiencias no son las experiencias de un hombre razonable y es injusto ignorar las percepciones de las mujeres sujetas a violencia, percepciones que están firmemente arraigadas en sus circunstancias y en su vida real como mujeres maltratadas. Estas mujeres han sido sometidas a un patrón de abuso y control implacables y muchas veces son capaces de predecir cuándo ocurrirán actos de violencia y cuándo aumentará la gravedad de esta. Lo que constituye una “amenaza inminente” para un “hombre razonable” es muy diferente a lo que constituye una amenaza inminente para una mujer cuyas experiencias diarias confirman que su abusador podría matarla en cualquier momento.

El miedo de la víctima ha sido confirmado repetidamente en la investigación como uno de los predictores de riesgo más precisos y confiables del riesgo continuo de violencia física (Campbell, Webster y Glass, 2009). Sin embargo, la ausencia de miedo no es un indicador de riesgo confiable; por ejemplo, Campbell Webster y Glass (2009) encontraron que cerca del 50% de las mujeres sin miedo no se dieron cuenta de su propio riesgo en los casos de intento de homicidio. Este escenario se da porque las personas que han sido violentadas repetidamente y han sobrevivido a tales agresiones pueden llegar a sobreestimar su propia capacidad para “sobrevivir” a la violencia y en su habilidad para “controlar” al abusador y calmarlo para que no resulte en la muerte de la víctima.

Asimismo, las personas suelen ser representadas en la ley como individuos autónomos que no tienen impedimentos en sus acciones y que son “libres”

para dejar a sus parejas y abandonar las relaciones abusivas. Como lo explicare más adelante, esa interpretación ignora las restricciones materiales y simbólicas que hacen que escaparse sea difícil para una mujer en estas circunstancias. Del mismo modo, las acciones de las mujeres maltratadas en el contexto de la legítima defensa suelen no ser vistas dentro de un contexto tanto de las realidades como de los efectos de la violencia de pareja íntima.

Al referirme a la ontología de la legítima defensa, puede afirmarse que esta figura tiene que ver con la idea de que el derecho no debería tolerar injusticias, lo que sería paradójico (Roa Avella, 2012, p. 51). Se ha explicado a esta figura como fundamentada en dos pilares: uno individual (derechos de la persona que se defiende) y uno colectivo (el orden jurídico). Bustos Ramírez y Hormazábal Malaree (1999) explican que el individual se refiere a "la persona, esto es, al individuo como ser social (en su interrelación con otras personas) e implica por ello la defensa de su persona o derechos" (p. 121); el colectivo se refiere a que "si se defiende a la persona y sus derechos, también se está defendiendo el orden jurídico, pues es precisamente éste el que reconoce a la persona como tal y sus derechos" (p. 121).

Por su lado, Zaffaroni (2002, pp. 591 y ss.) clasifica los fundamentos de legitimación de la justificación en objetivistas y subjetivistas. Los criterios objetivistas favorecen el orden jurídico como pilar fundamental sobre el cual existe la legítima defensa. Este criterio se caracteriza por mayores exigencias en cuanto a la proporcionalidad entre la agresión y el daño causado. La tesis subjetivista favorece la protección del individuo cuando el Estado o el derecho son insuficientes en la protección y garantía de sus derechos y no se focaliza tanto en la proporcionalidad. Ambas tesis presentan sus desventajas. Asimismo, como lo expresan Bustos Ramírez y Hormazábal Malaree (1999), "la legítima defensa tiene que fundamentarse en la doble base de defensa de la persona y de mantenimiento del orden jurídico, pues así se garantiza el equilibrio entre ambos principios" (p. 122). Zaffaroni (2002) agrega que cuando estamos frente a la legítima defensa, "si algo hubiera que deplorar en el caso, sería precisamente la ineficacia del propio Estado y no la acción del ser humano que impide o interrumpe la agresión" (p. 612). El Estado mismo tolera una conducta que se produjo justamente por su incapacidad de proteger al individuo agredido en un primer momento, y de esa insuficiencia surge la legitimación de ese individuo para defenderse. Esa defensa está dentro del derecho, no puede ser enmarcada como una conducta ilícita que el Estado tolera porque no está fuera del derecho.

En ese sentido, la violencia de género se origina en relaciones de poder desiguales generadas por una cultura que socializa a los varones como dominantes;

y a las mujeres, como subordinadas a ellos, y a marcos legales e instituciones que no resguardan a las mujeres de los resultados violentos de aquella desigualdad. La pasividad del Estado frente a este *status quo* no es neutral, y la falta de protección de las mujeres golpeadas constituye una política pública, como lo explicó la CIDH en el caso *Maria da Penha Maria Fernandes v. Brasil*.<sup>64</sup> En este caso, la CIDH observó que Brasil reflejaba un patrón general de negligencia y falta de acción efectiva para enjuiciar y castigar a los autores de violencia de género. La acción judicial ineficaz, la impunidad y la consiguiente denegación de reparaciones a las sobrevivientes son solamente algunos ejemplos de la falta de compromiso de Brasil para abordar eficazmente la violencia contra la mujer. Y dado el carácter de género de estas violaciones, las fallas de Brasil también podrían ser consideradas discriminatorias, contribuyendo a “[...] un clima propicio para la violencia doméstica, ya que la sociedad no ve evidencia de voluntad por parte del Estado, como representante de la sociedad, de tomar medidas efectivas para sancionar tales actos” (§ 56). En efecto, la resignación generalizada y la tolerancia con respecto a la violencia de género fue una violación directa de las obligaciones del Estado de prevenir, castigar y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres. Así,

la omisión de enjuiciar y condenar al perpetrador en estas circunstancias es un indicio de que el Estado aprueba la violencia sufrida por Maria da Penha, y esta omisión de los tribunales brasileños para actuar está agravando las consecuencias directas de la agresión de su ex marido [...] Que la tolerancia de los órganos del Estado no se limita al presente caso; más bien, es un patrón. La condonación de esta situación por parte de todo el sistema sólo sirve para perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que sustentan y fomentan la violencia contra las mujeres. (*Maria da Penha Maia Fernandes v. Brazil*, Case 12.051, § 55)

---

64 Maria da Penha Maia Fernandes dormía en su casa cuando su esposo, Marco Antonio Heredia Viveiros, le disparó en la cabeza. Después de soportar años de violencia doméstica de parte de su marido, quedó paralizada de la cintura para abajo y sufriendo un trauma físico y psicológico severo. Después de sobrevivir al atentado contra su vida y de someterse a numerosas cirugías, Maria regresó a su casa. Dos semanas después, Heredia intentó electrocutarla mientras ella se bañaba. Tras el ataque, la policía brasileña inició una investigación. Un análisis posterior mostró que Heredia estaba en posesión del arma de fuego con la que le disparó a Maria. Ella intentó acceder a la justicia a través de los tribunales brasileños, pero aunque el tiroteo ocurrió en 1983, no se formularían cargos contra Heredia hasta 1985 y el primer juicio no comenzaría hasta 1991. Durante 15 años, el caso de Maria permaneció en la justicia brasileña y Heredia permaneció libre. Con la ayuda del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y el Comité Latinoamericano y del Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), Maria llevó su caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Maria da Penha Maia Fernandes v. Brazil*, Case 12.051, Report No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 rev. at 704 (2000).

## 8. “Síndrome de la mujer maltratada” o de la “impotencia aprendida”

*Quiero saber  
lo que significa sobrevivir a algo  
¿solamente significa  
que puedo conservar mi cuerpo?  
Olivia Gatwood, Life of the Party*

Uno de los mayores logros feministas en el contexto canadiense fue la inclusión del testimonio pericial sobre el síndrome de la mujer maltratada en un caso en el que una mujer maltratada mató a su marido abusivo: el notorio caso de *R v. Lavallee* (1990). En muchos casos, la legítima defensa de una mujer en un contexto de violencia doméstica excluye inquirir el padecimiento de la imputada del “síndrome de la mujer maltratada”. Tal examen es meritorio, ya que en muchos casos respaldaría la denuncia de la mujer respecto a la situación de violencia doméstica prolongada en el tiempo.

Antes de adentrarme en este síndrome, cabe aclarar que si bien algunos abogados y juristas canadienses se han inclinado hacia el uso de un término “neutro” en cuanto al género, utilizando los conceptos de “síndrome del cónyuge maltratado” en lugar de “síndrome de la mujer maltratada”, concuerdo con Sheehy (1994, p. 314) en que tal uso del lenguaje oscurece de manera problemática la carga de violencia de género de este fenómeno y las diversas estructuras que atrapan a las mujeres en estas relaciones violentas. En una línea de pensamiento similar, Hatcher (2003) sostiene que un término neutro como “el maltrato y sus efectos” (p. 37) (recientemente adoptado por los tribunales canadienses) es inadecuado precisamente porque es neutral en cuanto al género y no logra ilustrar la subordinación histórica y social que experimentan las mujeres. Por lo tanto, creo que un enfoque específico de género es necesario para que la mujer gane igualdad ante la ley.

En efecto, como señala Walker (1990, p. 63), la frase “golpear a la esposa” había sido muy utilizada en la década de 1970 a partir de la terminología legal de “violación y agresión”, que se refiere explícitamente al uso de la fuerza física. Si bien fue un reconocimiento importante en la lucha contra la violencia y un logro para las feministas, hay que reconocer que el fenómeno de la violencia es mucho más amplio y complejo que el uso de la fuerza física. Es decir, no me restrinjo definiendo el maltrato en términos de violencia física, sino en el uso (o amenaza de uso) sistemático de violencia y otras conductas coercitivas para ejercer poder, inducir miedo y controlar a la víctima.

Resulta fundamental para los fines de este apartado entender las violencias conyugales desde el ámbito de la psicología, para entender los complejos mecanismos subyacentes y el impacto del “síndrome de la mujer maltratada” sobre los comportamientos de la mujer. Esta condición psicológica fue descrita sobre la base de las experiencias de mujeres que sufrieron maltratos. En 1987, el Dr. Charles Ewing, psicólogo y abogado, había intentado comprender la situación y la mentalidad de mujeres maltratadas que matan (Glancy, Heintzman y Wheeler, 2019, p. 6). Analizó más de cien casos e identificó siete factores de maltrato que experimentaron las mujeres que habían asesinado a sus maridos, a saber: (1) la mujer había sufrido lesiones graves de parte de su esposo; (2) la frecuencia de los incidentes de maltrato había aumentado antes del incidente; (3) habían existido amenazas de muerte; (4) había armas presentes en el hogar; (5) el hombre había abusado de los niños; (6) una amenaza sobre la custodia y el cuidado o la vida de los niños había sido hecha por el agresor; y (7) el hombre había hecho una amenaza de represalia (matarla, acecharla a ella y a otros) si la mujer decidía dejarlo (Ewing, 1987).

El síndrome de la mujer maltratada (*battered women syndrome*) es un término desarrollado por la psicóloga estadounidense Lenore Walker (1984) para explicar la naturaleza cíclica de la relación de maltrato entre una mujer y su abusador, así como los efectos psicológicos y el trauma resultante de esa relación. La traducción literal del inglés vendría a ser “síndrome de la mujer golpeada”,<sup>65</sup> sin embargo, una interpretación menos restrictiva y más adecuada apoya el uso del adjetivo “maltratada”, ya que la violencia, como mencioné anteriormente, no se restringe a los golpes físicos.

Walker y su equipo en El Centro del Síndrome de la Mujer Maltratada (The Battered Woman Research Center, en inglés), ubicado en Denver, condujo uno de los primeros estudios de investigación a gran escala sobre el abuso doméstico. De 1978 a 1981, con una subvención del Instituto Nacional de Salud Mental de los Estados Unidos, recopilaron información de aproximadamente cuatrocientas mujeres maltratadas con el fin de explorar los efectos del maltrato desde la perspectiva de las mujeres, dejando que “cuenten sus historias en su propio tiempo” (Walker, 1984, p. 225). A los fines de ese estudio, Walker (1984) definió a una mujer maltratada como una mujer mayor de 18 años “que está o ha estado en una relación con un hombre que repetidamente la somete a violentos abusos físicos y/o psicológicos” (p. 203). Asimismo, una mujer era

---

65 *Battered* es el adjetivo que proviene del verbo *batter*, que significa “golpear repetidamente, golpear violenta y rápidamente”. Proviene del francés antiguo *batre* (golpear), que, a su vez, viene del latín

elegible si había sido maltratada por un compañero íntimo al menos dos veces. Cabe aclarar que si bien en su investigación original Walker (2009, p. 58) se centró en actos de violencia física, en su investigación actual también reconoce el abuso psicológico.

El estudio de Walker utilizó entrevistas abiertas y cuestionarios, detallando demografía, historial de relaciones y de abuso, educación y experiencia laboral, actitudes hacia el maltrato y reacciones psicológicas de las participantes (Walker, 1984, pp. 3-4). Basada en investigaciones anteriores, Walker (1979) tenía la hipótesis de que las mujeres que habían sido controladas por sus parejas exhibían un patrón de síntomas psicológicos. Definió entonces el patrón de síntomas y comportamientos de las mujeres maltratadas. Asimismo, comprobó empíricamente otras dos teorías importantes sobre la violencia doméstica: la naturaleza cíclica de la violencia en relaciones íntimas y la indefensión aprendida por parte de las mujeres como resultado de este ciclo. Es importante aclarar que Walker reconoce que no todas las mujeres que experimentan violencia de pareja íntima padecerán del síndrome de la mujer maltratada.

### 8.1. La teoría del ciclo de la violencia

La teoría del ciclo de la violencia de Walker (1979) postula que la mayoría del maltrato en situaciones íntimas no es aleatorio, sino que responde a un ciclo de violencia recurrente y creciente. En sus extensos estudios sobre mujeres maltratadas, descubrió que las relaciones abusivas tienen un ciclo claramente discernible. El ciclo de violencia, como la autora lo define, tiene tres fases: (1) creación de tensión; (2) episodios violentos agudos; y (3) reconciliación amorosa (Walker, 1979; 2009).

La primera fase es la creación de la tensión, durante la cual un agresor intenta reducir su propia tensión y ansiedad infligiendo maltrato a su pareja. La mujer responde con técnicas de pacificación de conflicto para evitar un episodio de abuso severo. Esta fase puede incluir amenazas, incidentes menores de violencia como bofetadas o golpes, así como abuso verbal y burlas, aumentando gradualmente a medida que aumenta la tensión. Walker (2009, p. 91) explica que, muchas veces, las mujeres logran aplacar temporalmente la ira de su pareja, lo que las lleva a creer (falsamente) que pueden controlar las acciones del abusador.

---

*battuere*, *batuere* (golpear), un vocablo raro en el latín literario, pero de uso popular en el latín vulgar (Online Etymology Dictionary: [https://www.etymonline.com/word/batter#:~:text=batter%20\(v.\),and%20popular%20in%20Vulgar%20Latin](https://www.etymonline.com/word/batter#:~:text=batter%20(v.),and%20popular%20in%20Vulgar%20Latin)).

La segunda etapa es la de la explosión de la violencia y se caracteriza por la descarga de las tensiones que se han acumulado durante la primera fase del ciclo (Walker, 1979, p. 59). La tensión llega a un punto de ruptura y culmina en episodios agudos de violencia física y brutalidad por parte del abusador. Esta fase del ciclo está marcada por una “lluvia de agresión verbal y física” que culmina en serias lesiones (Walker, 2009, p. 94). Walker sostiene que la segunda fase (el episodio en el que se presenta el maltrato severo) es inevitable en la relación abusiva, sin intervención externa en la relación o sin que la mujer logre salir de esta.

La última etapa está marcada por la reconciliación amorosa, también conocida como la fase de la “luna de miel”. El agresor se arrepiente e intenta reconciliarse con su pareja, se disculpa y profesa su amor. Esta reconciliación refuerza el compromiso de la mujer con la relación haciéndola sentir amada y siente el deber de proteger a su pareja frente al ostensible gesto de vulnerabilidad que presenció: una trampa psicológica en la que, paradójicamente, la mujer se siente más vinculada emocionalmente al abusador. Según Walker (2009, p. 95), en esta fase, los abusadores actúan de una manera similar a como actuaban al principio de la relación, por ejemplo, otorgando regalos, teniendo gestos románticos o haciendo promesas de cambiar su comportamiento. Asimismo, explica que suele ocurrir que la mujer creerá que es en esta etapa cuando su pareja muestra su amor y su “verdadera” naturaleza, lo que le permite dejar de lado la violencia experimentada en las dos primeras fases del ciclo. Es en esta tercera fase del ciclo de violencia que se fortifica la decisión de la mujer de permanecer en la relación (Walker, 2009, p. 95). También observó que esta fase puede estar caracterizada por la ausencia de violencia, sin ningún comportamiento demostrativo de amor o romance.

Una vez que termina el ciclo, vuelve a repetirse. Conforme más repeticiones ocurran y pase el tiempo, la primera fase del ciclo (creación de la tensión) se incrementa marcadamente, mientras que la tercera fase (reconciliación amorosa) disminuye. Por ejemplo, las investigaciones de Walker evidenciaron que, al momento del primer incidente de maltrato, el 56% de las relaciones exhibían un aumento de la fase de creación de la tensión, mientras que el 69% mostraban un aumento en de la tercera fase, reconciliación. Sin embargo, esas proporciones cambiaban significativamente si las mediciones ocurrían considerando el momento del último incidente de violencia informado: las estadísticas cambiaban a 71% (primera fase) y a 42% (tercera fase), respectivamente (Walker, 2000, p. 128).

Es relevante destacar que el riesgo de la violencia con carácter letal aumenta cuando la tensión permanece elevada y no regresa al nivel de la fase de reconciliación amorosa (Walker, 2009, p. 95). A medida que avanza la relación violenta y la tercera fase disminuye, las mujeres ya casi no viven periodos sin violencia, es decir, los periodos de la fase de luna de miel son reemplazados por un constante estado de tensión y violencia. Por ende, “siguiendo un camino potencialmente homicida, la violencia explosiva se convierte en la característica principal de la relación, en lugar de abarcar solamente una fase de la relación” (Ogle y Jacobs, 2002, p. 71).

## 8.2. Desamparo aprendido o indefensión aprendida

*La violencia fue tan indescriptible,  
tan más allá de mi repertorio de experiencias,  
que mi mente intervino,  
sin tener más remedio que dejar a mi cuerpo endeble,  
donde tanto daño era posible.  
Bianca Bowers, Cape of Storms.*

Conforme el ciclo continúa y se repite, Walker (1984) explica que algunas mujeres terminan en una condición en la que creen que cualquier intento de disuadir o escapar de la violencia es improductivo. Esta autora integró la teoría de la indefensión aprendida (*learned helplessness*) de Seligman (1975) a su propia teoría del ciclo de la violencia. La indefensión aprendida se refiere a un estado psicológico en el que existe una incapacidad para ejercer un control sobre la situación. Martin Seligman, psicólogo estadounidense, desarrolló su teoría de la indefensión con base en sus experimentos clínicos en laboratorio con perros enjaulados que eran sometidos a descargas eléctricas sin posibilidad de escapar de ellas (Seligman, 1972; 1975). Describió que después de repetidos golpes, los animales ya no exhibían ninguna respuesta evasiva, a pesar de que, por ejemplo, la puerta de la jaula estuviese abierta y existieran oportunidades para escapar. En otras palabras, habían aprendido a sentirse indefensos y a no luchar contra las descargas eléctricas.

Walker (1979) teorizó que los repetidos incidentes de maltrato, análogos a las descargas eléctricas, generan un estado de desamparo aprendido y de depresión en las mujeres maltratadas, que así llegan a creer que carecen de todo poder y posibilidad para controlar la violencia que les es infligida. Las mujeres están

paralizadas por el miedo y se vuelven pasivas, y si consideramos que a ese miedo se suman obstáculos externos, las mujeres maltratadas difícilmente logran salir de relaciones abusivas. La razón y/o causa es que los estímulos son percibidos por la víctima como incontrolables, por lo que la víctima se cree y se siente incapaz de modificar una situación o su condición misma mediante su propio comportamiento. Es decir, en la persona abusada se genera un sentimiento de falta absoluta de control sobre el ambiente que la rodea, creyendo que todo esfuerzo que realice para modificar sus circunstancias será inútil y que sus conductas no pueden influir sobre el contexto, ya que este es entendido por la víctima como independiente de sus actos. Es decir, este desamparo o indefensión o impotencia aprendida resulta en la paralización de la víctima, en el bloqueo de su capacidad de respuesta ante estímulos o situaciones adversas y en la subsecuente inhibición de su comportamiento.

Aunque el síndrome de la mujer maltratada en sí no es parte del *Manual de Diagnóstico y Estadística de Mental Trastornos* (DSM IV, por sus siglas en inglés), se considera una subcategoría de estrés por trastorno postraumático (*post-traumatic stress disorder*, o PTSD, por sus siglas en inglés), un trastorno psicológico de ansiedad que sí se encuentra categorizado y goza de legitimación en la comunidad médica. El estrés por trastorno postraumático aún no estaba definido ni categorizado como diagnóstico cuando Walker comenzó sus estudios en la década de 1970, sin embargo, su investigación identificó los síntomas del síndrome, incluyendo: (1) recuerdos invasivos del trauma; (2) altos niveles de ansiedad; (3) alteraciones emocionales que incluyen depresión, evitación, minimización y negación del problema; (4) relaciones interpersonales distorsionadas; (5) imagen corporal distorsionada; y (6) problemas de intimidad sexual (Walker, 2009, p. 42). Los primeros tres síntomas también se encuentran en pacientes diagnosticados con estrés postraumático, mientras que los tres últimos son más típicos en la violencia doméstica.

Dado que el trastorno por estrés postraumático es aceptado y reconocido tanto en la esfera médica como en la legal, especialmente en comparación con el síndrome de la mujer maltratada, podría darle legitimidad médica al último. Sin embargo, Walker (2009, p. 68) nos recuerda que si bien muchas mujeres maltratadas exhiben síntomas suficientes para ser diagnosticadas con estrés postraumático, no todas necesariamente presentan esos síntomas. Debemos pensar en el estrés por trastorno postraumático y el síndrome de la mujer golpeada como fenómenos que, a veces, se superponen. Por ejemplo, es posible que una víctima sea incapaz de identificar un evento específico que la haya hecho sentir

terror, sin embargo, este síndrome nos hace ver más allá de ese evento específico, focalizando nuestra atención en la totalidad de la relación violenta. Además, es necesario recordar que el abuso psicológico es traumático en sí y deja una huella duradera, impactando en la salud mental de las víctimas por mucho tiempo, a veces, por el resto de sus vidas (Walker, 2009, p. 54). La palabra “trauma” proviene del griego y significa “herida”, una herida que deja cicatrices imborrables en la psiquis de las víctimas.<sup>66</sup> Asimismo, el síndrome de la mujer maltratada es más específico, porque, a diferencia de la categoría más amplia de estrés por trastorno postraumático, el primero reconoce la desigualdad de género inherente a la violencia doméstica. Si se tiene en consideración que ambos trastornos son distintos, generalmente ha sido útil clasificar al síndrome de la mujer maltratada como una subcategoría de estrés por trastorno postraumático.

Judith Lewis Herman (1997), una psiquiatra estadounidense e investigadora de gran influencia, es conocida por sus contribuciones respecto al diagnóstico del trastorno de estrés postraumático complejo (*complex post-traumatic stress disorder*, o C-PTSD, por sus siglas en inglés). Este ocurre cuando una persona está sometida a un control totalitario sobre un período de tiempo prolongado (meses, años). El trauma es prolongado y repetido (Herman, 1997, p. 119). Como ejemplos, esta autora cita la experiencia de rehenes, prisioneros de guerra y de campo de concentración y sobrevivientes de algunos cultos religiosos y de violencia doméstica, abuso infantil e incesto.

Herman (1997) identifica los síntomas que resultan de este tipo de control, incluyendo: regulación deteriorada de las expresiones emocionales (preocupación suicida, autoagresión, control de la ira), alteraciones en la conciencia (amnesia, disociación, pensamientos intrusivos), percepciones distorsionadas del perpetrador (idealización, percepción de poder inflada), relaciones perturbadas con otros (aislamiento, desconfianza, búsqueda del rescatador) y pérdida de significado (pérdida de fe, desesperación). En general, este abuso implica un debilitamiento constante de su sentido de autoestima y suele incluir el abuso financiero. “Las experiencias nucleares del trauma psicológico son el no tener poder (*disempowerment*) y la desconexión con otros” (Herman, 1992, p. 133). El control y abuso sistemático conducen a la mujer a un estado de impotencia aprendida. Además, tiene tendencias depresivas y de ansiedad y su capacidad

---

66 Los estudios científicos han demostrado que el trauma cambia la fisiología del cerebro humano. El psiquiatra Bessel van der Kolk (2014), en su libro *The Body Keeps the Score* sobre el trauma y sus efectos, explica cómo el trauma y el estrés resultante de este causan daños fisiológicos al organismo y al cerebro, los cuales pueden persistir por el resto de nuestras vidas.

cognitiva ha cambiado: ya no puede percibir el éxito como lo haría una persona que no sufre de este trastorno (Herman, 1997).

## Parte II

### 9. Aplicaciones legales del síndrome de la mujer maltratada

Las teorías de Lenore Walker (1979) sobre mujeres maltratadas han tenido un impacto duradero en el sistema legal canadiense y en la forma en la que se aborda la problemática de las mujeres que matan a sus parejas en defensa propia. En las últimas décadas, tanto en Canadá como en Estados Unidos, los sistemas legales han aceptado la inclusión de testimonios de peritos expertos sobre el síndrome de la mujer maltratada en los procesos judiciales a los fines de permitir que el jurado comprenda la razonabilidad de las acciones de una mujer, su historial de abuso, para disipar los mitos y estereotipos sobre las mujeres maltratadas y para explicar la naturaleza del ciclo de la violencia y los síntomas psicológicos, específicamente, la indefensión aprendida, que les impide a las víctimas salir de la relación violenta.

Es importante aclarar que el síndrome de la mujer maltratada en sí no constituye una defensa legal ni en Canadá ni en Estados Unidos, sin embargo, el testimonio y/o dictamen de un perito experto en este síndrome es admitido durante los procesos, ya que provee un marco que les permite al jurado, a los jueces y a los actores legales, *inter alia*, interpretar las acciones de las mujeres abusadas que mataron a sus parejas.

En Estados Unidos, la primera admisión del testimonio de perito experto sobre el síndrome de la mujer maltratada se introdujo en el caso *Ibn-Tamas v. United States* en 1979 (Downs, 1996). Beverly Ibn-Tamas había disparado y asesinado a su marido abusivo durante un ataque de parte de este. Fue declarada culpable de asesinato en segundo grado (Slinkard, 2019). La misma Lenore Walker brindó su testimonio experto en este caso. La experta explicó el ciclo de la violencia y por qué Beverly Ibn-Tamas había percibido y entendido que su vida estaba en peligro inminente la mañana en la que se desencadenaron los hechos fatales. Sin embargo, debido a que el síndrome de la mujer maltratada no estaba reconocido como un diagnóstico de carácter médico o psicológico en ese entonces, el testimonio de Walker como perito experto fue declarado inadmisibile (Gagne, 1998, p. 46).

Beverly Ibn-Tamas apeló su condena alegando que la inclusión del testimonio experto era fundamental para su alegación de legítima defensa, sin embar-

go, una vez que el caso regresó al tribunal de primera instancia, el juez a cargo falló en contra de la admisión del testimonio experto de Walker durante la audiencia sobre testimonio probatorio. Ibn-Tamas apeló una vez más y el tribunal de apelaciones finalmente falló en contra, especificando que el tribunal de primera instancia estaba facultado con una amplia discreción para excluir el testimonio pericial y no podía exigírsele la reconsideración del caso. Aunque el testimonio experto lamentablemente nunca fue permitido en el caso *Ibn-Tamas v. United States* a pesar de las múltiples apelaciones por parte de la acusada, este caso es transcendental porque estableció un precedente para la inclusión del testimonio experto sobre el síndrome de la mujer maltratada en otros procesos penales. Por ejemplo, este caso fue citado en la apelación del caso *Smith v. Georgia State* (1981), en el cual el dictamen pericial experto sobre el síndrome de la mujer maltratada fue declarado admisible y la apelante en tal caso resultó absuelta por homicidio doloso (Gagne, 1998, p. 48). Según Slinkard (2019, pp. 16-17), estos precedentes han sentado las raíces históricas y jurisprudenciales de la aceptación de la inclusión del síndrome de la mujer maltratada, y este ha sido utilizado con bastante éxito en juicios contra mujeres maltratadas que matan a sus parejas en defensa propia. En cierta medida, los cincuenta estados que conforman los Estados Unidos y su capital federal, Washington D. C., están a favor de la admisibilidad del testimonio de expertos sobre violencia doméstica en cierta medida (Campbell, 1996).

## **10. Caso canadiense: *R v. Lavallee* (1990)**

### **10.1. Descripción general de la legítima defensa en la legislación canadiense**

La doctrina de la legítima defensa del *common law* ya había sido codificada en el primer Código Penal de Canadá (1892), incluyendo una serie de disposiciones refiriéndose a la legítima defensa, como el uso proporcional de la fuerza para defenderse de un ataque repentino e ilegal. Las modificaciones al Código Penal de 2013 introdujeron un número de factores contextuales importantes a los fines de guiar al jurado y a los jueces a aplicar la doctrina de la legítima defensa. La Sección 34 (1) del Código Penal canadiense dispone actualmente que:

- 34 (1) Una persona no es culpable de un delito si
- (a) cree en base a fundamentos razonables que una fuerza está siendo empleada en su contra o en contra de otra persona o que una amenaza de uso de fuerza está siendo hecha en su contra o en contra de otra persona;
  - (b) el acto que constituye el delito es cometido con el objetivo de defenderse o

protegerse a sí mismos u otra persona de ese uso o amenaza de uso de la fuerza en su contra;

(c) el acto cometido es razonable dadas las circunstancias.

### Factores

(2) En la determinación de si el acto cometido es razonable en las circunstancias, la corte deberá considerar las circunstancias relevantes de la persona, las otras partes y del acto, incluyendo, pero no limitándose a los siguientes factores:

(a) la naturaleza de la fuerza o amenaza;

(b) la medida en la que el uso de la fuerza era inminente y si había otros medios disponibles para responder al posible uso de la fuerza;

(c) el rol de la persona en el incidente;

(d) si alguna de las partes del incidente usó o amenazó con usar un arma;

(e) la talla, edad, género y capacidades físicas de las partes en el incidente;

(f) la naturaleza, duración e historia de algún tipo de relación entre las partes del incidente, incluyendo el previo uso de fuerza o amenaza de uso de fuerza y la naturaleza de la fuerza o amenaza;

(f.1) cualquier historia de interacción o comunicación entre las partes del incidente;

(g) la naturaleza y proporcionalidad de la respuesta de la persona al uso de la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza;

(h) si el acto cometido fue en respuesta al uso o amenaza de uso de fuerza que la persona sabía que era lícito;

No procedencia de la defensa

(3) La subsección (1) no se aplica si la fuerza es usada o es amenazada por otra persona con el propósito de hacer algo que la ley requiere o autoriza a hacer en la administración o en la aplicación de la ley, a menos que la persona que cometa el acto que constituye el delito cree en base a fundamentos razonables que la otra persona está actuando ilegalmente.

Estos elementos y factores previamente detallados fueron históricamente requeridos junto con el requisito de la regla de la inminencia (es decir, de la inmediatez), de tal forma que un argumento de legítima defensa solo prosperaría donde no existiera una forma alternativa para defenderse sin tener que usar la fuerza letal. La consecuencia de ese criterio es que la legítima defensa solo procedía cuando el escapar de la situación de peligro no era una opción, o sea, limitaba el alcance de la excluyente de responsabilidad (Blackstone, 1867, p. 184). Por otro lado, si existía evidencia de que la defensa había sido diferida, es decir, que había pasado un transcurso de tiempo significativo entre la amenaza o el uso de la fuerza contra la acusada y su propio uso de la fuerza, podría apoyar la conclusión de que quizás existían otras motivaciones en juego por parte de la acusada, *inter alia*, en otras palabras, venganza.

Si bien la legítima defensa como excluyente de responsabilidad había sido admitida históricamente en el derecho penal canadiense, el síndrome de la mujer maltratada solo fue reconocido como una justificación legal de legítima defensa en Canadá a partir de la década de 1990.

Sin embargo, el tema de la violencia contra las mujeres en situaciones de defensa propia ya había sido considerado en el mundo del *common law* antes del caso *Lavallee*, incluyendo también los casos de *Angelina Napolitano* (1911) en Canadá, el caso *Burning Bed* (“cama en llamas”) (1977) en Estados Unidos y el caso *Duffy* (1949) en Gran Bretaña.

## 10.2. *Angelina Napolitano*

En lo que muchos consideran la primera defensa del síndrome de la mujer maltratada en Canadá, en 1911, Angelina Napolitano tomó un hacha y mató a su esposo Pietro mientras él dormía. Tenía 28 años y era una mujer inmigrante italiana y madre de cuatro hijos (Dubinsky, 1992). Napolitano admitió el homicidio, afirmando que fue el resultado de años de abuso físico y que era la única forma en la que podía escapar de la vida de violencia y prostitución a la cual su abusador la estaba obligando a vivir.<sup>67</sup> El Código Penal canadiense de aquella época ya contenía muchas de las provisiones de legítima defensa que contiene el Código actual, enumerados anteriormente. Napolitano tenía el *onus probandi*, teniendo la titularidad de la obligación de probar durante el proceso penal que su vida estaba en inminente peligro y que no existía un curso de acción alternativa, que no había tenido otra opción dadas las circunstancias. Sin embargo, como el caso de muchas mujeres maltratadas que se defienden, Napolitano mató a su esposo cuando no estaba siendo agredida, por lo que, técnicamente, el peligro sobre su vida no era de carácter “inminente”. La fiscalía utilizó los estereotipos misóginos y discriminatorios de la época, enfatizando el punto de que Angelina había cometido adulterio y que, por lo tanto, era una mujer adúltera y de poco honor, descalificándola según los estándares socioculturales de la época (Dubinsky, 1992). El abogado de Napolitano argumentó que su clienta había sido abusada repetidamente por su esposo y que él la había apuñalado seis meses antes. Pero el juez dictaminó que la evidencia era inadmisibles y Napolitano fue sentenciada a la horca. Esta mujer se convirtió en una causa célebre en ese momento y muchos defendieron que se conmutara

---

67 Ver Dubinsky (1992).

su sentencia (Dubinsky, 1992). El público apoyó a Napolitano, una mujer inmigrante pobre, abusada sistemáticamente por su marido, lanzando una campaña internacional pidiendo clemencia para la acusada. El gabinete federal conmutó su pena por cadena perpetua y se le otorgó la libertad condicional 11 años después (Dubinsky, 1992).

### 10.3. *R. v. Duffy* (1949): defensa por provocación o falta de control

En el derecho inglés, la provocación sigue siendo una defensa del derecho consuetudinario.<sup>68</sup> En esta jurisprudencia, la “definición clásica”<sup>69</sup> de defensa por provocación se encuentra en *R. v. Duffy*. En 1949, este caso de Gran Bretaña sentó un precedente paradigmático en el *common law*. La Corte Británica de Apelación Penal consideró la defensa de la provocación (*defense of provocation or loss of control*) en el caso de una mujer que había matado a su marido siguiendo una historia de abuso brutal durante todo su matrimonio. En la noche en la que ocurrieron los hechos, el abusador amenazó y golpeó físicamente a la Sra. Duffy, impidiéndole llevar a su hijo a un lugar seguro. Ella salió de la habitación por un tiempo, se ocupó de su hijo y luego regresó a la habitación a golpear a su marido con un hacha y un martillo mientras este dormía en su cama. La Sra. Duffy argumentó que el abuso prolongado constituía una provocación, pero la defensa fue denegada tanto por el jurado como por el Tribunal de Apelación Penal, resultando en su condena por homicidio. La defensa de la provocación o de la pérdida de control, a diferencia de la legítima defensa, solo proporciona una justificación parcial en una situación de homicidio. Sirve como atenuante en reconocimiento de una culpabilidad disminuida en casos en los que la persona que fue provocada claramente utiliza la fuerza en defensa propia de manera extrema. La legítima defensa, en cambio, está sujeta a la condición general de que el uso de la fuerza debe ser razonable y no excesivo dadas las circunstancias.

Devlin J. describió la provocación como:

un acto, o serie de actos, realizados [o palabras dichas] [...] que causan en cualquier persona razonable, y en realidad causan en el acusado, una pérdida repentina y temporal de su autocontrol, dejando al acusado a merced de la pasión

68 Ver *R v. Ahluwalia* [1992] 4 All ER 889, en p. 894, C.A., según Lord Taylor CJ, el Defensor General en *Jersey v. Holley*, [2005] 3 WLR 29, p. 32, según Lord Nicholls of Birkenhead.

69 Según Lord Taylor CJ en el caso *R v. Ahluwalia* [1992] 4 All ER 889, p. 894.

como para hacer que él o ella no estén en control de su propia mente en ese momento. (*R v. Duffy* [1949] 1932)

Y en el caso se agregó que

una larga historia de conductas crueles puede ser más reprochable que un acto repentino que conlleve a represalias, pero la culpa no es tu problema aquí, la culpa que se le atribuye al hombre muerto. No estás juzgándolo a él. Él no ha sido escuchado en este tribunal. Ahora no se le podrá escuchar jamás. No tiene ningún defensor aquí para defenderlo. No importa cuán cruel haya sido, cuán mucha o cuán poca culpa tenga, excepto en la medida en que resultó en el acto final de la apelante. Lo que importa es si esta chica tuvo tiempo de decir: “Sin importar lo que he sufrido, sin importar lo que he soportado, sé que ‘no matarás’”. (*R v. Duffy* [1949] 1932)

Esta decisión está cargada de contenido misógino y paternalista que ignora la naturaleza del abuso sufrido por la acusada. Lamentablemente, este énfasis en la aplicación del requisito temporal (es decir, que tan pronto después del abuso o de la provocación la mujer usó fuerza defensiva) permaneció como un componente esencial por décadas, tanto en la defensa de la legítima defensa como en la defensa por provocación en todo el mundo del *common law* (incluido Canadá). El Estado canadiense comenzó a cambiar la forma en la que se aproximaba al caso de las mujeres abusadas que usaban fuerza defensiva solamente como resultado de la evolución del conocimiento de la dinámica y naturaleza de la violencia de género, sobre todo el conocimiento clínico del fenómeno.

#### **10.4. *Burning Bed*: defensa por excusa (demencia)**

En 1977, Francine Hughes, de 29 años, vertió gasolina alrededor de la cama de su esposo mientras él dormía y la prendió fuego (por ende, *burning bed*, que en inglés se traduce a algo así como “cama en llamas”), quitándole la vida. Hughes, que había sufrido años de abuso, fue declarada inocente por demencia. Este caso sentó un precedente paradigmático en los Estados Unidos. Antes de 1980, los defensores estadounidenses que representaban a mujeres maltratadas que mataban a sus cónyuges solían emplear una “teoría de la defensa como excusa”.

Ese mismo año, la Sra. Hughes fue acusada de homicidio en primer grado por matar a su marido abusivo después de soportar trece años de violentas golpizas, amenazas de muerte, intimidación y humillación (McNulty, 1980, p. 198). Mucho tiempo antes de este incidente, ella había intentado activamente

escapar de la relación –pidiendo ayuda y asistencia a diferentes actores institucionales, como la policía, abogados, jueces, agencias de servicios sociales, etc.– y dejar a su esposo; fue en vano. Estaba convencida de que si no hubiera matado a su marido, probablemente él la habría asesinado (McNulty, 1980, p. 199).

El abogado defensor de la Sra. Hughes creía que un alegato basado en la legítima defensa sería legalmente inválido como estrategia porque en ese entonces se necesitaba la existencia de un peligro de carácter inminente, es decir, la inmediatez, lo que sería difícil de probar ya que la acusada había prendido fuego a su esposo mientras dormía. El defensor de la Sra. Hughes no pudo encontrar ningún precedente para sustanciar un argumento alegando legítima defensa, ya que el homicidio había ocurrido en una situación sin confrontación de las partes (McNulty, 1980, p. 199).

En ese entonces, antes de 1980, dada la inexistencia de precedentes en la jurisprudencia y dada la importancia dada al precedente en el sistema del *common law*, los abogados que defendían a las mujeres maltratadas que mataban empleaban la teoría de defensa basada en la excusa (*excuse theory of defense*). Tanto “la excusa” como “la justificación” eran teorías de defensa utilizadas en ese entonces para convencer que el acusado carecía de responsabilidad penal por sus acciones. En la teoría de la excusa, una acusada admite que el delito que cometió fue, en efecto, un delito, pero argumenta que factores propios a la situación impiden la atribución de responsabilidad penal, incluyendo, por ejemplo, la “locura temporal” (demencia, o *temporary insanity*) y la capacidad disminuida (Michigan Women’s Justice & Clemency Project, 2018). Por otro lado, un acusado que se vale de una defensa de justificación intenta demostrar que su acción no fue un delito; argumenta que tal acción estaba justificada dadas las circunstancias del caso ya sea para evitar un daño mayor o para promover intereses sociales de importancia (Michigan Women’s Justice & Clemency Project, 2018).

La Sra. Hughes utilizó la primera teoría, es decir, una defensa basada en la excusa, argumentando el estado de demencia temporal (*temporary insanity*) cuando mató a su esposo. Un experto testificó que estaba “abrumada por los ataques masivos a sus emociones más primitivas” (McNulty 1980, p. 255). La defensa funcionó y fue declarada “no culpable” (Michigan Women’s Justice & Clemency Project, 2018).

La defensa por demencia temporal hizo justicia en este caso. Sin embargo, no es una defensa utilizada hoy en día por varias razones. Es un arma de doble filo. Si bien es verdad que si la acusada queda absuelta por “demencia tempo-

ral” queda libre, también podría haber sido declarada “culpable, pero con una enfermedad mental”, enfrentándose a la misma pena de prisión que una persona que no haya utilizado tal defensa (Michigan Women’s Justice & Clemency Project, 2018). Además, esta defensa parte de la presunción de que las mujeres maltratadas tienen “problemas mentales” o que “no están bien de la cabeza”, lo que no refleja la evidencia encontrada por la literatura académica, sobre todo médica y psicológica, que explican la complejidad del abuso y que cualquier persona sujeta a tal abuso podría tomar esa decisión, que, en ese contexto de violencia sistemática, resulta ser una decisión razonable. Como explicaré más adelante, el síndrome de la mujer maltratada también ha sido objeto de críticas por muchas feministas debido a su tendencia a estigmatizar a las víctimas como “enfermas mentales”.

### **10.5. *R v. Lavallee*: un hito en la lucha feminista**

Fue en el caso de *R v. Lavallee*, en 1990, que el síndrome de la mujer golpeada fue admitido judicialmente por primera vez en Canadá y reconocido por la Corte Suprema. En este caso histórico, en 1986, la residente de Manitoba, Angélique Lyn Lavallee, de 22 años, le disparó a su *common law partner* (concubino) Kevin Rust en la cabeza cuando él salía de su habitación después de una acalorada discusión.

Los hechos se desencadenaron durante una fiesta organizada por la pareja en su residencia el 30 de agosto de 1986. Comenzaron a discutir; la Sra. Lavallee corrió y se escondió en un armario, pero fue arrastrada de su cabello por el Sr. Rust. La pareja se encontraba en el segundo piso en uno de los dormitorios cuando Rust comenzó a golpear a Lavallee y la amenazó, dándole un arma y diciéndole “o me matas o te mato” (*R v. Lavallee*, 1990, § 3). Cuando Rust se retiraba de la habitación para bajar las escaleras y regresar a la fiesta, Lavallee le disparó en la parte posterior de la cabeza, matándolo, aunque en su declaración a la policía dijo que había apuntado por encima de su cabeza. Lavallee fue acusada de homicidio en segundo grado, al que se declaró no culpable en razón de haber actuado en defensa propia utilizando la sección 34 (2) del Código Penal.

Durante el juicio, la Sra. Lavallee mantuvo el argumento de la legítima defensa. Su defensa fue apoyada por evidencia psiquiátrica de peritos expertos sobre las consecuencias del maltrato físico, mental y emocional infligido por Rust. El dictamen pericial explicó que la evidencia conducía a la opinión de que Lavallee estaba convencida de que esa noche sería asesinada. La corte acep-

tó este argumento en el sentido de que el síndrome de la mujer golpeada requiere una relajación de la regla de inminencia en casos de violencia.

Específicamente, la Corte sostuvo que el testimonio pericial es admisible en tales casos con cuatro propósitos: (1) para disipar los estereotipos que existen sobre las mujeres maltratadas; (2) para entender la capacidad de una acusada para percibir el peligro creyendo razonablemente la existencia de un riesgo grave; (3) para explicar por qué las mujeres maltratadas permanecen en relaciones abusivas; y (4) para explicar por qué estas mujeres no pueden escapar y, en consecuencia, su creencia de que el uso de la fuerza es la única forma de salvar sus vidas es razonable. Desde este caso, la regla de la inminencia ha sido entendida como un mero factor a tomar en consideración, debido a que las mujeres maltratadas ya no tenían que esperar a que sus abusadores “levanten un cuchillo” para actuar en legítima defensa (Sheehy, 2014).

La legítima defensa, hasta *Lavallee*, requería que la acusada, al matar o dañar seriamente al agresor, cumpliera con dos pruebas de razonabilidad. En primer lugar, debía haber creído que estaba en peligro de muerte o que sufriría lesiones corporales graves como resultado de la agresión. En segundo lugar, la acusada debía haber creído que la única opción razonable y disponible para evitar su propia muerte o lesiones graves era el quitarle la vida al abusador (Schuller et al., 2004, p. 127).

Sin embargo, en este caso, los detalles específicos al asesinato de Rust complicaban el uso de la legítima defensa. En efecto, *Lavallee* había asesinado a Rust, pero no (técnicamente) durante una confrontación o agresión física inmediata. Él mismo estaba saliendo de la habitación al momento en el que *Lavallee* le disparó. Como lo mencioné anteriormente, hasta este caso histórico, si bien el artículo 34 (2) del Código Penal Canadiense no establecía explícitamente la inminencia de la amenaza de daño, se suponía en la doctrina y en la jurisprudencia que la inmediatez era una condición necesaria para la legítima defensa y no se aplicaba al caso de alguien que actuó en anticipación de una agresión futura (Shaffer, 1997, p. 3).

Otro desafío para la defensa de *Lavallee* fue demostrar que cumplía con el requisito de la segunda parte del artículo 34 (2), que establece que el uso de la fuerza con consecuencias letales solamente puede ocurrir como último recurso, cuando no hay otras opciones disponibles (Shaffer, 1997, p. 3). Es entonces cuando la defensa presentó la prueba pericial sobre el síndrome de la mujer maltratada para demostrar este requisito y sustentar más ampliamente el caso de la legítima defensa. *Angelique Lavallee* no testificó. La defensa se basó en

el dictamen pericial del psiquiatra Fred Shane, quien explicó el ciclo de la violencia y el síndrome de la mujer maltratada al jurado, declarando que Lavallee creía razonablemente que Rust la mataría si ella no lo mataba a él primero. El Dr. Shane expresó que Lavallee había sido “aterrorizada por Rust hasta el punto de sentirse atrapada, vulnerable, sin valor, e incapaz de escapar de la relación a pesar de la violencia” (*R v. Lavallee*, § 9). En resumen del testimonio pericial del Dr. Shane, el experto testificó que Lavallee sufría de indefensión aprendida, lo que la llevó a creer que no existían otras opciones para escapar de la relación abusiva más que matar a Rust. El patrón cíclico de la violencia le permitió a Lavallee predecir con precisión cuándo la violencia ocurriría. La noche del incidente, ella creyó que una agresión mortal era, en efecto, inminente (Shaffer, 1997, pp. 3-4).

Si bien Lavallee fue absuelta de todos los cargos, la Corona (o fiscalía) apeló la absolución, argumentando que el testimonio del Dr. Shane debería haber sido excluido y que sin dicho testimonio Lavallee no hubiera tenido argumentos suficientes para esgrimir legítima defensa. El Tribunal de Apelaciones de Manitoba confirmó la apelación, anuló el veredicto y regresó el caso al tribunal inferior para iniciar un nuevo juicio. Lavallee llevó el caso a la Suprema Corte de Canadá en 1990, donde, por decisión unánime, reafirmó su absolución inicial y dictaminó que el testimonio del perito experto sobre abuso doméstico y síndrome de la mujer maltratada sí era admisible.

La jueza Wilson, al redactar su opinión para la sentencia de la Corte Suprema, afirmó que el testimonio pericial resulta “relevante y necesario” a los fines de que el jurado comprenda plenamente la experiencia de una mujer abusada y para así poder evaluar de manera justa sus argumentos de legítima defensa (*R v. Lavallee*, § 59). Lamentablemente, la sociedad en general y el público laico no versado en este fenómeno generalmente desconoce la realidad de las relaciones abusivas, como ha quedado demostrado en investigaciones empíricas y en la persistencia hasta el día de hoy de mitos y estereotipos sobre las mujeres abusadas (Ewing y Aubrey, 1997).

En esta opinión, entonces, Wilson destacó la importancia de la evidencia pericial para combatir los mitos comunes y los estereotipos dañinos sobre las mujeres maltratadas que el público suele sostener, incluida la creencia de que, debido a que las mujeres maltratadas no abandonan sus relaciones, deben estar exagerando la gravedad del abuso o ser masoquistas. En general, el fallo en el caso de Lavallee reconoció que la evidencia pericial permite a los jurados comprender mejor la razonabilidad de la creencia de una mujer maltratada que

necesita matar para preservar su vida, especialmente en contextos (como *Lavallee*) en los que parece no haber, *prima facie*, una amenaza inminente.

La aceptación pragmática (Sheppard, 2008) de la jueza Wilson en cuanto a las condiciones no ideales en las que el derecho opera –las realidades de la violencia conyugal– se reveló, *inter alia*, en *R. v. Lavallee*, cuando reconoció que

de hecho, la gravedad de la tragedia de la violencia doméstica difícilmente puede ser exagerada. Una mayor atención mediática a este fenómeno en los últimos años ha revelado tanto su prevalencia como su terrible impacto en todos los ámbitos de la vida de las mujeres. Lejos de proteger a las mujeres, la ley históricamente consagró el abuso de mujeres dentro del matrimonio al considerarlas como parte de la propiedad del marido y, por ende, consagró el derecho del marido a “castigar” a su esposa.<sup>70</sup>

Si bien la jueza Wilson reconoció que es obviamente preferible que las mujeres abusadas dejen las relaciones violentas en lugar de recurrir al homicidio conyugal, reclamó que la ley prestara atención a las opciones limitadas y a la desesperación en la que viven las mujeres maltratadas (Sheppard, 2008). Asimismo, argumentó que la violencia doméstica contra la mujer seguirá sucediendo hasta que las mujeres “sean reconocidas como miembros iguales y respetadas por la sociedad en general y las instituciones que componen lo social” (Wilson, 1992, p. 141). Para la jueza Wilson, la solución ideal para la violencia doméstica estaba plenamente conectada con la lucha más amplia por la igualdad de género. Sin embargo, en ausencia de circunstancias ideales, sus decisiones judiciales intentaron resolver casos en consideración de las realidades prácticas de la desigualdad social.

## 11. La “razonabilidad” y la violencia doméstica

Según Glancy, Heintzman y Wheeler (2019), el síndrome de la mujer maltratada como parte de la legítima defensa no siempre se aplica fácilmente en la práctica. Las acusadas deben demostrar la razonabilidad de sus acciones a los fines de cumplir con los requisitos de legítima defensa.

Existe un sesgo inherente en el estándar del “hombre razonable”. Históricamente, el estándar se basó en la idea de un “hombre de prudencia ordinaria” y se incorporó a nuestras ideas sociales de lo que significa un comportamiento

---

70 *Rust v. Lavallee*, (1990) S.C.J. No. 36, [1990] 1 S.C.R. 852 (S.C.C.), p. 872.

razonable (Bennett, 1989). Por ejemplo, es poco probable que las mujeres acusadas se encuentren en situaciones como las de los hombres, tales como escenarios de inminente amenaza en los cuales los participantes son del mismo tamaño, basándose sobre experiencias masculinas, como peleas callejeras o en bares (Cahn, 1992; Crocker, 1985; Gillespie, 1989; Ogle y Jacobs, 2002; Schneider, 1980; 1996). Como lo ha explicado Collins (1977), la figura paradigmática en el análisis de la justificación para matar en defensa propia ha sido histórica y lingüísticamente construida como masculina. Cuando nuestra sociedad piensa en personas que se defienden, piensa en soldados u hombres que protegen el hogar y la familia, o un hombre luchando contra un asaltante (Steele y Siman, 1991). En un caso de 1977, *State of Washington v. Wanrow*, Wanrow (la acusada) y sus abogados argumentaron que el uso del género masculino en el lenguaje sesgaría al jurado para favorecer un estándar masculino a los fines de evaluar la idoneidad de la conducta de una mujer. En efecto, utilizar el género masculino le da al jurado la impresión de que dos hombres han tenido una confrontación (Steele y Siman, 1991). Las mujeres tienen derecho a sustituir el pronombre “él” por el de “ella” cuando un jurado considera un caso en el que una mujer maltratada ha usado la fuerza para defenderse (Dowd, 1992; Steele y Siman, 1991).

Asimismo, el requisito de igual fuerza también está inspirado en una experiencia masculina, ya que las leyes de legítima defensa requieren que un acusado emplee una fuerza equivalente a la del atacante en una situación de combate mutuo, por ejemplo, puños contra puños (Crocker, 1985). Las mujeres suelen estar físicamente en una desventaja frente a los hombres y generalmente recurren al uso de armas mortales, como cuchillos o armas de fuego (en oposición a la fuerza de combate físico), en respuesta al ataque de su pareja (Chan, 1994; Russell, 2010; Schuller y Vidmar, 1992).

La defensa será legítima cuando sea inminente, o sea, cuando no se pueda hacer esperar (Jakobs, 1994, p. 469). La doctrina ha interpretado que la agresión debe ser actual, inminente y subsistente (Stratenwerth, 2005, p. 229). A su vez, una agresión es actual cuando “es inmediatamente inminente, o precisamente está teniendo lugar o todavía prosigue” (Roxin, 1997, p. 618) o “cuando posteriormente ya no se la podría repeler o sólo sería posible en condiciones más graves” (Bacigalupo, 1996, p. 226). Como explican Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000), cuando “un sujeto extrae un arma, poco importa que demore dos segundos o una hora en disparar [...]: la existencia del agredido se ve amenazada desde que el agresor dispone del medio y por ello puede legítimamente privarle de él” (p. 595). Entonces, se puede argumentar que inminencia no

es lo mismo que la inmediatez en el tiempo cronológico entre la agresión y la defensa, ya que la violencia podría ser inminente, pero no inmediata (Zaffaroni et al., 2000, citado en Di Corleto, 2006, p. 10).

Para que un ataque sea inminente, no debe quedar tiempo para solicitar ayuda a la policía u a otro actor, o para que el agresor cambie de opinión (Steele y Siman, 1991). La noción legal de inminencia bajo el estándar del “hombre razonable” no tiene en cuenta las realidades a las que se enfrentan las mujeres maltratadas (Kinports, 2004) y que involucra una percepción distinta del peligro, ya que el riesgo y el peligro están siempre presentes y estas mujeres tienen una clara intuición de cuándo ocurrirá el próximo acto de violencia (Lazar, 2008, p. 6). Al considerar una declaración de defensa propia, el jurado debe determinar si una persona promedio, y bajo las mismas circunstancias, también habría creído razonablemente que el uso de la fuerza era necesario. Bajo este estándar, una acusada que tenía una creencia honesta, pero “irrazonable”, como una mujer quien mata en una situación sin confrontación, no prevalecería (Bennett, 1989).

Muchas otras mujeres actúan en defensa propia cuando sus abusadores se retiran (como en *Lavallee*), se encuentran durmiendo (*Burning Bed*) o están incapacitados por ingesta de alcohol (Schuller y Vidmar, 1992). Estos llamados asesinatos “sin confrontación” quedarían fuera del requisito de la inminencia si los interpretamos restringidamente según el estándar masculino (Ogle y Jakobs, 2002, p. 160).

La idea de la “inminencia” que tiene una mujer abusada es distinta a la que tiene un hombre en una pelea en una pelea callejera. La noción de “inminencia” de la mujer abusada parte del conocimiento íntimo y profundo que tiene sobre su abusador y sobre un historial de un historial de violencia (Venesy, 1991). En muchas ocasiones, es probable que el abusador la haya amenazado de muerte, amenazas que no solamente recaen sobre su vida, sino también sobre la de sus hijos, familia y/o amigos. El abusador puede también haber amenazado a la mujer con el uso de armas. Entonces, para la mujer maltratada, la amenaza de violencia es continuamente inminente. En su percepción, en su mente, en sus experiencias, todas las amenazas anteriores del abusador aún están vigentes y el peligro inminente y constante en el que está inmersa justifica la defensa incluso cuando estén en un periodo de relativa “calma” (Venesy, 1991).

A su vez, la noción de “razonabilidad sesgada por el género”, históricamente basada en experiencias masculinas, ha impactado en la jurisprudencia de tal forma que cuando los jurados invocan el “estándar de hombre razonable” están

“perpetuando [...] la ‘realidad socialmente construida’ que nos ha transmitido el derecho consuetudinario, que presenta a las cualidades femeninas como la antítesis de la razonabilidad” (Collins, 1977, p. 323).

El significado de “peligro” para las mujeres que son sometidas a la violencia sistemática y habitual no está contenido ni limitado a un solo ataque físico. El riesgo es constante y se extiende en tiempo y en espacio a la experiencia de las mujeres que día a día viven bajo una amenaza continua. En *Lavallee*, la jueza Wilson reconoció específicamente la necesidad de un estándar de razonabilidad que tenga en consideración las diferencias entre las realidades y las experiencias de un hombre y las de una mujer maltratada. Concluyó que

si nos cuesta creer lo que un “hombre corriente” haría si estuviera en la posición de un cónyuge maltratado, probablemente se deba a que los hombres no suelen encontrarse en esa situación. Sin embargo, algunas mujeres sí se encuentran en esa situación. La definición de lo que es “razonable” debe ser adaptada a las circunstancias que son, en general y por lejos, muy distantes y ajenas al mundo habitado por el hipotético artificio del “hombre razonable”. (*R v. Lavallee*, 1990, § 38)

El caso *Lavallee* fue innovador porque reconoció las deficiencias del estándar “masculino” de razonabilidad para circunstancias en las que las mujeres maltratadas matan y estableció que la Corte debe considerar una “amplia gama de factores”, incluidas las experiencias personales de maltrato de la mujer (Ratushny, 1997, p. 51). Como mencioné anteriormente, estrictamente hablando, el síndrome de la mujer maltratada no constituye una defensa en sí. El triunfo de *Lavallee* es que los dictámenes de expertos se puedan introducir para proporcionar información sobre el maltrato, desvanecer mitos sobre el fenómeno y permitir una mayor comprensión de cada situación en particular (Shaffer, 1997).

Después de la histórica decisión en el caso *Lavallee*, el Gobierno federal de Canadá encomendó a la jueza de Ontario, Lynn Ratushny, la revisión de 98 casos en los que las mujeres fueron declaradas culpables de matar a parejas abusivas, ya que no habían contado con la posibilidad de presentar testimonio de perito experto, que recién fue desarrollado a la luz de lo establecido en *Lavallee* (Ratushny, 1997). El ministro de Justicia y el procurador general de Canadá finalmente modificaron la sentencia de solamente cinco mujeres, aunque ninguna de ellas salió de prisión. El informe de Ratushny recomendaba una reforma de las leyes de legítima defensa para hacerlas más exhaustivas (Sheehy, 2000).

## 12. Si me quedo o me voy. “¿Por qué no se fue?”

*La obra perfecta de la agresividad es conseguir  
que la víctima admire al verdugo.*

Victoria Sau

Después de lo acontecido en el caso *Lavallee*, uno de los objetivos de la permisibilidad de la introducción del dictamen de perito experto en el síndrome de la mujer maltratada era disipar los mitos y estereotipos sobre las mujeres maltratadas, especialmente en lo que se refiere a su decisión de quedarse (o irse y volver) con su pareja abusiva (Baly, 2010; Griffing et al., 2002; Merritt-Gray y Wuest, 1995). Un estudio encontró que las mujeres maltratadas habían dejado a sus parejas un promedio de cinco veces antes de lograr salir permanentemente de la relación violenta (Okun, 1986). En otra investigación sobre 185 sobrevivientes de abuso, Horton y Johnson (1993) descubrieron que a las mujeres maltratadas les tomaba un promedio de ocho años salir definitivamente de una relación abusiva.

Los investigadores han dado cuenta de una multitud de razones por las que las mujeres maltratadas permanecen en estas relaciones (Bancroft, 2002). Hay dos puntos fundamentales que necesitan ser aclarados al respecto. En primer lugar, que algunos académicos no están de acuerdo con la investigación que se centra en “por qué las mujeres se quedan en relaciones violentas”, argumentando que “incrustada en esta pregunta está la suposición de que hay algo acerca de las mujeres maltratadas que las hace querer ser abusadas” (Rhodes y Baranoff McKenzie, 1998, p. 391). En mi opinión, dada la severidad y la persistencia de este mito en nuestra sociedad, y más allá de la injusticia inherente a esta pregunta, es necesario desbaratarla abiertamente a los fines de combatir la ignorancia sobre el fenómeno y la consecuente falta de respeto hacia las experiencias de dolor de las sobrevivientes de violencia doméstica que trae aparejada este mito. En este caso, mi feminismo es pragmático, tratando de asumir la mejor estrategia, con fines pedagógicos, dadas las realidades sociales no ideales (la falta de entendimiento sobre el fenómeno, la persistencia de la violencia y la falta de compasión y de empatía con las sobrevivientes de violencia).

En segundo lugar, las mujeres maltratadas (y las mujeres en general) no constituyen un monolito, un grupo homogéneo, porque la violencia de género abarca todas las clases sociales, grupos raciales y étnicos; ergo, no existe una sola razón, sino muchas por las cuales las mujeres se quedan en relaciones abusivas.

Hay varias formas de interpretar y entender la situación de estas mujeres.

Algunas interpretaciones se refieren a la impotencia aprendida, al apego traumático, a las formas estructurales de violencia y a los riesgos que representa el incremento de la violencia durante la separación.

La impotencia aprendida o el desamparo aprendido de Seligman (1975), consistente con las ideas de Walker (1979), habían ya sido postulados en las primeras investigaciones sobre la materia. La psicología teorizó que las mujeres que son sometidas a innumerables repeticiones de abuso físico y mental pueden experimentar dificultades (como depresión, falta de autoestima, culpa o miedo) que las hacen incapaces de abandonar la relación. Estas mujeres dejan de intentar evitar el abuso y no pueden reconocer o aprovechar cualquier vía de escape disponible (Ewing, 1987). Debe reconocerse que la mujer maltratada no aprende a ser indefensa, aprende que no puede predecir el efecto de su comportamiento en el maltratador. La víctima percibe que escapar es imposible y aprende a concentrarse en cómo afrontar y lidiar con su situación en lugar de intentar escaparse (Bates, 1991).

Walker (1979) también señaló que existe una similitud entre el abuso que sufren las mujeres maltratadas y la definición de “tortura” contenida en los derechos humanos internacionales (Ewing, 1987; Walker, 1979). Ewing (1987) re refirió a casos en los que los maltratadores usaron armas de fuego y armas blancas para literalmente mantener a sus víctimas como rehenes. Afirmó que las mujeres maltratadas son prisioneras políticas en el sentido de que son prisioneras del poderío masculino, que cuenta con la protección del sistema patriarcal. Los rehenes y las mujeres maltratadas son similares porque ambos están en situación de cautiverio (aislados), sometidos a severas amenazas físicas y psicológicas y sin poder poner fin al abuso (Ewing, 1987). Los rehenes y las mujeres maltratadas suelen adoptar el punto de vista de su captor como propio e incluso sentirse apegados a ellos, al igual que los niños que demuestran un fuerte apego hacia sus padres abusivos (Dutton y Painter, 1981; Ewing, 1987). Un factor que hace que las mujeres maltratadas sean diferentes de los rehenes es que existe una intimidad compartida entre la mujer abusada y su abusador, que hace que ella sea aún más vulnerable (Romero, 1985).

Los investigadores también han comparado las experiencias de los prisioneros de guerra durante la guerra de Corea con las vivencias de mujeres maltratadas, especificando tres puntos en común entre ambos: (1) el abuso psicológico en una atmósfera de amenaza de violencia que resultó en terror y debilitamiento mental de la víctima; (2) la dependencia emocional se fortaleció intermitentemente; y (3) el aislamiento de los amigos y de la familia sirvieron para validar

los comportamientos del agresor (Romero, 1985). Los investigadores han encontrado una relación de causa y efecto entre las estrategias de lavado de cerebro de los captores y la conducta de los prisioneros de guerra (Romero, 1985), señalando que el abuso físico, la tortura y la muerte parecen ser utilizados más por los abusadores domésticos estadounidenses que por los captores chinos en un contexto de conflicto armado en Corea (Romero, 1985).

La teoría del “vínculo de apego traumático” (*traumatic bonding*) también es otra interpretación. Los desequilibrios de poder en la relación junto con la naturaleza intermitente del abuso (episodios violentos seguidos de episodios de arrepentimiento, según el ciclo de la violencia de Walker) contribuyen a la creación de un “vínculo de apego traumático” (Bancroft, 2002; Barnett y LaViolette, 1993; Dutton y Painter, 1993), el cual se refiere al desarrollo de fuertes lazos emocionales entre dos personas, en el que una persona maltrata y consuela intermitentemente, amenaza y abusa y luego se reconcilia episódica y repetidamente con su víctima (Dutton y Painter, 1981). Lundy Bancroft (2002) explica que “una de las grandes tragedias del abuso es que la persona abusada pueda convertirse en emocionalmente dependiente del abusador” (p. 220). Paradójicamente, las consecuencias psicológicas del abuso erosionan tanto la psiquis de la mujer que hace que necesite a su abusador aún más; como dice Bancroft (2002), es una “amarga ironía psicológica” (p. 220). En el abuso, el torturador y el rescatador son la misma persona, y si uno como ser humano está sometido a un abuso sistemático y brutal, cualquier gesto de alivio o consuelo nos hará sentir extremadamente agradecidos a nuestro maltratador (Bancroft, 2002). El autor explica que

El ciclo de tu pareja abusiva de intercalar periodos de crueldad con periodos de reconciliación puede hacer que te sientas emocionalmente muy cerca de él durante esos momentos en los que es amable y cariñoso. Puedes terminar sintiendo que la pesadilla del abuso es una experiencia que los dos *comparten* y de la cual están escapando juntos, una ilusión peligrosa en la que el trauma te puede hacer creer. A menudo, escucho a las mujeres maltratadas decir sobre su pareja: “él realmente me conoce” o “nadie me entiende como él”. Puede que esto sea cierto, pero la razón por la que tu abusador parece entenderte tanto es que ha estudiado las formas de manipular tus emociones y de controlar tus acciones. A veces puede parecer que se da cuenta de lo mucho que te ha lastimado, lo que puede hacerte sentir cercana de él emocionalmente, pero eso es otra ilusión; si realmente tu abusador pudiera sentir empatía por el dolor que ha causado, dejaría de abusar de ti para siempre. (p. 221)

Ewing (1987) argumenta que el vínculo de apego traumático de las mujeres maltratadas es el equivalente al síndrome de Estocolmo en rehenes, que es una teoría que intenta explicar una experiencia psicológica paradójica por la cual se desarrollan vínculos afectivos entre rehén y captor (Graham, Rawlings y Rimini, 1988, p. 219). El término fue utilizado por primera vez en Suecia, en 1973, por Nils Bejerot para describir un fenómeno paradójico de vinculación afectiva entre los rehenes y sus captores en el transcurso de un asalto a un banco en Estocolmo (Gordon, 2005; Wong, 2005).

Graham, Rawlings y Rimini (1988) explican que existen similitudes entre el síndrome de la mujer maltratada y el síndrome de Estocolmo: el captor está en posición de poder sobre la vida del rehén, el rehén no puede escapar y su vida está en manos del captor, el rehén está aislado de otros seres humanos, y el captor es percibido por el rehén como demostrando cierto grado de bondad hacia la víctima.

El síndrome de Estocolmo se desarrolla en respuesta a una amenaza de muerte y al instinto de supervivencia del rehén. Los rehenes desarrollan habilidades de supervivencia en lugar de escapar porque consideran que las oportunidades de hacerlo son mínimas y demasiado peligrosas. Enfrentan una amenaza continua e inmediata sobre su vida adoptando la visión del mundo de su captor y asumiendo una postura sumisa. La víctima, aterrorizada, necesita seguridad, protección y esperanza, lo cual la lleva a ignorar el lado negativo del abusador y a adoptar su visión y racionalización (Gordon, 2005). Las conductas paradójicas observadas en las personas que desarrollan el síndrome de Estocolmo radican principalmente en los sentimientos y actitudes de las víctimas o rehenes. Graham et al. (2001) explican que esas paradojas incluyen el profesar “amor” a las personas que abusan de ellas, defender a sus abusadores incluso después de golpes, culparse por el abuso y presentar distorsiones cognitivas, como la negación, la minimización y la racionalización del abuso. Al considerar la psicodinámica subyacente al síndrome de Estocolmo, se han propuesto los términos de “síndrome de identificación de supervivencia”, “síndrome de sentido común” o simplemente “síndrome de transferencia” (Fuselier, 1999), a partir de los aportes de Strentz (1982), quien explica la regresión de los rehenes a un modo infantil de comportamiento; de Hacker y Hacker (1976), quienes enfatizan la identificación de los rehenes con su captor; de Symonds (1982), que utiliza los conceptos de “transferencia patológica”, “miedo congelado” e “infantilismo traumático”; y de Soskis y Ochberg (1982), para quienes el síndrome surge para generar esperanza dentro de una situación sin esperanza.

Graham, Rawlings y Rimini (1988, p. 224) explican que las mujeres de bajos ingresos que continuaban viviendo con sus parejas porque no tenían recursos financieros informaron que tenían un vínculo emocional más marcado hacia el agresor, ya que percibían la imposibilidad de su situación y respondían razonablemente a esa situación insuperable alimentando el vínculo emocional con el agresor. También concluyeron en sus estudios que las mujeres que se separaron de sus parejas, pero regresaron porque su pareja dio con su paradero o porque amenazó con matarlas, mostraron más vínculos emocionales hacia su pareja abusiva. Entonces, podría decirse que el grado de “vínculo traumático” está proporcionalmente relacionado con el grado de temeridad que una mujer siente por su vida.

En mi opinión, la manera en la que nuestras sociedades se aproximan al síndrome de Estocolmo y a la situación de las mujeres maltratadas pone en evidencia el estigma y la falta de empatía que tenemos con las mujeres violentadas. A pesar de que las mujeres maltratadas y los rehenes exhiben respuestas psicológicas similares, la opinión popular condena a las mujeres maltratadas como masoquistas, pero, mientras tanto, simpatiza con la situación de los rehenes. Los medios de comunicación prestan mucha atención a las situaciones de rehenes, mientras que la difícil situación de una mujer maltratada se considera un asunto familiar privado. Es más probable que una persona ajena al asunto negocie y obtengan la liberación de rehenes a que se involucre cuando una mujer maltratada pide ayuda.

Más recientemente, los investigadores han cambiado el foco de la cuestión de las limitaciones psicológicas que enfrentan las mujeres maltratadas (que pueden o no estar presentes en todas las relaciones) hacia las diversas fuerzas sociales y estructurales que dificultan la salida de la relación con su abusador. El enfoque está ahora en lo estructural, no en la agencia individual, sino en las “manifestaciones invisibles de violencia o cualquier daño que se construyen en el tejido de sociedad [y que] crea y mantiene desigualdades” (Montesanti y Thurston, 2015, p. 2). Hoy en día, la doctrina reconoce que las mujeres maltratadas no son un grupo homogéneo y que es necesario una perspectiva interseccional (Crenshaw, 1991) que considere la confluencia de múltiples vectores de identidad que se cruzan (género, raza, clase, sexualidad, idioma, estatus socioeconómico, capacidad, etc.). Las mujeres afroamericanas, por ejemplo, tienen mayor probabilidad de experimentar brutalidad policial y de enfrentarse a discriminación de instituciones gubernamentales (Hampton et al., 2008; Jacobs, 2017; Potter, 2008; Richie, 1996; 2012). Las mujeres inmigrantes también se

enfrentan a obstáculos importantes para salir de las relaciones violentas, como la cultura y el lenguaje (Lemon, 2006; Souto et al., 2016), miedo a la deportación o a la pérdida de la custodia o tenencia de sus hijos (Reina, Lohman y Maldonado, 2014; Souto et al., 2016; Vidales, 2010), políticas de inmigración, su dependencia económica de sus abusadores (Jayasuriya-Illesinghe, 2018; Reina, Lohman y Maldonado, 2014) y/o su falta de familiarización con un sistema legal hostil (Mosher, 2015). Los sistemas de opresión (patriarcal, racial, económico) convergen para mantener a estas mujeres en situaciones de violencia (Collins, 2000; Crenshaw, 1991; George y Stith, 2014; Montesanti y Thurston, 2015; Mosher, 2015; Phillips, 1998; Sokoloff y Dupont, 2005).

Por último, preguntarse el porqué la mujer no deja una relación abusiva es ingenuo y puede ser desconsiderado hacia las mujeres, ya que asume que la violencia terminará si la mujer se va de la relación (Browne, 1987). Todo lo contrario; es en este preciso momento cuando explota la violencia de la separación.

Los estudios han concluido que dejar las relaciones abusivas puede poner a las mujeres en riesgo de un incremento en la violencia sobre sus vidas o la de sus hijos, violencia que suele continuar incluso después de que la mujer haya terminado la relación.

Ya en 1986, la Encuesta sobre Delitos del Departamento de Justicia de Estados Unidos indicaba que el 70% de la violencia doméstica ocurría después de que la mujer abandonaba la relación. Algunas investigaciones sugieren que el riesgo de violencia mortal aumenta después de una separación (Campbell et al., 2007; Cambell, Sharps y Glass, 2001; Hotton, 2001) y que las mujeres que escaparon de relaciones abusivas tienen un mayor riesgo de inestabilidad financiera y de pobreza (Baker et al., 2010; Velonis et al., 2015).

Separarse de un abusador es extremadamente difícil. En efecto, al contrario de lo que la población comúnmente piensa, dejar a una pareja no abusiva es por lo general mucho más fácil que dejar a una pareja abusiva. Dejar a la pareja abusiva puede, en muchos casos, costar la vida. Mahoney (1991) llama a este momento “la agresión de la separación”: “el ataque al cuerpo y la voluntad de la mujer a través del cual su pareja busca impedir que se vaya, tomar represalias por la separación, u obligarla a regresar” (p. 65). Campbell et al. (2007, p. 254) también sostienen que la violencia letal contra la mujer suele ocurrir durante el primer año después de la separación.

El Informe Anual del Comité de Revisión de Muertes por Violencia Doméstica de Ontario (DVDRC, 2016) articula las diversas razones por las cuales las mujeres no pueden salir de relaciones abusivas en un análisis que atiende tanto

a las razones individuales como a las estructurales que impactan en la vida de las mujeres (Velonis et al., 2015). El informe contiene la revisión de 289 casos de 410 muertes por violencia doméstica (homicidios, suicidios y homicidios seguidos de suicidios) entre 2003 y 2016 y los resultados demostraron que en el 67% de los casos involucraron a parejas separadas o con una separación pendiente.

Las mujeres violentadas están entre la espada y la pared. Irse de la relación es a menudo más peligroso que quedarse, y la separación es el momento de más volatilidad y peligro en las relaciones abusivas. Quedarse con el maltratador trae consigo inevitable abuso y amenazas constantes. En lugar de reflexionar e investigar el “porqué una mujer maltratada no se va”, deberíamos concentrarnos y cuestionarnos el “porqué el maltratador abusa” y “por qué no se va, dado el alto nivel de disgusto que expresa con respecto a su pareja y a la relación”.

### **13. Algunos casos canadienses desde *Lavallee***

Los tribunales canadienses han intentado definir los parámetros de la defensa considerando el criterio de inminencia, la razonabilidad de la amenaza percibida por el acusado y la disponibilidad de la defensa en los casos en los que la relación entre las partes no es la de una mujer maltratada y su cónyuge.

#### **13.1. Inminencia**

En *R. v. Irwin* (1994),<sup>71</sup> poco después del caso *Lavallee*, el Tribunal de Apelación de la Columbia Británica sostuvo que una aprehensión razonable de muerte en el futuro inmediato no se aplicaba en un caso en el que la acusada hizo el tercer disparo fatal porque temía que su pareja se recuperara de los dos primeros y volviera en unos meses para matarla. El miedo subjetivo a represalias no constituía un peligro inminente.

#### **13.2. Razonabilidad de la amenaza**

En *R. v. Eyapaise*,<sup>72</sup> el tribunal de Alberta rechazó una defensa de síndrome de la mujer maltratada como irrazonable en un caso en el que la víctima no era su

---

71 *R. v. Irwin*, 1994, CanLII 486 (BC CA).

72 *R. v. N.N.E.*, 1993, CanLII 7265 (AB QB).

marido. La mujer apuñaló a un extraño después de que él le tocó sus pechos. Ella se liberó sin luchar y lo apuñaló en el cuello. El Tribunal escuchó que ella había sido víctima de abuso por parte de hombres durante toda su vida, pero sostuvo que sus acciones no eran una forma razonable de legítima defensa porque en tal contexto tenía otras opciones disponibles para protegerse a sí misma.

En *R. v. Knott*,<sup>73</sup> la Corte de Manitoba aceptó una defensa por síndrome de la mujer maltratada en un caso en el que un tercero –su cuñado– estaba presente y tratando de proteger al abusador en el momento del incidente. La Sra. Knott había sido sistemática y brutalmente abusada por su marido. En la noche del incidente final, se defendió de su marido alcoholizado y violento, apuñalándolo mientras su hermano estaba presente en la residencia. Fue absuelta, ya que la evidencia demostró que sufría de trastorno de estrés postraumático y le temía al incremento de la violencia.

### 13.3. Relación entre las partes

En *R. v. Malott*,<sup>74</sup> la acusada de homicidio le había disparado a su expareja (el abusador), pero también disparó y apuñaló a su novia (actual pareja del abusador). Si bien el Tribunal de Apelación de Ontario admitió que la acusada había sido objeto de un terrible abuso por parte de su exmarido, la Corte rechazó el argumento de que la novia del fallecido podría haber sido vista por la imputada como una extensión de su excónyuge abusivo y como fuente parcial del abuso que sufrió a lo largo de su matrimonio. Si bien fue declarada culpable de asesinato en segundo grado, el jurado recomendó que se atenúe su sentencia dada la severidad del síndrome de la mujer maltratada.

En *R. v. Charlebois*,<sup>75</sup> la Suprema Corte de Canadá sostuvo que la defensa de Lavallee se aplicaba exclusivamente a mujeres maltratadas. Se negaron a aplicar la legítima defensa a Charlebois, un hombre acusado de disparar a un conocido mientras dormía –con quien él tenía un historial de violencia– por miedo a represalias. En *R. v. Bird*,<sup>76</sup> la Corte de Saskatchewan sostuvo que el síndrome de la mujer maltratada no se aplicaba cuando no existía un historial de abuso entre las partes. La corte de apelaciones de Ontario aplicó *Charlebois* para recha-

---

73 *R. v. Knott*, 2014, MBQB 72.

74 *R. v. Malott*, 1996, CanLII 2230 (ON CA).

75 *R. v. Charlebois*, 2000, 2 SCR 674, 2000 SCC 53.

76 *R. v. M. L. B.*, 2004, SKPC 136.

zar una defensa por síndrome de la mujer golpeada en *R. v. Currie*.<sup>77</sup> La Corte concluyó que no existió una amenaza para Currie el día en el que disparó, a pesar de su temor subjetivo de que la otra parte podría atacarla en el futuro. No existió evidencia objetiva de una amenaza a su seguridad.

#### **14. Críticas feministas al síndrome de la mujer maltratada**

Muchas feministas han criticado el uso del síndrome de la mujer maltratada por varias razones: patologiza a las víctimas de violencia, victimiza a las mujeres y perpetúa estereotipos de género y de clase, no deja espacio para considerar la agencia de las mujeres, ignora las acciones de los abusadores dentro de un sistema patriarcal, puede jugar en contra de las mujeres que la arguyen y por problemas de índole metodológica.

Si bien muchas feministas han considerado este cambio como una victoria a la luz del tratamiento histórico de las mujeres maltratadas en el sistema judicial, otras sugieren que, al final, esto perjudica a las mujeres como grupo. Hay una preocupación de que el síndrome de la mujer maltratada refuerza los estereotipos negativos sobre las mujeres. Schneider (2000) y Sheehy (2014) explican que el término sugiere una implícita, pero contundente, visión de que las mujeres maltratadas sufren de una discapacidad psicológica que no les permite actuar como una “persona normal”, en lugar de focalizarse en el agresor y sus comportamientos violentos. La agresión y la violencia contra las mujeres son los comportamientos que no deberían estar normalizados.

##### **14.1. Patologización de las víctimas**

El principal argumento contra el síndrome de la mujer maltratada en sí es que patologiza a las mujeres y sus experiencias (Grant, 1991; McMahan, 1999; Russell, 2010; Shaffer, 1997; Sheehy, Stubbs y Tolmie, 1992), viéndolas como psicológicamente carentes y como seres que sufren de una enfermedad mental (Comack, 2002; Comack y Brickley, 2007; Finley Mangum, 1999; White-Mair, 2000), enmarcándolas como emocionalmente dañadas; y a sus reacciones y decisiones, como irracionales y en necesidad de una elucidación experta.

Las académicas enfatizan, por el contrario, que las mujeres maltratadas son actores racionales cuyas acciones son respuestas necesarias y razonables a los

---

77 *R. v. Currie*, 2002, CanLII 44973 (ON CA).

fines de salvar sus propias vidas, y que cualquier persona tomaría una decisión así dadas las circunstancias (Schneider, 2000; Sheehy, 2014). Si bien el síndrome de la mujer maltratada puede salvar a las mujeres de ser condenadas a pasar años en prisión, les impone el estigma de enfermedad mental “entregándolas al complejo ‘psy’” (Rose, 1985). Según el autor, este complejo (*psychological-complex*) es la capacidad de la psicología para definir la anormalidad o conducta socialmente desviada en términos del funcionamiento psicológico de los individuos. Parker et al. (1995) explican el complejo-psy como la “psicologización de varios tipos de conductas no productivas, socialmente indeseables” (p. 83). Y como explica Palmary (1999),

la construcción de la violencia doméstica ha sido en los últimos 25 años en términos cada vez más psicológicos y, como tal, el complejo psíquico desempeña un papel en la regulación de la conducta socialmente indeseable a través de su capacidad para llevar a las personas al logro de un “yo” más deseable. (p. 46)

Problematizan que las absoluciones logradas pueden hacer que las mujeres adopten una identidad de víctima sin desafiar ese estereotipo, ya que sus fortalezas individuales a menudo son pintadas como debilidades instrumentales para los fines de la defensa durante el enjuiciamiento. En contra de la terminología de “síndrome”, Sheehy (1994) argumentó poco después de *Lavallee* que la eliminación de este lenguaje desmedicalizaría a las mujeres maltratadas. En lugar, proponen focalizarse en las respuestas razonables de estas mujeres a la violencia (Sheehy, Stubbs y Tolmie, 1992) y que el testimonio de expertos debería centrarse en algo parecido al “maltrato y sus efectos” o “las acciones del abusador”.

Es problemático que estas absoluciones se lograran mediante la “victimización” de las mujeres, perpetuando la inequidad de género. A lo largo de la historia, se han dicotomizado caracterizaciones de víctimas mujeres entre los estereotipos de la doncella inocente, por un lado, o de la mujer mentirosa o fabuladora, por el otro. Estos estereotipos se desarrollan y evidencian durante el enjuiciamiento. La fiscalía puede intentar afrentar a la acusada por no estar a la altura de una “buena mujer”; la defensa, por otro lado, tiende a desfigurar la imagen de la acusada como ultrafemenina, es decir, como víctima ingenua, pasiva e indefensa. Es extremadamente difícil extraer comportamientos que son adaptativos al maltrato de aquellos que corresponden a la personalidad subyacente de la mujer en cuestión.

A fin de cuentas, algunos críticos explican que el síndrome de la mujer golpeada se ha convertido en un estándar artificial, opresivo e injusto al que todas

las mujeres maltratadas deben conformarse: contribuye a una concepción muy limitada de lo que es una mujer maltratada, que, en última instancia, conduce a estereotipar quién es y a excluir a quien no es una mujer maltratada “legítima” (Ferraro, 2003; Shaffer, 1997; Sheehy, 1994). Solamente son legitimadas como mujeres maltratadas quienes son sumisas, se ajustan a roles sociales de género como buenas madres y esposas y, en última instancia, son pasivas, reactivas, pero no proactivas en la violencia (Merry, 2003; Rothenberg, 2003). En efecto, ocho años después de *Lavallee, Justice L’Heureux-Dube* concluyó en el caso *R v. Malott* (1998) que las mujeres que no se ajusten perfectamente al estereotipo de víctima indefensa se enfrentarán a desafíos al alegar defensa propia. Es decir, una mujer maltratada que no encaje en el estereotipo de “mujer indefensa” tendrá que convencer al jurado de que ella es merecedora de utilizar el síndrome de la mujer maltratada en su alegato de defensa (Downs, 1996).

#### **14.2. No considera la discriminación interseccional**

Además, el estereotipo de una mujer maltratada como pasiva e indefensa se construye históricamente a partir de ideales de la feminidad de las mujeres blancas, generando dificultades para las mujeres de color, entre otros grupos marginalizados (Allard, 1991; Stubbs y Tolmie, 2008). Existe evidencia empírica con base en investigaciones sobre jurados simulados cuyos resultados confirman que las acusadas son juzgadas con mayor severidad cuando se desvían de la versión modelo de una “mujer maltratada” (Russell y Melillo, 2006; Terrance y Matheson, 2003). Es así como el síndrome de la mujer maltratada ha sido criticado por construir a la arquetípica mujer maltratada como blanca, de clase media y heterosexual (Goodmark, 2008; Rothenberg, 2002), ignorando las intersecciones de raza, estatus migratorio, clase, discapacidad, edad, sexualidad, orientación sexual, religión e idioma, *inter alia*, en relación con la violencia (Crenshaw, 1991).

#### **14.3. Doncellas pasivas e indefensas sin agencia**

Además de su tendencia a patologizar a las mujeres, también se ha criticado la aplicación de la indefensión aprendida a las mujeres maltratadas porque las presenta como víctimas indefensas y pasivas, ignorando las respuestas de las mujeres a la violencia de los hombres, las cuales que reafirmarían el poder y la agencia de las mujeres (Downs, 1996; McMahon, 1999; Schneider, 1996). Al-

gunos autores critican la teoría de la indefensión aprendida porque caracteriza a las mujeres como inherentemente pasivas, ignorando las limitaciones sociales y económicas que las mantienen atrapadas en esas relaciones (Ptacek, 1999) y sin considerar las diferentes estrategias que ellas utilizan en sus relaciones abusivas (Dutton, 1993). Las sobrevivientes emplean estrategias para lidiar con una pareja violenta, negociando y empleando “habilidades de supervivencia” para evitar menoscabos a sus vidas y a las de sus hijos, y para planificar su salida de la relación (Dutton, 1993; Ferraro, 1998; McMahon, 1999; Moe, 2007).

A nivel analítico, la teoría de la impotencia aprendida también es criticada por ser incompatible con el homicidio: las mujeres no son pasivas cuando matan, ya que han agotado el último recurso generalmente después de agotar todas las opciones a los fines de poner fin a la violencia perpetrada contra ellas (Kinports, 2004; Schuller y Hastings, 1996). Gondolf y Fisher (1988) propusieron utilizar la “teoría del sobreviviente”, partiendo del postulado de que el abuso no conduce a la pasividad, ya que las mujeres maltratadas generalmente se esfuerzan por salir, y tales comportamientos de pedido de ayuda son ignorados por las instituciones cuya función es supuestamente protegerlas. Otro problema con la teoría de la indefensión aprendida es que el tiro puede salir por la culata (White-Mair, 2000): desde el punto de vista legal, tal teoría podría potencialmente coartar el derecho de una mujer a la defensa propia porque “al enfatizar las limitaciones cognitivas que se derivan de la indefensión aprendida, el síndrome de la indefensión aprendida representa a una persona que no es capaz de una acción razonable y, por lo tanto, que no es capaz de ejercer la legítima defensa” (Shaffer, 1997, p. 12).

#### **14.4. Excepcionaliza, pero deja el sistema intacto**

“Psicologizar” o “patologizar” a estas mujeres, tratándolas de indefensas, es un enfoque extremadamente individualista que normaliza el sistema social patriarcal que apoya el maltrato de los hombres a las mujeres (Schneider, 2000). Prestar atención exclusivamente a las razones psicológicas por las cuales las mujeres permanecen en situación de violencia corre el foco de la cuestión, porque no cuestiona los sistemas que protegen a los hombres violentos (Comack, 2002; Sheehy, 2001). Las absoluciones por síndrome de la mujer golpeada, desde esta perspectiva, permiten que las desigualdades de género inherentes al sistema se mantengan en su lugar y simplemente crean excepciones a la regla, excepciones a un sistema injusto y opresivo. De esta manera, tratando casos dramáticos como

si fueran excepciones, se libera presión en el sistema y evitamos focalizarnos en el tema central que es la violencia en nuestra sociedad. Además, utilizando el grado de victimización como el estándar para establecer el síndrome de la mujer maltratada, hay una sugerencia subyacente de que la violencia que no cumple con este estándar es de alguna manera aceptable e indigna de respuestas.

#### **14.5. Problemas metodológicos**

La validez científica de los hallazgos de Walker (1979), tanto en el diseño de su investigación como en su marco metodológico, también ha sido criticada (Faigman, 1986; Faigman y Wright, 1997; McMahon, 1999). Específicamente, se ha criticado que los estudios científicos de Walker carecían de un grupo de control (es decir, de un grupo de mujeres que nunca habían estado en una relación violenta) contra el cual comparar y contrastar los hallazgos. También se han criticado sus estudios por falta de representatividad, ya que la mayoría de las mujeres entrevistadas que formaban parte de la muestra eran mujeres blancas de clase media, lo que significa que los estudios carecían de un enfoque interseccional. Específicamente, el problema metodológico mayor fue que la mayoría de las mujeres entrevistadas por Walker no habían matado a sus abusadores. Esto significa que no realizó una comparación a partir de una muestra entre las mujeres maltratadas que sí habían matado a sus abusadores y una muestra de aquellas que habían sido abusadas, pero que no habían matado a sus parejas abusivas (Faigman, 1986). Por lo tanto, se cuestiona la representatividad de los datos obtenidos por Walker (1979, 1984) y cuán razonable es extender esos hallazgos sobre el síndrome de la mujer maltratada a casos de legítima defensa que terminaron en la muerte o lesiones graves del maltratador.

#### **14.6. Poca resonancia en la práctica**

Por último, autoras feministas enfatizan que, en la práctica, el uso de este síndrome en casos de legítima defensa de mujeres maltratadas no ha sido tan alentador o esperanzador; cuestionan su carácter revolucionario. Las estadísticas sobre los casos posteriores a *Lavallee* indican que es más probable que los tribunales acepten acuerdos con la fiscalía para imponer sentencias más indulgentes, pero sentencias al fin (Shaffer, 1997).

Schuller y Hastings (1996) condujeron estudios a base de simulación de jurados a los fines de investigar el efecto del “síndrome de la mujer maltratada”

sobre el jurado. Con base en el trabajo de Schuller y Hastings (1996), Schuller et al. (2004) investigaron los efectos de la presentación de testimonio de peritos sobre un jurado simulado en un juicio por homicidio, modificando la variable de la inminencia de la amenaza antes de la acción letal. Incorporaron un grupo de control a los fines de la comparación. En un grupo incorporaron testimonios de expertos; en el otro, testimonios de peritos para probar específicamente el síndrome de la mujer maltratada. Al igual que en el estudio de Schuller y Hasting (1996), los resultados de Schuller et al. (2004) mostraron que introducir testimonios de expertos de cualquier tipo (no específico al síndrome de la mujer maltratada) lleva a más resultados positivos para las acusadas. Sin embargo, descubrieron una notable diferencia entre los dos tipos de testimonios de peritos en lo que respecta a la inminencia. Así, cuando a los participantes se les presentó una forma de dictamen pericial más genérico que no hablaba del síndrome de la mujer golpeada específicamente, el aspecto de inminencia del caso tuvo poco impacto en el jurado. Sin embargo, cuando al jurado se le presentaba evidencia del síndrome de la mujer maltratada, eran más propensos a emitir veredictos más duros en escenarios de asesinatos sin confrontación (Schuller et al., 2004). Paradójicamente, en este caso, introducir el síndrome de la mujer maltratada a través del testimonio pericial resultó ser perjudicial para las mujeres que mataron en defensa propia, en una situación en la que no existía una confrontación directa con su agresor.

Entonces, según este estudio, el síndrome de la mujer maltratada no sería la estrategia más eficaz en casos de asesinatos en defensa propia en los que no hubo confrontación. Estos hallazgos son desconcertantes y problemáticos, y parecerían respaldar la idea de que el testimonio de los peritos debería centrarse menos en los supuestos “problemas psicológicos” de la mujer y más en el maltrato y en los obstáculos que enfrentan las mujeres maltratadas al tratar de escapar del abuso (Schuller et al., 2004).

## **15. Del “síndrome de la mujer maltratada” al “control coercitivo”: evolución de una idea**

*[...] porque al fin y al cabo el miedo de la mujer a la violencia del hombre es el espejo del miedo del hombre a la mujer sin miedo.*

Eduardo Galeano

Para Stark (2007), la teoría del control coercitivo proporciona un mejor abordaje que el síndrome de la mujer maltratada. Mientras que este sugiere que las

mujeres experimentan un trauma e indefensión aprendida que las deja “atrapadas” en las relaciones, el modelo de control coercitivo sostiene que *los hombres abusivos* utilizan métodos coercitivos y tácticas de control para privar a una mujer de la plena autonomía. También adopta una perspectiva interseccional que permite enfatizar cómo múltiples sistemas de dominación (como el sexismo, el racismo y el clasismo) simultáneamente aumentan el vulnerabilidad de las mujeres a la violencia de los hombres, facilitando la capacidad de los hombres para, en última instancia, atrapar a las mujeres en tales relaciones (Collins, 2000; Sokoloff y Dupont, 2005).

El control coercitivo enfatiza el papel del abusador en lugar de simplemente patologizar a la mujer. Stark (2007, p. 12) explica que si bien el síndrome de la mujer maltratada es la estrategia dominante usada en casos en los que las mujeres maltratadas matan, solo un pequeño porcentaje de ellas presentará síntomas de estrés postraumático u otros síntomas psicológicos bajo el abanico del síndrome de la mujer maltratada. Cuando las mujeres no encajan en los estereotipos retratados por este síndrome, su éxito en el uso de un alegato de legítima defensa es, entonces, improbable. Stark (2007, p. 135) sostiene que, paradójicamente, el síndrome de la mujer maltratada de hecho está reafirmando los mismos estereotipos sexistas que ayudan a sostener el abuso de los hombres hacia las mujeres: ignora la desigualdad social que sustenta la violencia masculina.

Uno de los aspectos más loables del modelo de control coercitivo, en mi opinión, es que provee una explicación más amplia y sofisticada de las causas de la violencia doméstica en nuestra sociedad. Stark (2007; 2013) sostiene que las desigualdades estructurales de género (cultural, económica, política, social, etc.) moldean los comportamientos de control coercitivo y que los hombres emplean estos comportamientos con el fin de ampliar sus privilegios “masculinos” negándoles autonomía a las mujeres. Según esta perspectiva, a medida que las mujeres obtienen más libertad e igualdad en la esfera de lo público, los hombres toman represalias para afirmar su dominio y poder en el ámbito privado (Stark 2007; 2013).

El paradigma del control coercitivo entiende el fenómeno de la violencia doméstica de manera más integral, multidimensional y auténtica. El ámbito legal contemporáneo define y regula la violencia doméstica a través de un abordaje que prioriza los incidentes discretos e individuales de violencia, midiendo el abuso según la gravedad de las lesiones y menoscabos que resulten de tales incidentes (Stark, 2012, p. 200). La ley canadiense, por ejemplo, criminaliza los diversos tipos de abuso de manera segmentada, como incidentes distinguibles

e identificables (por ejemplo, agresión física, violencia sexual, acoso, etc.), pero todavía no adopta una comprensión más integral y sistemática del abuso en su totalidad que considere la naturaleza continua de las relaciones abusivas. Canadá no reconoce el control coercitivo como sí lo hace, por ejemplo, el Reino Unido, que recientemente ha promulgado legislación (2015) tipificando como delito el comportamiento coercitivo en relaciones íntimas. Por ejemplo, la Sección 76 de la Ley de Delitos Graves del Reino Unido (2015) criminaliza el “comportamiento controlador o coercitivo en una relación íntima o familiar” con penas de hasta cinco años de prisión y/o multa.<sup>78</sup>

El paradigma del control coercitivo se focaliza en la pérdida de autonomía de las mujeres. Por ende, presenta una visión más completa de la violencia íntima como un patrón de conductas sistemáticas destinadas a privar a las mujeres de su libertad. Asimismo, Stark (2007, p. 13) sostiene que el marco de control coercitivo cambia el enfoque de un modelo que enfatiza demasiado las lesiones físicas a uno que conceptualiza el abuso de los hombres a las mujeres como un crimen contra su libertad, similar al delito de secuestro. Pero, según este autor, el control coercitivo difiere de otros delitos contra la libertad (como secuestro o detención de prisioneros de guerra) en el que es inherentemente un crimen perpetrado por hombres contra mujeres. La focalización excesiva de los modelos actuales en la violencia física es negligente hacia otras formas de abuso (emocional o psicológico) que tienen efectos devastadores en las víctimas, independientemente de los golpes físicos: esto significa que también puede existir control coercitivo en situaciones en las que no existan incidentes de violencia física (Stark, 2007).

La asunción principal del paradigma del control coercitivo es que el abuso suele incluir patrones de dominación, aislamiento y control, que Stark (2007) denomina la utilización de un “curso malévolo de conducta” destinado a subordinar y limitar/impedir la autonomía de las mujeres (p. 15).

Incluso, algunos autores como Hanna (2009, p. 1462) han argumentado que el control coercitivo impide a las mujeres el acceso y goce de sus derechos humanos básicos, por ende, denegándole acceso a una ciudadanía integral; por lo tanto, no es solamente un crimen contra la mujer en cuestión, sino que también es un crimen contra el Estado.

Stark está a favor del incremento de la intervención estatal en relación con el control coercitivo en las relaciones de pareja. Hanna problematiza esa perspectiva, ya que con más intervención estatal se espera que las mujeres utilicen

---

78 Serious Crime Act 2015 (UK), 2015 c 9, s 76 (Criminalizing Controlling or Coercive Behaviour in Intimate and Family Relationships).

y acudan a esas medidas de intervención en primera instancia. Por un lado, si una mujer busca ayuda externa, es menos probable que sea considerada como “atrapada” en una relación violenta y aislada. Por otro, si mata para liberarse, el argumento de que esa acción era necesaria es menos convincente en un contexto de disponibilidad de intervención estatal (Hanna, 2009, p. 1460).

¿Y cual sería la causa-razón subyacente que explicaría el control coercitivo?: que los hombres abusadores controlan cómo las mujeres “hacen el género” (West y Zimmerman, 1987). En este sentido, Johnson propone una teoría de control coercitivo que denomina “terrorismo patriarcal” o “terrorismo íntimo”, definiéndolo como una forma de abuso que incluye violencia física junto con el uso sistemático de tácticas de control para dominar a las mujeres, tácticas aprobadas y soportadas por la cultura patriarcal (M. P. Johnson, 1995; 2008).

El paradigma del control coercitivo también es apoyado por la investigación empírica. Stark (2007) afirma que el control coercitivo es un factor predictor de feminicidio más preciso que la violencia física por sí sola. Los estudios han confirmado que los riesgos de que la violencia desencadene en la muerte de las mujeres aumentan si los hombres muestran un comportamiento muy controlador, especialmente después de la separación (Campbell et al., 2003; Glass, Manganello y Campbell, 2004; Ontario Domestic Violence Death Review Committee, 2016; Stark, 2007).

Para concluir, el modelo de control coercitivo, en mi opinión, explica mejor a las mujeres que matan sin confrontación, ya que nos permite comprender la razonabilidad de las acciones de las víctimas y el miedo en el que están sumergidas estas mujeres. Otra ventaja de este paradigma es que explica por qué una mujer puede estar atrapada en una relación en la que experimenta lesiones físicas leves o en la que el abusador no hace un empleo físico de la violencia (Stark, 2007). También, este modelo ayuda a predecir mejor los riesgos que corre la vida de la mujer violentada dependiendo del grado de conductas controladoras del abusador.

La primera vez que se utilizó el modelo de control coercitivo (sin éxito) en una defensa en Canadá fue en el caso *R v. Teresa Craig* (2011) (Sheehy, 2014, p. 432). La declaración de legítima defensa de la acusada se basó tanto en el testimonio sobre el síndrome de la mujer maltratada como en la teoría del control coercitivo para destacar que matar a su marido fue razonable dado el abuso que ella y su hijo experimentaron (Slinkard, 2019). Su esposo Jack abusaba verbalmente de ella, la agresión se incrementó después del nacimiento de su hijo, tenía acceso al uso de armas (pistolas, un hacha y una motosierra) y mostraba patrones de aislamiento y dominación sobre Teresa (que son consis-

tentes con la teoría del control coercitivo y que aumentan la probabilidad de violencia letal). La defensa demostró que Teresa tenía motivos para creer que su seguridad (y la de su hijo) estaban en peligro. La Corona (fiscalía), por su parte, argumentó que Teresa había tenido múltiples oportunidades para dejar a su esposo, pero que aun así no abandonó la relación, aunque tenía disponibles otras opciones en lugar de matar a su esposo. Según Slinkard (2019, p. 240) en su tesis doctoral sobre este caso, los fiscales asumieron que Teresa era el prototipo del sujeto liberal clásico, totalmente autónomo y no limitado por fuerzas estructurales o externas, una visión de la personalidad no adecuada para las mujeres que sufren violencia.

En mi opinión, el modelo de control coercitivo es valioso, ya que enfatiza las tácticas de control de la pareja masculina que esencialmente hacen que irse sea extremadamente difícil: salir de una relación violenta es muy peligroso e incrementa el riesgo de las mujeres. Preguntarse por qué las mujeres simplemente no salen es desconsiderado e irrespetuoso, además de ignorar el riesgo que tal estrategia supone sobre la vida de la mujer y de sus hijos. El paradigma del control coercitivo también proporciona un marco más completo, multidimensional y más preciso para entender la violencia doméstica, uno que va a más allá de la mera consideración de incidentes aislados y discretos de violencia física.

Debo reconocer las preocupaciones de las feministas académicas respecto al uso del síndrome de la mujer maltratada. Son, en efecto, preocupaciones válidas e importantes que nutren esta línea de investigación. Es preocupante leer los hallazgos sobre el uso de este síndrome, obtenidos a través de investigaciones empíricas. Sin embargo, considero que tales resultados deben ser contemplados en un contexto en el que el derecho en sí ya presenta sesgos de género y en el cual el estándar “objetivo” de la legítima defensa ya es androcéntrico (Ogle y Jacobs, 2002; Schneider, 1996; 2000). En mi opinión, al menos a nivel analítico, el síndrome de la mujer maltratada es un hito en la historia de la lucha feminista y, a pesar de sus limitaciones, continúa siendo relevante en muchos aspectos.

La salud mental sigue siendo motivo de tabú y estigma. La psicología, ciencia relativamente nueva, recién comienza a entender y a educarnos como comunidad en temas de salud mental, tales como la depresión, la ansiedad, el trauma, el estrés postraumático, etc. En parte, tememos a la patologización porque hemos internalizado tal estigmatización. Nos cuesta hablar públicamente de salud mental. Al igual que la violencia doméstica, son temas que preferimos ignorar y relegar a la esfera de lo privado. Lamentablemente, las creencias y las actitudes negativas hacia las personas que sufren alguna afección de la salud mental son

frecuentes. Una vez que una persona es clasificada como “enferma mental”, la sociedad responde con un estereotipo determinado y el individuo se siente cada vez más aislado y señalado. Según Yang et al. (2007), dichas etiquetas se sustentan en las normas socioculturales establecidas para cada comunidad. El síndrome de la mujer golpeada no escapa de esa estigmatización, y si a eso le sumamos el carácter androcéntrico del derecho y de nuestras sociedades, tiene la desventaja de posicionarse en un sistema en el que todo le juega en contra. Hablando del sistema, me preocupa el hecho de que este síndrome enmarque el problema de la violencia como un fenómeno individual, como algo que radica básicamente en la mente traumatizada de las mujeres que matan a sus abusadores. Eso es un abordaje simplista, ingenuo, erróneo y parcial. Necesitamos mover el foco de la cuestión a la estructura, a las causas estructurales (sistema patriarcal, de clase, económico, social, de raza, etc.) que convergen para mantener y seguir reproduciendo la violencia sobre las mujeres. Esto no significa que la estructura deba prevalecer sobre la agencia de las mujeres; por lo contrario, considerar la agencia de las mujeres significa reconocer lo que estas no pudieron hacer (irse, retirarse) como así también lo que sí hicieron (estrategias de negociación, comportamientos adaptativos, intentos de escape, etcétera).

Por último, tenemos que focalizarnos más en el hombre abusivo y en sus comportamientos y empezar a cuestionar más las masculinidades imperantes. En nuestras sociedades, muchas personas pueden sentirse amenazadas admitiendo que el abuso es un problema que se puede y debe resolverse, dado que tal reconocimiento necesariamente implica que no hay excusa para no tratar de luchar por una sociedad sin violencia. El derecho es una de las herramientas que tenemos a disposición, fundamental para cambiar (con carácter autoritativo) las situaciones simbólicas y materiales de las mujeres.

## 16. Conclusión

*Ni mi silencio me protegió ni tu silencio te protegerá.*

Audre Lorde

En este trabajo, evalué la aplicación de la legítima defensa en los casos de mujeres maltratadas que matan a sus abusadores desde la perspectiva de la violencia de pareja y desde el derecho canadiense. Describí y analicé críticamente la situación actual de la violencia de género en Canadá antes de presentar el

marco normativo internacional y nacional (federal, provincial y territorial) de protección de los derechos humanos de las mujeres y en la lucha contra la violencia. En lugar de restringir mi análisis meramente a los hechos ocurridos el día de la muerte del maltratador, di marcha atrás en el tiempo para desmenuzar con detenimiento el ciclo de violencias recurrentes y el “síndrome de la mujer golpeada”, así como también la teoría del “control coercitivo” en el contexto canadiense. Con una perspectiva de género, partí del famoso caso canadiense *Rust v. Lavallee* a los fines de señalar las dificultades en el alcance de algunos de los requisitos de las causales de legítima defensa y su insuficiencia para responder a las realidades de las mujeres violentadas.

Si bien el número de mujeres que responden a la violencia matando a sus abusadores es mínimo, paradójicamente, estos casos son los más mediáticos y visibles (Di Corleto, 2006, p. 2). La violencia contra las mujeres, su invisibilización y la falta de comprensión sobre el tema es un problema de discriminación de género, y la respuesta que las instituciones (justicia, comunidad, medios de comunicación, etc.) dan a tal violencia en los casos de mujeres abusadas que asesinan a sus parejas también se ve sesgada por aquella discriminación. Los prejuicios y mitos sobre la violencia doméstica y sobre las experiencias de las mujeres maltratadas definen y refuerzan el problema.

Invito a un razonamiento contextual: una premisa de la teoría feminista y uno de los métodos feministas (Bartlett, 1990, p. 851). Esto significa que debemos evaluar detenidamente este tipo de casos, los hechos, las circunstancias y las complejidades propias de cada uno y analizarlos teniendo en consideración el problema general de violencia contra las mujeres y de discriminación de género. Esto no significa que deba edificarse una excepción para el caso de las mujeres abusadas, sino que debemos escuchar la historia de estas mujeres, considerando los complejos datos tanto de ellas como las estructuras que moldean el fenómeno y la actuación del Estado, de los marcos sociales, culturales, económicos, de raza, de género, etc. que dan origen a los hechos juzgados. Necesitamos un razonamiento contextual para interpretar la norma de carácter general, evitando la aplicación automática –casi matemática– de fórmulas que presentan sesgos por haberse originado y desarrollado en un contexto patriarcal, respondiendo a un derecho androcéntrico.

A las feministas nos preocupa que las mujeres que luchan contra sus abusadores estén siendo procesadas injustamente por ser mujeres y porque el sistema de la justicia no comprende el abuso complejo y extremo al que sobreviven. El estándar del “hombre razonable” en el *common law* nos da la pauta de cómo el

sistema judicial se concibió para proteger los derechos de los hombres que se defienden, no necesariamente de las mujeres. Para disminuir la recurrencia de las mujeres abusadas a la decisión de matar a sus parejas para salvar sus propias vidas, debemos atacar la cuestión desde la raíz y cambiar la forma en la que manejamos la violencia en nuestra sociedad. Mientras nuestras instituciones se centren en estructuras y presunciones patriarcales, existirán los desequilibrios de poder. El sistema legal, y la sociedad más ampliamente, deben reconocer la diversidad y complejidad de las experiencias y no juzgar el comportamiento de acuerdo con el estándar de un “hombre razonable” o un *ordinary man*. Mientras ello siga ocurriendo, siempre habrá un prejuicio contra las mujeres y se estigmatizarán sus experiencias. Si las fuerzas policiales, el sistema legal y judicial y la comunidad escucharan las voces de las mujeres violentadas y las tomaran con la seriedad que merecen, si no fallaran en respetarlas y en protegerlas, entonces muchas menos recurrirían a matar a sus parejas como última alternativa. Para concluir, recurro a las brillantes palabras de Susan B. Anthony, líder sufragista estadounidense del siglo XIX.: “Los hombres, sus derechos y nada más; las mujeres y sus derechos, nada menos” (Wallace, 1994, p. 217).

## Bibliografía

- Acosta López, J. I. (2012). The Cotton Field Case: Gender Perspective and Feminist Theories in the Inter-American Court of Human Rights Jurisprudence. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (21), 17-54.
- Allard, S. A. (1991). Rethinking battered women’s syndrome: A Black feminist perspective. *UCLA Women’s Law Journal*, (1), 191-207.
- Anderson, K. (2009). Gendering Coercive Control. *Violence Against Women*, 15(21), 1441-1457.
- Arnold, G. (2009). A Battered Women’s Movement Perspective of Coercive Control. *Violence against Women*, 15(21), 1432-1443.
- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco* (Introducción, Traducción y Notas de José Luis Calvo Martínez). Madrid: Alianza Editorial.
- Australian Domestic & Family Violence Clearinghouse. (2011). *Fast Facts the Financial Cost of Domestic and Family Violence*. Newsletter 45.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal* (3ª reimp.). Santa Fe de Bogotá: Temis.
- Backhouse, C. B. (1988). Married Women’s Property Law in Nineteenth-Century Canada. *Law and History Review*, 6(2), 211-257.
- Baker, C., Billhardt, K., Warren, J., Rollins, C. y Glass, E. (2010). Domestic Violence, Housing Instability, and Homelessness: A Review of Housing Policies and Program Practices for Meeting the Needs of Survivors. *Aggression and Violent Behavior*, (15), 430-439.

- Baly, A. (2010). Leaving Abusive Relationships: Constructions of Self and Situation by Abused Women. *Journal of Interpersonal Violence*, 25(12), 2297-2315.
- Bancroft, L. (2002). *Why Does He Do That? Inside The Mind of Angry and Controlling Men*. Nueva York: Berkley Books.
- Barnett, H. (1998). *Introduction to Feminist Jurisprudence*. Londres: Cavendish Publishing.
- Barnett, O. W. (2000). Why Battered Women Do Not Leave: Part 1. External Inhibiting Factors Within Society. *Trauma, Violence, & Abuse*, 1(4), 343-372.
- Barnett, O. W. y LaViolette, A. D. (1993). *It Could Happen To Anyone: Why Battered Women Stay*. Newbury Park, California: SAGE Publications.
- Barrancos, D. (2000). Inferioridad Jurídica y Encierro Doméstico. En Gil Lozano, F., Pita, V. S. e Ini, M. G. (Dirs.), *Historia de las Mujeres en la Argentina. Colonia y siglo XIX*. Buenos Aires: Taurus.
- Bartlett, K. (1990). Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, (103), 829-888.
- Bartlett, K. (1994). Gender Law. *Duke Journal of Gender Law and Policy*, 1(1), 1-18.
- Bartlett, K. y Kennedy, R. (1991). Introduction. En Bartlett, K. y Kennedy, R. (Eds.), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*. Boulder, Colorado: Westview Press.
- Barry, K. (1988). *Susan B. Anthony: A Biography of a Singular Feminist*. Nueva York: Ballantine Books.
- Bates, J. M. (1991). Expert Testimony on the Battered Woman Syndrome in Maryland. *Maryland Law Review*, (50), 920-944.
- Beck, C., Walsh, M. E., Mechanic, M. B., Figueredo, A. J., Chen, M-K. (2011). *Intimate Partner Abuse in Divorce Mediation: Outcomes from a Long-Term Multi-cultural Study*. U.S Department of Justice, Document number 236868.
- Bélangier, P. G. (s.f.). *Implementación de las obligaciones establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional: la experiencia canadiense*. [https://web.oas.org/mla/en/G\\_Countries\\_MLA/can\\_mla\\_doc3\\_es.pdf](https://web.oas.org/mla/en/G_Countries_MLA/can_mla_doc3_es.pdf).
- Bellrichard, C. (27 de abril de 2018). ‘Urgent actions’ needed to address violence against Indigenous women and girls – UN report. *CBC Canada*. <https://www.cbc.ca/news/indigenous/un-special-rapporteur-violence-against-women-1.4637613>.
- Bennett, S. M. (1989). Ending the Continuous Reign of Terror: Sleeping Husbands, Battered Wives, And the Right of Self-Defense. *Wake Forest Law Review*, (24), 959-993.
- Bettinger-López, C. (2008a). Human Rights at Home: Domestic Violence as a Human Rights Violation. *HRLR*, 40, 1, 19.
- Bettinger-Lopez, C. (2008b). Jessica Gonzales v. United States: An Emerging Model for Domestic Violence & Human Rights Advocacy in the United States. *Harvard Human Rights Journal*, 21(2), 183-195.
- Bhuyan, R., Osborne, B., Zahraei, S. y Tarshis, S. (2014). *Unprotected, Unrecognized: Canadian Immigration Policy and Violence Against Women, 2008-2013*. Toronto: Migrant Mothers Project, University of Toronto.
- Birnbaum, R. Saini, M. y Bala, N. (2017). Canada’s First Integrated Domestic Violence Court: Examining Family and Criminal Court Outcomes at the Toronto IDVC. *Journal of Family Violence*, 32(6), 621-631.
- Blackstone W. (2016 [1867]) *Commentaries on the law of England* (Oxford ed.). Oxford: Clarendon Press.

- Block C. y W. DeKeseredy (2007). *Forced Sex and Leaving Intimate Relationships Results of the Chicago Women's Health Risk Study*. University of Toronto. [https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/9750/1/Block\\_DeKeseredy.pdf](https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/9750/1/Block_DeKeseredy.pdf).
- Bourassa, C., Lavergne, C., Damant, D., Lessard, G. y Turcotte, P. (2008). Práctica de los Trabajadores de Bienestar Infantil en Casos que Involucran Violencia Doméstica. *Child Abuse Review*, 17(3), 174-190.
- Browne, A. (1987). *When Battered Women Kill*. Nueva York: The Free Press.
- Burczycka, M. (2016). Trends in Self-Reported Spousal Violence in Canada, 2014. En *Family Violence in Canada: A Statistical Profile, 2014*. Juristat. Statistics Canada Catalogue no. 85-002-X.
- Burczycka, M. (2017). Police-Reported Intimate Partner Violence. En *Family Violence in Canada: A Statistical Profile, 2015*. Juristat. Statistics Canada Catalogue no. 85-002-X.
- Burns, S. (2010). *Single Mothers Without Legal Status in Canada: Caught in the Intersection Between Immigration Law and Family Law*. Vancouver: YWCA.
- Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malaree, H. (1999). *Lecciones de Derecho Penal* (Vol. II). Madrid: Trotta.
- Butler, J. (1990). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Nueva York: Routledge.
- Butler, J. (1993). *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of 'Sex'*. Nueva York: Routledge.
- Cahn, N. (1992). The Looseness of Legal Language: The Reasonable Woman Standard in Theory and in Practice. *Cornell Law Review*, 77(6), 1398-1446.
- Campbell, B. (1996). *The validity and use of evidence concerning battering and its effects in criminal trials*. National Institute of Justice Research Report.
- Campbell, J. (2002). Health Consequences of Intimate Partner Violence. *Lancet*, (359), 1331-1336.
- Campbell, J., Glass, N., Sharps, P. W., Laughon, K. y Bloom, T. (2007). Intimate Partner Homicide: Review and Implications of Research and Policy. *Trauma, Violence and Abuse*, 8(3), 246-269.
- Campbell, J., Sharps, P. y Glass, N. (2001). Risk Assessment for Intimate Partner Homicide. En Pinard, G. F y Pagani, L. (Eds.), *Clinical assessment of dangerousness: Empirical contributions*. Nueva York: Plenum.
- Campbell, J., Webster, D. y Glass, N. (2009). Validación de la Evaluación del Peligro de un Instrumento de Evaluación del Riesgo de Letalidad para el Femicidio de Pareja Íntima. *Journal of Interpersonal Violence*, 24(4), 653-674.
- Campbell, J., Webster, D., Koziol-McLain, J., Block, C., Campbell, D., Curry, M. A. y Laughon, K. (2003). Risk Factors for Femicide in Abusive Relationships: Results from a Multisite Case Control Study. *American Journal of Public Health*, 93(7), 1089-1097.
- Campbell, R. (2011). *Fast Facts: The Financial Cost of Domestic and Family Violence* (Newsletter 45). Australian Domestic & Family Violence Clearinghouse.
- Canadian Bar Association. (2013). *Reaching Equal Justice: An Invitation to Envision and Act*. Ottawa: CBA.
- Canadian Centre for Justice Statistics. (2016). *Family Violence in Canada: A Statistical Profile, 2014*. Ottawa: Minister of Industry. <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/85-002-x/2016001/article/14303-eng.htm>.

- Canadian Centre for Justice Statistics. (2019). *Family Violence in Canada: A statistical profile, 2018*. Ottawa: Minister of Industry.
- Canadian Forum on Civil Justice. (2012). *The Cost of Justice: Weighing the Costs of Fair and Effective Resolution to Legal Problems*. CFCJ.
- Cazenave, N., y Straus, M. (1990). Race, Class Network Embeddedness, and Family Violence: A Search for Potent Support Systems. En Straus, M. y Gelles, R. (Eds.), *Physical Violence in American Families: Risk Factors and Adaptations to Violence in 8,145 Families* (pp. 321-340). New Brunswick: Transaction Books.
- Celorio, R. M. (2011). The Rights of Women in the Inter-American System of Human Rights: Current Opportunities and Challenges in Standard-Setting. *University of Miami Law Review*, 65(3), 819-866.
- Chan, W. (1994). A Feminist Critique of Self-Defense and Provocation in Battered Women's Cases in England and Wales. *Women & Criminal Justice*, (6), 39-65.
- Charlesworth H., Chinkin, C. y Wright, S. (1991). Feminist Approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, 85(4), 613-645.
- Clark Lorene, M. G. (1992). Women and the State: Critical Theory Oasis or Desert Island? *Canadian Journal of Women and the Law*, (166), 167- 168.
- Colleen V., Hankivsky, O., Ford-Gilboe, M., Wuest, J., Wilk, P., Hammerton, J. y Campbell, J. (2011). Attributing Selected Costs to Intimate Partner Violence in a Sample of Women Who Have Left Abusive Partners: A Social Determinants of Health Approach. *Canadian Public Policy*, 37(3), 359-380.
- Collins, P. H. (2000). *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment* (2ª ed.). Nueva York: Routledge.
- Collins, R. E. (2014). Beauty and Bullets: A Content Analysis of Female Offenders and Victims in Four Canadian Newspapers. *Journal of Sociology*, 52(2), 296-310.
- Collins, R. K. (1977). Language, History and the Legal Process: A profile of the 'Reasonable Man'. *Rutgers-Camden Law Journal*, 8(2), 311-323.
- Comack, E. (2002). Do We Need to Syndromize Women's Experiences? The Limitations of the 'Battered Woman Syndrome'. En McKenna, K. M. J. y Larkin, J. (Eds.), *Violence against Women: New Canadian Perspectives*. Toronto: Inanna Publications and Education Inc.
- Comack, E. y Brickley, S. (2007). Constituting the Violence of Criminalized Women. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, (49), 1-36.
- Conradi L. y Geffner, R. (2009). Introducción a la Parte 1 del número especial sobre mujeres delincuentes de violencia de pareja íntima. *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, 18(6), 547-551.
- Copelon, R. (1997). Terror íntimo: la violencia doméstica entendida como tortura. En Cook, R. (Ed.), *Derechos humanos de la mujer, perspectivas nacionales e internacionales*. Bogotá: Profamilia.
- Craig, E. (2018). *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Crenshaw, K. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. *Stanford Law Review*, 43(6), 1241-1299.
- Crocker, P. L. (1985). The Meaning of Equality for Battered Women Who Kill In Self-Defense. *Harvard Women's Law Journal*, (8), 121-153.

- Currie, A. (2009). *The Legal Problems of Everyday Life: The Nature, Extent and Consequences of Justiciable Problems Experienced by Canadians*. Ottawa: Department of Justice Canada.
- Daly, K. y Chesney-Lind, M. (1988). Feminism and Criminology. *Justice Quarterly*, (5), 497-538.
- DeKeseredy, W. y Dragiewicz, M. (2014). Women Abuse in Canada: Sociological Reflections on the Past, Suggestions for the Future. *Violence against Women*, 20(2), 228-244.
- Department of Justice Canada. (2003). *Spousal Abuse Policies and Legislation. Final Report of the Ad Hoc Federal-Provincial-Territorial Working Group Reviewing*. Ottawa. [https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/fv-vf/pol/spo\\_e-con\\_a.pdf](https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/fv-vf/pol/spo_e-con_a.pdf).
- Di Corleto, J. (2006). Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal Lexis Nexis*, (5).
- Dietz, M. G. (2003). Current Controversies in Feminist Theory. *Annual Review of Political Science*, 6, 399-431.
- Dobash, R. E. y Dobash, R. P. (1979). *Violence against Wives: a Case against the Patriarchy*. Nueva York: Free Press.
- Dobash, R. E. y Dobash, R. P. (1992). *Women, Violence, and Social Change*. Nueva York: Routledge.
- Dobash, R. E. y Dobash, R. P. (1998). Violent Men and Violent Contexts. En Dobash, R. E. y Dobash, R. P. (Eds.), *Rethinking Violence against Women* (pp. 141-168). Thousand Oaks, California: SAGE Publications.
- Douglas, H. (2005). Do We Need a Specific Domestic Violence Offence? *Melbourne University Law Review*, 39(2), 434-471.
- Dowd, M. (1992). Michael Dispelling the Myths About the “Battered Woman’s Defense”: Towards a New Understanding. *Fordham Urban Law Journal*, 19(3), 567-583.
- Downs, D. A. (1996). *More than Victims: Battered Women, the Syndrome Society, and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Dubinsky, K. (1992). Maidenly Girls or Designing Women: The Crime of Seduction in Turn-Of-The-Century Ontario. En Iacovetta, F. y Valverde, M. (Eds.), *Gender Conflict: New Essays in Women’s History*. Toronto: University of Toronto Press.
- Duhaime, B. (2017). Women’s Rights in Recent Inter-American Human Rights Jurisprudence. *Processings of the ASIL Annual Meeting*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/amp.2017.38>.
- Duhaime, B. (2019). Ten Reasons Why Canada Should Join the American Convention on Human Rights. *Revue Générale de Droit*, (49), 187-205.
- Duncan, J. y D. Western. (2011). *Addressing ‘The Ultimate Insult’: Responding to Women Experiencing Intimate Partner Sexual Violence*. Australian Domestic & Family Violence Clearinghouse.
- Dutton, D. G. y Painter, S. L. (1981). Traumatic Bonding: The Development of Emotional Attachments in Battered Women and Other Relationships of Intermittent Abuse. *Victimology: An International Journal*, (6), 139-155.
- Dutton, D. G. y Painter, S. L. (1993). Emotional Attachments in Abusive Relationships: A Test of Traumatic Bonding Theory. *Violence and Victims*, (8), 105-120.
- Dutton, M. A. (1993). Understanding Women’s Response to Domestic Violence: a Redefinition of Battered Woman Syndrome. *Hofstra Law Review*, (21), 1191-1242.
- Dutton, M. A. y Goodman, L. A. (1994). Posttraumatic Stress Disorder among Battered Women: Analysis of Legal Implications. *Behavioral Sciences and the Law*, (12), 215-234.

- Dutton, M. A. y Goodman, L. A. (2005). Coercion in Intimate Partner Violence: Toward a New Conceptualization. *Sex Roles*, (52), 743-756.
- Edwards, S. M. (1985). *Women on Trial: A Study of the Female Suspect, Defendant, and Offender in the Criminal Law and Criminal Justice System*. Manchester: Manchester University Press.
- Ewing, C. P. (1987). *Battered Women Who Kill: Psychological Self-Defense as Legal Justification*. Lexington: Lexington Books.
- Ewing, C. P. y Aubrey, M. (1987). Battered Woman and Public Opinion: Some Realities about the Myths. *Journal of Family Violence*, (2), 257-264.
- Facio, A. y Fries, L. (1999). Hacia otra teoría crítica del derecho. En Facio, A. y Fries, L. (Comps.), *Género y Derecho*. Santiago: LOM Ediciones, La Morada.
- Faigman, D. L. (1986). The Battered Woman Syndrome and Self-Defense: A Legal and Empirical Dissent. *Virginia Law Review*, (72), 619-647.
- Faigman, D. L. y Wright, A. J. (1997). The Battered Woman Syndrome in the Age of Science. *Arizona Law Review*, (39), 67-115.
- Farrow, T., Currie, A., Aylwin, N., Jacobs, L., Northrup, D. y Moore, L. (2016). Everyday Legal Problems and the Costs of Justice in Canada: An Overview Informe. Toronto: Foro Canadiense de Justicia Civil. <http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/Everyday%20Legal%20Problems%20and%20the%20Cost%20of%20Justice%20in%20Canada%20-%20Overview%20Report.pdf>.
- Ferraro, K. J. (1998). Battered Women: Strategies for Survival. En Cherlin, A. (Ed.), *Public and Private Families: A Reader*. Nueva York: McGraw-Hill.
- Ferraro, K. J. (2003). The Words Change, but the Melody Lingers: The Persistence of the Battered Woman Syndrome in Criminal Cases Involving Battered Women. *Violence against Women*, 9(1), 110-129.
- Finley Mangum, P. (1999). Reconceptualizing Battered Woman Syndrome Evidence: Prosecution Use of Expert Testimony on Battering. *Boston College Third World Law Journal*, 19(2), 593-620.
- Fisher, B. S., Zink, T. M., Rinto, B. A., Regan, S. L., Pabst, S. R. y Gothelf, E. J. (2003). Guest Editors' Introduction: Overlooked Issues During the Golden Years: Domestic Violence and Intimate Partner Violence against Older Women. *Violence Against Women*, 9(12), 1409-1416.
- Flavin, J. (2001). Feminism for the Mainstream Criminologist: An Invitation. *Journal of Criminal Justice*, 29(4), 271-285.
- Fuselier, G. D. (1999). Placing the Stockholm Syndrome in Perspective. *FBI Law Enforcement Bulletin*, 68(7), 22-25.
- Frye, V., Manganello, J., Campbell, J. C., Walton-Moss, B. y Wilt, S. (2006). The Distribution of and Factors Associated With Intimate Terrorism and Situational Couple Violence Among a Population-Based Sample of Urban Women in the United States. *Journal of Interpersonal Violence*, 21(10), 1286-1313.
- Gagne, P. (1998). *Battered Women's Justice: The Movement For Clemency and the Politics of Self-Defense*. Nueva York: Twayne Publishers.
- George, J. y Stith, S. (2014). An Updated Feminist View of Intimate Partner Violence. *Family Process*, 53(2), 179-193.
- Gilbert, R. (2009). *Una tipología de violencia doméstica. Terrorismo íntimo, resistencia violenta y violencia de pareja situacional*. University Press of New England.

- Gillespie, C. (1989). *Justifiable Homicide*. Columbus: Ohio State University Press.
- Glancy, G., Heintzman, M. y Wheeler, A. (2019). Battered Woman Syndrome: Updating the Expert Checklist. *International Journal of Risk and Recovery*, 2(2), 4-17. <https://doi.org/10.15173/ijrr.v2i2.3820>.
- Glass, N., Manganello, J. y Campbell, J. C. (2004). Risk for Intimate Partner Femicide in Violent Relationships. *Domestic Violence Report*, 9(2), 1-33.
- Glueck, S. y Glueck, E. (1934). *Five Hundred Delinquent Women*. Nueva York: Alfred A. Knopf.
- Gondolf, E. W. y Fisher, E. R. (1988). *Battered Women as Survivors: An Alternative to Treating Learned Helplessness*. Toronto: D. C. Health.
- Gondolf, E. W., Fisher, E. y McFerron, J. R. (1988). Racial Differences among Shelter Residents: A Comparison Of Anglo, Black, and Hispanic Battered. *Journal of Family Violence*, 3(1), 39-51.
- Goodman L. y M. A. Dutton. (2007). Víctimas de violencia de pareja íntima: precisión en la evaluación de su riesgo de re-abuso. *Journal of Family Violence*, (22), 420-440.
- Goodmark, L. (2004). Law Is the Answer? Do We Know That For Sure?: Questioning the Efficacy of Legal Interventions for Battered Women. *St. Louis University Public Law Review*, 23(7), 7-48.
- Goodmark, L. (2008). When Is a Battered Woman Not a Battered Woman? When She Fights Back. *Yale Journal of Law and Feminism*, (20), 75-129.
- Goodmark, L. (2009). Autonomy Feminism: An Anti-Essentialist Critique of Mandatory Interventions in Domestic Violence Cases. *Florida State University Law Review*, 37(1), 1-48.
- Gordon, A. (2005). Terrorism as an Academic Subject After 9/11: Searching the Internet Reveals a Stockholm Syndrome Trend. *Studies in Conflict & Terrorism*, (28), 45-59. <https://doi.org/10.1080/10576100590524339>.
- Graham, D. L., Rawlings, E. I. y Rigsby, R. K. (1994). *Loving to survive: Sexual terror, men's violence, and women's lives*. Nueva York: New York University Press.
- Graham, D. L., Rawlings, E. I. y Rimini, N. (1988). Survivors of Terror: Battered Women, Hostages, and the Stockholm syndrome. En Yllo, K. y Bograd, M. (Eds.), *Feminist Perspectives on Wife Abuse* (pp. 217-233). SAGE Publications.
- Graham, D. L. R., Rawlings, E. I., Ihms, K., Latimer, D., Foliano, J., Thompson, A., Suttman, K., Farrington, M. y Hacker, R. (2001). A Scale for Identifying "Stockholm Syndrome" Reactions in Young Dating Women: Factor Structure, Reliability, and Validity. En O'Leary, K. D. y Maiuro, R. D. (Eds.). *Psychological abuse in violent domestic relations*. Nueva York: Springer Publishing Company.
- Grant, I. (1991). The "Syndromization" of Women's Experience. *UBC Law Review*, (25), 51-59.
- Griffing, S., Ragin, D. F., Sage, R. E., Madry, L., Bingham, L. E. y Primm, B. J. (2002). Domestic Violence Survivors' Self-Identified Reasons For Returning To Abusive Relationships. *Journal of Interpersonal Violence*, 17(3), 306-319.
- Hacker, F. J. y Hacker, F. (1976). *Crusaders, criminals, crazies: Terror and terrorism in our time*. Nueva York: Norton.
- Hampton, R., LaTaillade, J., Dacey, A. y Marghi, J. (2008). Evaluating Domestic Violence Interventions for Black Women. *Journal of Aggression, Maltreatment & Trauma*, 16(3), 330-353.
- Hanna, C. (2009). The Paradox of Progress: Translating Evan Stark's Coercive Control into Legal Doctrine for Abused Women. *Violence Against Wives*, 15(12), 1458-1476.

- Hanna, M. (2006). All human life: Covering the Courts. En Keeble, R. (Ed.), *The Newspaper Handbook* (4ª ed.). Abingdon: Routledge.
- Harper, A. O. (2007). Is Canada Peaceful and Safe for Aboriginal Women? *Resources for Feminist Research*, 32(3-4), 211.
- Hatcher, G. R. (2003). The Gendered Nature of the Battered Woman Syndrome: Why Gender Neutrality Does Not Mean Equality. *New York University Annual Survey of American Law*, (59), 21-50.
- Heidensohn, F. (1968). The Deviance of Women: A Critique and an Enquiry. *British Journal of Sociology*, (19), 160-175.
- Heidensohn, F. (1985). *Women and Crime*. Londres: Macmillan.
- Herman, J. L. (1992). *Trauma and Recovery* Glenview. IL: Basic Books/Harper Collins.
- Herman, J. L. (1997 [1992]). A New Diagnosis. En Herman, J. (Ed.), *Trauma and Recovery: The Aftermath of Violence - From Domestic Abuse To Political Terror*. Nueva York: Basic Books.
- Hopp, C. M. (2012). Legítima defensa de las mujeres: de víctimas a victimarias. *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (Nº 13). Buenos Aires: Hammurabi.
- Hotton, T. (2001). Spousal Violence after Marital Separation. *Juristat*, (21), 1-19.
- Horton, A. L. y Johnson, B. L. (1993). Profile and Strategies of Women Who Have Ended Abuse. *Families in Society*, 74(8), 481-492.
- Jacobs, G. (1999). *Pre-formulating the News: An Analysis of the Metapragmatics of Press Releases*. Amsterdam/Philadelphia: John Benjamins.
- Jacobs, M. (2017). The Violent State: Black Women's Struggle against Police Violence. *William and Mary Journal of Women and Law*, 24(1), 39-100.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Janovicek, N. (2007). *No Place to Go: Local Histories of the Battered Women's Shelter Movement*. Vancouver: UBC Press.
- Jayasuriya-Illesinghe, V. (2018). Immigration Policies and Immigrant Women's Vulnerability to Intimate Partner Violence in Canada. *Journal of International Migrations and Integration*, 19(2), 339-348.
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (4ª ed., Trad. J. L. Manzanares Samaniego). Granada: Editorial Comares.
- Johnson, A. (2008). 'From where we're sat . . .' Negotiating Narrative Transformation through Interaction in Police Interviews with Suspects. *Text & Talk*, 28(3), 327-349.
- Johnson, H., Eriksson, L., Mazerolle, P. y Wortley, R. (2017). Intimate Femicide: The Role of Coercive Control. *Feminist Criminology*, (35). <https://doi.org/10.1177/1557085117701574>.
- Johnson, M. P. (1995). Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence: Two Forms of Violence against Women in U.S. Families. *Journal of Marriage and the Family*, (57), 283- 294.
- Johnson, M. P. (2008). *A Typology of Domestic Violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*. Boston: Northeastern University Press.
- Kinports, K. (2004). So Much Activity, So Little Change: A Reply to the Critics of Battered Women's Self-Defense. *St. Louis University Public Law Review*, 23(155), 173-177.
- Klein, D. (1973). The Etiology of Female Crime: A Review of the Literature. *Issues in Criminology*, (8), 3-29.

- Klein, D. (1981). Violence against Women: Some Considerations Regarding Its Causes and Its Elimination. *Crime and Delinquency*, (27), 64-80.
- Koshan, J. (2012). State Responsibility for Protection Against Domestic Violence: The Inter-American Commission on Human Rights Decisions in *Lenahan (Gonzales) and Its Application in Canada*. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 30(1), 39-62.
- Koshan, J., Mosher, J. y Wiegers, W. (2020). The Costs of Justice in Domestic Violence Cases: Mapping Canadian Law and Policy. En Farrow, T. y Jacobs, L. (Eds.), *The Justice Crisis: The Cost and Value of Accessing Law*. Vancouver: UBC Press.
- Krieger, L. J. y Cooney, P. N. (1983). The Miller-Wohl Controversy: Equal Treatment, Positive Action and the Meaning of Women's Equality. *Golden Gate University Law Review*, (13), 513-572.
- Laurrari, E. (1994). Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal. *Jueces Para La Democracia*, (23), 22-23.
- Lazar, M. M. (2005). Feminist CDA as Political Perspective and Praxis. En Lazar, M. M. (Ed.), *Feminist Critical Discourse Analysis: Gender, Power and Ideology in Discourse* (pp. 1-28). Londres: Palgrave Macmillan.
- Lazar, M. M. (2007). Feminist Critical Discourse Analysis: Articulating a Feminist Discourse Praxis. *Critical Discourse Studies*, (4), 141-164.
- Lazar, M. M. (2014). Feminist Critical Discourse Analysis. En Ehrlich, S., Meyerhoff, M. y Holmes, J. (Eds.), *The Handbook of Language, Gender and Sexuality* (pp. 180-200). Hoboken: John Wiley & Sons.
- Lazar, R. (2008). Reconceptualizing Victimization and Agency in the Discourse of Battered Women Who Kill. *Studies in Law, Politics and Society*, (45), 3-45.
- Lemon, N. (2006). Access to Justice: Can Domestic Violence Courts Better Address the Need of Non-English Speaking Victims of Domestic Violence. *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, 21(1), 38-58.
- Littleton, C. A. (1989). Feminist Jurisprudence: The Difference Method Makes. *Stanford Law Review*, (41), 754-763.
- Mackinnon, C. A. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses On Life And Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Mackinnon, C. A. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press.
- Mackinnon, C. A. (1983). Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *Journal of Women in Culture and Society*, 8(4), 635-658.
- Mahoney, M. R. (1991). The Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation. *Michigan Law Review*, (90), 1-94.
- Martin, D. (1981). *Battered wives*. California: Volcano Press.
- McFarlane J. y Malecha, A. (2005). *Sexual Assault Among Intimates: Frequency, Consequences, and Treatments, final report to the National Institute of Justice* (NCJ 211678).
- McMahon, M. (1999). Battered Women and Bad Science: The Limited Validity and Utility of Battered Woman Syndrome. *Psychiatry, Psychology and Law*, 6(1), 23-49.
- McNulty, F. (1980). *The Burning Bed*. Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich.
- Merritt-Gray, M. y Wuest, J. (1995). Counteracting Abuse and Breaking Free: The Process

- of Leaving Revealed through Women’s Voices. *Health Care for Women International*, (16), 399-412.
- Merry, S. E. (1995). Wife Battering and The Ambiguities Of Rights. En Sarat, A. y Kearns, T. (Eds.), *Identities, Politics, and Rights*. Ann Arbor, Michigan: The University of Michigan Press.
- Merry, S. E. (2003). Rights Talk and The Experience of Law: Implementing Women’s Human Rights to Protection from Violence. *Human Rights Quarterly*, (25), 343-381.
- Michigan Women’s Justice & Clemency Project. (2018). [http://umich.edu/~clemency/clemency\\_mnl/ch4.html](http://umich.edu/~clemency/clemency_mnl/ch4.html).
- Miladinovic, Z. y Mulligan, L. (2015). Homicide in Canada, 2014. *Juristat*. Statistics Canada Catalogue no. 85-002-X.
- Moe, A. M. (2007). Silenced Voices and Structured Survival: Battered Women’s Help Seeking. *Violence against Women*, 13(1), 676-699.
- Moldon, J. (2002). Rewriting Stories: Women’s Responses to the Safe Journey Group. En Tutty, L. y Goard, C. (Eds.), *Reclaiming Self Issues and Resources for Women Abused by Intimate Partners*. Halifax: Fernwood.
- Montesanti, S. y Thurston, W. (2015). Mapping the Role of Structural and Interpersonal Violence in the Lives of Women: Implications for Public Health Interventions and Policy. *BMC Women’s Health*, (15), 1-13.
- Moore L., Currie, A., Aylwin, N., Farrow, T. C. W. y Di Libero, P. (2017). *The Cost of Experiencing Everyday Legal Problems Related to Physical And Mental Health*. Toronto: Canadian Forum on Civil Justice. <https://cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/The%20Cost%20of%20Experiencing%20Everyday%20Legal%20Problems%20Related%20to%20Physical%20and%20Mental%20Health.pdf>.
- Mosher, J. (2015). Grounding Access to Justice Theory and Practice in the Experience of Women Abused by Their Intimate Partners. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 32(2), 149-179.
- Moss, V. A. (1991). Battered Women and the Myth of Masochism. *Journal of Psychosocial Nursing & Mental Health Services*, 29(7), 18-23.
- National Centre for Injury Prevention and Control. (2003). *Cost of Intimate Partner Violence Against Women in the United States*. Atlanta: National Centre of Injury Prevention and Control.
- National Council to Reduce Violence against Women and Children (2009). *The Cost of Violence against women and their children*. Commonwealth of Australia.
- National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. (2019a). *Reclaiming Power and Place: The Final Report of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls* (Vol. 1a). [https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Final\\_Report\\_Vol\\_1a-1.pdf](https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Final_Report_Vol_1a-1.pdf).
- National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. (2019b). *Reclaiming Power and Place: The Final Report of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls* (Vol. 1b). [https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Final\\_Report\\_Vol\\_1b.pdf](https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Final_Report_Vol_1b.pdf).
- National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. (2019c). *Our Women and Girls are Sacred*. Interim Report. <http://s3.documentcloud.org/documents/4165316/MMIWG-inquiry-interim-report.pdf>.

- Neilson, L. C. (2004). Assessing Mutual Partner-Abuse Claims in Child Custody and Access Cases. *Family Court Review*, 42(3) 411- 438.
- Neilson, L. C. (2013). *Enhancing Safety: When Domestic Violence Cases are in Multiple Legal Systems (Criminal, Family, Child Protection) A Family Law, Domestic Violence Perspective* (ed. 2013). Department of Justice Canada. <https://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/famil/enhan-renfo/toe-tdm.html#toc>.
- Nicholson, K. (9 de marzo de 2020). Barriers in Canada's Legal System Complicating Fight to end Domestic Violence. *CBC News*. <https://www.cbc.ca/news/barriers-in-canada-s-le-gal-system-complicating-fight-to-end-domestic-violence-1.5488510>.
- Ogle, R. y Jacobs, S. (2002). *Self-Defense and Battered Women Who Kill: A New Framework*. Westport: Praeger.
- Okun, L. (1986). *Woman Abuse: Facts Replacing Myths*. Nueva York: State University of New York Press.
- Ontario Domestic Violence Death Review Committee. (2016). *Annual Report 2016*. <https://www.mcscs.jus.gov.on.ca/english/DeathInvestigations/OfficeChiefCoroner/Publication-sandreports/2016DomesticViolenceDeathReviewCommitteeAnnualReport.html>.
- Osthoff, S. (2001). When Victims Become Defendants: Battered Women Charges With Crimes. En Renzetti, C. y Goodstein, L. (Eds.), *Women, Crime, and Criminal Justice*. Los Angeles: Roxbury.
- Osthoff, S. (2002). But Gertrude, I beg to differ, a hit is not a hit: When battered women are arrested for assaulting their partners. *Violence Against Women*, 8(12), 1521-1544.
- Ozdemir, N. O. (2014). The Role of English as a Lingua Franca in Academia: The Case of Turkish Postgraduate Students in an Anglophone-Centre Context. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, (141), 74-78.
- Palmary, I. (1999). *Psychology's Construction of a Gendered Subjectivity through Support Groups for Domestic Violence* (Tesis de maestría). University of Natal. [http://researchspace.ukzn.ac.za/bitstream/handle/10413/5886/Palmary\\_Ingrid\\_1999.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://researchspace.ukzn.ac.za/bitstream/handle/10413/5886/Palmary_Ingrid_1999.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- Parker, I., Georgaca, E., Harper, D., McLaughlin, T. y Stowell-Smith, M. (1995). *Deconstructing Psychopathology*. Londres: SAGE Publications.
- Pence, E. y T. Taylor. (2005). *Building Safety for Battered Women and their Children into the Child Protection System. A Summary of Three Consultations* (Greenbook Information). [http://www.thegreenbook.info/documents/buildingsafety.pdf#\\_blank](http://www.thegreenbook.info/documents/buildingsafety.pdf#_blank).
- Philips, S. (1986). Reported Speech as Evidence in an American Trial. En Tannen, D. y Alatis, J. (Eds.), *Languages and Linguistics: The Interdependence of Theory, Data and Application* (pp.154-170). Washington, D. C.: Georgetown University Press.
- Phillips, D. (1998). Culture and Systems of Oppression in Abused Women's Lives. *Journal of Obstetric, Gynecologic, and Neonatal Nursing*, 27(6), 678-683.
- Potter, H. (2008). *Battle Cries: Black Women and Intimate Partner Abuse*. Nueva York: New York University Press.
- Ptacek, J. (1999). *Battered women in the courtroom: The power of judicial responses*. Boston: Northeastern University Press.
- Quintana Osuna, K. I. (2008). Recognition of Women's Rights before the Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*, 21(2), 301-312.

- Randall, M. (2010). Sexual Assault Law, Credibility, and ‘Ideal Victims’: Consent, Resistance and Victim Blaming. *Canadian Journal of Women and the Law*, 22(2), 397-434.
- Ratushny, L. (1997). *Self Defence Review: Final report*. Ministry of Justice Canada.
- Reina, A. Lohman, B. y Maldonado, M. (2014). “He Said They’d Deport Me”: Factors Influencing Domestic Violence Help-Seeking Practices Among Latina Immigrants. *Journal of Interpersonal Violence*, 29(4), 593-615.
- Richie, B. (1996). *Compelled to Crime: the Gender Entrapment of Battered Black Women*. Nueva York: Routledge.
- Richie, B. (2012). *Arrested Justice: Black Women, Violence, and America’s Prison Nation*. Nueva York: New York University Press.
- Roa Avella, M. (2012). Mujer maltratada y exclusión de responsabilidad. Una mirada de género a la legítima defensa y al Estado de necesidad exculpante. *Nova et Vetera*, 21(65), 49-70.
- Robinson, F. (1997). Globalizing Care: Ethics, Feminist Theory, and International Relations. *Alternatives: Global, Local, Political*, 22(1), 113-133.
- Rose, N. (1985). *The psychological complex: Psychology, Politics and Society in England 1869- 1939*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Rhodes, N. y Baranoff McKenzie, E. (1998). Why Do Battered Women Stay?: Three Decades of Research. *Aggression and Violent Behavior*, 3(4), 391- 406.
- Rhodes, K., Cerulli, C., Dichter, M., Kotharu, C. y Barg, F. (2010). “I Didn’t Want to Put Them Through That”: The Influence of Children on Victim Decision-Making in Intimate Partner Violence Cases. *Journal of Family Violence*, 25(5), 485-493.
- Romero, M. (1985). A Comparison between Strategies Used On Prisoners Of War and Battered Women. *Sex Roles*, (13), 537-547.
- Rothenberg, B. (2002). Movement Advocates as Battered Women’s Story-Tellers: from Varied Experiences, One Message. En Davis, J. (Ed.), *Stories of Change: Narrative and Transformative Movements*. Albany: State University of New York Press.
- Rothenberg, B. (2003). ‘We don’t have time for social change’: Cultural compromise and the Battered Woman Syndrome. *Gender and Society*, 77(5), 771-787.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- Rubio-Marin, R. y Sandoval, C. (2011). Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the Cotton Field Judgment. *Human Rights Quarterly*, 33(4), 1062-1091.
- Russell, B. L. (2010). *Battered Woman Syndrome as a Legal Defense: History, Effectiveness and Implications*. Jefferson: McFarland & Co. Publishers.
- Russell, B. L. y Melillo, L. S. (2006). Attitudes toward Battered Women Who Kill: Defendant Typicality and Judgments of Culpability. *Criminal Justice and Behavior*, 35(2), 219-241.
- Schechter, E. (1982). *Women and Male Violence: The Visions and Struggles of the Battered Women’s Movement*. Cambridge: South End Press.
- Schneider, E. (1980). Equal Rights to Trial for Women: Sex-Bias in the Law of Self-Defense. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, (15), 623-647.
- Schneider, E. (1994). The Violence of Privacy. En Albertson Fineman, M. y Mykitiuk, R. (Eds.), *The Public Nature of Private Violence*. Nueva York: Routledge.

- Schneider, E. (1996a). Describing and Changing: Women's Self-Defense Work and the Problem of Expert Testimony on Battering. En Weisburg, D. K. (Ed.), *Application of Feminist Legal Theory*. Filadelfia: Temple University Press.
- Schneider, E. (1996b). Resistance to Equality. *University of Pittsburgh Law Review*, (57), 477-524.
- Schneider, E. (2000). *Battered Women & Feminist Lawmaking*. New Haven: Yale University Press.
- Schneider, E. (2010). La violencia de lo privado. En Di Corleto, J. (Comp.), *Justicia, género y violencia*. Buenos Aires: Librería Ediciones.
- Schuller, R. A. y Hastings, P. (1996). Trials of Battered Women Who Kill: The Impact of Alternative Forms of Expert Evidence. *Law and Human Behavior*, 20(2), 167-188.
- Schuller, R. A. y Vidmar, N. (1992). Battered Woman Syndrome Evidence in the Courtroom: A Review of the Literature. *Law and Human Behavior*, 16(3), 273-291.
- Schuller, R. A., Wells, E., Rzepa, S. y Klippenstine, M. A. (2004). Rethinking Battered Woman Syndrome Evidence: The Impact of Alternative Forms of Expert Testimony on Mock Jurors' Decisions. *Canadian Journal of Behavioural Science*, 36(2), 127-136.
- Seligman, M. E. P. (1972). Learned helplessness. *Annual Review of Medicine*, 23(1), 407-412.
- Seligman, M. E. P. (1975). *Helplessness: On Depression, Development, and Death*. San Francisco: W. H. Freeman.
- Shaffer, M. (1997). The Battered Woman Syndrome Revisited: Some Complicating Thoughts Five Years after R v. Lavallee. *The University of Toronto Law Journal*, 47(1), 1-33.
- Sheehy, E. (1994). Developments in Canadian Law after R. V. Lavallee (1994). En Stubbs, J. (Ed). *Women, Male Violence and the Law* (pp. 174-191). Sidney: Institute of Criminology.
- Sheehy, E. (1999). Legal Responses to Violence against Women in Canada. *Canadian Woman Studies*, 19(1-2), 62-73.
- Sheehy, E. (2000). Review of the Self-Defence Review. *Canadian Journal of Women and the Law*, 12(1), 197-234.
- Sheehy, E. (2001). Battered Women and Mandatory Minimum Sentences. *Osgoode Hall Law Journal*, (39), 529-554.
- Sheehy, E. (2013). *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts*. Vancouver: UBC Press.
- Sheehy, E. (2014). *Defending Battered Women on Trial: Lessons from the Transcripts*. Vancouver: UBC Press.
- Sheehy, E. (2018). Expert Evidence on Coercive Control in Support Of Self-Defence: The Trial of Teresa Craig. *Criminology and Criminal Justice*, 18(1), 100-114.
- Sheehy, E., Stubbs, J. y Tolmie, J. (1992). Defending Battered Women on Trial: The Battered Woman Syndrome and its Limitations. *Criminal Law Journal*, (6), 369-394.
- Sheehy, E., Stubbs, J. y Tolmie, J. (2012). Defences to Homicide for Battered Women: A Comparative Analysis of Laws in Australia, Canada and New Zealand. *Sydney Law Review*, 34(3), 467-492.
- Sheppard, C. (2000). Women as Wives: Immigration Law and Domestic Violence. *26 Queen's Law Journal*, 1.
- Sheppard, C. (2008). Feminist Pragmatism in the Work of Justice Bertha Wilson. *The Supreme Court Law Review, Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, (41). <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/sclr/vol41/iss1/6>.

- Siegel, R. (1999). Regulando la Violencia Marital. En Gargarella, R. (Comp.), *Derechos y Grupos desaventajados* (pp. 83-84). Barcelona: Yale Law School/Universidad de Palermo/GEDISA Editorial.
- Šimonović, D. (2018). *End of Mission Statement by Dubravka Šimonović, United Nations Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences*. Official Visit to Canada.
- Simpson, S. (1989). Feminist Theory, Crime, and Justice. *Criminology*, 27(4), 605-631.
- Slinkard, S. E. (2019). *She Chose to et Rid Of Him by Murder, not by Leaving Him': Discursive Constructions of a Battered Woman who Killed in R v. Craig* (Disertación en Linguistics and Applied Linguistics, York University). Toronto, Ontario, Canadá.
- Smart, C. (1976). *Women, Crime and Criminology: A Feminist Critique*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Sokoloff, N. (2008). The Intersectional Paradigm and Alternative Visions Stopping Domestic Violence: What Poor Women, Women of Color, and Immigrant Women are Teaching Us about Violence in the Family. *International Journal of Sociology of the Family*, 34(2), 153-185.
- Sokoloff, N. y Dupont, I. (2005). Domestic Violence at the Intersections of Race, Class, and Gender: Challenges and Contributions to Understanding Violence against Marginalized Women in Diverse Communities. *Violence against Women*, 11(1), 38-64.
- Soskis, D. A. y Ochberg, F. M. (1982). Concepts of Terrorist Victimization. En Ochberg, F. M. y Soskis, D. A. (Eds.), *Victims of terrorism*. Boulder: Westview Press.
- Souto, R., Guruge, S. Barbosa Merighi, M. y Pinto De Jesus, M. (2016). Immigrant Partner Violence among Older Portuguese Immigrant Women in Canada. *Journal of Interpersonal Violence*, 1-19. <https://doi.org/10.1177/0886260516646101>.
- Spatz, Melissa. (1991). A Lesser Crime: A Comparative Study of Legal Defenses for Men Who Kill Their Wives. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, (24), 597-638.
- Stark, E. (1995). Re-Presenting Woman Battering: From Battered Woman Syndrome to Coercive Control. *Albany Law Review*, (58), 973-1026.
- Stark, E. (2007). *Coercive Control: How Men Entrap Women in Personal Life*. Nueva York: Oxford University Press.
- Stark E. (2012). Looking Beyond Domestic Violence: Policing Coercive Control. *Journal of Police Crisis Negotiations*, (12), 199-217.
- Stark, E. (2013). Coercive Control. En Lombard, N. y McMillan, L. (Eds.), *Violence Against Women: Current Theory and Practice in Domestic Abuse, Sexual Violence, and Exploitation*. Londres: Jessica Kingsley Publishers.
- Statistics Canada. (2006). *Measuring Violence against Women*. 85-570-XIE, 35-45.
- Steele, W.W., Jr. y Siman, C. W. (1991). Re-examining the Doctrine of Self-Defense to Accommodate Battered Women. *American Journal of Criminal Law*, (18), 169-185.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible* (4ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.
- Strentz, T. (1980). The Stockholm Syndrome: Law Enforcement Policy and Ego Defenses of the Hostage. *Annals of the New York Academy of Sciences*, 347(1), 137-150.
- Stubbs, J. y Tolmie, J. (1995). Race, Gender, and the Battered Woman Syndrome: An Australia Case Study. *Canadian Journal of Women and the Law*, 122(8), 122-158.
- Stubbs, J. y Tolmie, J. (2008). Battered Women Charged With Homicide: Advancing the Interests of Indigenous Women. *Australian & New Zealand Journal of Criminology*, 41(1), 138-161.

- Sutherland T. J. (2004). High-Conflict Divorce or Stalking by Way Of Family Court? The Empowerment of A Wealthy Abuser in Family Court Litigation. *Linda v. Lyle - A case study. Massachusetts Family Law Journal*, 22(1-2), 4-16.
- Symonds, A. (1979). Violence against Women-The Myth of Masochism. *American Journal of Psychotherapy*, 33(2), 161, 1979.
- Symonds, M. (1982). Victim Responses to Terror: Understanding and Treatment. En Ochberg, F. M. y Soskis, D. A. (Eds.), *Victims of terrorism*. Boulder: Westview Press.
- Taubman, S. (1986). Beyond the Bravado. *Social Work*, 31(1), 12-18.
- Taylor, L. R. y N. Gaskin-Laniyan. (2007). Sexual Assault in Abusive Relationships. *National Institute of Justice Journal Issue 256*. Washington, D. C.: US Department of Justice.
- Terrance, C. A. y Matheson, K. (2003). Undermining Reasonableness: Expert Testimony in a Case Involving a Battered Woman who Kills. *Psychology of Women Quarterly*, (27), 37-45.
- Ursel, J. (2006). Over Policed and Under Protected: A Question of Justice for Aboriginal Women. En Ruclos Hampton, M. y Gerrard, N. (Eds.), *Intimate Partner Violence: Reflections on Experience, Theory and Policy*. Toronto: Cormorant Books.
- Ursel, J., Tutty, L. y Lemaistre, J. (Eds.). (2008). *What's Law Got To Do with It? The Law, Specialized Courts and Domestic Violence in Canada*. Toronto: Cormorant Books.
- Van der Kolk, B. A. (2014). *The Body Keeps the Score: Brain, Mind, and Body in the Healing of Trauma*. Nueva York: Viking.
- Varcoe, C., Hankivsky, O., Ford-Gilboe, M., Wuest, J., Wilk, P., Hammerton, J. y Campbell, J. (2011). Attributing Selected Costs to Intimate Partner Violence in a Sample of Women Who Have Left Abusive Partners: A Social Determinants of Health Approach. *Canadian Public Policy*, 37(3), 359-380.
- Velonis, A., Daoud, N., Matheson, F., Woodhall-Melnik, J., Hamilton-Wright, S. y O'Campo, P. (2015). Strategizing Safety: Theoretical Frameworks to Understand Women's Decision Making in the Face of Partner Violence and Social Inequalities. *Journal of Interpersonal Violence*, 32(21), 3321-3345.
- Venesy, B. A. (1991). State v. Stewart: Self-Defense and Battered Women: Reasonable Perception of Danger or License to Kill. *Akron Law Review*, 23(1), 89-104.
- Vidales, G. (2010). Arrested Justice: The Multifaceted Plight of Immigrant Latinas Who Faced Domestic Violence. *Journal of Family Violence*, 25(6), 533-544.
- Walker, L. E. (1979). *Battered Woman*. Nueva York: Harper & Row.
- Walker, L. E. (1984). *The Battered Woman Syndrome*. Nueva York: Springer Publishing Company.
- Walker, L. E. (1990). *Terrifying Love: Why Battered Women Kill and How Society Responds*. Nueva York: Harper/Collins.
- Walker, L. E. (1992a). Post-traumatic Stress Disorder in Women: Diagnosis and Treatment of Battered Woman Syndrome. *Psychotherapy*, 28(1), 21-29.
- Walker, L. E. (1992b). Battered Women Syndrome and Self Defense. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 6(2), 321-334.
- Walker, L. E. (2000). *The Battered Woman Syndrome* (2ª ed.). Nueva York: Springer Publishing Company.
- Walker, L. E. (2009). *The Battered Woman Syndrome* (3ª ed.). Nueva York: Springer Publishing Company.

- Wallace, R. M. (1994). Men, Their Rights and Nothing More; Women, Their Rights and Nothing Less. *Saskatchewan Law Review*, 58.
- Wangmann, J. (2011). Different Types of Intimate Partner Violence - An Exploration of the Literature. *Australian Domestic & Family Violence Clearinghouse*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2361189](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2361189).
- West, C. y Zimmerman, D. (1987). Doing Gender. *Gender and Society*, 1(2), 125-151.
- White-Mair, K. (2000). Experts and Ordinary Men: Locating *R. v. Lavallee*, Battered Woman Syndrome, and the “New” Psychiatric Expertise on Women within Canadian Legal History. *Canadian Journal of Women and the Law*, (12), 406-438.
- Williams, J. C. (1991). Dissolving the Sameness/Difference Debate: A Post-Modern Path Beyond Essentialism in Feminist And Critical Race Theory. *Duke Law Journal*, (2), 296-323.
- Williams, W. W. (1984-1985). Equality’s Riddle: Pregnancy and the Equal Treatment/Special Treatment Debate. *New York University Review of Law & Social Change*, (13), 370-74.
- Wilson, B. (1992). “Family Violence” (An Address to the National Convention of B’nai Brith Women of Canada, May 26, 1991). *Canadian Journal of Women and the Law*, (5), 137.
- Wilson, M. y Daly, M. (1993). Spousal Homicide Risk and Estrangement. *Violence and Victims*, 8(1), 3-16.
- Wong, P. (2005). *Excerpts from the article on Elizabeth Smart and Stockholm Syndrome*. Interpersonal Meaning Network.
- Wright, T. (10 de mayo de 2020). Violence against Indigenous women during COVID-19 sparks calls for MMIWG plan. *The Globe and Mail*. <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-violence-against-indigenous-women-during-covid-19-sparks-calls-for-2/>.
- Yang, L. H., Kleinman, A., Link, B. G., Phelan, J. C., Lee, S. y Good, B. (2007). Culture and Stigma: Adding Moral Experience to Stigma Theory. *Social Science & Medicine*, 64(7), 1524-1535.
- Zaffaroni, C. F. (2000). El discurso feminista y el poder punitivo. En Birgin, H. (Comp.), *Las trampas del poder punitivo*. Buenos Aires: Biblos.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Zhang, T., Hoddenbagh, J., McDonald, S. y Scrim, K. (2012). *An Estimation of the Economic Impact of Spousal Violence in Canada, 2009*. Ottawa: Department of Justice.

## Legislación citada

- A Legal Analysis of Genocide: Supplementary Report. [http://mncfn.ca/wp-content/uploads/2019/06/Supplementary-Report\\_Genocide.pdf](http://mncfn.ca/wp-content/uploads/2019/06/Supplementary-Report_Genocide.pdf).
- Act Respecting Assistance for Victims of Crime, CQLR, c A-13.2 (QC).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982.
- Compensation for Victims of Crime Regulation, NB Reg 96-81 (NB).
- Crime Victim Assistance Act, SBC 2001, c 38 (BC).
- Crime Victims Compensation Act, CQLR, c I-6 (QC).
- Criminal Code, R.S.C. 1985.
- Declaración del fin de misión de Dubravka Šimonović, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias (2018) Visita oficial a Canadá.

- Domestic Violence Intervention Act, SNS 2001, c 29 (NS).
- Employment Equity Act (1995). <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/E-5.401/>.
- Estatuto de Roma de creación de la Corte Penal Internacional. Doc. A/CONF.183/9. 17 de julio de 1998.
- Family Abuse Intervention Act, SNU 2006, c 18 (NU).
- Family Law Act, SBC 2011, c 25, Part 9 (BC).
- Family Violence Prevention Act, RSY 2002, c 84 (YK).
- Family Violence Protection Act, SNL 2005, c F-3.1 (NL).
- Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
- Intimate Partner Violence Intervention Act, SNB 2017, c 5 (NB).
- Law Act, SBC 2011, c 25, Part 9 (BC).
- Ley Canadiense de Derechos Humanos. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/H-6/page-1.html>.
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: educación y salud, o OEA/Ser.L/V/II/Doc. 63 (2011).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia en las Américas, o OEA/Ser.L/V/II/Doc. 68 (2007).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, El derecho de la mujer en Haití a vivir libre de violencia y discriminación, o OEA/Ser.L/V/II/Doc. 64 (2009).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.17/Doc. 44 (2017).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canada, OEA/Ser.L/V/II.14/Doc. 30 (2014).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos de la mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación, o OEA/Ser.L/V/II.117/Doc. 44 (2003).
- Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Violencia y discriminación contra las mujeres en el conflicto armado en Colombia, o OEA/Ser.L/V/II/Doc 67 (2006).
- Ontario's Victims Bill of Rights, 1995 SO 1995, c 6, s 3.
- Protection Against Family Violence Act, RSA 2000, c P-27 (AB).
- Protection Against Family Violence Act, SNWT 2003, c 24 (NWT).
- Public Sector Equitable Compensation Act (2009). <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-31.65/>.
- Reclaiming Power and Place: *The Final Report of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls (PDF) (Report)*. [https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Final\\_Report\\_Vol\\_1a-1.pdf](https://www.mmiwg-ffada.ca/wp-content/uploads/2019/06/Final_Report_Vol_1a-1.pdf).
- Recomendación General No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por

- la que se actualiza la Recomendación General No. 19 (26 de Julio de 2017) CEDAW/C/GC/35. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>.
- Serious Crime Act 2015 (UK), 2015 c 9, s 76 (Criminalizing Controlling or Coercive Behaviour in Intimate and Family Relationships).
- The Domestic Violence and Stalking Act, CCSM c D93 (MB).
- The Gender-Based Violence Strategy, 2017. <https://cfc-swc.gc.ca/violence/knowledge-connaissance/strategy-strategie-en.html>.
- The Victims of Crime Act, 1995 (SK. The Compensation for Victims of Crime Act, RSO 1990, c C.24 (ON)).
- The Victims of Interpersonal Violence Act, SS 1994, c V-6.02 (SK).
- The Victims’ Bill of Rights, CCSM c V55 (MB).
- Victims of Crime Act, RSA 2000, c V-3 (AB).
- Victims of Crime Act, RSBC 1996, c 478, s 14 (BC).
- Victims of Crime Act, RSPEI 1988, c V-3.1 (PEI).
- Victims of Family Violence Act, RSPEI 1988, c V-3.2 (PEI).
- Victims’ Rights and Services Act, SNS 1989, c 14 (NS).

## Jurisprudencia citada

- Ana, Beatriz y Celia González Pérez v. Mexico* (2001), Inter-Am Comm HR, No 53/01, Reporte Annual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2001, OEA/Ser.L/V/II.114/Doc. 5.
- Fernández Ortega* (México) (Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas) (2010), Inter-Am Ct HR (Ser C) No 215.
- González y otras (“Campo algodonoero”) vs. México*. (2009) (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 205, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974).
- Ibn-Tamas v. United States*, 407 A.2d 626 (D.C. 1979).
- Jersey v. Holley*, [2005] 3 WLR 29.
- Jessica Lenahan (Gonzalez) and al v. United States* (2011), Inter-Am Comm HR, No 80/11, Reporte Annual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2011, OEA/Ser.L/V/II/Doc. 69.
- Maria da Penha Maia Fernandes v. Brazil*, Case 12.051, Report No. 54/01, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 20 (2000).
- Raquel Martín de Mejía v. Peru* (1995), Inter-Am Comm HR, No 5/96, Reporte Anual de La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 1995, OEA/Ser.L/V/II.91/Doc. 7.
- Rosendo Cantú* (México) (Objeciones Preliminares, Méritos, Reparaciones y Costas,) (2010), Inter-Am Ct HR (Ser C) No 216.
- R v. Ahluwalia* [1992] 4 All ER 889.
- R v. Craig*. (2011). ONCA 142.
- R v. Lavallee*. (1990). 1 S.C.R. 852.
- R v. Mohan*. (1994). 89 C.C.C. (3d) 402.
- R v. P.J.B.* (2012). ONCA 730.
- R. v. Charlebois*. (2000). 2 SCR 674, 2000 SCC 53.

- R. v. Currie.* (2002). CanLII 44973 (ON CA).  
*R. v. Irwin.* (1994). CanLII 486 (BC CA).  
*R. v. Knott* (2014). MBQB 72.  
*R. v. M. L. B.* (2004). SKPC 136.  
*R. v. Malott.* (1996). CanLII 2230 (ON CA).  
*R. v. N.N.E.* (1993). CanLII 7265 (AB QB).  
*R v. Teresa Craig.* (2011). ONCA 142.  
*Smith v. Georgia State.* (1981). 277 S.E.2d 678 (Ga. 1981).  
*State of Washington v. Wanrow.* (1977). 88 Wn.2d 221, 559 P.2d 548, 1977 Wash. 750.



# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

---

DERECHO PRIVADO



# LA CLÁUSULA PENAL ABUSIVA Y EL REQUISITO DE LA DESPROPORCIÓN DE LA PENA

---

**Andrés Sánchez Herrero**

Universidad Austral

andres@sanchezherrero.com.ar

**Recibido:** 10/08/2020

**Aceptado:** 29/09/2020

## Resumen

Se analiza el requisito central del cual depende si una cláusula penal es o no abusiva (y, por ende, si debe o no ser reducida): su desproporción. A este efecto, debe dilucidarse si es proporcionada con el valor de la prestación o del resarcimiento que viene a sustituir. En consecuencia, a pesar de lo que dispone la ley, el acreedor no puede desentenderse del daño si la cláusula es cuestionada por el deudor. Si bien, en teoría, también se requiere que el acreedor se haya aprovechado abusivamente de la situación del deudor, este requisito es ignorado en la praxis judicial, lo que pone en evidencia la centralidad del daño en esta materia.

**Palabras clave:** cláusula penal, cláusula penal abusiva, requisitos, Código Civil y Comercial argentino, desproporción, daño resarcible.

## The Unfair Penalty Clause and the Requirement of Disproportionate Punishment

### Abstract

The central requirement on which depends whether or not a penalty clause is abusive (and therefore whether or not it should be reduced) is analysed: its disproportion. To this end, it must be determined whether it is proportionate to the value of the compensable damage it replaces. Consequently, notwithstanding the provisions of the law, the creditor cannot disregard the damage if the term is contested by the debtor. Although in theory the creditor is also required to have taken unfair advantage of the debtor's situation, this requirement is ignored in judicial practice, which highlights the centrality of the compensable damage in this matter.

**Key words:** penalty clause, abusive penalty clause, requirements, Argentine Civil and Commercial Code, disproportion, compensable damages.

## 1. Introducción

En este artículo, analizaré el requisito central del cual depende la reducción de una cláusula penal abusiva en el derecho argentino: la desproporción.

A este efecto, primero haré una breve introducción a la cláusula penal en general. Luego, daré una visión panorámica del problema de la pena abusiva (noción, evolución histórica, sistemas comparados y estado de la cuestión en la Argentina). Finalmente, abordaré el objeto específico de este trabajo: el requisito de la desproporción (el elemento objetivo).

## 2. La cláusula penal: noción y normativa aplicable

De acuerdo con el artículo 790 del Código Civil y Comercial (CC), “[l]a cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación”.<sup>1</sup> Partiendo de esta base, la defino como el acto jurídico accesorio de una relación jurídica por el cual una persona se compromete a realizar una prestación (la pena) en caso de que el sujeto pasivo de esa relación incumpla su deber. Involucra tres objetos:

1) La cláusula penal, en sí. Es el acto jurídico definido.

2) La obligación principal. Es la relación jurídica cuyo incumplimiento se sanciona con la pena.

3) La pena. Es la sanción que nace de (1) para el caso de que se incumpla (2). Consiste en una prestación. Si no siempre, al menos sí en la mayoría de los casos.

Podría agregar un cuarto objeto: el acto jurídico del que nace la relación jurídica principal (2) y al que accede la cláusula penal (1). Pero no es necesario, si bien lo usual es que exista. De ser así, la cláusula penal suele integrarlo, aunque también es posible que se otorgue en forma independiente.

El instituto está regulado en la Sección 5ª -“Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias”- del Capítulo 3 -“Clases de obligaciones”- del Título I -“Obligaciones en general”- del Libro tercero -“Derechos personales”- del CC.

La sección se extiende desde el artículo 790 hasta el 804. Salvo este último -que se refiere a las sanciones conminatorias-, el resto del articulado regula el funcionamiento de la cláusula penal.

---

1 La norma es copiada casi a la letra del artículo 652 del viejo CC, que, a su vez, se basaba en el artículo 1226 del Código Civil francés.

### 3. Sobre la pena abusiva en general

#### 3.1. Evolución histórica

##### 3.1.1. Evolución general

En el derecho romano, en principio, la cláusula penal era absolutamente inmutable. No podía ser modificada unilateralmente por ninguna de las partes; tampoco por la autoridad. Sin embargo, se previó la reducción de los intereses usurarios.

En el antiguo derecho francés, en cambio, la cláusula penal era revisable, bien por excesiva o por insuficiente. Sin embargo, pasó a ser absolutamente inmutable a partir del *Code*, criterio que se irradió entre los demás códigos civiles y comerciales de la época.

En el derecho alemán ocurrió lo opuesto al francés. La cláusula penal, tradicionalmente inmutable, pudo y puede ser revisada a partir de la sanción de su Código Civil (BGB), tanto por exceso como por insuficiencia.

##### 3.1.2. Evolución en la Argentina

###### 3.1.2.1. Código Civil originario

Suele afirmarse que en el Código de Vélez la cláusula penal era absolutamente inmutable. Así resultaba de tres normas: los artículos 522, 655 y 656 (y, para algunos, también de una cuarta: el artículo 1189).<sup>2</sup> Las normas disponían que la cláusula penal era inmodificable bajo cualquier circunstancia. Sin embargo, el artículo 660 establecía lo siguiente:

Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se conviniesen.

2 Disponían lo siguiente:

“Cuando en la obligación se hubiere convenido que si ella no se cumpliese se pagaría cierta suma de dinero, no puede darse una cantidad ni mayor ni menor” (Código Civil, artículo 522).

“La pena o multa impuesta en la obligación, entra en lugar de la indemnización de perjuicios e intereses, cuando el deudor se hubiese constituido en mora; y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente” (Código Civil, artículo 655).

“Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno” (Código Civil, artículo 656).

“Si en el instrumento público se hubiese estipulado una cláusula penal, o el contrato fuese hecho dándose arras, la indemnización de las pérdidas e intereses consistirá en el pago de la pena, y en el segundo en la pérdida de la señal, o su restitución con otro tanto” (Código Civil, artículo 1189).

La norma admitía, entonces, la modificación de la pena.<sup>3</sup> Más precisamente: la imponía (“la pena *debe* disminuirse”).

Por lo tanto, la inmutabilidad de la pena no era absoluta. No quiero enredarme en cuestiones semánticas. En la sistematización que adopto, la previsión de una norma de este tipo implica que se ha adoptado un sistema de inmutabilidad relativa, en el que la regla general, efectivamente, es la intangibilidad de la pena, pero se admite alguna excepción.<sup>4</sup>

De todos modos, la modificación solo se admitía en este caso puntual y no dejaba de basarse, en definitiva, en el sentido o la voluntad subyacente a la propia cláusula penal. No se trataba de una “corrección” externa, sino, en el fondo, de un ajuste de lo formalmente estipulado a lo realmente querido. O, si se quiere, de una subsunción adecuada del caso en la cláusula penal. Desde este punto de vista, entonces, puede afirmarse que en el Código de Vélez no se admitía una alteración basada en un criterio externo a lo estipulado (en un criterio correctivo).

Este era el panorama legal. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mitigaron con el tiempo el rigor de este principio. Echando mano de diversos dispositivos legales –el más socorrido, el artículo 953 del CC–, se terminó considerando que, por excepción, la pena se debía reducir si era desproporcionada con el incumplimiento y su secuela.<sup>5</sup> El criterio se fue aplicando cada vez más, hasta que virtualmente dejó de ser excepcional.

### 3.1.2.2. Código Civil reformado por la Ley 17711

La Ley 17711 introdujo un cambio sustancial en el régimen de la cláusula penal. Si bien conservó las normas que consagraban la inmutabilidad de la pena, agregó este segundo párrafo al artículo 654:

Los jueces podrán, sin embargo, reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuren un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.

---

3 Se basó en el artículo 1231 del Código Civil francés, según lo consignó Vélez en su nota.

4 Véase § 3.2.

5 Véanse Ameal y Belluscio (1981, pp. 217-218); Boffi Boggero (1973, p. 411); Llambías (1983, p. 445); Tale (2009, § 1).

Esto implicó una modificación radical del sistema legal, reflejo del cambio que ya se había operado a nivel doctrinario y jurisprudencial.

### 3.1.2.3. Código Civil y Comercial

El régimen de la cláusula penal del CC -hoy vigente- está casi calcado del previsto en el viejo CC tras su modificación por la Ley 17711.

## 3.2. Sistemas<sup>6</sup>

### 3.2.1. Introducción

Para que el panorama sea lo más abarcativo posible, avanzaremos en tres etapas:

1) En primer lugar, me referiré a los contratos de consumo y a los celebrados por adhesión.

2) Luego, al abordaje dispar que de los demás contratos hacen el sistema del *common law* y el continental europeo.

3) Finalmente, ya con relación a este último, distinguiré los distintos criterios que se aplican o han aplicado con respecto a la modificabilidad de la pena.

### 3.2.2. Contratos de consumo y contratos celebrados por adhesión

En líneas generales, las cláusulas penales que perjudican a los consumidores o adherentes se consideran inválidas. Este es el denominador común de las normas que regulan la cuestión en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, que cada vez son más. Por supuesto, hay diferencias, pero tienden a coincidir en esta idea central.

El perjuicio típico consiste en imponerle al consumidor o adherente una pena o prestación de mayor entidad que la sanción que en virtud de las reglas generales le sería aplicable por el incumplimiento. Pero también puede consistir en que se le “impone” al proveedor o predisponente una “pena” cuyo valor es ostensiblemente menor que lo que debería pagar de acuerdo con el derecho común si incumpliese el contrato. En definitiva, una cláusula de exoneración o limitación de la responsabilidad, aunque camuflada. En general, los ordenamientos jurídicos protegen al consumidor o adherente en los dos casos.

En cuanto a la pena excesiva, en algunas legislaciones solo es inválida la

---

6 Véase Pizarro y Vallespinos (1999, pp. 75-76).

pena que tiene una diferencia importante con lo que sería el resarcimiento aplicable en su lugar. En otros, en cambio, basta con que esta diferencia exista para que la cláusula sea ilegal, independientemente de su cuán grande sea. Basta con que la pena exceda lo que sería la sanción legal. Es nuestro caso. Es más, en algunos sistemas, se invalida la cláusula penal en sí por el mero hecho de ser tal, independientemente de su relación con lo que sería el daño resarcible de acuerdo con las reglas generales. Pero predomina el requisito del desequilibrio, en particular en los regímenes de defensa del consumidor. En cuanto a los de los contratos celebrados por adhesión, algunos ordenamientos adoptan este mismo criterio y otros solo invalidan la cláusula penal si el desajuste implica un desequilibrio injustificado en perjuicio del adherente, considerando el contrato en su integridad.

En cuanto a la pena insuficiente, el problema se presenta cuando su acreedor es el consumidor o adherente. Por lo general, se la considera ineficaz, en el sentido de que no vale como límite a lo que el consumidor o adherente tiene derecho a reclamar si el proveedor o predisponente incumple el contrato. Es el caso argentino.

En lo que hace a la sanción de las cláusulas abusivas, hay que distinguir dos cuestiones:

1) Cuando el problema es que se ha impuesto una pena excesiva al consumidor o adherente, la sanción suele ser la invalidez o nulidad de la cláusula. Por ende, incumplido el contrato, el proveedor o predisponente no puede hacerla valer, sin perjuicio de su derecho a ser resarcido de acuerdo con las reglas generales.

2) Cuando el problema es que se ha fijado una pena insuficiente al proveedor o predisponente, hay dos tipos de abordajes. Algunos ordenamientos invalidan la cláusula, de modo que el consumidor o adherente tiene derecho a ser resarcido de acuerdo con las reglas del derecho común. Otros, en cambio, le reconocen tanto el derecho a la pena como al resarcimiento del mayor daño que haya sufrido. Según entiendo, esto último es lo que ocurre en el derecho argentino.

### **3.2.3. El *common law* y el derecho continental europeo**

En lo que hace a la cláusula penal, hay dos grandes abordajes en el derecho occidental:

### 1) Sistema del *common law*

Solo son válidas las cláusulas de liquidación de daños (*liquidated damages clauses* o *damages clauses*), no las penas (*penalties*). Las primeras se pactan para compensar el daño que se derivará del eventual incumplimiento, no (como las segundas) para penalizar o castigar al incumplidor (por ejemplo, imponiéndole una prestación más gravosa que la que debería afrontar de acuerdo con las reglas ordinarias). Y el principal dato revelador de si la cláusula pertenece a una u otra categoría es la relación de valor entre la suma estipulada y el daño que al tiempo de la estipulación era previsible que el acreedor podría sufrir por el eventual incumplimiento: si los valores son proporcionados, es una cláusula de liquidación de daños; si no, una pena.

En definitiva, el sistema anglosajón corta por lo sano: si bien la adscripción de una cláusula determinada a una u otra categoría depende de su finalidad, al anclarla en el dato objetivo de si es o no proporcionada con el daño previsible, se termina erradicando la posibilidad de que la cláusula sea excesiva. Desde esta lógica, no tiene sentido plantearse la cuestión de su inmutabilidad: por definición, no es concebible que se pueda reducir una pena excesiva, ya que esta sería, lisa y llanamente, inválida. La estipulación es inmutable, sí, pero solo si es válida, y, para serlo, la suma debida no debe exceder al valor de los daños que fueron previsibles al estipularla.

### 2) Sistema continental europeo

Es en este sistema en el que es válida la cláusula que no es una mera estimación anticipada de los daños, que tiene sentido plantearse la cuestión de si cabe moderarla cuando es excesiva. En su versión decimonónica, la pena, aun siendo excesiva, era válida y no podía ser moderada. Hoy predomina la tendencia que faculta a los jueces para reducirla cuando es desproporcionada. Analizo los distintos sistemas en el parágrafo que sigue.

## 3.2.4. Subsistemas del modelo continental europeo

En términos teóricos, podemos distinguir dos subsistemas:

### 1) Sistema de la inmutabilidad absoluta

La cláusula penal no es modificable bajo ninguna circunstancia. Fue el adoptado por el derecho romano.

## 2) Sistema de la inmutabilidad relativa

La cláusula penal es, en principio, inmodificable, pero, por excepción, puede llegar a serlo. En función de cuáles sean las excepciones que se admitan, es posible, a su vez, trazar otra subclasificación:

### 2.a) Sistema que admite la reducción de la pena por el cumplimiento parcial, defectuoso, irregular o inexacto de la obligación principal

De acuerdo con este sistema, solo se admite la modificación de la pena si, habiéndosela estipulado implícitamente para un incumplimiento total, se ha incurrido en un incumplimiento de menor gravedad (por ejemplo, parcial o defectuoso). Bien entendido: no es que la modificación se produce porque así se lo ha estipulado explícitamente, sino partiendo del sentido y alcance de la propia cláusula penal. En otros términos: interpretándola en profundidad, como corresponde.

El caso típico –y muy difundido, incluso entre las legislaciones restrictivas del siglo XIX– es el de la reducción de la pena en proporción al cumplimiento parcial de la obligación principal aceptado por el acreedor. Por ejemplo, la obligación se cumple por la mitad y la pena se reduce en la misma proporción.

Es el sistema que había adoptado el Código Civil de Vélez, que solo admitía esta excepción a la regla general.

### 2.b) Sistema que admite la modificación de la pena abusiva

En este caso, a diferencia del anterior, la modificación se basa en que la cláusula penal presenta alguna patología (por ejemplo, es excesiva o insuficiente).

En la práctica, las legislaciones que admiten la modificación de la pena abusiva (2.b) también lo hacen en virtud de la causal prevista en (2.a). Es nuestro caso, sin ir más lejos.

Agrego tres subclasificaciones del sistema que admite la modificación de la pena abusiva:

#### 2.b.i) Sistema que solo admite reducción de la pena y sistema que también admite su aumento

El primero solo ataca a la cláusula penal excesiva, imponiendo o habilitando su reducción. Es el caso del Codice Civile italiano de 1942 (artículo 1384) y del Código Civil de Jordania (artículo 364), entre otros.

En el segundo sistema, en cambio, es posible tanto reducir la pena excesiva como aumentar la insuficiente (en rigor, respecto a esto último, no se aumenta

la pena: se impide que opere como techo resarcitorio, de modo que el acreedor tiene derecho a que se le indemnicen los daños que la pena no llega a compensar). Es el caso del BGB (artículos 340.2 y 343)<sup>7</sup> y del Código Civil de Francia tras las modificaciones legislativas de 1975 y 1985 (artículos 1152 y 1231).

El régimen argentino de la cláusula penal solo prevé la reducción de la pena abusiva. Sin embargo, interpretado de manera sistemática, también resuelve el problema de la pena insuficiente, habilitando al acreedor a reclamar el daño no cubierto, al menos en los casos patológicos o más extremos.

### 2.b.ii) Sistema rígido y sistema flexible

En el sistema rígido, el legislador tasa de antemano cuál es la desproporción que habilita la modificación de la pena. Es el caso de la legislación brasileña, que fija como máximo de la pena compensatoria el valor de la prestación principal (Código Civil, artículo 412), como así también el de la boliviana (Código Civil, artículo 534) y la portuguesa (Código Civil, artículo 811.3 [la pena no puede exceder el valor del perjuicio causado por el incumplimiento de la obligación principal]). También el del Código Civil de Chile, cuyo artículo 544 prohíbe que el valor de la pena compensatoria exceda el doble del valor de la prestación principal.

En el sistema flexible, el legislador, en vez de tasar de antemano la desproporción que habilita para modificar la pena, establece parámetros abiertos y elásticos, cuya concreción les corresponde a los jueces. Es el seguido mayoritariamente. Por ejemplo, por nuestro ordenamiento, que habilita la reducción de las penas “cuando su monto [es] desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso” (artículo 794, segundo párrafo, del CC).

No obstante, las diferencias que estos sistemas presentan entre sí comparten un concepto central: que la cláusula penal típica –la punitiva– es válida. Esto es, que cabe estipular una penalidad para el incumplidor, una sanción o consecuencia jurídica más grave que la que tendría que afrontar si incumpliese la obligación y se le aplicasen las reglas generales. De hecho, es la cláusula penal típica que el legislador presupone cuando regula esta figura. Va de suyo, entonces, que la pena puede ser de mayor entidad que la prestación principal. Por ejemplo, si las dos son dinerarias, lo normal es que la pena consista en una suma mayor. En

---

7 En realidad, no es que se puede modificar la cláusula penal que no alcanza para cubrir todo el daño causado: la regla general es que la pena estipulada es solo un mínimo, al que el acreedor puede sumar el resarcimiento del daño no compensado por la pena. Así está previsto en el § 340.2.

todo caso, estos sistemas coinciden en que la pena no se puede reducir si, aun siendo desproporcionada, la proporción no es excesiva o intolerable.

Como hemos visto, en el derecho anglosajón se adopta un abordaje muy distinto. Se distingue entre las cláusulas de liquidación de daños (*liquidated damages clauses*), que son válidas, y las penas (*penalties*), que no lo son. La posibilidad del exceso se extirpa de cuajo: no se trata de moderar la pena: lisa y llanamente es inválida.

2.b.iii) Sistema que requiere la explotación del estado de inferioridad del deudor por parte del acreedor y sistema que solo requiere la desproporción objetiva. De acuerdo con el primer sistema, la pena solo se reduce si, además de ser desproporcionada con el valor del daño causado por el incumplimiento, ha sido estipulada porque el acreedor se aprovechó de la situación de inferioridad del deudor. Según este enfoque, entonces, la pena abusiva es una especie de lesión objetiva-subjetiva.

Conforme al segundo sistema, en cambio, para la reducción de la pena basta con que sea desproporcionada objetivamente con el daño o la prestación principal.

El primer sistema es el adoptado en la actualidad por la mayoría de los países que pertenecen al sistema continental europeo, con unas pocas y cada vez más raras excepciones. El segundo es menos frecuente. Por ejemplo, ha sido adoptado por los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, de 2016, tanto para la lesión en general como para la cláusula penal en particular, que están reguladas en clave objetiva. De todos modos, si nos despegamos de un análisis demasiado formal, también habría que sumar a este segundo sistema a muchos ordenamientos jurídicos que, más allá de lo que dicen sus leyes, de hecho operan en clave objetiva.<sup>8</sup>

¿Cómo estamos en nuestro país? Formalmente, para reducir la pena se requieren tanto la desproporción como la explotación por parte del acreedor del estado de inferioridad del deudor. Es lo que establece el CC en la regulación específica de la cláusula penal abusiva (artículo 794, párrafo segundo) y lo que resulta del régimen genérico de la lesión (artículo 332). Sin embargo, en la práctica, las reglas se aplican en clave puramente objetiva.

Cierro con dos aclaraciones respecto a esta última clasificación:

- Lo dicho vale respecto a la cláusula penal en general, pero no para aquella que accede a un contrato de consumo o celebrado por adhesión a cláusulas

---

8 Véanse, por ejemplo, los proyectos de armonización del derecho europeo de los contratos que regulan la lesión subjetiva.

generales predisuestas cuyo deudor es el consumidor o adherente. El mero hecho de asumir alguno de estos dos roles constituye, por sí, una situación de inferioridad. No se precisa, además, la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia requerida en el régimen general. Es decir que basta el desequilibrio objetivo. Es más, en algunos ordenamientos, ni siquiera se requiere esto último: la cláusula penal es extirpada *per se*.

- En el sistema anglosajón, la cláusula –salvo que sea estipulada para anticipar el daño resarcible que se puede prever al convenirla– es inválida. En otros términos: la cláusula penal punitiva (la *penalty clause*) no es válida, sí la cláusula de liquidación de daños (*liquidated damages clause*). Es cierto que el elemento subjetivo tiene relevancia (mayor en el sistema inglés, menor en el estadounidense). Pero en un sentido distinto: si la cláusula se pacta para compensar el daño que se derivará del eventual incumplimiento, es una *liquidated damages clause*, mientras que es una *penalty* si se la estipula para penalizar o castigar al incumplidor. En cualquier caso, no se hace referencia a la explotación de una situación de inferioridad, que es lo que aquí estamos considerando para distinguir estos dos sistemas.

### 3.3. Derecho argentino: visión panorámica

#### 3.3.1. Regla general

La cláusula penal punitiva o coercitiva es válida. Es decir, la que –bien sea porque es acumulable o por su entidad– coloca al incumplidor en una situación más gravosa que la que resultaría de la aplicación de las reglas generales. De hecho, es la pena típica presupuesta por el legislador. Obviamente, también es válida la que constituye una simple estimación anticipada de los daños. Seguimos, entonces, la línea del derecho continental europeo.

La regla general es que la cláusula penal es inmutable. Así resulta de varios artículos del CC:

Relación con la indemnización. La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente. (Artículo 793 del CC)

Ejecución. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno. (Artículo 794 del CC)

Me refiero, queda claro, a que la cláusula es inmodificable sin la voluntad de quienes la estipularon. Esta es la regla general.

La inmutabilidad opera en los dos sentidos:

- la pena no se puede reducir aunque sea excesiva;
- tampoco se la puede aumentar aunque sea insuficiente: opera como límite de lo que puede reclamar el acreedor.

### 3.3.2. Excepciones

La regla general admite varias excepciones. Bosquejo una síntesis:

1) Cláusula penal excesiva

1.a) Contratos de consumo o celebrados por adhesión

La cláusula es inválida si el deudor es el consumidor o adherente.

1.b) Demás contratos

1.b.i) Cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto

La pena debe reducirse proporcionalmente si, aun siendo aplicable, se verifica un incumplimiento de menor entidad que aquel para el cual fue realmente prevista. Por ejemplo, si se produce un incumplimiento parcial y la pena, en el fondo, fue estipulada para que se pagase en su integridad solo ante un incumplimiento total.

1.b.ii) Pena abusiva

La pena debe reducirse. En principio, la ley supedita la reducción a que se verifiquen dos requisitos: la desproporción (elemento objetivo) y el abusivo aprovechamiento de la situación de inferioridad del deudor por parte del acreedor (elemento subjetivo). De todos modos, el segundo de estos requisitos no se aplica en la práctica. En cuanto al primero, la desproporción debe ser importante, no basta cualquier desajuste. ¿En qué medida? La ley no lo tasa en abstracto. La cuestión debe dilucidarse en cada caso, aplicando estándares abiertos y flexibles.

2) Cláusula penal insuficiente

2.a) Contratos de consumo o celebrados por adhesión

La cláusula es inválida si el acreedor es el consumidor, usuario o adherente.

## 2.b) Demás contratos

La cláusula es válida, en principio. Por excepción, y no obstante lo estipulado, el acreedor tiene derecho a que se le resarza el daño no cubierto por la pena en dos casos:

- si el deudor incumple con dolo o culpa grave;
- si la pena es ostensiblemente inferior al daño causado por el incumplimiento.

## 4. La desproporción

### 4.1. Introducción

De acuerdo con el artículo 794 del CC,

[l]os jueces pueden reducir las penas *cuando su monto desproporcionado* con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, *configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor*.<sup>9</sup>

Dos son, entonces, los requisitos que la ley exige:

- 1) Elemento objetivo: la desproporción de la pena.
- 2) Elemento subjetivo: el aprovechamiento abusivo de la situación (de inferioridad) del deudor. A su vez, este segundo elemento puede descomponerse en dos: el aprovechamiento y la situación de inferioridad.

Esto es lo que dice la ley. De todos modos, en la práctica, la reducción de la pena se basa en factores puramente objetivos. Abierta o encubiertamente, este es el criterio que en realidad aplican los tribunales. Si no en todos los casos, al menos sí en la mayoría.

A continuación, analizaré el primero de estos requisitos.

### 4.2. Consideraciones generales

Estamos ante un concepto relativo: no hay penas excesivas en términos absolutos. Depende de su entidad, ciertamente, pero puesta en relación con la gravedad de la falta que se sanciona (por ahora, digámoslo así). Esto quiere decir que una misma pena podría ser desproporcionada en determinado contexto y no en otro. Por ejemplo, una pena compensatoria de 1 millón de pesos podría ser proporcionada si el valor de la prestación principal fuese de 800 mil pesos y desproporcionada si fuese de 150 mil pesos.

---

9 Énfasis agregado.

### 4.3. La desproporción debe ser evidente. El impacto de la función compulsiva de la pena

Para que la pena sea reducible, el artículo 794 solo requiere que sea desproporcionada. Sin embargo, el artículo 332, al regular la lesión en general, exige, además, que la desproporción sea evidente. Es decir, reclama un plus. ¿Es esto aplicable a la cláusula penal? Entiendo que sí por dos razones:

1) La igualdad de tratamiento con los demás casos de lesión

No hay ninguna razón por la cual se deba tener una menor tolerancia con el acreedor de una cláusula penal que la que se le tiene a cualquier contratante desde el régimen de la lesión en general. En otros términos: no hay por qué admitir desde el régimen genérico de la lesión que las prestaciones sean desproporcionadas, siempre que la desproporción no sea evidente o importante, y no admitirlo, en cambio, respecto a las cláusulas penales. Es más, hay todavía más razones para hacerlo, lo que me lleva al punto que sigue.

2) La función compulsiva de la pena

En su versión típica, la pena cumple una función compulsiva; función que nuestro ordenamiento valida y respalda, pero que quedaría borrada si el valor de la prestación o del resarcimiento de referencia representase el límite del valor de la pena. Por esta razón, debe tolerarse que esta tenga un plus por encima de esos valores, de modo que pueda cumplir su función.<sup>10</sup> Es lo normal, lo típico en una cláusula penal.<sup>11</sup> Como gráficamente se ha señalado, “[l]a pena exorbitante o excesiva, no es aquella que importe cualquier exceso por sobre la indemnización plena, sino que por ‘pena excesiva’ debe entenderse la que es excesiva ‘como pena’” (Tale, 2009, § III).

---

10 Véanse Tale (2009, § II y III); Ossola y Lorenzetti (2015, p. 235); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, *D., A. J. c/D., M. A. s/ejecución de convenio*; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, *Celico, Pascual Leandro Hipólito c/Triex SA s/daños y perjuicios*; Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Sucesores de Resa, Domingo c/Bommechino María Esther y Ots. s/ejec. típica*; Cámara de Apelaciones de Esquel, P., O. A. c/B., L. y otro s/resolución de contrato s/daños y perjuicios; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, *Zucchini de Morra, Josefina c/Quinteros, Miguel y otro s/ejecución de alquileres*; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, *Damonte, Carlos H. c/García, Mabel S. y otros*.

11 Véase Cámara de Apelaciones de Esquel, P., O. A. c/B., L. y otro s/resolución de contrato s/daños y perjuicios (“Siempre ha de tratarse de una suma mayor a la que hubiera correspondido por resarcimiento, caso contrario carecería de sentido incluirla. Dicho de otra forma: la cláusula penal, por naturaleza implica una mejora económica para quien la cobra o pretende cobrarla y es que si no fuera así, carecería de sentido incluirla en un contrato. Si el cobro de la cláusula penal no implicase una mejora económica para quien la percibe, no sería cláusula penal ni tendría posibilidad alguna de constreñir el cumplimiento”).

Así las cosas, hay que distinguir tres situaciones:

- 1) No hay desproporción. No cabe reducir la pena.
- 2) Hay desproporción. En este caso, hay que distinguir, a su vez, dos supuestos:
  - 2.a) La desproporción no es evidente. Tampoco cabe reducir la pena.
  - 2.b) La desproporción es evidente. La pena es reducible si concurren los demás requisitos legales.

Lo expuesto amerita algunas aclaraciones:

1) El tema no pasa tanto por si la desproporción es o no evidente, sino por si es importante. Uso este término (“evidente”) porque así lo hace el artículo 332 y también lo hacía el artículo 954 del viejo CC, razón por la cual se ha difundido en la doctrina y en la jurisprudencia.

Por supuesto, a la desproporción hay que probarla, pero no es preciso que sea evidente. En algunos casos, lo será, en otros no. Lo que cuenta no es si la desproporción es o no fácilmente perceptible, sino su entidad. La desproporción no es más o menos importante por el hecho de ser más o menos visible o perceptible, de lo contrario, habría que concluir que solo pueden reducirse las penas cuya desproporción pueda determinarse con facilidad, lo que no tendría sentido ni sería congruente con la finalidad ni el fundamento de la lesión, ni tampoco con su historia.

2) En teoría, no basta la desproporción evidente para que se deba reducir la pena: esto es condición necesaria, pero no suficiente. Aquí me he limitado a encuadrar el tema teniendo en cuenta solo esta dimensión –la objetiva– del problema. Se supone que, además, es preciso que concorra un segundo elemento –el subjetivo–: el aprovechamiento abusivo por parte del acreedor de la situación de inferioridad del deudor. Cuestión distinta es la de si el sistema funciona así en la práctica.

En cualquier caso, lo que queda claro es que hay un punto de corte hasta el cual la desproporción es tolerable y a partir del cual deja de serlo. Ahora bien, ¿cuál es este punto? La respuesta tiene varias dimensiones, que analizaré en los párrafos que siguen.

## **4.4. Elementos entre los cuales debe existir la desproporción**

### **4.4.1. Introducción**

Para que la pena sea reducible, debe haber desproporción, pero ¿entre qué? Repasemos lo que el artículo 794 del Código Civil y Comercial dispone al respecto:

*Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.*<sup>12</sup>

Por lo tanto, según la ley, el cotejo debería efectuarse entre

- 1) la pena, y
- 2) la gravedad de la falta, teniendo en cuenta el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso.

Lo primero está muy claro, lo segundo no tanto.

#### **4.4.2. Primer factor: la pena**

Al ponderar si la pena es excesiva, no solo debe tenerse en cuenta su entidad, sino también cualquier otra característica que pueda ser relevante en este aspecto. Destaco dos:

1) ¿Es una pena moratoria, compensatoria, por resolución o resarcitoria del cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto? Por ejemplo, una pena que podría ser un disparate como moratoria podría no serlo como compensatoria. Supongamos que, en una economía no inflacionaria, se fija una pena de 1100000 pesos para el incumplimiento de una obligación cuya prestación tiene un valor de 1 millón de pesos. En la medida en la que cabe hacer una ponderación en abstracto, este monto sería razonable si la pena fuese compensatoria, pero no si fuese moratoria y se aplicase por un retraso de unos pocos días.

2) ¿Es una pena acumulable? Una pena no acumulable de cierto valor podría ser proporcionada y no serlo si fuese acumulable.

#### **4.4.3. Segundo factor: ¿la gravedad de la falta?**

##### **4.4.3.1. Consideraciones generales**

En cuanto al segundo factor -aquello con lo cual la pena se coteja para determinar si es o no proporcionada-, la gravedad de la falta ocupa un lugar protagónico, al menos en la letra del artículo 794. Un lugar excesivo, en la mayoría de los casos. De todos modos, como la fórmula legal es abierta (“las demás circunstancias del caso”), este inconveniente puede superarse.

En rigor, la gravedad de la falta es el único elemento que se menciona, y el valor de las prestaciones y las demás circunstancias del caso son factores auxilia-

---

12 Énfasis agregado.

res para ponderarla, pero, como es obvio que con la gravedad no alcanza para efectuar de manera cabal esta ponderación, la doctrina y la jurisprudencia le han buscado la vuelta para abrir el juego e incluir otros factores. En especial, el daño sufrido por el acreedor a raíz del incumplimiento de la obligación principal. Esto se ha logrado, por lo general, a través de una de estas dos vías:

- interpretando con amplitud lo que sería la gravedad de la falta, o
- abriendo explícitamente el juego al admitir otros factores junto con el anterior.

Cualquiera de los dos caminos es aceptable. Por mi parte, me decanto por el segundo al mero efecto de resaltar la importancia del factor-perjuicio, ya que, como veremos, suele ser el que más gravita a la hora de determinar si hay o no desproporción. De todos modos, esta diferencia en el encuadre teórico no tiene ninguna repercusión práctica.

Analicemos, entonces, los factores que deben ponderarse para determinar este segundo polo del cotejo.

#### **4.4.3.2. La gravedad de la falta**

¿En qué consiste este factor? Como lo anticipé, hay dos líneas interpretativas:

1) Para algunos, se hace referencia al grado de reproche que merece el deudor que ha incumplido. Cuanto más reprochable, más grave, y viceversa.

2) Para otros, se alude principalmente al perjuicio sufrido por el acreedor. Cuanto mayor sea el perjuicio, mayor, también, la gravedad de la falta, y viceversa. Por lo general, quienes participan de esta tesis consideran que el factor-perjuicio no está enumerado en la ley y, viendo que es indispensable, lo introducen de este modo indirecto.

Según el *Diccionario de la lengua española*, “gravedad”, en su primera acepción, significa “cualidad de grave”, y el adjetivo “grave”, en su segunda acepción, significa que algo es “grande, de mucha entidad o importancia” (Real Academia Española, 2014). Por lo tanto, la ley alude a una falta importante, de mucha entidad. Además del perjuicio (que analizo por separado), la cuestión depende, entre otros factores, de los siguientes:

##### 1) Imputabilidad

El deudor ¿actuó con dolo, con culpa o se lo imputó objetivamente? Se discute si el incumplimiento debe ser imputable para que la pena sea exigible. Aquí me limito a recordar que, aunque el panorama no es claro, se aplican, en definitiva,

las reglas sobre la imputabilidad del régimen general de la responsabilidad civil. Por ende, según el supuesto de que se trate, puede que la responsabilidad sea objetiva o subjetiva. Esto implica que en ciertos casos (aquellos en los que el factor de atribución es objetivo) el deudor deberá la pena aun cuando no haya actuado con culpa o dolo, mientras que en otros se requerirá su reprochabilidad subjetiva.

En lo que aquí nos concierne, la gravedad de la falta es mayor si el deudor actuó con dolo, menor si lo hizo con culpa y todavía menor si se lo imputó objetivamente.<sup>13</sup> Si bien su no culpa no lo liberará de la pena en este último caso (por fuerza, la responsabilidad será objetiva; de lo contrario, ni tendría sentido ponderar si la pena es o no abusiva, ya que no sería exigible), sí podrá gravitar a favor de que se la reduzca.

## 2) Incumplimientos anteriores del deudor

Si el deudor ya ha incumplido anteriormente, bien sea la obligación a la que accede la pena u otra conexa, la gravedad de la falta es mayor, y viceversa.

## 3) Menosprecio de los derechos del acreedor

A mayor menosprecio, mayor gravedad de la falta, y viceversa.

## 4) Conducta adoptada para minimizar los efectos del incumplimiento

Si el deudor no procuró minimizarlos, su gravedad es mayor, y viceversa. Por ejemplo, el preaviso del incumplimiento realizado de buena fe podría considerarse un factor que atenúe la gravedad de la falta (v. gr., si el deudor anuncia con la máxima antelación posible que por falta de insumos no podrá entregar en término la prestación prometida).

## 5) Probabilidad de que el deudor incurra en nuevos incumplimientos

Este factor se alinea con la función preventiva y coercitiva de la cláusula penal. Si bien la cuestión no puede reducirse a un análisis puramente económico, hay que tomar en cuenta en qué medida la eventual reducción de la pena puede incentivar el incumplimiento, o al menos resentir o neutralizar la eficacia compulsiva de la cláusula.

La conducta anterior del deudor puede ser un indicador relevante para efectuar este pronóstico (aunque no el único, desde luego).

---

13 Por esta razón, los tribunales suelen rechazar el pedido de reducción de la pena cuando el incumplimiento de la obligación principal fue doloso. Véase, en este sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, *Cebrian Inmobiliaria SA c/Cebrian Hermanos SA s/cobro de sumas de dinero*.

Muchos de estos factores tienden a superponerse o al menos a implicarse recíprocamente. Por ejemplo, quien incumple con dolo o no adopta medidas para minimizar los efectos del incumplimiento revela cierto menosprecio de los derechos del deudor.

#### 4.4.3.3. El daño

Otro factor relevante es el daño sufrido por el acreedor a raíz del incumplimiento de la obligación principal.<sup>14</sup> El más relevante, a mi entender, cuando la pena sustituye al resarcimiento legal de ese daño. Situación que se presenta con estas penas:

- La pena moratoria, que sustituye al resarcimiento legal del daño moratorio.
- La pena por resolución, que sustituye al resarcimiento legal del daño derivado del incumplimiento y la subsiguiente resolución.
- La pena estipulada para el cumplimiento parcial, defectuoso o inexacto, que sustituye al resarcimiento legal del daño derivado de este tipo de incumplimientos.

Naturalmente, al ponderar este factor, se debe incluir tanto el daño patrimonial como el extrapatrimonial: cualquier interés legítimo que la prestación principal estuviese encaminada a satisfacer.<sup>15</sup> Por ejemplo, a la hora de denegar el pedido de reducción de la pena en un caso ventilado ante nuestros tribunales, se tuvo en cuenta, entre otros factores, la frustración del proyecto familiar del comprador (quien, varios años después de haber firmado un boleto, resolvió el contrato porque el vendedor no había cumplido su obligación de escriturar).<sup>16</sup>

Refiero un caso que muestra a las claras la importancia de este factor:<sup>17</sup>

- Se celebró una compraventa que incluía una cláusula penal.
- El vendedor incurrió en mora en la obligación principal (la obligación de escriturar).
- El tribunal de primera instancia le aplicó la pena moratoria pactada. Como

14 Es, por lejos, el más tenido en cuenta por la jurisprudencia cuando se trata de una pena sustitutiva de algún tipo de resarcimiento. Véase, por ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, *Rant Pazos, Pablo Ricardo c/Compañía Panamericana del Oeste SA s/daños y perjuicios*; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, *Bulo, R. v. Comisión Municipal de la Vivienda*.

15 Véanse Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 112); Kemelmajer de Carlucci y Bueres (1998, p. 560); *Larenz* (1959, p. 234); *Llambías* (1983, p. 447); *Piris* (2015, p. 59).

16 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, R., *F. L. c/Manelma S. A. y otros s/daños y perjuicios*.

17 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, *Bulo, R. v. Comisión Municipal de la Vivienda*.

había inflación, actualizó la pena con los índices oficiales (práctica que entonces se admitía).

- El vendedor apeló.
- El tribunal de alzada revocó la sentencia, reduciendo la pena a una décima parte del monto que se había fijado en la instancia anterior. Refiero las razones principales en las que se fundó:

1) Sería un absurdo jurídico que la vendedora tuviese que transferir el dominio del inmueble y además abonar al comprador una suma varias veces superior al precio pactado.

2) A pesar de la mora del vendedor en la obligación de escriturar, la compradora ya tenía el bien en su poder.

3) La compradora pudo acceder al inmueble bajo condiciones muy ventajosas gracias al plan de pagos acordado en el contrato.

Por estas razones, el tribunal consideró que si bien el vendedor debía pagar la pena, había que reducirla a un décimo de su valor.<sup>18</sup> En definitiva, lo que hizo fue ponderar el valor de la pena con el valor del daño que el comprador había sufrido por el incumplimiento de la obligación principal, daño que fue mucho menor porque tuvo la posesión del inmueble vendido.<sup>19</sup>

Refiero un segundo caso, esta vez referido a una pena por resolución, en el cual el factor-perjuicio también fue decisivo:<sup>20</sup>

- Se celebró una compraventa inmobiliaria el 12 de noviembre de 1984.
- La compradora pagó el 50% del precio.
- El contrato incluía una cláusula penal por resolución por la cual el vendedor tenía derecho a retener lo pagado como precio si el comprador no pagaba el saldo el 19 de noviembre, fecha convenida para la escrituración y entrega de la posesión.

---

18 Se aplicó el artículo 656, segundo párrafo, del CC (que, como vimos, es similar al artículo 794, segundo párrafo, del CC).

19 En el mismo sentido, véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, *Coppola Libetta, Marco Fabio c/Oliva, Donald s/escrituración ordinario* (también se tuvo en cuenta que el comprador [acreedor de la pena] solo había pagado algo más del 20% del precio, ya que debía abonar el saldo recién al momento de la escrituración, que se demoró por culpa del vendedor [y por lo cual este último debió pagar la pena]); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *García Orosco, Benito c/Ollantay, S.A.*; Papa (2016) (la aplicación del criterio es mucho más discutible en este caso, habida cuenta de que se habían previsto sendas penas moratorias para las obligaciones de entregar la posesión y escriturar y se redujo la prevista para esta última invocando el cumplimiento de la otra; discrepo con el tribunal: la previsión de penas diferenciadas pone en evidencia que para fijar una [la accesoria de la obligación de escriturar] fue indiferente el eventual cumplimiento de la garantizada por la otra [la de entregar la posesión del inmueble]).

20 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *Maidana de Pis, Aurora F. c/Forlenza, Francisco L.*

- El plazo convenido se prorrogó por dos días –hasta el 21 de noviembre– porque la compradora no logró reunir los fondos necesarios para pagar el saldo.
- Como la situación persistía para el 21 (la compradora confió en que entre sus familiares y amigos le prestarían el capital, pero la ilusión no se concretó), la vendedora ejerció la facultad resolutoria. Ese mismo día, las partes celebraron un acuerdo extintivo por el cual, ante la propuesta de la vendedora, se convino la “rescisión” de la operación “aplicando las penalidades pactadas”. Esto es, la compradora se avino a perder, como pena por resolución, el importe que ya había entregado a cuenta de precio.
- Tiempo después, demandó a la vendedora. Solicitó la reducción de la pena por abusiva y la restitución de lo pagado en exceso.
- El tribunal hizo lugar a la demanda. Redujo la pena en un 60%, que así pasó de un 50% a un 20% del precio acordado para la compraventa.
- Para resolver cómo lo hizo, el tribunal consideró que concurrían todos los elementos de la lesión: la desproporción de la pena, la situación de inferioridad de la víctima (en concreto, necesidad e inexperiencia) y el aprovechamiento abusivo por parte del acreedor-vendedor.<sup>21</sup>
- En cuanto al elemento objetivo, destacó que entre la celebración del contrato y la fecha de la resolución solo habían transcurrido nueve días y que, además, la compradora nunca tuvo la posesión del inmueble. “No cabe imaginar daños de esa naturaleza para la frustración del contrato en tan breve tiempo”, observó.

Obviamente, el factor-daño gravita más cuando, como es lo usual, la cláusula penal cumple una función resarcitoria. No obstante, y aunque en menor medida, también pesa cuando la pena cumple una función puramente compulsiva (como ocurre cuando es acumulable con el resarcimiento legal). Por ejemplo, no es lo mismo una pena acumulable que representa un 50% de este resarcimiento que la que lo centuplica.

---

21 En cuanto a la necesidad, el tribunal destacó que la compradora contaba con “limitadas posibilidades económicas frente a una acuciante necesidad de adquirir vivienda por los altos alquileres de plaza”; que era “encargada de costura del Sanatorio Anchorena, con modestos ingresos” y estaba casada “con el señor Pis, de oficio lavacopas” y que “[h]icieron ingentes esfuerzos por adquirir vivienda propia y para sus dos hijos menores, mediante ahorros y préstamos de personas amigas”. En cuanto a la inexperiencia, además de apoyarse, en parte, en lo anterior, el tribunal hizo hincapié en la “escasa instrucción de la actora y su marido”.

#### 4.4.3.4. Valor de la prestación principal

Sin duda, el valor de la prestación principal –elemento mencionado en el artículo 798– desempeña un rol de particular relevancia a los efectos de dilucidar el perjuicio sufrido por el acreedor. Pero su incidencia difiere, y mucho, en función del tipo de pena de que se trate.

Es el factor más relevante en el caso de la cláusula penal compensatoria no acumulable (esto es, la compensatoria típica), ya que aquí la pena sustituye a la prestación principal (y al resarcimiento del daño causado por su incumplimiento). Naturalmente, esto no implica que la pena deba tener el mismo valor que esa prestación, pero sí que este valor será el punto de referencia ineludible para determinar si la pena es o no excesiva. No es lo mismo, por ejemplo, si la pena vale un 30% más que la prestación principal que si la excede en un 1000%.

La incidencia de este factor es menor, en cambio, cuando la pena no sustituye a la obligación principal, sino al resarcimiento del daño producido por su incumplimiento, como es el caso de las demás cláusulas penales. En este tipo de supuestos, el valor de la prestación principal gravita de modo indirecto, ya que el perjuicio sufrido por el acreedor (que es el factor más relevante para el análisis en estos casos, como vimos) depende, entre otros factores, del valor de esa prestación. Pensemos, por ejemplo, en una pena moratoria. Para determinar si es o no excesiva, habrá que cotejarla con el resarcimiento legal del daño moratorio, y la entidad de este daño depende, en gran medida, del valor de la prestación objeto de la obligación incumplida. Con las adaptaciones correspondientes, lo mismo vale para la pena por resolución y la resarcitoria de otros incumplimientos relativos.

Nuestra ley no tasa el grado de desproporción que hace reducible la pena. El tema queda librado a la apreciación de los jueces, aunque al hacerlo deben aplicar el criterio que está contenido en la ley.

Nos desmarcamos, así, de los sistemas legales que tasan la desproporción. Entre estos, el valor de la prestación principal es el parámetro que suele tomarse como referencia, sobre todo en relación con la pena compensatoria no acumulable (aunque esto último no suele explicitarse, por cierto). Por ejemplo, el Código Civil de México dispone que “[l]a cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal” (artículo 1843). Esta disposición es doblemente criticable: al problema que de por sí implica la tasación legal predeterminada se le agrega que el criterio escogido es, a todas luces, insuficiente: en cierto sentido, al deudor le conviene más tener que pagar una pena (sujeta a este límite máximo) que resarcir de acuerdo con el derecho común el daño causado por el incumplimiento, ya que, en este segundo caso, además de

pagar la prestación principal, bien sea en especie o por equivalente, debería indemnizar al acreedor. Por esta razón, las leyes que tasan el límite de la pena suelen establecer un parámetro más permisivo que el que acabo de referir. Por ejemplo, fijando el tope en el duplo del valor de la prestación principal.<sup>22</sup>

En este tipo de sistemas, el valor de la prestación también se ha tomado como referencia cuando la pena compensatoria es acumulable con la prestación principal. Por ejemplo, el artículo 712 del Código Civil de Costa Rica establece lo siguiente:

Cuando sólo se reclame la pena, ésta no puede exceder el valor ni en cuantía a la obligación principal, y en los casos en que es posible el reclamo del principal y de la pena conjuntamente, la pena no puede exceder de la cuarta parte de aquél.

Si bien la primera parte de la norma alude a la pena compensatoria no acumulable, que sería la tradicional, a continuación se prevé el caso en el que sí lo es, y el límite, lógicamente, no se fija en el valor de la prestación, sino en una parte proporcional (en este caso, un 25%).

De todos modos, incluso en el caso de la pena compensatoria, no basta con cotejarla con el valor de la prestación principal, ya que no sólo sustituye a esta última, sino también al resarcimiento legal del daño compensatorio causado por el incumplimiento. Por lo tanto, hay que ponderar, asimismo, el valor de este daño, que no depende solo del valor de la prestación incumplida. De hecho, es perfectamente posible que de dos prestaciones de un mismo valor, una justifique una pena de cierta entidad y la otra no. Por ejemplo, no es lo mismo si debe entregarse una máquina cuya privación causa al acreedor un lucro cesante enorme porque paraliza su planta industrial que si hay que entregar un inmueble para su uso en tiempo de vacaciones. El impacto es muy distinto en uno y otro caso, por más que el valor de las prestaciones sea el mismo.

#### **4.4.3.5. Otros factores**

Los factores precedentes son, cada uno en su ámbito, los más relevantes. Pero no son los únicos, sobre todo cuando la pena cumple una función más puni-

---

22 Por ejemplo, el Código Civil de Colombia (artículo 1601), el Código Civil de Chile (artículo 1504, que contiene la misma salvedad que el colombiano) y el Código Civil de El Salvador (artículo 1415). En el caso de Colombia y de Chile, se agrega que la regla no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado; en el de El Salvador, lo mismo, pero solo con relación a estas últimas.

tiva que resarcitoria. Sin ánimo taxativo, agrego los siguientes, cuyo peso es muy dispar:

1) Eventuales ventajas que el incumplimiento le ha reportado al deudor<sup>23</sup>

Una de las funciones de la cláusula penal es prevenir y desincentivar el incumplimiento de la obligación principal, alterando la ecuación costo-beneficio del deudor al imponerle un costo adicional a través de la pena, de modo que para él no “sea negocio” incumplir. Por lo tanto, no se puede reducirla cuando esto implique privarla de eficacia en este aspecto.

Por cierto, no es necesario que el deudor se haya beneficiado económicamente con su incumplimiento para que se le aplique la pena. Pero, en caso de que este beneficio exista –como es lo usual–, hay que incluirlo en el análisis, en el sentido apuntado.

2) Situación económica de las partes<sup>24</sup>

Si bien no creo que a este factor se le deba asignar un peso decisivo, hay que tenerlo en cuenta, sobre todo cuando la cláusula penal cumple una función coercitiva o sancionatoria. Una misma pena puede ser insignificante para un deudor y abrumadora para otro.

3) Otras sanciones aplicables al deudor<sup>25</sup>

De ser también aplicables otras sanciones, hay que ponderarlas para que su impacto conjunto sea excesivo. Al respecto, el artículo 1714 del CC dispone lo siguiente:

Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto.

4) Las demás circunstancias del caso

El artículo 794 dispone que, al definir la cuestión, los jueces deben tener en cuenta “las demás circunstancias del caso”, lo que si bien no deja de ser una obviedad (¿hay algún caso que pueda resolverse sin tener en cuenta sus circunstancias?), nos recuerda que deben ponderarse todos los factores relevantes.

---

23 Véanse Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 122); Tale (2009, § II).

24 Ídem.

25 Véase Tale (2009, § II).

Por cierto, no estamos ante un criterio adicional que viene a sumarse a los ya enumerados, más bien es una pauta genérica que tiñe, por así decirlo, todo el análisis, lo que incluye a cada uno de los criterios enumerados.

Para demostrarlo, me valdré de un caso real: un juicio por cobro de alquileres, en el cual se validó una tasa de interés moratorio del 2% diario.<sup>26</sup> Repito: 2% diario; 60% mensual; 730% anual (y esto suponiendo que el interés haya sido simple). No obstante, la tasa no se consideró abusiva. Y eso que se trataba de un contrato de locación y la pena pesaba sobre su parte débil, el locatario. Pero esta primera impresión cambia si tenemos en cuenta una circunstancia del caso: tuvo lugar en la década de 1980, signada por una inflación galopante. De hecho, entre otras consideraciones, el tribunal destacó que era frecuente que se estipulasen tasas superiores. Pero el punto al que quiero llegar es otro. ¿Qué criterio se utilizó para determinar si la pena era o no abusiva? Siendo moratoria, se la cotejó correctamente con el valor del perjuicio sufrido por el acreedor. Y, como era dineraria, el daño causado por la mora solo pudo valuarse teniendo en cuenta la tasa de inflación. No se trata de dos criterios distintos, insisto, sino de un único criterio (el del cotejo del valor de la pena con el del perjuicio sufrido por el acreedor), pero que solo puede aplicarse teniendo en consideración todas las circunstancias del caso.

#### 4.5. Libre apreciación judicial. La equidad

La determinación de si una pena es o no excesiva queda en manos de los tribunales. Es el juez quien determina si hay desproporción, aplicando los criterios referidos (y, sobre todo, la equidad).

El microrrégimen de la reducción de la cláusula penal es compatible, en este aspecto, con el régimen general de la lesión, previsto en el artículo 332, que adopta el mismo criterio. No hemos seguido el sistema en el que en la ley se tasa de antemano la desproporción requerida para que haya lesión, cuyos referentes históricos principales son el *Corpus iuris civilis* (lesión enorme), el Código Civil francés (lesión enormísima) y, más recientemente, el Código Civil italiano.

La principal ventaja del sistema adoptado es que faculta al juez para resolver el conflicto con razonabilidad.

---

26 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *Petritz, Adoración c/Casalotti, Héctor y otro*.

#### 4.6. Punto de corte que separa la desproporción evidente de la que no lo es: casuística

Refiero algunos casos en los que la pena se consideró excesiva:

- En un juicio sobre un contrato de locación, cuyo alquiler mensual era de 1300 pesos, la pena por mora en el pago de los alquileres se redujo de 30 a 10 pesos diarios.<sup>27</sup>
- En otro juicio referido a una locación, se consideró abusiva una cláusula penal del 5% diario por mora en el pago de los alquileres.<sup>28</sup> El tribunal destacó que, de aplicársela, y habida cuenta del tiempo de mora transcurrido (menos de un año), la pena equivaldría al 1800% del canon locativo. La reducción al 7% mensual.
- En el marco de un reconocimiento de deuda y compromiso de pago, el máximo tribunal correntino consideró abusivo un interés punitivo del 365% anual.<sup>29</sup> Tomando como referencia las tasas mensuales, destacó que la tasa activa del Banco de Corrientes ascendía al 2,12%, que en su pico alcanzó en un trimestre el 3,78%, y que la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos comerciales era del 1,55%.
- En una locación, el interés punitivo previsto para la mora en el pago de los alquileres se redujo del 365% anual a una vez y media la tasa activa no capitalizable del Banco Nación Argentina para operaciones ordinarias de descuentos de documentos comerciales.<sup>30</sup>
- En una compraventa inmobiliaria resuelta por incumplimiento, la pena por resolución se redujo del 66% al 33% del precio.<sup>31</sup>
- Se declaró abusiva la pena por mora en el cumplimiento de la obligación de restituir el inmueble vendido y entregado en virtud de una compraventa luego resuelta por falta de pago del saldo del precio, que se devengó por siete años y medio y ascendió a 802500 dólares.<sup>32</sup> El inmueble se había vendido en alrededor de 274532 dólares.

---

27 Véase Cámara 2ª en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, *Pereira Demarchi, José Luis c/ Sancho, Francisco Javier y otros s/cobro de alquileres*.

28 Véase Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Domus Laónica Argentina S.A. y Telecom Personal S.A. s/homologación de convenio (base cont. locac.)*.

29 Véase Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, *Mutual del Personal de Agua y Energía Eléctrica de Corrientes s/concurso preventivo - inc. de revisión*.

30 Véase Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, *Meza, Ines Ana María c/Bahle Alicia Itati, Cubilla Félix Ariel y Bahle Carlos Daniel s/cobro de pesos (sumarísimo)*.

31 Véase Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, *Morales, Ana María c/Frontera, María Vanesa s/ordinario - cumplimiento/resolución de contrato - recurso de apelación*.

32 Véase Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, *Aceitera Pergamino S. A. y otros c/Umere, Ramón y otro s/escrituración*.

- En un juicio sobre un contrato de locación, se consideró excesiva la pena del triple del alquiler mensual por cada mes de retraso en la restitución del inmueble (se la redujo al doble del alquiler).<sup>33</sup>
- En un juicio por cobro de expensas de un club de campo, la tasa de interés anual de una cláusula penal moratoria se redujo de un 180 a un 36%.
- En una locación, el interés punitorio previsto para la mora en el pago de los alquileres se redujo del 120% anual al doble de la tasa activa promedio para operaciones de descuento de documentos a treinta días publicada por el Banco de la Nación Argentina, sin capitalización mensual de intereses.<sup>34</sup>
- Se declaró abusiva una cláusula penal por resolución accesoria de una compraventa inmobiliaria cuya pena ascendía al 50% del precio.<sup>35</sup> Se tuvo en cuenta que no llegó a entregarse la posesión y que entre la celebración del boleto y la resolución por incumplimiento transcurrieron solo nueve días. La pena se redujo en un 60%, de modo que quedó fijada en un 20% del precio de la compraventa.
- En una locación inmobiliaria, se consideró excesiva una pena por mora en la restitución del inmueble equivalente al doble del alquiler convenido y que era acumulable con el pago de ese canon, con lo cual, en definitiva, el locatario estaba obligado a pagar el equivalente a tres alquileres mientras perdurase la ocupación indebida: dos como pena y uno como “canon”.<sup>36</sup> Se redujo *la pena* en un 50%, con lo cual el locatario terminó pagando el doble del alquiler por el período de retención del inmueble: la mitad como pena y el resto como “canon”. En suma, y más allá de las etiquetas escogidas por las partes, lo que se convino fue una pena por el triple del valor del alquiler y se la redujo en un tercio.

Veamos ahora algunos casos en los que se rechazó la petición del deudor:

- En un contrato de locación, se rechazó el pedido de reducción de la pena que se había previsto para la mora en la restitución del inmueble, que ascendía a dos veces y media el valor del canon locativo y era acumulable con el “canon” que el locatario debía pagar mientras perdurase la ocupación in-

---

33 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, *Zucchini de Morra, Josefina c/Quinteros, Miguel y otro s/Ejecución de alquileres*. En rigor, se la había estipulado en un 10% del alquiler por cada día de retraso (es decir, en el triple del precio de la locación: un 300% mensual).

34 Véase Cámara de Apelaciones de Circuito de Santa Fe, *Paludi, Silvia Guadalupe c/Monzón, Darío Ignacio y Otros s/sumaria*.

35 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, *Maidana de Pis, Aurora F. c/Forlenza, Francisco L.*

36 Véase Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Sucesores de Resa, Domingo c/Bommecino María Esther y Ots. s/elec. típica*.

debida.<sup>37</sup> Por cierto, si la ocupación era indebida, lo que el locatario pagaba no era un canon o alquiler, sino un resarcimiento por la retención ilegítima de la cosa, más allá de que su valor coincidiera con el del alquiler acordado. Al margen de esto, lo importante es que se validó que el deudor pagase el equivalente a tres veces y media el valor locativo del inmueble (dos y media como pena, y una como “canon locativo”).

- En el marco de una locación de un salón de eventos, se consideró válida la cláusula penal compensatoria que el locador debía pagar al locatario, consistente en el doble del valor de la prestación incumplida.<sup>38</sup> En concreto, apenas media hora después de celebrado el contrato y pagado el precio, el locador comunicó al locatario que le resultaría imposible poner a su disposición el local en la fecha convenida porque había sido reservado previamente por un tercero, circunstancia que por error no tuvo en cuenta al contratar. En rigor, la pena consistía en el doble del precio acordado. Esto es: no el doble de la prestación incumplida (la del locador), sino de la contraprestación que estaba a cargo del acreedor-locatario. Sin embargo, si suponemos que el alquiler representaba fielmente el valor de mercado de la prestación del locador (esto es, el valor locativo del salón), podemos concluir que, efectivamente, la pena acordada valía el doble de la prestación incumplida.
- En el marco de una compraventa, el tribunal validó el pacto por el cual el comprador tenía derecho a la restitución de la parte abonada del precio y al pago de otro tanto como pena si resolvía el contrato.<sup>39</sup> Varios años después de la celebración del boleto, y ante el incumplimiento del vendedor de su obligación de escriturar, el comprador ejerció la facultad resolutoria y, por consiguiente, exigió el pago de la pena. En el fallo no se consigna qué parte del precio total representaba lo ya pagado, y si bien el comprador tuvo la posesión desde la firma del boleto (factor que, al menos en abstracto, podría haber gravitado a favor de la reducción), el tribunal tuvo en cuenta la cantidad de años de espera que debió soportar y la frustración de su proyecto familiar (el inmueble tenía destino de vivienda).
- En un juicio por cobro de alquileres, se validó una tasa de interés moratorio

---

37 Ver Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, *Cassab Hnos S.R.L. c/Telefónica Comunicaciones Personales S.A. s/cobro de pesos*.

38 Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, *Braslavsky, Luis Néstor c/Madero Tango S.A. s/ordinario*. Se morigeró, en cambio, la pena que, a su vez, estaba prevista para la mora en el pago de la pena, pero esto aquí no nos concierne.

39 Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, *R., F. L. c/Manelma S. A. y otros s/daños y perjuicios*.

del 2% diario,<sup>40</sup> es decir, no se consideró usuraria una tasa del 60% mensual. Y esto en el marco de un contrato de locación en perjuicio de su parte débil, el locatario. Hay que tener en cuenta, con todo, que el caso tuvo lugar en la década de 1980 (en concreto, en 1987), que estuvo atravesada por una inflación galopante que remató en la hiperinflación de 1989, que se llevó puesto al Gobierno de Alfonsín. De hecho, entre otras consideraciones, el tribunal destacó que era frecuente que se estipulasen tasas todavía más altas.

- En un juicio por pago de la pena prevista para la mora en la restitución de varios inmuebles dados en locación (uno de ellos) y comodato (el resto), el tribunal validó una pena diaria cuyo valor era el doble del precio de la locación por igual período.<sup>41</sup>

## 4.7. Tiempo relevante

### 4.7.1. Regla general

Para que la pena sea reducible, la desproporción debe existir en dos momentos:

- Cuando se celebra la cláusula penal.
- Cuando la pena se hace exigible.<sup>42</sup>

### 4.7.2. Desproporción al tiempo en que se celebra la cláusula penal

Normalmente, la celebración de la cláusula coincide con la del acto jurídico principal, pero puede no ser así. En cualquier caso, a los efectos de determinar si hay o no desproporción, lo que cuenta es lo primero: cuándo se estipuló la cláusula penal.

Ahora bien, ¿qué ocurre si la desproporción recién aparece después, cuando la pena se hace exigible? Por ejemplo, porque se ha disparado el valor del bien objeto de la pena. Distingamos dos cuestiones:<sup>43</sup>

1) No es aplicable el régimen de la cláusula penal excesiva –previsto en el artículo 794–, ya que la desproporción no ha existido en uno de los dos tiempos relevantes.

40 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *Petritz, Adoración c/Casalotti, Héctor y otro*.

41 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *Robles, Roque c/Cabeda, Norberto O.*

42 Véanse Brebbia (1995, p. 272); Iribarren y Zavala Rodríguez (2006, § III); Tavano (2001, § IV.4); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, *Luna Promotora S.R.L. s/quiebra s/inc. de revisión*; Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Sucesores de Resa, Domingo c/Bommecino María Esther y Ots. s/elec. típica*. La doctrina no es pacífica: para un sector, solo es preciso que la desproporción exista al tiempo en el que la pena es exigible (véase nota 47).

43 Véase Pizarro y Vallespinos (1999, p. 79).

2) Eventualmente, podría llegar a aplicarse el régimen de la imprevisión –contenido en el artículo 1091 del CC– en la medida en la que concurran los requisitos legales correspondientes (onerosidad excesiva, alteración extraordinaria de las circunstancias, causa ajena a las partes, riesgo no asumido, etcétera).<sup>44</sup>

Lógicamente, la distinción tiene mucha importancia, dado que los requisitos de una y otra norma son muy distintos (por ejemplo, para aplicar el artículo 1091 no es necesario que el acreedor haya explotado la situación de inferioridad del deudor).

Un sector de la doctrina considera que solo es preciso que la desproporción exista al tiempo en que la pena es exigible.<sup>45</sup> No estoy de acuerdo. En términos abstractos, la postura podría ser aceptable, pero no a la luz de lo dispuesto en nuestro derecho positivo. El tema está regulado con claridad como un caso de lesión (un vicio originario). Además, la referencia al carácter abusivo de la pena solo tiene sentido si el desequilibrio ya existe en el origen. Y esto no implica desamparar al deudor cuya pena se ha tornado excesivamente onerosa: existen otros dispositivos legales de los cuales puede echar mano.

### 4.7.3. Desproporción al tiempo en que la pena es exigible

Para reducir la pena, es necesario, además, que la desproporción subsista al tiempo en que se hace exigible.<sup>46</sup> Solo en este momento es posible determinar si es proporcionada o no con el daño sufrido por el acreedor a raíz del incumplimiento de la obligación principal.<sup>47</sup>

Por lo tanto, no cabe reducir la pena si, por la razón que sea, la desproporción originaria ha desaparecido.

---

44 Véanse Brebbia (1995, p. 272); Kemelmajer de Carlucci (1981, pp. 120-121).

45 Véanse Calvo Costa (2019, § VI); Kemelmajer de Carlucci (2001, § 6); Tale (2009, § II).

46 Véanse Brebbia (1995, p. 272); Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 113) (“La desproporción debe subsistir al momento de la *aplicación* de la cláusula [...]); Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, *Luna Promotora S.R.L. s/quiebra s/inc. de revisión*; Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Sucesores de Resa, Domingo c/Bommcino María Esther y Ots. s/elec. típica*.

47 Véanse Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, *Luna Promotora S.R.L. s/quiebra s/inc. de revisión*; Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Sucesores de Resa, Domingo c/Bommcino María Esther y Ots. s/elec. típica*; Kemelmajer de Carlucci (1981, p. 114).

#### 4.8. Prueba

La carga de la prueba de la desproporción pesa sobre el deudor de la pena. Al menos, esta es la regla que se ha considerado aplicable desde siempre.

Pero ¿es así realmente? Se supone que, al estipularse una cláusula penal, el acreedor se desentiende de la prueba del daño. Más todavía, se desentiende del daño, no solo de su prueba. Así lo prescribe el primer párrafo del artículo 794 del CC:

Ejecución. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno.

Sin embargo, todo esto se trastoca en virtud del segundo párrafo del mismo artículo.<sup>48</sup> La razón es obvia:

- si la pena se puede reducir;
- si en muchos casos el daño es el principal factor entre los que determinan si debe o no ser reducida, entonces
- si bien, en principio, el daño es irrelevante, deja de serlo cuando hay que decidir si la pena debe o no ser reducida.

Refiero un caso que así lo muestra:<sup>49</sup>

- Se celebró una compraventa inmobiliaria.
- La operación incluía una cláusula penal moratoria que reforzaba la obligación de escriturar del vendedor.
- Este cayó en mora. De hecho, recién escrituró una vez que fue condenado judicialmente a hacerlo.
- En paralelo, el comprador promovió una acción tendiente al cobro de la pena moratoria.
- El tribunal hizo lugar a la demanda, pero redujo la pena en un 70%.

No tengo elementos suficientes para analizar si en este caso la reducción fue o no ajustada a derecho, pero el punto al que quiero llegar es otro. Con todas las letras, el vocal preopinante sostuvo que

---

48 En este sentido, respecto a la norma análoga contenida en el CC (el artículo 656), véase Leiva Fernández y Agüero (1971).

49 Véase Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, *Carrió, Sergio Hernán c/Fideicomiso Recuperación Crediticia Ley 12726*.

[...] el Sr. Juez “a quo” obró equitativamente al reducir al 30% el importe de la cláusula penal originariamente pactada, pues efectivamente el actor siempre tuvo la posesión del inmueble y *en forma alguna probó los perjuicios por él alegados derivados del incumplimiento*.<sup>50</sup>

Ciertamente, si la pena se estipuló de manera global para el incumplimiento de las obligaciones del vendedor, es razonable que se la reduzca si este solo incumplió su obligación de escriturar, no la de entregar la posesión de la cosa vendida. Pero lo que destaco es que el tribunal también justificó la reducción en el hecho de que el comprador no había probado los perjuicios derivados del incumplimiento.

En definitiva, lo que este caso tiene de especial no es tanto el criterio que aplica el tribunal (también los demás lo hacen), sino que lo explicita tan abiertamente. Y no es el único, por cierto. Refiero, en este sentido, el caso de una compraventa inmobiliaria finalmente resuelta por incumplimiento, cuya pena por resolución se redujo del 66 al 33% del precio de venta.<sup>51</sup> A la hora de justificar su decisión, el tribunal, entre otras razones, destacó que “tampoco se han probado fehacientemente los daños alegados sino que se ha invocado únicamente una imposibilidad de disponer del bien, la cual no importa prueba suficiente de los daños sufridos si el bien ha sido locado [...]”. De nuevo: el punto no pasa por si correspondía o no efectuar la reducción, sino en la distribución de la carga de la prueba del daño, que explícitamente fue impuesta al acreedor.<sup>52</sup>

En definitiva, el acreedor no siempre puede desentenderse del daño y su prueba. Puede hacerlo si el deudor no cuestiona la cláusula, pero, en caso contrario, más le vale probar el daño que ha sufrido para así acreditar que la pena no es evidentemente desproporcionada.<sup>53</sup> En suma, si bien no debe probar el daño para que la pena sea exigible, sí debe hacerlo para que, en su caso, no se la reduzcan.<sup>54</sup>

---

50 Énfasis agregado.

51 Véase Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, *Morales, Ana María c/Frontera, María Vanesa s/ordinario – cumplimiento/resolución de contrato – recurso de apelación*.

52 En cuanto a lo primero, el tribunal tuvo en cuenta que el vendedor pudo explotar la cosa vendida locándola en el ínterin entre su venta y su resolución posterior, lo que parece muy razonable.

53 Véase Azar y Mancini (2019, § IV).

54 Véase Leiva Fernández y Agüero (1971).

## 5. Conclusión

A la hora de determinar si una cláusula penal es abusiva, se debe analizar si la pena es proporcionada con el valor de la prestación o del resarcimiento que viene a sustituir. Con lo cual, en definitiva, el acreedor no puede desentenderse del daño si la cláusula es cuestionada por el deudor.

En teoría, para reducir la pena también se requiere que el acreedor se haya aprovechado abusivamente de la situación del deudor. Pero no en la práctica, lo que pone en evidencia la centralidad del daño en esta materia: el sistema es mixto según la letra de la ley, pero objetivo en la praxis judicial, y el elemento objetivo se concentra, en definitiva, en el análisis de la proporcionalidad entre la pena y el daño.

## Bibliografía

- Ameal, O. J. y Belluscio, A. C. (Dirs.), Zannoni, E. A. (Coord.). (1981). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (Tomo 3). Buenos Aires: Astrea.
- Azar, A. M. y Mancini, M. P. (2019). Ponderación de los principios, valores y finalidades en la morigeración de las cláusulas penales. *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/1648/2019.
- Boffi Boggero, L. M. (1973). *Tratado de las obligaciones* (Tomo 2). Buenos Aires: Astrea.
- Brebbia, R. (1995). *Hechos y actos jurídicos* (Tomo II). Buenos Aires: Astrea.
- Calvo Costa, C. A. (2019). La cláusula penal y la problemática cuestión de la inmutabilidad. *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/702/2019.
- Iribarren, G. O. y Zavala Rodríguez, C. J. (h.). (2006). *Cláusula penal. Abuso del derecho (Autonomía de la voluntad. Límites. Facultades morigeradoras de los jueces. Actuación de oficio)*. Thomson Reuters Información Legal, AR/DOC/4285/2006.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1981). *La cláusula penal*. Buenos Aires: Depalma.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2001). Algunos aspectos de la inmutabilidad relativa de la cláusula penal. *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/21048/2001.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Bueres, A. J. (Dir.), Highton, E I. (Coord.) (1998). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (pp. 541-595) (2ª ed., Tomo 2). Buenos Aires: Hammurabi.
- Larenz, K. (1959). *Derecho de obligaciones* (Tomo II). Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Leiva Fernández, L. F. y Agüero, R. (1971). Incidencia de la reforma introducida por la ley 17.711 al principio de inmutabilidad en la cláusula penal (artículo 656, Código Civil). *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/6704/2011.
- Llambías, J. J. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. (4ª ed., Tomo I). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Ossola, F. A. y Lorenzetti, R. L. (Dir.), De Lorenzo, M. F. y Lorenzetti, P. (Coords.). (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo V). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Papa, R. G. (2016). La ejecución de un boleto ante un fideicomiso inmobiliario. *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/3938/2016.
- Piris, C. R. (2015). Crítica a la inmutabilidad relativa de la cláusula penal en el nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, (3), 45-72.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones* (Tomo 3). Buenos Aires: Hammurabi.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.).
- Tale, C. (2009). La cláusula penal excesiva y la lesión en el contrato (Comparación entre ambas, reducción de oficio de la pena convenida y otras cuestiones controvertidas). *Actualidad Jurídica*, (6), 25-43.
- Tavano, M. J. (2001). El principio de inmutabilidad de la cláusula penal: su revisión judicial. *Thomson Reuters Información Legal*, AR/DOC/20794/2001.

## Jurisprudencia citada

- Cámara 2ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Sucesores de Resa, Domingo c/Bommecino María Esther y Ots. s/elec. típica*, 30/5/2014. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/31779/2014.
- Cámara 2ª en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, *Pereira Demarchi, José Luis c/Sancho, Francisco Javier y otros s/cobro de alquileres*, 8/2/2013. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/5653/2013.
- Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, *Morales, Ana María c/Frontera, María Vanesa s/ordinario – cumplimiento / resolución de contrato – recurso de apelación*, 25/11/2014. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/68863/2014.
- Cámara 5ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, *Domus Laónica Argentina S.A. y Telecom Personal S.A. s/homologación de convenio (base cont. locac.)*, 26/8/2013. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/51838/2013.
- Cámara de Apelaciones de Circuito de Santa Fe, *Paludi, Silvia Guadalupe c/Monzón, Darío Ignacio y Otros s/sumaria*, 10/9/2015. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/88623/2015.
- Cámara de Apelaciones de Esquel, *P., O. A. c/B., L. y otro s/resolución de contrato s/daños y perjuicios*, 1/2/2016. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/238/2016.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV, *Meza, Inés Ana María c/Bahle Alicia Itatí, Cubilla Félix Ariel y Bahle Carlos Daniel s/cobro de pesos (sumarisimo)*, 22/10/2014. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/58180/2014.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, *Aceitera Pergamino S. A. y otros c/Umere, Ramón y otro s/escrituración*, 11/12/2014. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/80927/2014.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala II, *Cassab Hnos S.R.L. c/Telefónica Comunicaciones Personales S.A. s/cobro de pesos*, 14/10/2015. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/64042/2015.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, *Damonte, Carlos H. c/García, Mabel S. y otros*, 9/10/1995. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/5/1995.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, R., *F. L. c/Manelma S. A. y otros s/daños y perjuicios*, 11/09/2018. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/53396/2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, *Cebrian Inmobiliaria SA c/Cebrian Hermanos SA s/cobro de sumas de dinero*, 6/03/2017. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/16361/2017.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *Maidana de Pis, Aurora F. c/Forlenza, Francisco L.*, 16/02/1988. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/1142/1988.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, *Petritz, Adoración c/Casalotti, Héctor y otro*, 20/06/1990. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/416/1990.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, *Bulo, R. v. Comisión Municipal de la Vivienda*, 3/08/1990. Thomson Reuters Información Legal, 70029314.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *García Orosco, Benito c/Ollantay, S.A.*, 29/7/1980. La Ley Online, AR/JUR/2369/1980.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, *Robles, Roque c/Cabeda, Norberto O.*, 8/11/1990. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/676/1990.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, *Rant Pazos, Pablo Ricardo c/Compañía Panamericana del Oeste SA s/daños y perjuicios*, 12/02/2019. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/723/2019.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, *D., A. J. c/D., M. A. s/ejecución de convenio*, 2/10/2013. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/98552/2013.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, *Celico, Pascual Leandro Hipólito c/Triex SA s/daños y perjuicios*, 17/12/2013. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/94804/2013.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, *Coppola Libetta, Marco Fabio c/Oliva, Donald s/escrituración ordinario*, 28/11/2018. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/79780/2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, *Carió, Sergio Hernán c/Fideicomiso Recuperación Crediticia Ley 12726*, 29/04/2009. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/9900/2009.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, *Zucchini de Morra, Josefina c/Quinteros, Miguel y otro s/Ejecución de alquileres*, 25/03/2019. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/3234/2019.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, *Braslavsky, Luis Néstor c/Madero Tango S.A. s/ordinario*, 4/12/2015. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/65538/2015.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, *Luna Promotora S.R.L. s/quiebra s/inc. de revisión*, 28/11/2013. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/95981/2013.
- Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes, *Mutual del Personal de Agua y Energía Eléctrica de Corrientes s/concurso preventivo - inc. de revisión*, 28/11/2013. Thomson Reuters Información Legal, AR/JUR/86389/2013.



# LOS HECHOS JURÍDICOS

---

## Rubén Compagnucci de Caso

Universidad Nacional de La Plata

compagnuccidecaso@gmail.com

**Recibido:** 4/09/2020

**Aceptado:** 29/09/2020

### Resumen

Este estudio está dedicado al tema que trata sobre “los hechos jurídicos”. Dicha cuestión integra un sector de la denominada “parte general del derecho privado”. La mayoría de los códigos civiles del siglo XX y XXI que contienen esa parte general dedican varios de sus artículos a reglar sobre dicha materia y establecer, de este modo, su naturaleza, requisitos y efectos.

Ejemplo de todo ello son los códigos de Alemania (BGB), Brasil, México Suiza y otros más. El nuevo Código Civil y Comercial que rige en la Argentina desde el 1 de agosto de 2015 trata ese tema en el Libro I, Título V, Capítulo I, artículos 257 a 264.

Los hechos son acontecimientos exteriores de la realidad social que tienen como efecto producir alteración o modificación en el medio que los rodea. Aquí, su análisis y estudio se apoyan solamente sobre aquellos sucesos o hechos que poseen contenido de orden jurídico y de allí interesan al derecho. Todo ello exige la necesidad de una toma de posición a fin de poder explicar cuándo y por qué un acontecimiento (humano o natural) posee dicha virtualidad, es decir, ser un “hecho jurídico”. Para dar respuesta a ese interrogante existen dos teorías opuestas y algunas otras opiniones de menor importancia. En el presente, se ha tratado de definir y aclarar los contornos de ambas tesis. Una primera idea sostiene que el hecho jurídico es aquel que posee por sí mismo el carácter y la potencialidad para lograr el objetivo, es decir, el efecto legal. Ello lleva a calificarlo como elemento causal suficiente de conexión lógica que le permite lograr el efecto legal, siendo por ello una cualidad del propio objeto. Esta tesis se denomina: “tradicional” o “causalista”. La segunda teoría, la cual es seguida por la mayoría de los juristas italianos y tiene mucha y buena difusión en la doctrina moderna, entiende que los hechos jurídicos por sí mismos no poseen ninguna virtud especial, sino que su carácter de legales o jurídicos se da en razón de su inclusión como presupuesto en la ley. Todo lo cual los juristas italianos han denominado *fattispecie*, o fenómeno también conocido como “presupuesto fáctico normativo”. Cuando una norma o ley entiende que para que se produzca su consecuencia de derecho es necesario el cumplimiento de uno o más hechos, dichos sucesos pasan a tener la categoría de jurídicos. Por ejemplo, el nacimiento o la muerte de las personas resultan hechos naturales, pero en la mayoría de las legislaciones a lo primero le dan el efecto de tener capacidad de derecho para adquirir; y a lo segundo, que van a transmitir el patrimonio a sus herederos.

También se han considerado otros aspectos, especialmente las clasificaciones de los hechos jurídicos, siendo la más importante la que lleva diferenciar a los hechos naturales de los hechos humanos. Estos últimos distinguidos por la intervención del hombre, en sentido general, que ante la manifestación de voluntad puede llegar a concretar lo que simplemente se denominan “actos jurídicos” o “negocios jurídicos”.

**Palabras clave:** hechos jurídicos, naturaleza jurídica, presupuesto normativo, clases, efectos.

## Legal Acts

### Abstract

This study is about “legal acts”, which is a division of “the general aspects of private law. Most of the Civil Codes in the 20th and 21st centuries which include these general aspects, dedicate several of their articles to rule on said matter and determine in this way their nature, requirements and effects .

An example of all this are the Civil Codes in Germany (BGB), Brazil, Mexico, Switzerland among other countries. The new Civil and Commercial Code in force in Argentina since August 1st, 2015 deals with this matter in Book I, Title V, Chapter I (articles 257 to 264).

Acts are external events within the social reality which have the power to alter or modify the surrounding environment. In this context, their analysis and study only apply to those actions or facts of a juridical nature and are therefore of interest to the law. All this makes it necessary to take a stand in order to explain when and why an event either natural o human is to be considered a “legal act”. To give an answer to this question, there are two opposed theories on the subject and some other irrelevant opinions. In this present, it has been intended to define and clarify the main points of both theories. One idea sustains that a legal act is the one which has in itself the character and the ability to achieve a goal, that is, the legal effect. This leads to defining it as the causal event of logical connection making it possible to get said legal effect then becoming a quality of the object itself. This theory is called “traditional” or “causative”. The second theory, supported by most of the Italian lawmakers and well spread in the modern doctrine considers that the legal acts themselves do not have a particular virtue but that their legal or juridical character is given by the fact that they are presupposed to have fulfilled all statutory requirements. All this has been called *fattispecie* or “regulating factual presuppositions” by the Italian lawmakers.

When a rule or law understands that to have a legal consequence it is necessary to do one or more acts, said acts become legal acts. For example , the birth or the death of a person is a “natural” act, but in most legislations the person who is born has the right to acquire, and the deceased to transfer their estate to their heirs.

Other aspects have also been considered, in particular the classification of the legal acts, and the most important is the one which distinguishes natural acts from human acts which are those where a human being takes part and with the expression of their will can do what are simply called “legal acts” or “legal transactions”.

**Key words:** legal acts, legal nature, legal presuppositions, causes, effects.

## 1. Generalidades

Toda la temática alrededor de los hechos y su vinculación con el mundo jurídico resulta una especie de introducción y puerta de ingreso para entender mejor las realidades del derecho. La vida del hombre, la relación con otras personas y la naturaleza que lo rodea producen consecuencias de todo tipo, que asegura y prueba una especie de fuerza dinámica vital. Cuando se lo examina y estudia analíticamente, produce asombro por su particularidad y vínculo causal, pero, por otra parte, emerge como algo normal, cotidiano y corriente, por y ante los elementos culturales que posee el ser humano apoyados en la experiencia acumulada (Albaladejo, 1958, pp. 5 y ss.; Boffi Boggero, 1955, p. 57; Compagnucci de Caso, 1992, p. 1; Coviello, 1938, p. 333; De Ruggiero, 1931, p. 244; Salvat y López Olaciregui, 1964, p. 163).<sup>1</sup>

Todo el fenómeno puede ser observado desde diferentes ángulos, como la filosofía, la sociología, la psicología, la antropología o el derecho. En este caso, la visión es estrictamente jurídica, pues resulta el objetivo de estudio y desarrollo, es decir, solamente interesan aquellos fenómenos fácticos que se nutren y completan de juridicidad. Tal como bien lo afirma Francesco Messineo (1954, p. 321), en la doctrina italiana son los acontecimientos o aquellas situaciones o estados que modifican la realidad jurídica o producen un efecto de esa clase, de allí su relevancia para el derecho. Al respecto, agrega el egregio jurista español don José Castán Tobeñas (1978, p. 646) que los hechos jurídicos son sucesos o fenómenos que acaecen en la realidad (Trabucchi, 1967, p. 133).

El profesor Ruiz Serramalera (1979, pp. 11 y ss.) concreta una serie de reflexiones dignas de tener en consideración. Entiende que en la vida del hombre es posible hallar un sinnúmero de situaciones a veces provocadas por una actuación consciente y voluntaria, o bien se generan espontáneamente y sin intervención de su voluntad. De cada una de esas situaciones o estados de hecho puede derivar una serie de consecuencias que son imputadas o afectan al individuo de forma que, en la posición en la que se encuentra, influyen de una manera u otra en su existencia o en la posibilidad de conseguir cualquier resultado concreto (Candián, 1961, p. 79; Llambías, 1975, p. 251, Spota 1967, p. 42).

De allí la relevancia de los hechos y su repercusión cuando tienen esa cualidad; de allí aparece con toda vigencia el principio romano del *ex facto oritur ius*, por aquello de que “sin hechos no hay derecho”. Es importante señalar

---

1 Pugliatti (1996) brinda una síntesis precisa del fenómeno, dice: “Fatto giuridico e dunque, qualsiasi situazione del mondo dell'essere prevista dal diritto come causa di effetti giuridici” (p. 3).

que siempre es necesaria la figura del hombre en su sentido genérico, ya bien concretando los hechos o bien cuando esas circunstancias vienen a reflejarse en la órbita y esfera de los intereses que lo rodean (Arauz Castex, 1974, p. 152; Borda, 1976, p. 69; Cifuentes, 1991, p. 8; Morello, 1964, p. 13; Rivera, 1995, p. 450; Tobías, 2018, pp. 181 y ss.).<sup>2</sup>

La distinción que hacen algunos autores entre los simples hechos y los hechos jurídicos es importante, pero tiene en sí mismo un sentido relativo y no es posible afirmar que se trate de una diferenciación esencial, ya que los primeros tienen el significado de acontecimientos estrictamente fácticos que alteran la realidad, y los segundos se hallan en la órbita de lo jurídico, es decir, atrapados por el derecho. El profesor Roberto H. Brebbia (1979, p. 12) –a quien recuerdo con gran afecto, no solo por su relevante jerarquía jurídica e intelectual, sino por haber sido un hombre de bien, que me distinguiera con su amistad– efectúa la distinción indicada y con toda certeza ubica al elemento jurídico como presupuesto de una norma que, por su carácter generalizador, describe los hechos cuyas consecuencias regula; por su parte, el simple hecho como efecto de la realidad circundante tiene el efecto de concretar las consecuencias jurídicas previstas (Von Thur, 1947, pp. 3 y ss.).

Por su parte, los relevantes juristas italianos Emilio Betti (1959, pp. 3 y ss.) y Salvatore Pugliatti (1988, pp. 1 y ss.) efectúan una categorización importante entre los hechos según la diversa estructura que tengan como elemento material; por un lado, la categoría del hecho jurídico natural (*fatti giuridici naturale*) o tomado en sentido estricto (*in senso stretto*) y, por la otra, la de los hechos jurídicos del hombre en sentido amplio (*fatti giuridici in senso lato*).

Para el primero de los supuestos, entienden que se trata de situaciones en las que el derecho considera al evento natural como una situación en la que se prescinde de la voluntad humana y solamente se toman en cuenta las fuerzas naturales. Dan como ejemplos: la plantación, la siembra y la separación de frutos, a los que es posible agregar la inundación, el terremoto, la lluvia, la muerte, el nacimiento, etc. En estos casos, el derecho solamente queda limitado a cualificar el hecho prescindiendo de su valoración. En cambio, a los hechos jurídicos en sentido amplio (*senso lato*), el orden jurídico les da una relevante particularización ante la voluntad del agente. Así, los ejemplos del incendio o la inundación pueden ser una derivación de la actividad del hombre y constituir

---

2 Es relevante la nota de Vélez al artículo 896, que en uno de sus párrafos dice: “[...] La función de los hechos en la jurisprudencia es una función eficiente [...]”, y agrega “[...] no hay derecho que no provenga de un hecho [...]”.

un delito, o estar previstos como riesgo en un contrato de seguro y, con ello, agregárseles jurisdicción (Cariota, 1956, p. 3; Galgano, 1988, pp. 1 y ss.; Orgaz, 1963, pp. 9 y ss.; Tobías, 2018, pp. 176 y ss.; Torrente y Schlesinger, 1999, p. 185; Zatti y Colussi, 2001, pp. 97 y ss.).

La observación de los distinguidos autores es digna de tenerse en cuenta y difundir. Por un lado, el hecho en sí propio alejado de la voluntad o intencionalidad del ser humano, por el otro, dándosele un sentido amplio que va a tener diferente cualificación por la intervención de la voluntad de un sujeto. Ello produce diferentes efectos que la ley va a indicar.

A modo de síntesis, es posible señalar que el “hecho jurídico” es una cualidad de ciertos hechos cuyos efectos van a surgir con posterioridad y tendrán derivaciones para el derecho. Barbero (1967, p. 332) explica que en el aspecto físico no hay proporción alguna entre el poseer durante veinte años una cosa y, por razones jurídicas (*usucapio*), llegar a ser propietario; o dar a otro un puñetazo en la cara y tener que pagar una indemnización por los daños causados; o, agrego, entre la muerte de una persona y el reclamo de los herederos a la adquisición derivativa de los bienes que le pertenecían al causante, etc. (Albaladejo, 1958, p. 6).<sup>3</sup>

Tal como se podrá ver, siempre resulta necesaria la vinculación entre el fenómeno fáctico y el orden normativo, cuestión sobre la que insisto y pecaré en la iteración, pero más adelante.

## 2. La legislación. Código Civil anterior

El Código Civil que en la Argentina tuvo vigencia hasta el 1 de agosto del 2015 se ocupó de regular en forma específica y con detalle todo lo vinculado al tema en tratamiento. Lo hizo en el Libro II, Sección II, que tituló “De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”. En el primero de los Títulos, lo hizo específicamente sobre “Los hechos” (artículos 896 y ss.).

La fuente en la que se inspiró el Codificador nacional fue la obra de Freitas (Esboço), quien en el Libro I (Parte general) trató de “Los hechos” en los artículos 431 a 816 y legisló sobre los hechos voluntarios, los actos jurídicos y los

---

3 Flume (1998) desarrolla con erudición la temática sobre la “autonomía de la voluntad” y para esa ocasión afirma: “[...] son consecuencias jurídicas legales aquellas que se producen en virtud de la ley, en cuando la ley determina esas consecuencias valorando jurídicamente relaciones y acontecimientos, en especial los actos humanos [...] (p. 25)”.

actos ilícitos. A su vez, el autor brasileño había seguido lo preceptuado en el “Landrecht” prusiano, y fundamentalmente en la obra de los pandectistas alemanes, en la cual sobresalía el pensamiento de Savigny (Alsina Atienza, 1955a; Borda, 1975, p. 69; Llambías, 1975, p. 251; Rivera, 1995, p. 450; Salvat y López Olaciregui, 1964, p. 165; Spota, 1967, p. 43).

Lo cierto es que Vélez Sarsfield, con el método empleado, produjo una innovación adelantándose a la época, ya que en los códigos civiles del siglo XIX –la mayoría de ellos inspirados en el Code francés de 1804– no habían tratado a los hechos y actos jurídicos como elementos conceptuales generales y separados, sino que a esta problemática se la legisló como unida a los contratos y a los testamentos. Ahora bien, puede señalarse como un pequeño demérito crítico que, en el Código Civil argentino, la regulación se hizo en el Libro II referido a los “Derechos personales”, y no como debió haber sido en una “parte general”. Este último sistema aparece utilizado en el Código Civil alemán de 1900 (BGB) y en el mexicano, suizo, portugués y muchos otros del siglo XX (Arauz Castex, 1965, p. 152; Compagnucci de Caso, 1992, p. 7; Cifuentes, 1991, pp. 8-9; Prieto Molinero, 2014, p. 579; Rivera, 1995, p. 450).<sup>4</sup>

En cuanto al régimen del Código Civil derogado, el artículo 896 inicia la Sección 2 y define a los hechos jurídicos como: “[...] todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de derechos u obligaciones”. Este concepto ha sido analizado desde diferentes puntos de vista, por un lado que se considera que los acontecimientos modifican causalmente al mundo exterior e interesan al derecho cuando producen efectos a los que la norma toma en consideración.

A esa idea general se le suma la opinión de Henoch Aguiar (1950), quien fuera un distinguido profesor de la Universidad de Córdoba y que en su difundida obra sostuvo que cuando el artículo 896 habla de “susceptibles” está indicando que el hecho es jurídico cuando tiene la capacidad y aptitud suficiente –ya sea potencial o eventual– para producir efectos legales.<sup>5</sup>

Esa tesis recibió algunas observaciones críticas de otros autores. Así, por ejemplo, Rivera (1995) entiende que si los hechos jurídicos fueran todos los acontecimientos en su producción efectiva e *in concreto*, no existirían otros hechos fuera de la enumeración. O la importante opinión de Arauz Castex (1965,

---

4 Savigny (1878/1879) consideraba que los hechos jurídicos son acontecimientos “[...] en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen o terminan [...]” (p. 142).

5 Coincide con esa idea Llambías (1975) y al respecto dice: “El legislador con buen criterio, ha preferido seguir lo que Aguiar denomina una política de justificación preventiva [...]” (p. 251).

pp. 152 y ss.) al señalar como ejemplo que el que ejercita el “tiro al blanco” podría indicarse como un hecho jurídico, pues eventualmente podría herir a alguien y cometer el delito de lesiones. O, como afirma Llambías (1975), que con esa idea Vélez Sarsfield aplica una especie de justicia de prevención anticipada (Arauz Castex, 1965, pp. 152 y ss.; Bueres, 1998b, p. 382; Orgaz, 1963, pp. 14 y ss.; Rivera, 1995, p. 452).

En virtud de lo adelantado, siempre se juzgó que esos acontecimientos se nutren de juridicidad cuando se brinda una especie de nexo entre el presupuesto fáctico y la previsión normativa, que lleva a la producción del fenómeno jurídico; aunque, como ya lo señalé, existe en nuestra doctrina tradicional una tendencia a considerar los hechos jurídicos como elementos “susceptibles” de por sí y, de manera causal, a producir los efectos consiguientes. Tal como enseña Bueres (1998b), con envidiable precisión y excelsa pluma,

[...] Se aduce que el Codificador entendió que el hecho es el que posee energía para producir el efecto del derecho con menosprecio de la norma (terreno éste en el cual los autores no pisan firme y no siempre son consecuentes). Y de otra parte no es imprescindible que el acontecimiento produzca inexorablemente el efecto [...]. (p. 382)

También la definición del artículo 896 del viejo Código recibió otras observaciones en consideración a sus efectos. Cuando en los párrafos finales dice que puede producir la consecuencia de adquirir, modificar, transferir o extinguir “derechos y obligaciones”, produce una consecuencia limitada que no es certera ni real, ya que deja fuera a los derechos subjetivos, contemplando solamente aspectos patrimoniales. Por ello, Brebbia (1979) señala con toda razón que al término “derecho y obligaciones” debe asignársele un sentido amplio o lato, “[...] que comprende no solo derechos subjetivos y de las obligaciones, sino también potestades que no son derechos subjetivos, y también deberes que a su vez no integran a las obligaciones [...]” (p. 23)<sup>6</sup> (Compagnucci de Caso, 1980b, p. 2101; Rivera, 1995, p. 452; Tobías, 2018, p. 174).

---

6 Brebbia (1979, p. 23) aclara que entre los derechos subjetivos, se hallan también los *in fieri*, o los conocidos como “intereses legítimos”, y las “expectativas de derecho”, como situaciones intermedias que aún no completaron los elementos para llegar a configurarse como “derechos subjetivos plenos”.

### 3. El nuevo régimen del Código Civil y Comercial

En el nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, el hecho jurídico aparece definido en el artículo 257 que inicia el Título IV, del Libro Primero, Capítulo I y en el título general de “Hechos y actos jurídicos”. El artículo 257 expresa lo siguiente: “El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas”.

En la comparación con el texto del Código Civil anterior, pueden observarse algunas diferencias que separan el contenido conceptual de ambos. El primero y más importante es el que diferencia al hecho. Mientras que antes podía sostenerse que era un elemento fáctico que contenía en sí la posibilidad de producir el efecto jurídico, el nuevo Código vincula al hecho subsumido en la norma, es decir, como elemento con sustrato allí previsto (Compagnucci y Moreno, 2016, p. 115; Prieto Molinero, 2014, p. 578; Tobías, 2016, p. 135).

Los autores han tomado en cuenta este esencial distingo. Así, Prieto Molinero (2014) sostiene:

[...] lo que hacen las normas del ordenamiento es un juicio hipotético donde al darse A el resultado será B. O lo que es lo mismo de coincidir la realidad con una determinada descripción prevista de antemano en la norma el ordenamiento atribuirá un determinado efecto. (p. 584)<sup>7</sup>

Esta cuestión, muy importante, por cierto. La trataré más adelante de modo más específico.

A más de lo dicho, otra diferenciación surge de los efectos que pueden llegar a producir los hechos jurídicos. Algunos efectúan la primera de las distinciones entre aquello del artículo 896 de “susceptibles de producir” por la expresión verbal de “producen” (Llambías, 1975, p. 251; Mayo, 198, p. 398; Orgaz, 1963, p. 11; Salvat y Romero del Prado, 1954, p. 171).<sup>8</sup>

Al respecto, el profesor Tobías (2018) señala que sobre lo previsto en el artículo 896 se había indicado que dicha expresión tenía como sentido aclarar que

---

7 Prieto Molinero (2014) amplía bien la síntesis del texto añadiendo: “De coincidir la realidad con una determinada descripción prevista de antemano en la norma el ordenamiento atribuirá un determinado efecto” (p. 584).

8 El anotador de la obra de Salvat aclara: “[...] Se ha criticado la definición del artículo 896, fuera de señalarse la impropiedad de que como tal, la contenga porque en otras oportunidades también lo hace porque ello debe quedar relegado a la doctrina, en cuando emplea la palabra “susceptibles” con la acepción de “capaces” (Salvat y Romero del Prado, 1954, p. 171).

la posibilidad de producción del efecto se daba ante la presencia del hecho en la norma jurídica. Es decir que lo indicado en el viejo Código podía entenderse como suponiendo la presencia del presupuesto fáctico normativo.<sup>9</sup>

Quizá, la más trascendente diferencia está en las consecuencias previstas. Mientras que en la normativa anterior apuntaba al nacimiento, modificación, transferencia o extinción de “derechos u obligaciones”, el nuevo texto indica que dichos efectos lo son sobre “situaciones o relaciones jurídicas”. A mi juicio, se trata de un cambio cualitativo y, por ello, de mayor entidad abarcativa. Mientras que antes quedaba limitado a los derechos y obligaciones, ahora se llega a todas las relaciones jurídicas y también a las denominadas “situaciones jurídicas”.

Ello me permite aclarar –sin desconocer que se han brindado diferentes teorías– que la “relación jurídica” es “una vinculación que establece el derecho objetivo que se da entre personas y atribuye a una un poder y a otra un vínculo correlativo”, mientras que la “situación jurídica” se aparta del concepto anterior, pues consiste en el efecto que puede producir un hecho jurídico en la creación, modificación o extinción de una posición jurídica para un sujeto, que resulta desconectada de las demás. Se dan como ejemplos: el nacimiento, la muerte o el grado de parentesco (Betti, 1959, p. 552; Castán Tobeñas, 1978, p. 12; Compagnucci de Caso, 2001, pp. 32 y ss.; Galgano, 1992, p. 35; Messineo, 1954, p. 5; Rivera, 1995, p. 276).

#### 4. Naturaleza de los hechos jurídicos

Entre las teorías que disputan la explicación de la esencia o naturaleza de los hechos jurídicos, se anotan dos ideas principales y algunas derivaciones. Una, muy difundida que algunos autores denominan “tradicional”, y que es posible cualificar como “causalista”, y otra que viene en franca oposición, que llamaremos teoría “preceptiva”, equivalente a la muy difundida *fattispecie* (concepto ingresado por la doctrina italiana) o el *tatbestand* de los juristas alemanes. Todas se ocupan de explicar qué significan los hechos en vinculación con el derecho y cómo se produce su incidencia y efectos en la vida, como también la razón, si es que la hay, para que sean receptados y previstos como tales (Alsina Atienza, 1955a; Cifuentes, 1991, p. 8; Machado, 1898, p. 113).<sup>10</sup>

9 Tobías (2018, p. 179) aclara que para autores tales como Cifuentes (1991) y Compagnucci de Caso (2016) –en una cita propia de su gentileza habitual–, cuando el artículo 896 agregaba la expresión “susceptibles de producir” quería significar que el efecto que la norma adscribe al antecedente solo se realizará si existe un acontecimiento real subsumido en el precepto jurídico.

10 Llambías (1975) afirma: “En suma el hecho jurídico se caracteriza por poseer la virtualidad de

## 5. Tesis tradicional

Esta corriente de opinión que tiene mucha y buena difusión entre los juristas locales toma en consideración al hecho en sí mismo para determinar cuándo y cómo pasa a integrar la categoría de jurídico. Tiene una conexidad inmediata con la causalidad material y la jurídica y, para ello, primero analiza el hecho y luego sus consecuencias.<sup>11</sup>

El hecho pasa a ser una especie de condición lógica *sine qua non* para la producción de efectos que interesan al derecho. Es imprescindible la existencia de un nexo de causalidad natural de lo fáctico que pueda producir el efecto jurídico. Claro está que resulta importante aclarar que los hechos por su sola sustancia no pueden lograr la consecuencia en el mundo del derecho, pues están siempre en el cuerpo de la ley, pero ello solo resulta una especie de antecedente que da eficacia a la consecuencia, ya que, como bien enseña el profesor Tobías (2018)

En el mismo orden de ideas no puede dejar de admitirse sin embargo que los hechos, fenómenos temporales, no producen por sí mismos efectos jurídicos, se agrega entonces que es la norma la que atribuye a los hechos el ser productores de efectos [...]. (p. 183)<sup>12</sup>

Considero que para esta postura, tal como ya lo observé, lo trascendente y relevante es el hecho, no su presupuesto, el que prevalece para concretar las consecuencias que llevan hacia el derecho. Es una relación lógica que mediante un proceso causal, y con un estudio o análisis posterior o *ex post facto*, dará el resultado de poder ser cualificado como “jurídico” (Aguiar, 1950, p. 14; Brebbia, 1979, p. 451; Prieto Molinero, 2014, p. 580).

El caso de la muerte (como ejemplo con alto grado de sensibilidad y tragedia, como diría Unamuno) generalmente produce como consecuencia jurídica

---

producir una consecuencia de derecho, aunque aun esa consecuencia no haya ocurrido o pueda resultar frustrada” (p. 252).

11 Salvat y Romero del Prado (1954) sostienen: “Esta condición (apta para producir efectos) es lo que constituye el carácter esencial de los hechos jurídicos susceptibles de influir en los derechos y obligaciones, ya sea para adquirirlos, ya para modificarlos, transmitirlos, o extinguirlos” (p. 170). Analizo brevemente esta tesis en Compagnucci de Caso (1992, p. 3).

12 En el análisis de lo previsto en el artículo 896 del Código anterior, Orgaz (1963) enseña con notoria sabiduría: “La posición empirista, al no advertir el carácter imputativo de las reglas jurídicas, aplica al derecho la relación causal que es propia del reino de la naturaleza, y así vincula al supuesto de hecho a la consecuencia de un modo material y físico, de modo que el supuesto actúa en la producción o modificación de la consecuencia, por el mismo sin intervención efectiva de la norma” (p. 11).

la sucesión del patrimonio hacia otras personas. Ese es el hecho y su efecto jurídico; pero si el legislador dispusiera que tal efecto no se produce porque no hay más herencias hacia nadie, incluido el ambicioso Fisco, el hecho quedará como suceso natural y nada más.

Esta tesis ha recibido fundadas críticas adversas, las cuales se dirigen a replicar tanto el sentido que se le ha conferido al vocablo “susceptible” como al que recientemente se hizo referencia, es decir que los hechos son jurídicos en la medida en la que se encuentren previstos en la norma, pues, de lo contrario, nunca tendrán incidencia causal por sí mismos, es decir, no pueden ser jurídicos *per se*.<sup>13</sup>

A ello se ha agregado la relevante distinción entre la causalidad natural y la causalidad normativa, ya que la primera se apoya en cuestiones físicas o sociales que explican sus resultados, o, como dice Orgaz (1963),

la diferencia esencial que existe entre la causalidad física o natural y la causalidad jurídica es que la primera establece una relación de cómo suceden las cosas realmente, mientras que la segunda establece cómo deben ocurrir de acuerdo con las prescripciones de la ley. Este deber ser es propio de toda norma [...]. (pp. 1 y ss.)<sup>14</sup>

Al respecto, y como ejemplo de causalidad física o natural, es posible señalar que el agua, a determinada presión y con más de 100 grados de temperatura, comienza a transformarse de elemento líquido a gaseoso, lo que permite sostener una regla de causalidad. En cambio, la denominada “causalidad normativa” se encuentra establecida en la ley y a veces no responde a los designios de la causalidad física, pues la contradice o dicta supuestos cercanos a la ficción. En algunos casos particulares, la afirmativa ofrece notoriedad; por ejemplo, cuando por el hecho de una ausencia prolongada de una persona se puede solicitar la declaración del fallecimiento, o en los casos que se ordenan efectos retroactivos, o cuando resulta de aplicación la teoría de la apariencia incoincidente con la realidad, etc. (Boffi Boggero, 1980; Rivera, 1995, p. 453).<sup>15</sup>

13 Gran parte de los autores que se han ocupado en el estudio del tema han puesto el acento y la crítica en lo que se indica en el texto: Borda (2008, p. 69), Bueres (1998a, p. 381) y Orgaz (1963, p. 14).

14 Véanse Alsina Atienza (1995a); Bueres (1998a, p. 384); Compagnucci de Caso (2016, p. 378); Puig Brutau (1978, p. 827); Tobías (2018, p. 185).

15 Brebbia (1979) afirma: “La causalidad normativa se rige por sus propias reglas que pueden o no coincidir con el ordenamiento natural o de los hechos sociales, atribuyendo a veces por ejemplo relevancia jurídica a acontecimientos que no son reales” (p. 41).

## 6. Teoría preceptiva (*fattispecie*)

Es la que hoy prevalece entre los autores y explica satisfactoriamente la naturaleza de los hechos jurídicos. A modo de síntesis, es posible afirmar que si bien la ley tiene un contenido de abstracción, ya que generaliza los diversos casos que enfrenta y plantea, prevé como presupuesto de hipótesis diversos hechos que contempla para su concreción. De allí que ello lleve a considerar a los hechos jurídicos como “[...] aquellos a los que el derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas” (Betti, 1959, p. 5) (Barbero, 1967, p. 332; Cariota Ferrara, 1956, p. 111; Pugliatti, 1996, pp. 3 y ss.; Trabucchi, 1967, pp. 133 y ss.).<sup>16</sup>

También se ha señalado que un hecho jurídico es, por tanto, cualquier situación en el mundo prevista por el derecho como causa de efectos jurídicos, en la que se incluyen hechos naturales y humanos en una unidad integradora, sin perjuicio de su distingo en la génesis (Galgano, 1988, pp. 321 y ss.; Orgaz, 1963, p. 12; Sconamiglio, 1954, p. 331).<sup>17</sup>

Por su parte, Albaladejo (1958), entre los más conspicuos civilistas españoles, enseña que hecho jurídico es

[...] todo acontecimiento o estado –en general todo suceso o falta del mismo (ya que también hay hechos negativos)– el que por su sola realización, o juntamente con otros, liga el Derecho objetivo, la producción de un efecto, que es efecto jurídico precisamente en cuanto dispuesto por ese derecho objetivo [...]. (p. 6)<sup>18</sup>

Así también lo acepta la definición del artículo 257 del Código Civil y Comercial, cuando inicia su descripción con: “El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico [...]”, lo cual importa un reconocimiento expreso a la tesis que ubica a la causa y efecto de estos hechos a la recepción normativa (Compagnucci de Caso y Moreno, 2016, p. 117; Prieto Molinero, 2014, p. 580).<sup>19</sup>

16 Zatti y Colussi (2001) lo definen así: “Ogni fatto al quale una norma giuridica collega un qualsiasi effetto” (p. 97 y ss.).

17 Zatti y Colussi (2001). Torrente y Schlesinger (1999, p. 184) titulan “*La fattispecie*”.

18 Véanse Castán Tobeñas (1978, p. 642); Espín Canovas (1977, p. 424); Lacruz Berdejo (1984, p. 133); Ruiz Serramalera (1979, p. 14); Santos Briz (1978, p. 557).

19 Tobías (2016) enseña que: “[...] es posible afirmar que el agregado (artículo 257 del C.C. y com.) destaca la relevancia de las normas en el advenimiento de los efectos jurídicos de los hechos [...]” (p. 139).

Como se puede observar, es la misma normativa la que prevé y adelanta cuáles son los efectos ante la producción de un hecho o varios de ellos, hechos que se encuentran subsumidos en la ley.

Este fenómeno tiene fama y su denominación como *fattispecie* le corresponde en plena propiedad a la doctrina italiana, y resulta ampliamente aceptada y reconocida. *Fattispecie* significa “figura del hecho” y deriva del latín del Medioevo *fatis species*, que, como enseña Betti (1959, pp. 4 y ss.), resulta una cualificación preferible a la del “hecho jurídico”, porque *fattispecie* significa tanto el hecho propiamente dicho como el estado de hecho y “derecho sobre el que el hecho incide” (Pugiatti, 1996, p. 320).

En muchos casos, la ley prevé más de un elemento fáctico para determinar su resultado. Sirva como ejemplo la “prescripción adquisitiva”, o comúnmente llamada como su antecedente romano *usucapio*; para que produzca el efecto de la adquisición originaria de la propiedad se exigen variedad de hechos: la posesión pública y pacífica de un bien, el *animus rem sibi habendi*, el tiempo que se determina, etc. Es decir, la adición de todos esos simples hechos podrá producir la consecuencia legal.<sup>20</sup>

Es lo que los alemanes denominan *tatbestand*, figura tomada de los penalistas con una cierta equivalencia a lo señalado por la doctrina italiana. En ese sentido, entienden que el conjunto de los hechos resultan el *factum* de la norma, que, cuando se producen, van a modificar el mundo exterior. Se dan como ejemplos: el nacimiento, la renuncia, la muerte, lesiones causadas a una persona, etc. En esa dirección, Lehmann (1956) sostiene que el supuesto de hecho (*tatbestand*) “[...] es el conjunto de requisitos precisos para que se produzca el efecto jurídico, nacimiento, extinción o modificación de una relación jurídica [...]” (p. 195) (Von Tuhr, 1947, pp. 3 y ss.).

En cuanto a la *fattispecie*, y como cuestión para tener en cuenta, Trabucchi (1967) enseña que dicha categorización se integra con ciertos elementos que la ley reconoce y les da un carácter abstracto para que sean presupuestos de una modificación jurídica, a la par que el supuesto concreto se da en el propio y simple hecho de que concurre para que se produzca el efecto. Y a estos hechos concretos –en el caso de una compraventa– se los categoriza como “títulos”, que en el supuesto ejemplificado van a justificar y a fundamentar el derecho de propiedad y el de percibir el precio (Trabucchi, 1967, p. 134).

Ahora bien, para completar el punto y a modo de resumen es posible sos-

---

20 Con respecto a lo previsto en los artículos 1897 a 1907 del Código Civil y Comercial, véanse Mariani de Vidal (1995); Moisset de Espanés (1998); Puerta de Chacón (2015).

tener que la tesis de la *fattispecie* satisface los requerimientos de la razón para mostrar la esencia de los hechos jurídicos. Tal como lo desarrolla Emilio Betti (1959) en excelsa fórmula

[...] la norma jurídica considerada en su estructura lógica consta de una previsión y de una disposición correlativa. Ella prevé en abstracto y en general hipótesis de hecho clasificadas por tipos y orientados así en las directrices de una valoración jurídica, hipótesis que en términos técnicos se denomina *fattispecie*. (pp. 5 y ss.)<sup>21</sup>

## 7. Otras tesis intermedias

Las ideas no se agotan en las dos posturas expuestas, pues hay otras tesis que podrían cualificar como “intermedias”, en las que aparecen diferentes factores para explicar la esencia de los hechos jurídicos.

Una de ellas es la que desarrolla el profesor Albaladejo (1958) en la doctrina española. Al respecto, señala que, además de lo ya indicado, hay autores que entienden que tanto la norma como el hecho resultan causas del efecto jurídico. Y agrega que en su personal opinión, “[...] ambos norma y hecho –unidos– son una especie de concausa de las consecuencias [...]” (p. 10).<sup>22</sup>

También surgen ideas alrededor de la causa para atribuirla a uno u otro en forma de un balanceo valorativo, incluyendo este elemento como anterior o situación jurídica previa que viene a alterar al hecho al que la norma fuerza de modificación en determinados y precisos casos, aun cuando su concurrencia sea ocasional con otros hechos.<sup>23</sup>

El tema se llena de complejidades, pues los hechos pueden ingresar por concurrencia causal o meramente ocasional, pero en ambos casos no renuncian a tener carácter de jurídicos. Es buen ejemplo el “granizado en un campo”, que generalmente acompaña a una lluvia copiosa o torrencial: en principio es un simple elemento fáctico, pero si el dueño de la tierra arrasada había contratado un seguro por dicho riesgo, el mentado “granizo” pasa a tener categoría de hecho jurídico.<sup>24</sup>

---

21 Véanse Barbero (1967, p. 332); Galgano (1988, pp. 1 y ss.); Zatti y Colussi (2001, pp. 98 y ss.).

22 Von Tuhr (1947, p. 5) explica, siguiendo la postura mayoritaria, que entre el hecho y la norma existe una relación de causalidad que no descansa en el orden natural, sino en la voluntad de la ley.

23 Tobías (2018) desarrolla todas estas ideas con erudición y una envidiable precisión. Barbero (1967) concluye el acápite afirmando: “La fuerza jurídica está en la norma, en el hecho está solamente la razón en virtud del cual la norma despliega su precepto [...]” (p. 333).

24 Orgaz (1963), en apoyo a la teoría normativa, dice: “El derecho escoge y combina libremente las par-

## 8. Clasificación de los hechos jurídicos

Las clasificaciones de los hechos jurídicos son variadas y, para ello, se utilizan diversos criterios. Aquí solo trataré aquellas que se vinculen y posean efectos prácticos y concretos, y de manera sucinta para no agobiar. De ese modo, pueden distinguirse hechos: (a) naturales y humanos; (b) simples y complejos; (c) positivos y negativos; y (d) constitutivos, modificativos y extintivos.

### 8.1. Naturales y humanos

Los hechos naturales o exteriores son aquellos que surgen de la naturaleza sin ninguna intervención de los seres humanos. Se dan como ejemplos clásicos el nacimiento, la lluvia, un terremoto, el viento huracanado, etc. Los ejemplos pueden multiplicarse por que son numerosos y, por su notoriedad y simple experiencia, no merecen mayores explicaciones. Muchos de esos factores son aptos para producir consecuencias jurídicas, de esta manera, el nacimiento con vida brinda la capacidad de derecho que se otorga al *nasciturus* (artículo 21 del Código Civil y Comercial), o el deterioro de las cosas que incide en el cumplimiento de algunas obligaciones (artículo 755), al igual que la avulsión (artículo 1961) o el aluvión (artículo 1959), el tiempo en su transcurrir es un requisito para alegar la usucapión (artículos 1897 y ss.) o la muerte que inexorablemente lleva a la sucesión y transmisión de los derechos y obligaciones a sus herederos (artículos 2277 y ss.) se muestran entre tantos sucesos de la vida corriente (Arauz Castex, 1965, p. 15; Borda, 1976, p. 71; Brebbia, 1979, p. 15; Cariota Ferrara, 1956, p. 5; Cifuentes, 1991, p. 17; De Ruggiero, 1931, pp. 244-245; Llambías, 1975, p. 254; Ruiz Serramalera, 1979, p. 12; Spota, 1967, p. 48).

Los acontecimientos humanos tienen una mayor influencia en el derecho, pues producen superiores efectos. Es necesario diferenciar estos actos cuando son obrados voluntariamente de aquellos cualificados como involuntarios. Los primeros, decía el anterior Código Civil, son los ejecutados con “discernimiento, intención y libertad” (artículo 897), principio que se repite en el artículo 260 del Código Civil y Comercial. En el nuevo Código, la involuntariedad aparece en los casos en los que el sujeto no tiene aptitud de discernir (artículo 262)

---

tes de la realidad que le interesan para hacer de ellas el supuesto de hecho de una determinada consecuencia. Esta libertad del derecho muestra por sí sola que el mundo natural o real, al ser recogido por las normas jurídicas, sufre necesariamente una desintegración y un recomposición dirigidas a fines prácticos que tiene en vista la norma jurídica” (p. 12). La cita, quizá un poco extensa, muestra la profundidad de conocimientos y sapiencia del relevante jurista.

(Boffi Boggero, 1955, p. 721; Compagnucci de Caso, 1992, p. 12; Coviello, 1938, p. 342; Ennecerus y Niperdey, 1966, p. 9; Larenz, 1978, p. 421; Salvat y Romero del Prado, 1954, p. 158).

Es importante señalar que los hechos humanos voluntarios adquieren la jerarquía de “actos jurídicos” cuando la voluntad del sujeto se exterioriza mediante una manifestación de voluntad consciente, es decir, la jerarquía de acto jurídico se logra cuando se adicionan la voluntariedad y la conciencia. Cuando la voluntariedad no recibe una especial consideración ni es tomada en cuenta por el derecho para atribuirle efectos jurídicos, se trata de un “hecho jurídico”, en cambio, es un verdadero “acto jurídico” cuando el derecho valora al hecho humano de conformidad a la voluntariedad y la conciencia que lo predetermina (Alsina Atienza, 1955b; Betti, 1959, p. 12; Brebbia, 1979, p. 65; García Amigo, 1979, p. 651; Messineo, 1954, p. 332).

A su vez, los actos voluntarios lícitos que, por los elementos señalados, producen consecuencias jurídicas son los comúnmente denominados “actos jurídicos”. Debo aclarar que la doctrina más actualizada efectúa una importante distinción entre los actos jurídicos y los negocios jurídicos. Los primeros poseen algún efecto jurídico aun cuando sus autores no lo tengan en mira, en cambio, en los “negocios jurídicos”, el o los sujetos obran con la intención y el designio de que dicho efecto sea de carácter “inmediato”. Cariota Ferrara (1956, p. 27) enseña que ambos son actos voluntarios, pero en los negocios esa voluntad se encuentra dirigida hacia un fin jurídico, es una voluntad del contenido y del fin de la manifestación. El otro simple “acto jurídico” es el acto humano y produce efectos sin que la voluntad se incline a dichos fines (Cifuentes, 1991, p. 28; Sconamiglio, 1969, p. 161).<sup>25</sup>

Al respecto, Von Tuhr (1947, p. 118) realiza la siguiente calificación de los hechos humanos voluntarios: (a) son negocios jurídicos aquellos que producen un efecto jurídico inmediato modificando una situación jurídica existente; y (b) se trata de simples actos jurídicos cuando no se procura un efecto jurídico, sino un resultado de hecho que, sin embargo, la ley dota de efectos jurídicos.

Se pueden mostrar como ejemplos de los actos jurídicos no negociales: la interpelación para constituir en mora al deudor (artículo 887), el reconocimiento de una obligación (artículos 733 a 735), el acto de notificación al sujeto cedido de la transferencia del derecho entre cedente y cesionario (artículo 1620), la

---

25 De Castro (1985), egregio jurista considerado por sus pares españoles como “el más grande de todos los tiempos” (Diez Picazo, Vallet de Goytisolo, etc.), desarrolla magníficamente los orígenes del vocablo “negocio jurídico” y cómo se fue incorporando a la mejor doctrina española y su concepción actual.

elección que realizan el acreedor o el deudor en la obligación alternativa (artículo 780), el hallazgo (artículo 1955), etcétera.

En el carácter de negocios jurídicos, la enumeración es mucho más simple, pues cualquier contrato ingresa en ese calificativo, también el testamento como acto unilateral. En síntesis, son todos aquellos actos voluntarios lícitos a los que las partes le adicionan la intención y la inmediatez del efecto jurídico (Albaladejo, 1958 p. 45; Betti, 1959, p. 50; Cariota Ferrara, 1956, p. 49; Cifuentes, 1991, p. 115; Compagnucci de Caso, 1992, p. 65; Galgano, 1988, p. 17; Orgaz, 1963, p. 102; Ruiz Serramalera, 1979, p. 21; Torrente y Schlesinger, 1999, p. 150).

## 8.2. Simples y complejos

Esta es una clasificación de poca difusión; se basa en la cantidad de hechos que integran el efecto jurídico, o, mejor dicho, su presupuesto normativo correspondiente. Los simples son aquellos que se integran con un solo elemento fáctico, mientras que a los complejos o compuestos se les adicionan varios de ellos, y, en muchas ocasiones, se les agregan actuaciones humanas (Albaladejo, 1958; Cifuentes, 1991; Orgaz, 1963).<sup>26</sup>

Cuando la ley exige la existencia de una serie de hechos plurales para que se logre el resultado y los efectos previstos en la norma, resulta necesario que se concreten todos. Ahora bien, puede ser que la previsión legal requiera que sean simultáneos o bien vayan acaeciendo de manera sucesiva, es decir, en momentos temporales diferentes. Al respecto, Orgaz (1963, p. 30) señala la importancia que puede llegar a tener a los fines de determinar el tiempo en el que la consecuencia de derecho se produce, como también establecer si nace algún tipo de derecho provisional o cautelar aun cuando no se hubieran concretado la totalidad de los hechos (Brebba, 1979, p. 24; Cifuentes, 1991, p. 27; Larenz, 1978, p. 258; Messineo, 1954, p. 27; Orgaz, 1963, p. 30).

Este tema tiene una importante y relevante cuestión vinculada a las diferentes etapas del cumplimiento de los elementos fácticos con espacios temporales, y es la que refiere al derecho subjetivo y a las denominadas “situaciones jurídicas secundarias”. También merece un somero análisis cuando la ley prevé que, ante el último acontecimiento, debe computarse el efecto retroactivo, es decir que la consecuencia jurídica pasa a considerarse desde el inicio del vínculo con

---

26 Von Tuhr (1947) aclara bien: “[...] por lo general los hechos complejos consisten en una pluralidad de hechos, porque requieren varios actos de las mismas o de distintas personas, o porque al acto debe agregarse otro acontecimiento, o porque se exige un estudio determinado en el momento del acto o del acontecimiento” (p. 15).

el primero de los elementos fácticos. Esto último mantiene alguna conexión con el denominado “efecto retroactivo de la ley”.<sup>27</sup>

Cuando se trate del proceso de hechos que se suceden unos a otros en el tiempo, resulta imprescindible que se cumpla el último para que aparezca el efecto previsto en la norma, pero, a medida que van ocurriendo, se da una especie de incertidumbre en la que las consecuencias legales se hallan pendientes. Esa integración –y según las circunstancias– pueden llevar a una mayor o menor incerteza para poder prever su producción o su frustración. El ejemplo de una obligación sometida a un plazo suspensivo, o a una condición con dicha cualidad, es clásico: si alguien se obliga a pagar a otro una suma de dinero en el término de treinta días, la expectativa del acreedor es de mayores probabilidades de cumplimiento que si dicha obligación estuviera sometida a un hecho condicional (futuro e incierto), como puede ser que un barco arribe a un puerto antes de determinada fecha, o se produzca una lluvia en un día determinado, etc. (Busso, 1957, p. 453; Cerutti de Zalocchi, 1982; Compagnucci de Caso, 1980a, p. 1548; Falzea, 1941, p. 72).<sup>28</sup>

De esa manera, es posible observar que se trata de una situación calificada por distinguidos autores (Brebbia, 1979, p. 24; Cariota Ferrara, 1956, p. 6) como “estado de pendencia”. Es que al no hallarse completado el *factum* normativo, no es posible pensar en el efecto pleno y total. En ambos ejemplos, el acreedor está impedido de reclamar el cumplimiento de la prestación, pero ello no impide que aparezcan algunos efectos prodrómicos de un grado menor al que surge ante el cumplimiento de la totalidad de los hechos. En cuanto a los ejemplos, en ambos casos –es decir, previo al vencimiento del término o cumplimiento de la condición– el acreedor tiene derecho a solicitar medidas precautorias a fin de proteger su derecho creditorio (Betti, 1959, p. 8; Cifuentes, 1991, p. 27; Von Tuhr, 1947, p. 19).

El otro tema que concita la presencia de hechos complejos que se producen *pro rata temporis* es el efecto retroactivo y la extraña problemática que todo ello encierra. Como regla general, este tipo de situación jurídica siempre produce sus consecuencias, tal como ya se dijo, a partir de la concreción del último de

---

27 Sobre las situaciones jurídicas secundarias, véanse Compagnucci de Caso (1980b); Espín Cánovas (1977).

28 El Dr. Cazeaux (2004, p. 560) enseña con minuciosos detalles las ideas que fueron expuestas en cuanto a la naturaleza del contrato u obligación sometidos a una condición suspensiva pendiente. Ellas van desde los autores que consideran que se trata de una “simple esperanza” a aquellos que lo consideran “un derecho *in fieri* o *in potentia*”, o “derecho en suspenso o eventual” o una “expectativa de derecho”.

los elementos fácticos, pero a veces la ley ordena que los efectos tengan una especie de magia jurídica y se consideren a partir del primero de los hechos sucesivos o de alguno intermedio. Dice Brebbia (1979), siguiendo a Messineo (1954) y a Santoro Passarelli (1964): “[...] la retroactividad constituye una desviación del principio de causalidad jurídica que hace nacer los efectos con anterioridad al elemento causal, teniendo carácter excepcional” (p. 23).<sup>29</sup>

Se han brindado diferentes razones para justificar el mentado efecto retroactivo, que, además está decir, estos casos integran situaciones excepcionales que solamente la ley aplica y generalmente vienen a proteger a determinadas personas, o bien, como indica Betti (1959), “[...] a dejar en claro que el último hecho tiene como único valor aclarar el estado de la relación jurídica existente y, de ese modo, borra la incertidumbre que pesaba sobre ella”.<sup>30</sup>

### 8.3. Positivos y negativos

Como adelanto conceptual es posible afirmar que un “hecho positivo” consiste en un acontecimiento o suceso, en cambio, el negativo es siempre una forma de “omisión”. Para dejar en claro esta diferenciación es importante retornar a las ideas de la relación causal, ya que en la vinculación de causalidad natural no es posible efectuar el distingo, pues nunca una omisión puede ser condición suficiente para producir la consecuencia (Castán Tobeñas, 1978, p. 647; Lehmann, 1956, p. 196).<sup>31</sup>

Siempre es necesario ubicarse en el mundo de lo jurídico para que la creación legal imponga efectos a elementos que no llegan a concretarse o revelarse.

---

29 (Cifuentes, 1991). Santoro Passarelli (1964, p. 113) coincide con otros autores al señalar que la retroactividad se cuenta a partir del hecho principal que tiene una fuerza causal jurídica mayor. Von Tuhr (1947, p. 19) afirma que ante la presencia de varios elementos, algunos toman el carácter de causa del resultado y otros obran solamente como condiciones.

30 El Código Civil tenía varios ejemplos de situaciones con efecto retroactivo. En el nuevo Código Civil y Comercial, algunos de esos han desaparecido; por ejemplo, con el cumplimiento de la condición, el viejo artículo 543 determinaba que, cumplida la condición, las consecuencias se trasladaban al tiempo de contraída la obligación, y ello ha cambiado. No ocurre lo mismo con el efecto de la compensación, ya que tanto el anterior artículo 818 como el actual 921, en conjunción con el artículo 924, disponen que luego de opuesta la defensa correspondiente, sus efectos se cuentan a partir de que ambas obligaciones comienzan a coexistir y se dan los requisitos para dicho efecto extintivo (Ossola, 2018).

31 De Castro (1984, p. 623) afirma que la conducta positiva es la que se manifiesta en un actuar, así como se conduce una persona con respecto a su familia, a su patrimonio, a una casa o a actos ajenos. Y la negativa es un “no hacer”, como forma de mera abstención o negativa. Me permito sostener que ello lo es en el sentido material, pero no en lo que dispone a veces la ley. Véanse De Gasperi y

Con relación a los hechos positivos, el profesor Albaladejo (1958), en sus sabias enunciaciones, da el siguiente ejemplo: “Una declaración de voluntad jurídicamente relevante es siempre para el derecho un hecho positivo, porque por la propia esencia jurídica de la cosa esta declaración consiste en un hecho, en un hacer algo jurídico, exteriorizar la voluntad [...]” (p. 15).<sup>32</sup>

También debo señalar que, a veces, la voluntad es posible que sea declarada mediante una conducta omisiva en su propio sentido material, pero para el derecho ese no actuar que se cualifica como “silencio” en ciertas ocasiones trae las mismas consecuencias que en los actos de orden positivo. Es por ello que el distinguido profesor Albaladejo (1958) señala la necesidad de “[...] No confundir la declaración de voluntad mediante una omisión en sentido material, no jurídico, con la atribución *ex lege* de efectos jurídicos a los que el derecho considere como una omisión (hecho negativo). En el primer ejemplo se trata de una omisión en sentido material, pero jurídicamente positivo; en el segundo que también es omisión material, que constituye un hecho jurídico negativo” (p. 15) (Carnelutti, 2003, p. 234; Castán Tobeñas, 1978, p. 647; Compagnucci de Caso, 1992, p. 18; 1994; Von Tuhr, 1947, p. 10 y 19).

Lo previsto en el artículo 2289 del Código Civil y Comercial sobre la aceptación de las herencias resulta interesante y esclarecedor. Este artículo establece que cualquier interesado puede intimar al heredero para que acepte o renuncie a la herencia que le corresponde en un término no menor a un mes ni mayor a tres meses. Si luego de la interpelación transcurre dicho plazo sin haberse realizado ninguna manifestación (hecho omisivo), la ley lo tiene por “aceptante” (Ferrer, 2016, pp. 152 y ss.; Flamma, 2014, pp. 54 y 57; Natale, 2012; Perrino, 2010; Zannoni, 2008).

En este caso, es dable ver que la adquisición de la herencia lo es por una conducta omisiva, no *ex voluntate*, es decir, no por una declaración de voluntad producida por el silencio, sino por el hecho negativo de haber callado. Las consecuencias de la distinción, que parecieran tener sesgos puramente académicos, tienen efectos prácticos dignos de señalarse. Verbigracia si el heredero pretendiese reclamar y demostrara que no quiso el acto, no tendría éxito en su

---

Morello (1964); Messineo (1954).

32 Para aclarar aún más el concepto, Orgaz (1963) enseña que cuando se trata de un hecho negativo: “[...] no se tiene en cuenta la forma en que el hecho se manifiesta sino de la omisión del hecho en sí mismo como presupuesto de una determinada consecuencia; así la falta de pago de la obligación en el tiempo debido es un hecho negativo que con otras circunstancias integra el supuesto jurídico de la ejecución forzada [...]” (p. 33).

pedido, pues se lo considera un hecho negativo con efectos legales. Cuestión que tendría distinta solución si se tratara de un hecho positivo por omisión.<sup>33</sup>

Así, a modo de síntesis, es posible indicar que al “hecho positivo” el derecho siempre lo tiene en cuenta como un “acontecimiento”, y se dan como ejemplos: una oferta de contrato, la realización de un testamento, la promesa de recompensa, un contrato de compraventa, etc. Lo mismo es posible afirmar en cuanto a ciertos casos que materialmente importan omisiones, como por ejemplo el silencio, o los supuestos de manifestaciones tácita de la voluntad cuando de la conducta obrada es posible inferir el deseo de la persona (*facta concludentia*), los que se califican como hechos jurídicos positivos (Cifuentes, 1991, p. 64; Orgaz, 1963, p. 15; Salvat y López Olaciregui, 1964, p. 193; Santoro Passarelli, 1964, p. 154; Santos Briz, 1978, p. 612).<sup>34</sup>

El hecho negativo se apoya en la omisión, pero por sí solo no produce efectos jurídicos; muchas veces va acompañado de otros elementos fácticos generalmente positivos. De ello un buen ejemplo lo constituye la prescripción liberatoria, que posee como requisitos la inactividad del acreedor (hecho negativo) y el transcurso del tiempo (hecho positivo). Casi lo mismo ocurre con la prescripción adquisitiva, en la que se van a brindar similares requisitos: la posesión de un objeto y el paso del tiempo requerido (hechos positivos) y la inacción del dueño (hecho negativo).<sup>35</sup>

La mayor importancia práctica de esta clasificación está en el derecho procesal, en el que se afirma que tanto los hechos positivos como los negativos son objeto necesario de prueba judicial, pero con una diferencia importante: los negativos no son susceptibles de prueba directa, sino que deben deducirse por la demostración de los hechos positivos. Al respecto, la doctrina procesalista efectúa una distinción importante entre los hechos negativos y la negativa de un hecho. De ese modo, Alsina (1956/1961, pp. 251 y ss.) enseña que solo son

---

33 Para esta solución, el Código Civil y Comercial ha seguido lo previsto en el artículo 2239 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998; en el artículo 1005 del Código Civil español y en el artículo 1807 del de Brasil (Borda, 2008; Hidalgo García, 2015). El régimen del Código Civil español tiene una importante modificación en la Ley 15 del 2 de julio del 2015, que ahora dispone: “Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de 30 días naturales para aceptar o repudiar la herencia. El Notario le indicará además que sino manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada pura y simplemente [...]”.

34 Sobre el silencio, véanse Arauz Castex (1965); Compagnucci de Caso (1994); Coviello (1938); Llam-bías (1975).

35 Acerca de la prescripción, véanse Alterini (1966); Compagnucci de Caso (2009); López Herrera (2007); Moisset de Espanés (2004); Pizarro y Vallespinos (1999); Salas Acdeel (1944).

objeto de prueba los hechos negativos, en tanto que para la negativa de un hecho basta con su alegación sin mayores exigencias (Couture, 1981, pp. 241-242; Devis Echandía, 1974, p. 507; Palacio, 2011, p. 288).

#### 8.4. Constitutivos, impeditivos y extintivos

Esta clasificación es de suma importancia práctica en cuanto a la distribución y carga de la prueba procesal. Los hechos constitutivos se pueden resumir diciendo que son todos aquellos presupuestos fácticos normativos. Esa diversidad de hechos –que, como tal, ya se ha indicado–, positivos o negativos, naturales y humanos, se adicionan para la consecuencia que la ley prevé. El clásico ejemplo se brinda en la responsabilidad civil, que exige como requisitos que el sujeto haya realizado una acción humana voluntaria y antijurídica, la producción de un daño, la vinculación causal adecuada y que se sume un factor de atribución que le justifique la imputabilidad. O, en el caso de concretarse un contrato, se exige la voluntad concorde de las partes, su capacidad, la idoneidad del objeto, la causa lícita, etc. (Brebba, 1979, p. 40; Compagnucci de Caso, 1992, p. 21; Rivera, 1995, p. 456; Von Tuhr, 1947, p. 10).<sup>36</sup>

La persona que realiza el reclamo en la justicia no se encuentra obligada a probar todos los hechos que se suman en la norma que cita o invoca. Si bien no es posible establecer una regla, hay hechos que no exigen demostración y quedan presumidos como eficaces; otros están sujetos a la prueba correspondiente. Cuando se reclama la ejecución de una prestación prevista contractualmente –por ejemplo, si el locador demanda al inquilino y solicita la resolución en virtud de la falta de pago de los arriendos–, debe cargar con la demostración de la existencia del vínculo jurídico y la mora del demandado; no se le exige la prueba de su capacidad ni de la declaración de voluntad de ambos contratantes, y mucho menos que no se cumplieron cuotas del precio del arriendo que, por otra parte, es un hecho negativo (Albaladejo, 1958, p. 14; Barbero, 1967, p. 335; Cariota Ferrara, 1956, p. 36; Carneluti, 2003, p. 233; Morello, 1990; Orgaz, 1963, p. 33).

Los denominados “hechos impeditivos” son aquellos que van a obstruir la

---

36 Chiovenda (1977, p. 268), el distinguido procesalista italiano, con respecto a las condiciones de existencia de la relación, hace una distinción entre las “específicas” que exigen prueba y otras llamadas “generales o comunes” a otros negocios jurídicos. Estas últimas no integran los “hechos constitutivos”, que si bien no reclaman la prueba del actor, pueden ser objeto de una excepción alegada por el demandado.

eficacia que pueden tener los ya vistos “hechos constitutivos”. Esto aparece cuando se demuestra la falta de alguno de esos elementos fácticos, o bien en los casos en los que la ley determina una presunción *iuris tantum*, lo que significa que de manera provisoria o precaria da por sentada la existencia de ese factor. Por ejemplo, el artículo 1911 presume poseedor a quien ejerce un poder de hecho sobre una cosa, o bien lo previsto en el artículo 2010, que presume que el muro es medianero cuando divide dos edificios de una altura mayor a los tres metros, etc. En todos estos casos –y muchos más–, la demostración del hecho impeditivo a cargo del demandado dará por tierra con la presunción legal (Cifuentes, 1991, p. 28; Orgaz, 1963, p. 34; Von Tuhr, 1947, pp. 10 y ss.).

Por último, los “hechos extintivos”, tal como su denominación lo indica, son aquellos que concluyen y hacen decaer la relación jurídica invocada. Vienen a destruir algunos de los hechos integrados en la norma que van a dejar sin efecto y valor al reclamo del actor. Siempre se dijo que el pago era un buen ejemplo de hecho extintivo, pues ante el reclamo del acreedor, si el deudor demuestra el cumplimiento, la pretensión quedará trunca y sin procedencia;<sup>37</sup> otro caso lo constituye la demostración de la compensación (artículos 921 y ss.) o algún otro medio de extinción de la relación obligacional (Brebba, 1979, p. 34; Compagnucci de Caso, 1992, p. 23; Von Tuhr, 1947, p. 11).

Esta clasificación posee una relevante transcendencia en el *onus probandi* en el proceso judicial civil y comercial. Es el actor quien debe asumir la carga de los hechos constitutivos, con las limitaciones ya señaladas, en cambio, será el demandado el que tenga la obligación de demostrar los hechos impeditivos y extintivos. Es importante dejar sentado que cuando el demandado se limita a negar la procedencia por inexistencia de algunos hechos, no debe probar, salvo algunos supuestos de excepción, como la aplicación al caso del sistema de las pruebas leviores, o de la inversión de esa carga por la tesis de la dinámica probatoria, etc.; en cambio, cuando afirma la existencia de algunos hechos que, en cierta medida, la ley presume (cosa objeto del contrato que se halla fuera del comercio o vicio de la voluntad), allí la carga probatoria recae sobre el demandado que opuso las defensas (Albaladejo, 1958, p. 14; Barbero, 1967, p. 335; Brebba, 1979, p. 34; Carnelutti, 2003, p. 267; Compagnucci de Caso, 1992, p. 23; Rivera, 1995, p. 459; Von Tuhr, 1947, p. 11).

---

37 Cfr. artículos 865 y ss. del Código Civil y Comercial.

## 9. Conclusión

A modo de colofón, es dable señalar que toda la temática alrededor de los “hechos jurídicos” ofrece como elemento propedéutico al estudio del derecho privado una importante variedad de matices y un modo de explicar las bases y principios de estas normas. Como suele decir el profesor Guido Alpa, “Qualsiasi fatto, cio accadimento, che abbia relevancia per el diritto è denominato fatto giuridico”.

Los hechos son elementos cotidianos corrientes que interesan al derecho en cuanto poseen ese carácter y pueden modificar la realidad jurídica. Su materia se revela en la expresión *ex facto oritur ius*, es decir que sin hechos no hay derecho.

Para revelar la naturaleza de los hechos jurídicos, dos tesis principales se disputan su preeminencia y explicación. Una de ellas, llamada “tradicional”, considera que es hecho jurídico aquel que en sí mismo contiene la esencia que lo lleva a producir los efectos que contempla la ley. Para llegar a ello, se exige un detenido análisis del vínculo causal a ser realizado *ex post facto*.

Otra idea que la doctrina de los autores denomina como “preceptiva”, y es hoy receptada por la normativa vigente,<sup>38</sup> entiende que son hechos jurídicos aquellos a los que el derecho prevé como presupuesto normativo. Lo muy difundido en la doctrina italiana como *fattispecie*. Esta postura tiene un mayor número de adherentes y, a mi modesto parecer, satisface mejor su entendimiento.

En cuanto a sus clasificaciones, he tratado de sintetizarlas y, haciendo un breve estudio, incluir aquellas de mayor importancia práctica. No dejo de señalar que, en numerosos ejemplos, los presupuestos fácticos normativos aparecen adicionados y variados a fin de completar la consecuencia jurídica plena. La prescripción adquisitiva es un buen ejemplo de ello.

## Bibliografía

- Aguiar, H. (1950). *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley* (Tomo I). Buenos Aires: Tea.
- Albaladejo, M. (1958). *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.
- Alsina Atienza, D. (1955a). Los hechos jurídicos. *J. A.*, II(57), 57-62.
- Alsina Atienza, D. (1955b). Los hechos voluntarios. Concepto y papel especial de la voluntad. *J. A.*, IV(64), 62-67.

---

38 Cfr. artículo 257 del Código Civil y Comercial.

- Alsina, H. (1956/1961). *Tratado de derecho teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Tomo II). Buenos Aires: Ediar.
- Alterini, J. H. (1966). Prescripción. En *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Tomo XXII). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Arauz Castex, M. (1965). *Derecho civil. Parte general* (Tomo II). Buenos Aires: Cooperadora de Derecho.
- Barbero, D. (1967). *Sistema del derecho privado* (Tomo I). Buenos Aires: EJEA.
- Betti, E. (1959). *Teoría general del negocio jurídico* (2ª ed.). Madrid: R.D.P.
- Boffi Boggero, L. M. (1955). Hechos jurídicos. En *Enciclopedia Jurídica Omeba* (Tomo XIII). Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Boffi Boggero, L. M. (1980). Reflexiones sobre los hechos jurídicos. *La Ley*, 1980-C-850, 850-859.
- Borda, G. A. (1976). *Tratado de derecho civil argentino. Parte general* (6ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Borda, G. A. (2008). *Tratado de derecho civil argentino. Sucesiones* (9ª ed., Tomo I). Buenos Aires: La Ley.
- Brebbia R. H. (1979). *Hechos y actos jurídicos. Comentario de los artículos 896 a 943 del Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia* (Tomo I). Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Bueres A. J. (1998a). Comentario al artículo 896. En Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo II-B). Buenos Aires: Hammurabi.
- Bueres, A. J. (1998b). Su opinión. En Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo II-B). Buenos Aires: Hammurabi.
- Busso, E. (1957). *Código civil comentado* (Tomo III). Buenos Aires: Ediar.
- Candián, A. (1961). *Instituciones de derecho privado*. México: Uthea.
- Cariota Ferrara, L. (1956). *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar.
- Carnelutti, F. (2003). *Teoría general del derecho*. Granada: Comares.
- Castán Tobeñas, J. (1978). *Derecho civil español, común y foral* (12ª ed., Tomo I, Vol. II). Madrid: Reus.
- Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (2004). *Derecho de las obligaciones* (Tomo II). Buenos Aires: La Ley.
- Cerutti de Zalocchi Pena, M. (1982). Modalidades de los contratos, plazo y condición. *La Ley*, 1982-A, 537-542.
- Chiovenda, G. (1977). *Principios de derecho procesal* (Tomo II). Madrid: Reus.
- Cifuentes, S. (1991). *Negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- Compagnucci de Caso, R. H. (1980a). Condición tácita impuesta por la ley y cláusula penal. *Revista Notarial, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, (852), 1544-1551.
- Compagnucci de Caso, R. H. (1980b). Obligación y responsabilidad. *Revista Notarial, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, (853), 2089-2120.
- Compagnucci de Caso, R. H. (1992). *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea.
- Compagnucci de Caso, R. H. (1994). El silencio como manifestación omisiva de la voluntad, *La Ley*, 1994-D, 312-317.

- Compagnucci de Caso, R. H. (2001). La relación jurídica: derechos subjetivos, deberes jurídicos y obligación. *J. A., número especial*, (25-IV), 1180-1195.
- Compagnucci de Caso, R. H. (2009). Prescripción. Estructura y fundamentos. *La Ley*, 2009-A, 1119-1124.
- Compagnucci de Caso, R. H. (2016). Comentario al artículo 896. En Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo II-B). Buenos Aires: Hammurabi.
- Compagnucci de Caso, R. H. y Moreno, V. (2016). Comentario al artículo 257. En Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo I-B). Buenos Aires: Hammurabi.
- Couture, (1981). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Coviello, N. (1938). *Doctrinas generales del derecho*. México: Uthea.
- De Castro, F. (1984). *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas.
- De Castro, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- De Gasperi, L. y Morello, A. M. (1964). *Tratado de derecho civil* (Tomo I). Buenos Aires: Tea.
- De Ruggiero, R. (1931). *Instituciones de derecho civil* (Tomo I). Madrid: Reus.
- Devis Echandía, H. (1974). *Teoría general de la prueba judicial* (Tomo I). Buenos Aires: Zavalía.
- Enneccerus, L. y Nipperdey, H. (1966). Parte general. En Enneccerus, L., Kipp, T. y Wolff, M. (Eds.), *Tratado de derecho civil* (3ª ed., Tomo I). Barcelona: Bosch.
- Espin Cánovas, D. (1977). Manual de derecho civil español. Parte general (6ª ed., Tomo I). Madrid: R.D.P.
- Falzea, A. (1941). *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milán: Giuffrè Editore.
- Flamma, M. (2014). Comentario al artículo 2289. En Rivera, J. C. y Medina G. (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo VI). Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley.
- Flume, W. (1998). *El negocio jurídico. Parte general del derecho civil*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- Ferrer, F. A. M. (2016). Comentario al artículo 2289. En Alterini, J. H. (Dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético* (2ª ed., Tomo XI). Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley.
- Galgano, F. (1988). *Il negozio giuridico*. En Cicu, A, y Messineo, F., *Trattato de diritto civile e commerciale*. Milán: Giuffrè Editore.
- Galgano, F. (1992). *Diritto privato*. Pádova: Cedam.
- García Amigo, M. (1979). *Instituciones. Parte general*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Hidalgo García, S. (2015). La adquisición de la herencia. En Hidalgo García, S., Martínez Escribano, C., Crespo Allue, F. y Fernández-Prida Migoya, F., *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*. Madrid: Thomson Reuters/Aranzadi.
- Lacruz Berdejo, J. L. (Dir.). (1984). *Elementos de derecho civil. Parte general* (Tomo I). Barcelona: Bosch.
- Larenz, K. (1978). *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Lehmann, H. (1956). *Tratado de derecho civil. Parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- López Herrera, E. (2007). *Tratado de la prescripción* (Tomo I). Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Llambías, J. J. (1975). *Tratado de derecho civil. Parte general* (5ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Perrot.
- Machado, J. O. (1898). *Exposición y comentario del Código Civil* (Tomo III). Buenos Aires: Lajouanne.
- Maiorca, C. (1961). Fatto giuridico. En *Novissimo Digesto Italiano* (Tomo VII). Turín: UTET.

- Mariani de Vidal, M. (1995). *Curso de derechos reales* (3ª ed., Tomo III). Buenos Aires: Zavalía.
- Mayo, J. (1988). Comentario al artículo 896. En Bueres, A. J. (Dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Tomo II-B). Buenos Aires: Hammurabi.
- Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (Tomo II). Buenos Aires: EJEA.
- Moisset de Espanés, L. (1998). La prescripción adquisitiva o usucapión. *J. A.* 1998-A-320.
- Moisset de Espanés, L. (2004). *Prescripción*. Córdoba: Advocatus.
- Morello, A. M. (1990). En torno a la prueba. *La Ley*, 1990-E, 1071-1077.
- Natale, R. (2012). Reflexiones sobre la aceptación y renuncia de la herencia en el Anteproyecto de Código civil. *J. A.*, III(V), 1299-1309.
- Orgaz, A. (1950). Concepto del hecho jurídico. *La Ley*, 59(892), 892-898.
- Orgaz, A. (1963). *Hechos y actos o negocios jurídicos*. Buenos Aires: Zavalía.
- Ossola, F. A. (2018). Obligaciones. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.), *Derecho civil y comercial*. Buenos Aires: Thomson Reuters. Abeledo Perrot.
- Palacio Lino, E. (2011). *Derecho procesal civil* (2ª ed., Tomo IV). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Perrino, J. (2010). *Derecho de las sucesiones* (Tomo I). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Pizarro Ramón, D. y Vallespinos, C. G. (1999). *Instituciones de derecho privado. Obligaciones* (Tomo III). Buenos Aires: Hammurabi.
- Prieto Molinero, R. (2014). Comentario al artículo 257. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.), *Código Civil y comercial de la Nación comentado* (Tomo I). Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley.
- Puerta de Chacón, A. (2015). Prescripción adquisitiva. Aspectos innovadores del nuevo régimen legal. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (1), 71-118.
- Pugliatti, S. (1996). *I fatti giuridici*. Milán: Giuffrè Editore.
- Puig Brutau, J. (1978). *Fundamentos de derecho civil* (2ª ed., Tomo I). Barcelona: Bosch.
- Rivera, J. C. (1995). *Instituciones de derecho civil. Parte general* (Tomo II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Ruiz Serramalera, R. (1979). *El negocio jurídico*. Madrid: Publicaciones de la Universidad Complutense.
- Salas Acdeel, E. (1944). Prescripción, caducidad y plazo preclusivo. *J. A.*, I(336).
- Salvat, R. y López Olaciregui, J. M. (1964). *Tratado de derecho civil argentino. Parte general* (Tomo II). Buenos Aires: Tea.
- Salvat, R. y Romero del Prado, V. N. (1954). *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general* (10ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Santoró Passarelli, F. (1964). *Doctrinas generales del derecho civil*. Madrid: R.D.P.
- Santos Briz, J. (1978). *Derecho civil, teoría y práctica* (Tomo I). Madrid: R.D.P.
- Savigni, F. C. (1878/1879). *Sistema de derecho romano actual* (Tomo II). Madrid: Góngora.
- Sconamiglio, R. (1954). Fatto giurico y fattispecie complessa. *Rivista Trimestrale di diritto commerciale e civile*.
- Sconamiglio, R. (1969). *Contributo alla teoría del negozio giuridico*. Nápoles: Jovene.
- Spota, A. G. (1967). *Tratado de derecho civil. Parte general* (Tomo I). Buenos Aires: Depalma.
- Tobías, J. W. (2016). Comentario al artículo 257. En Alterini, J. H. (Dir. gral.), *Código civil y comercial comentado. Tratado exegético* (2ª ed., Tomo II). Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley.

- Tobías, J. W. (2018). *Tratado de derecho civil. Parte general* (Tomo III). Buenos Aires: Thomson Reuters/La Ley.
- Torrente, A. y Schlesinger, P. (1999). *Manuale de diritto privato* (16ª ed.). Milán: Giuffrè Editore.
- Trabucchi, A. (1967). *Instituciones de derecho civil* (15ª ed., Tomo I). Madrid: R.D.P.
- Von Thur, A. (1947). *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán* (Tomo II). Buenos Aires: Depalma.
- Zannoni, E. (2008). *Derecho de las sucesiones* (5ª ed., Tomo I). Buenos Aires: Astrea.
- Zatti, P. y Colussi, V. (2001). *Lineamenti di diritto privato* (8ª ed.). Pádova: Cedam.

# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

---

## DERECHO Y TECNOLOGÍAS DISRUPTIVAS



# MEJORAMIENTO VEGETAL MODERNO, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

---

**Miguel A. Rapela**

Maestría en Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho, Universidad Austral. Plataforma de Genómica y Mejoramiento UBATEC S.A./Facultad de Agronomía, Universidad de Buenos Aires  
mrapela@austral.edu.ar

**Recibido:** 6/7/2020

**Aceptado:** 4/8/2020

## Resumen

El mejoramiento vegetal moderno con el fin de obtener nuevas variedades de plantas está basado en la selección genómica y fenómica generada en big data con millones de puntos de información. Ante tal cantidad de datos, se hace necesario usar inteligencia artificial para conjugar una visión y análisis completo del problema a través de una interacción ser humano-computadora nunca abordada.

El uso de inteligencia artificial ya ha generado desafíos interpretativos en patentes y derechos de autor. En mayor medida, el mejoramiento vegetal moderno con la asistencia de la inteligencia artificial está poniendo al descubierto desarticulaciones y anacronismos importantes en los sistemas de derechos del obtentor y de patentes de invenciones biotecnológicas. Los desafíos pueden incluso llegar hasta el planteamiento de quién sería el titular del derecho para el caso de productos obtenidos sin intervención humana.

El análisis de la situación indica, por un lado, que sería necesario una revisión del marco internacional de derechos de propiedad intelectual en materia viva vegetal, el cual está basado en tratados y convenios independientes que se aplican sobre un organismo indivisible, como lo es una nueva variedad vegetal. Una propuesta más lógica sería disponer de un único, moderno y actualizado sistema integrado *sui generis* de protección para todo tipo de germoplasma vegetal. Por otro lado, se plantea que, aun en los casos de productos obtenidos mediante procesos completos de inteligencia artificial, siempre deba existir una persona humana responsable en términos legales de las consecuencias de sus actos, sean estas positivas o negativas.

**Palabras clave:** mejoramiento vegetal, inteligencia artificial, derechos de propiedad intelectual, big data, genómica, fenómica.

## Modern Plant Breeding, Artificial Intelligence, and Intellectual Property Rights

### Abstract

The modern plant breeding to obtain new plant varieties is based on genomic and phenomic selection generated through big data with millions of information points. In the face of such a quantity of data, it is necessary to use artificial intelligence to combine a complete vision and analysis of the problem through a human-computer interaction never addressed.

The use of artificial intelligence has already created interpretive challenges in patents and copyrights. To a greater extent, modern plant breeding with the assistance of artificial intelligence is exposing major disarticulations and anachronisms in the Plant Breeder's Rights and patent systems for biotechnological inventions. The challenges may even extend to the question of who would be entitled to the right in the case of products obtained without human intervention.

The analysis of the situation indicates, on the one hand, that it would be necessary a review of the international framework of intellectual property rights in plant living matter which is based on independent treaties and conventions that apply to an indivisible organism as is a new plant variety. A more logical proposal would be to have a single, modern, and up-to-date comprehensive *sui generis* protection system for all types of plant germplasm. On the other hand, it is proposed that, even in the case of products obtained through complete artificial intelligence processes, there must always be a human person legally responsible of the consequences of their actions, whether positive or negative.

**Keywords:** plant breeding, artificial intelligence, intellectual property rights, big data, genomics, phenomics.

### 1. Introducción

El mejoramiento vegetal es una especialidad de las ciencias agrarias que se centra en la herencia de la genética vegetal con el fin de desarrollar nuevas variedades de plantas para uso y beneficio de la sociedad. El mejoramiento vegetal es uno de los fundamentos de la civilización y puede considerarse un proceso coevolutivo entre seres humanos y plantas comestibles. La principal actividad de los seres humanos en los orígenes de la civilización fue la búsqueda de alimentos. El paso del nomadismo al sedentarismo fue acompañado por el inicio de un proceso de domesticación de plantas cultivadas, que permitió el afincamiento de poblaciones en lugares fijos. Las plantas fueron siendo cada vez más productivas permitiendo, paulatinamente, la liberación de tiempo que los humanos aprovecharon para desarrollar arte, artesanía, escritura, ciencia y, finalmente, condujeron a la vida humana moderna tal como la conocemos. De esta forma, las plantas se usaron para la agricultura y, a su vez, esos nuevos tipos de plantas permitieron que ocurrieran cambios en las poblaciones humanas.

La civilización no podría existir sin la agricultura, y la agricultura no podría sostener el mundo civilizado sin las variedades vegetales desarrolladas por el hombre (Breseghello y Guedes Coelho, 2013).

El mejoramiento vegetal ha atravesado por varias etapas, comenzando justamente por la milenaria domesticación sin base científica, enfocada únicamente en la apariencia de las plantas. En 1866, y tras el trabajo de Gregor Mendel – que recién sería reconocido a principios del siglo XX–, comienza la era científica del mejoramiento vegetal, aunque también basada en el fenotipo, y –más de cien años después, en 1970– se empieza a transitar la era fenogenotípica del mejoramiento vegetal. A una velocidad vertiginosa, el siglo XXI se abre a una era genómica en la cual la estructura fina del material hereditario es completamente accesible, permitiendo la recombinación dirigida mediante la selección de genes específicos utilizando herramientas moleculares para rastrear la variación dentro del genoma. Esto es el mejoramiento vegetal moderno (Rapela, 2019c).

El mejoramiento genético de los cultivos ha sido imprescindible para garantizar la seguridad alimentaria de una población mundial en permanente crecimiento. De hecho, es una de las claves fundamentales para interpretar la razón por la cual las predicciones de Robert Malthus no resultaron, hasta el momento, acertadas. De no haber existido el mejoramiento vegetal realizado durante el siglo XX y lo que va del XXI, difícilmente la provisión de alimentos del mundo podría sustentar a una población superior a los 2000 millones de personas<sup>1</sup> (Rapela, 2019c) ni tampoco asegurarla de manera sostenible (Herrero et al., 2020).

Cuando Gregor Mendel en 1865 interpretó correctamente los fenómenos básicos de la herencia estableció un cambio de paradigma científico, esto es, la herencia de los caracteres en los seres vivos responde a las leyes de la probabilidad. En una visión simplista/reduccionista, el mejoramiento genético es una disciplina basada en el manejo de números y, cuantos más números se puedan operar, se incrementan las oportunidades de éxito.

En esta etapa moderna del mejoramiento vegetal, los avances alcanzados están permitiendo desarrollar nuevas variedades de plantas con mayor precisión en cuanto a los objetivos buscados y en menor tiempo. Esto ha sido posible gracias al desarrollo de poderosas tecnologías de “secuenciación”<sup>2</sup> masiva de “genomas”, las cuales, junto a la “bioinformática”, han facilitado el

1 Se estima una población mundial de 7651 millones de personas a mayo de 2020.

2 Los términos encerrados entre comillas dobles que aparecen por primera vez en el texto están explicados en el Apéndice - Glosario (p. 862).

desarrollo y la aplicación en gran escala de los “marcadores moleculares” asociados a un “gen” o conjunto de genes para el “mejoramiento asistido” en los diversos planes de mejoramiento de plantas cultivables. Más recientemente, el desarrollo de la tecnología “CRISPR-Cas” para la “edición génica” ha abierto un inmenso campo de posibilidades que irá escalando a medida que avance el conocimiento de la “genómica” vegetal (Rapela, 2019c).

A la par de estos desarrollos, el entusiasmo y las expectativas que se tenían sobre la “transgénesis” y los “organismos genéticamente modificados” (OGM) están contenidos. La comercialización de los cultivos transgénicos está afectada por una fuerte crítica social en muchos países –y prohibición en otros– e inmersa en un sistema hiperregulatorio que ha resultado prácticamente infranqueable para las instituciones públicas y pequeñas y medianas empresas semilleras debido a su millonario costo y elevadas dificultades técnicas.

Por el contrario, las nuevas técnicas aplicadas al mejoramiento vegetal se caracterizan por su accesibilidad y la masividad de su uso en todo tipo de institución pública o empresa y por un elemento común clave, esto es, el de no introducir una “construcción genética definida” en las plantas. Entonces, las variedades vegetales obtenidas no son transgénicas y no se requiere que deban pasar por el sistema regulatorio de los OGM.<sup>3</sup>

Pero si bien los avances en genómica y “fenómica” y diversas disciplinas denominadas conjuntamente como “ómicas” están brindando a los investigadores información clave sobre los complejos mecanismos biológicos que subyacen a las funciones de las plantas, la vinculación del “genotipo” con el “fenotipo” sigue siendo el desafío a vencer. Un factor crítico para resolver estas incógnitas y afirmar el éxito en la aplicación de las nuevas técnicas de mejoramiento es la necesidad de administrar enormes cantidades de datos y poder transformarlos en interpretaciones biológicamente significativas. Es por esta razón que la bioinformática ha pasado de ser una disciplina asistente a convertirse en una ciencia fundamental de apoyo al “mejoramiento asistido”. En este escenario, los nuevos enfoques se basan en la integración de “big data” (BD) de múltiples componentes mediante “algoritmos” y, más recientemente, aplicando la “inteligencia artificial” (IA) de nueva generación que engloba subconjuntos

---

3 Una notable excepción ocurre en la Unión Europea, donde una decisión del Tribunal de Justicia de 2018 consideró a los organismos obtenidos mediante edición génica como OGM, por lo que deben ser regulados por la normativa actual de transgénicos. La norma ha sido fuertemente cuestionada por todo tipo de institución oficial o privada de la propia Unión Europea y es posible que sea revisada. Ver Rapela (2019b).

de tecnologías tales como el “aprendizaje automático” (*machine learning*) y el “aprendizaje profundo” (*deep learning*) (Lazcano, 2020).

Uno de los problemas que conllevan estos avances del mejoramiento moderno de los cultivos se plantea en el campo de la propiedad intelectual. El mejoramiento moderno de los cultivos ha sido creado posteriormente a la puesta en vigencia del actual marco de protección de la propiedad intelectual sobre variedades vegetales mediante los derechos del obtentor (DOV) y de invenciones biotecnológicas por patentes, así como del acceso y uso de recursos fitogenéticos. Los puntos centrales del problema radican en que, por un lado, el sistema *sui generis* de protección de los DOV fue pensado para una etapa del mejoramiento vegetal basado en el fenotipo, o sea, en la apariencia exterior de las plantas, la cual no solo depende del genotipo, sino también de la interacción de este con el ambiente. Está absolutamente probado con infinidad de ejemplos que genotipos idénticos se comportan fenotípicamente distinto en ambientes diferentes. En lo que respecta a las invenciones biotecnológicas, estas se refieren generalmente a construcciones genéticas definidas creadas en un laboratorio, pero no a la edición de genes preexistentes en la naturaleza. Y en lo referente a los recursos fitogenéticos, los tratados internacionales en la materia regulan su situación teniendo en cuenta únicamente el acceso y uso físico de estos, pero no a la de la información genética. Las nuevas tecnologías basadas en la exploración profunda del genoma de las plantas, el mejoramiento asistido por marcadores moleculares y la edición genética en sitios específicos plantean un nuevo contexto del desarrollo científico y técnico del mejoramiento vegetal en su amplio sentido. De esta forma, los sistemas vigentes han quedado desactualizados y ya no dan respuesta a los avances tecnológicos alcanzados, generando una discusión respecto a su real beneficio, utilidad y alcance (Donnenwirth, 2018; Hou, 2019; Lawson, 2015; Rapela, 2014; 2018a; 2018b; 2018c; 2019b; 2019c; Rapela y Levitus, 2014).

El presente artículo plantea un análisis y discusión sobre este complejo tema. Para ello, en el apartado 2 se describirá con mayor detalle el paso del mejoramiento tradicional de los cultivos al mejoramiento moderno con utilización masiva de BD y la aplicación de IA. En el apartado 3 se detallarán casos de aplicación de IA en otras áreas y los desafíos que están generando en los regímenes de propiedad intelectual. En el apartado 4 se entrará de lleno en el foco del artículo, refiriendo, primero, a los problemas que enfrenta la protección de los nuevos cultivos generados en el marco del mejoramiento moderno tanto en lo referente a los DOV como a la protección de invenciones biotecnológicas por

medio de patentes. Segundo, y para cada caso, se presentará una propuesta de solución. En tercer lugar, se tratará el tema de la nueva interacción ser humano-computadora en el marco del mejoramiento vegetal moderno y la titularidad de los derechos.

## **2. Del mejoramiento tradicional de los cultivos al mejoramiento genómico asistido**

Tanto en los programas de mejoramiento de cultivos de instituciones oficiales como privadas, el mejoramiento tradicional basado exclusivamente en la selección fenotípica por pedigrí está siendo acompañado –o aun reemplazado– por el mejoramiento moderno asistido mediante marcadores moleculares (Rapela, 2016; 2019c).

En una primera etapa de esta singular transformación, la cantidad de datos analizados era lo suficientemente acotada como para permitir el análisis y la clasificación de estos mediante algoritmos definidos que no requerían la integración de conjuntos de información de modalidades múltiples. Sin embargo, varios fenómenos ocurrieron en forma simultánea; las capacidades de secuenciación y de genómica se incrementaron exponencialmente y pasaron a ser una parte significativa del “universo” de los BD y, conjuntamente, el costo por unidad de dato de información disminuyó a valores ínfimos. A esto se le sumó el desarrollo del tratamiento de imágenes para los estudios de fenotipado. De tal manera, la dinámica de integración de tal complejidad numérica pasó de cientos a miles y luego a millones de datos. Esto condujo a pensar en una IA de nueva generación que permitiese no solo cambiar la dinámica de planificación de los experimentos, sino también una mayor y mejor integración, análisis e interpretación de la información.

Desde una perspectiva biológica altamente compleja, y teniendo en cuenta no solo los desafíos de aumento de productividad, sino también la necesidad de contemplar mega cambios climáticos que afectarán a todos los cultivos, los mejoradores vegetales e investigadores de plantas están comenzando a aplicar cada vez más la IA en una visión integrada (Crainet et al., 2018; González-Camacho, 2018; Harfouche et al., 2019; Wang et al., 2020). Esta visión integrada responde a la complejidad de la “taxonomía de las ómicas” que conecta la genómica (expresión génica), la proteómica (expresión proteica) y la metabolómica (expresión metabólica) hasta los fenotipos y rasgos observables. Los algoritmos desarrollados ayudan a determinar cuáles variaciones en un genoma son las adecuadas para combinar y producir plantas que puedan adaptarse a entornos

cambiantes. Asimismo, da las piezas de información necesarias para la aplicación de la edición génica (Harken, 2019).

Sin embargo, los éxitos iniciales tropezaron con fracasos cuando la exactitud predictiva para el caso de caracteres muy complejos –tales como el rendimiento de los cultivos– revelaron el desafío subyacente de modelar la interacción genotipo-ambiente cuando este segundo factor se convirtió en altamente impredecible (Voss-Fels, Cooper y Hayes, 2018).

Harfouche et al. (2019), al analizar el problema, detectaron que si bien gran parte de la variación observada en los cultivos es heredable, en muchos casos dicha heredabilidad se relacionaba con múltiples “pequeños cambios” genómicos. De tal forma, se estarían dando tres cuestiones simultáneas: (1) rasgos cuantitativos complejos parecen regirse por un modelo infinitesimal u “omnigénico”, en el que muchos genes ejercen pequeños efectos y, por lo tanto, no se detectan a menos que se analicen poblaciones muy grandes; (2) los modelos estadísticos no exploran relaciones no lineales y parece ser que la relación entre el genotipo y el fenotipo no siempre es lineal, de forma tal que pequeños cambios en un nivel jerárquico tienen grandes impactos en otros niveles; (3) en los sistemas biológicos, las asociaciones condicionales –conocidas como “epistasis”– son difíciles de detectar en estudios que mapean genotipo a fenotipo con modelos lineales debido a la baja expresión y a la gran demanda computacional. La solución a los problemas anteriores, expresan estos autores, se basa en el acceso a más datos en más individuos, lo cual ahora es posible realizar tanto técnica como económicamente. Cuando se utilizan en conjunto, el complejo de BD producido mediante las tecnologías fenómicas, genómicas y de IA puede acelerar el desarrollo y la obtención de nuevas variedades de cultivos resistentes y generar mayores ganancias genéticas para los agricultores en menos tiempo.

Los BD y la IA de nueva generación aplicada al mejoramiento de los cultivos están diseñados para predecir el mejoramiento de rasgos complejos junto a las influencias que afectan el rendimiento. El objetivo clave es poder predecir qué variedad o variedades funcionarían mejor en un ambiente específico sin necesidad de extensas pruebas a campo, sumando todo esto a un enfoque abierto y colaborativo que debería conducir, además, a la utilización de recursos genéticos vegetales no explotados o subexplotados, aumentando así la diversidad genética disponible (Rapela, 2019b).

Sin embargo, aunque los BD son una realidad en el mejoramiento de los cultivos, la enorme información genómica y fenómica, sin la ayuda de la IA, resulta inconmensurable, abrumadora y caótica. La combinación de BD e IA

constituye la esencia de una agricultura 4.0 y parte fundamental de la cuarta revolución industrial (Dolinski y Troyanskaya, 2015; Gil et al., 2014; Harfouche et al., 2019; Rapela, 2019b), que también está teniendo un fuerte impacto en otras áreas biológicas, como la medicina, la farmacogenómica y el tratamiento de enfermedades (Marr, 2018).

Resulta claro que aunque a mayor volumen de BD la tasa de aprendizaje y la precisión del modelo final se incrementa, aún subyacen decisiones humanas relevantes para el éxito. Por ejemplo, el proceso de preconfiguración de los parámetros de BD requiere una activa participación humana para iniciarlo adecuadamente. También, para transferir información aprendida de otros modelos, se requiere decisión humana y, en el campo de la biología, esto a menudo implica el estudio detallado de un organismo modelo y la aplicación del conocimiento obtenido de ese sistema a otros organismos. Finalmente, aunque una vez desarrollado el modelo este se mueve automáticamente, es asimismo necesaria la intervención humana para evaluar el resultado final. Más BD siempre es mejor para el modelo y la IA de nueva generación debe ponderar adecuadamente la información de acuerdo con su relevancia.

Pero en la medida en la que los BD se hacen cada vez más grandes, es prácticamente imposible para un ser humano examinar los datos para tomar decisiones informadas. Reportes de una de las grandes empresas privadas dedicadas al mejoramiento vegetal indican que un proceso de decisión para desarrollar una nueva variedad vegetal con la asistencia de la IA se basa en algoritmos con aproximadamente 1,7 trillones de cálculos (Chavali, 2020).

En otras palabras, el mejoramiento genético vegetal moderno ya es un proceso que combina intervención humana e IA. Pero el punto es que, además, en el futuro próximo estaremos ante la concreta posibilidad de una nueva etapa del mejoramiento vegetal en la cual el producto final puedan ser elementos genómicos sintéticos y novedosos (Wang et al., 2020) o, incluso, una variedad vegetal nueva, uniforme, distinta y estable<sup>4</sup> como resultado de un proceso de decisión no humano basado exclusivamente en un sistema de IA.

### 3. Contexto y antecedentes en otras áreas

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO, por sus siglas en inglés) está liderando un diálogo sobre IA entre sus Estados miembros y

---

4 Estos son los requisitos del sistema de derechos del obtentor basados en la Convención de UPOV (Unión Internacional para la protección de las Obtenciones Vegetales).

terceras partes cuyo objetivo es la formulación colectiva de preguntas para los encargados de establecer políticas en la materia a nivel nacional. La WIPO entiende que la IA ha surgido como una tecnología de uso general de amplia aplicación en todos los sectores de la economía y la sociedad, con un impacto considerable en la creación, producción y distribución de bienes y servicios económicos y culturales y en particular con los sistemas de derechos de propiedad intelectual relacionados con patentes, derechos de autor, datos, dibujos y modelos (WIPO, 2019).

En el caso de patentes, ya existen casos concretos. DABUS (Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience; Dispositivo para el Arranque Autónomo de Sentimiento Unificado, en español) es un sistema de IA patentado por el doctor Stephen Thaler, descrito por su inventor como una “máquina de creatividad” (Thaler, 2008). Consiste en una red de neuronas artificiales construida a partir de una enorme serie de pequeñas neuronas programadas para realizar determinadas funciones. Este sistema de muchas redes neuronales es capaz de generar nuevas ideas al alterar sus interconexiones. Un segundo sistema de redes neuronales detecta las consecuencias críticas de estas ideas potenciales y las refuerza basándose en la novedad e importancia del desarrollo. En agosto de 2019, la Universidad de Surrey (Reino Unido) presentó una serie de solicitudes de patentes simultáneas en los Estados Unidos, Reino Unido y la Unión Europea para dos invenciones de productos creados mediante IA en forma autónoma sin intervención humana, declarando en las distintas solicitudes que el nombre del inventor fue DABUS. Este caso inédito a nivel mundial ha puesto en un aprieto al sistema de patentes, ya que tanto la ley del Reino Unido de 1977 como la Convención Europea de Patentes únicamente otorgan la propiedad de las patentes a “personas físicas”. En los Estados Unidos, por su parte, las solicitudes de patentes presentadas deben ser invenciones hechas por un “individuo”. De aceptarse las solicitudes de patentes, sería entonces la primera vez que se reconozca a una máquina como creadora (Butler, 2019).

Para el caso de los derechos de autor sucede algo similar y algunas aplicaciones de IA pueden producir obras literarias y artísticas de forma autónoma. Por ejemplo, el proyecto “el próximo Rembrandt” (*the next Rembrandt*)<sup>5</sup> es una pintura impresa en 3D en alta calidad generada por IA desarrollada mediante un algoritmo de reconocimiento facial con un *software* de aprendizaje

---

5 El proyecto fue patrocinado por el grupo bancario holandés ING en colaboración con Microsoft, la Universidad Técnica de Delft y los museos Mauritshuis y Rembrandthuis.

profundo. El algoritmo consiguió identificar y clasificar los patrones más comunes de la obra de Rembrandt, desde su composición hasta las proporciones de los rasgos faciales. En otras palabras, la IA aprendió a pintar una nariz o una boca como lo haría Rembrandt. Para este caso particular, los BD se conformaron mediante el escaneo de las 346 pinturas conocidas del pintor holandés en un proceso que duró 18 meses. Por lo tanto, no hubo intervención humana en la selección del material fuente ya que se utilizó la totalidad disponible ni tampoco para seleccionar otro modelo aplicable, dado que todo lo que se utilizó fueron las obras del mismo artista. El retrato final, expuesto actualmente en la galería Looiersgracht 60 de Ámsterdam, consta de 149 millones de píxeles en varias capas a fin de emular el aspecto de una pintura al óleo de Rembrandt y se basó en 168263 fragmentos pictóricos (Guadamuz, 2017; Zavia, 2016). A primera vista, este caso podría llevar a pensar que “el nuevo Rembrandt” es una copia del trabajo original del pintor holandés, lo cual no es así. Lo que se ha copiado es “el estilo de pintura” compuesta por los tipos de personas que pintó Rembrandt para dar como resultado una obra creativa no humana y original en todo sentido, lo cual fue reconocido por los expertos consultados (Schlackman, 2018).

Sea para patentes como para derechos de autor, uno de los puntos centrales de la discusión es en lo referente a la paternidad de la creación o invención, o sea, quién debería quedar registrado como titular (WIPO, 2019). ¿Debería ser el sistema (máquina) de IA o el creador de los algoritmos que posibilitaron su funcionamiento? Si fuese lo primero, ¿de qué manera una máquina de IA puede hacer valer sus derechos? Una computadora no puede ir a un tribunal ni demandar a otra computadora por la copia no autorizada de su trabajo. Si fuese lo segundo, ¿todos los productos u obras producidas mediante un sistema de IA, independientemente de lo que se traten, serían propiedad del creador de los algoritmos? (Schlackman, 2018). Por esta razón hay quienes sostienen que las leyes de propiedad intelectual deberían excluir la disponibilidad de protección de cualquier invención que haya sido generada de forma autónoma por una aplicación de IA. Incluso se debate si no sería necesario la generación de un derecho *sui generis*, como acontece para el caso particular de las obtenciones vegetales.

En materia de políticas de patentes o de derechos de autor, emergen además otros aspectos no menores. Esos derechos han estado estrechamente asociados con el espíritu y la creatividad humanos, por lo que en caso de atribuir un derecho de autor a una obra o una patente a una invención generada por IA, cabría preguntarse si esto no estaría afectando el propósito social por el que existe el sistema de derechos de propiedad intelectual. De otorgarse protección

por patente o derechos de autor a las obras generadas por IA, se estaría asignando igual valor a la creatividad humana que a la automática (WIPO, 2019). Son fácilmente apreciables las cuestiones difíciles de resolver que hay en estos casos citados.

#### **4. Contexto en mejoramiento vegetal moderno, derechos del obtentor y patentes sobre invenciones biotecnológicas**

Las instituciones y empresas que están en la vanguardia del mejoramiento genético vegetal están tratando de comprender cómo desarrollar e implementar estrategias de propiedad intelectual en torno a las tecnologías de mejoramiento de la próxima generación, así se trate de nuevas variedades obtenidas por edición génica como aquellas logradas por selección asistida por marcadores o combinación de ambas y también para el caso de invenciones biotecnológicas. El punto es que el contexto legal desarticulado entre sí y, además, desactualizado no ayuda a facilitar una respuesta válida.

Analizaremos a continuación uno solo de los aspectos de desactualización que se observa en el sistema de derechos del obtentor y es en lo referente a la definición de “variedad”.

Las variedades vegetales uniformes y estables, comercialmente nuevas y distintas de cualquier otra variedad predecesora, son creaciones y desarrollos obtenidos por medio del intelecto humano. Las variedades vegetales definidas de tal forma no son preexistentes en la naturaleza ni producto de esta (Rapela, 2000). En lo relativo a los derechos de propiedad intelectual sobre plantas, es obligación de los 164 Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio implementar las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y en particular su artículo 27.3 (b), por el cual se les exige a los miembros que otorguen protección a todas las variedades vegetales “mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste” (Ley 24425/1994). Aun desde antes de la vigencia del ADPIC en 1995, pero más acentuadamente después, prácticamente todos los países han adoptado para proteger las variedades vegetales el sistema *sui generis* derivado de las Actas del Convenio Internacional para la Protección de las Nuevas Variedades de Plantas, también conocido como Convenio de UPOV o DOV, cuya versión más moderna tiene casi treinta años de antigüedad y es previa a la totalidad de la era biotecnológica del mejoramiento vegetal. La única excepción a esto lo

constituye Estados Unidos, donde se permite sobre la misma variedad vegetal la concesión simultánea de un DOV y de una patente, técnicamente denominado “superposición de derechos” (Rapela, 2000).

La Argentina es miembro del Convenio de la UPOV por adhesión al Acta de 1978 (Ley 24376/1994),<sup>6</sup> la cual es notable por dos aspectos poco comunes: no define la cosa a proteger (variedad vegetal) ni tampoco al creador de la cosa a proteger (obtentor). Esto también ocurre en la Ley 20247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas, en la que no se precisan los términos “variedad” (sinónimo de “creación fitogenética” en la legislación) ni “obtentor”. Estos términos recién se definen en el decreto reglamentario de la ley,<sup>7</sup> que, a su vez, los tomó del Acta del Convenio de la UPOV de 1991 al cual la Argentina no adhirió (Rapela, 2019a).

Esta serie de hechos inusuales trajeron como consecuencia un tercero; las definiciones de “variedad” y de “obtentor” que se aplican por medio de un decreto en la Argentina son en realidad las definiciones más actualizadas a nivel de tratados internacionales. Y es aquí donde radica una parte importante de la desactualización legislativa, dado que dichas terminologías fueron redactadas en un momento sumamente distante del desarrollo científico y técnico actual del mejoramiento vegetal.

Si se pone el foco únicamente en el concepto de “variedad”, el Convenio de UPOV la define como:

Un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda: a) definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos; b) distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos; y c) considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración. (UPOV, 1991, p. 4)

De esta forma, este clásico concepto de “variedad” establece que esta se precisa por los caracteres resultantes de un genotipo o combinación de genotipos (esto último para el caso de las variedades híbridas). O sea, legalmente, una

---

6 No debe confundirse la “superposición de derechos” con la “coexistencia de derechos”, que es cuando una variedad vegetal protegida por un DOV contiene además una o más invenciones biotecnológicas protegidas. Ver, por ejemplo, Rapela (2016) y Rapela y Witthaus (2006). Existen cuatro Actas de UPOV que responden a los Convenios de 1961, 1972, 1978 y 1991.

7 Decreto 2183/1991.

variedad se la define exclusivamente por el fenotipo, lo cual es un producto directo del estado de la ciencia al momento de su redacción en 1991. En ese entonces, el análisis fino del genotipo era investigación de vanguardia al alcance de poquísimos centros de investigación a nivel mundial y extremadamente onerosa.<sup>8</sup> El avance de la genómica llevó con el tiempo a entender aspectos sutiles de la relación entre genotipo y fenotipo y fue así como, desde hace varios años, se conoce que puede darse el caso de que dos variedades de genotipo diferentes puedan tener un mismo fenotipo, y que dos variedades de fenotipo diferentes puedan tener el mismo genotipo (UPOV, 2004).

Para la propuesta de un único sistema integral para la protección del germoplasma vegetal, la definición de “variedad” por medio de la observación exclusiva del fenotipo es un concepto que ya no cabe en el estado actual de la técnica y que debería modificarse a fin de que la calificación de “variedad vegetal diferente” se dé cuando el fenotipo y el genotipo difieran simultáneamente (Rapela, 2019e). En esta propuesta, la extensión del cambio genotípico (número de bases de ADN modificado) a los efectos de la distinción no sería trascendente. Esto es un elemento fundamental en la consideración, dado que el reemplazo de un solo nucleótido puede hacer a una variedad diferente, en tanto y en cuanto ese único cambio produzca un fenotipo diferente mediante una variación de carácter cualitativo. Análogamente, un extenso cambio genotípico (por ejemplo, en un sector silente del genotipo) no hace a una variedad diferente si dicho cambio no expresa un cambio fenotípico. Según la propuesta del citado autor, una variedad es “distinta”:

Si es posible diferenciarla por el genotipo o combinación de genotipos y por la expresión de al menos una característica cualitativa resultante de un genotipo en particular o de una combinación de genotipos, de cualquier otra Variedad Vegetal cuya existencia sea notoria en la fecha de la presentación de la solicitud. (Rapela, 2019e, p. 74)

Dado que en el DOV los caracteres utilizados para la diferenciación son los mismos que para la demostración de las condiciones de uniformidad y estabilidad, la propuesta de una nueva definición de “variedad” tiene un alcance directo sobre los tres requisitos obligatorios del derecho: diferenciación, uniformidad y estabilidad.

---

8 Por ejemplo, el Proyecto Genoma Humano, que permitió su decodificación completa, fue llevado a cabo por múltiples centros de investigación de diversos países, demandó trece años de investigación (2000-2013) y tuvo un costo que superó los 3000 millones de dólares. Ese mismo trabajo se puede hacer hoy en día en el término de horas y a un costo de 400 dólares.

En segundo lugar, en lo concerniente a las invenciones biotecnológicas, y si bien estas pueden ser protegidas por una patente, las generalizaciones son complejas. Los criterios de patentabilidad prescritos en el ADPIC y en las leyes de patentes se aplican a las invenciones en todos los campos de la tecnología de la misma manera, pero la aplicación de la ley de patentes a las invenciones biotecnológicas debe abordar una serie de particularidades que pueden no existir de la misma manera en otras áreas tecnológicas, lo cual ha desencadenado discusiones generalizadas (WIPO, 2020).

Más allá de que la invención debe cumplir con las condiciones de novedad absoluta, altura inventiva y aplicación industrial, en algunos países, una secuencia natural de ADN simple, o una secuencia parcial de un gen aislado y purificado de su entorno original, puede ser objeto de protección por patente. En otros países, esto solo puede suceder en tanto se proporcione una indicación y una descripción de una función utilizada para evaluar el requisito de aplicación industrial y la función correspondiente se reivindique específicamente en la solicitud. Otros países no contemplan la posibilidad del patentamiento de nada preexistente en la naturaleza, pero sí conceden patentes a invenciones biotecnológicas consistentes en construcciones genéticas definidas obtenidas artificialmente en un laboratorio (Rapela, 2019d).<sup>9</sup>

El hecho concreto es que, en el campo de las invenciones biotecnológicas y la propiedad intelectual, ningún desarrollador puede estar seguro prácticamente de nada, lo cual genera una situación escasamente favorable y no es proclive a incentivar la innovación.<sup>10</sup> No solo lo que es materia viva patentable en un país puede no serlo en otro, sino que, además, en un país dado, las regulaciones pueden ser tan cambiantes que lo que era patentable en un momento puede no serlo más adelante (Rapela, 2016).<sup>11</sup>

---

9 Este es el caso de la Argentina. Entre varios ejemplos, merece destacarse la patente AR039518B1, concedida el 29 de noviembre de 2011 por el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial al CONICET y a la empresa BIOCERES S.A. por un nuevo gen que codifica para un factor de transcripción que confiere tolerancia a la sequía. Esta fue la primera patente biotecnológica concedida para una invención nacional.

10 Por ejemplo, ya existen casos en los que obtenciones vegetales concretas logradas mediante edición génica no disponen de protección intelectual en ningún sistema vigente. Ver, por ejemplo, Rapela (2019d).

11 La Argentina es un caso paradigmático en la materia. El alcance de la exclusión de la patentabilidad en invenciones biotecnológicas ha ido decreciendo desde la promulgación de la Ley 24481/1995, su Decreto reglamentario 260/1996 y las sucesivas directrices en patentamiento del Instituto Nacional de la Propiedad Industrial por medio de las Resoluciones 243/2003 y 283/2015. Ver, por ejemplo, Rapela (2016).

Pero, además, toda la experiencia de la que se dispone ha estado fundamentalmente asociada a la obtención de OGM mediante transgénesis, o sea, la introducción de un gen exógeno a la especie objetivo. Dentro de esta compleja problemática, al menos resultaba claro identificar cuál era la invención biotecnológica específica. Pero ahora, y ante la concreta posibilidad que brinda la edición génica de poder modificar puntualmente una pequeña parte del ADN original y natural de un organismo sin agregarle a esta información genética exógena, la discusión de qué es patentable y qué no se convierte prácticamente en abstracta. ¿Se concedería una patente sobre un gen natural al que se le modificó un par de bases de ADN? Discernir una línea de corte y establecer que 1, 2, 3 o n cambios de bases constituyen un paso inventivo que califique para cumplir con criterios de patentabilidad no tiene base científica alguna. Un solo cambio de bases podría ser altamente inventivo en un caso, y n cambios podrían ser intrascendentes (Rapela, 2019d).

Por todos estos motivos, y como parte de la propuesta ya mencionada de sistema integral, Rapela (2019e) sostiene que deberían considerarse protegibles: (a) una secuencia parcial o completa de ADN complementario;<sup>12</sup> (b) una secuencia de ADN, o un gen o un elemento aislado de su entorno natural mediante un procedimiento técnico de identificación, purificación, caracterización y multiplicación y que, además, haya sido alterado por cualquier procedimiento mutagénico, tanto físico (radiación), como químico (agentes mutagénicos) o de sitio-específico (derivado de cualquier técnica de edición génica); (c) una secuencia de ADN o un gen obtenido por técnicas de biotecnología moderna descritas y por describirse y que en todos los casos no sean copias exactas de cualquier secuencia de ADN o gen preexistente en la naturaleza; (d) una nueva combinación de material genético o evento de transformación.

Asimismo, la propuesta detalla que no calificaría para ser una invención biotecnológica: (a) nada preexistente en la naturaleza; (b) todo aquel germoplasma nuevo que sea factible de una protección mediante DOV; (c) el mero descubrimiento de una secuencia parcial o completa de un gen, incluyendo

---

12 El ADN complementario (ADNc) es una molécula de ADN de doble cadena, artificial, sintetizada en el laboratorio, en la cual una de las cadenas es una secuencia totalmente complementaria al ARN mensajero patrón a partir del cual se ha sintetizado. Para sintetizar ADNc, se invierte el sistema normal de transcripción que utilizan las células mediante el uso de la transcriptasa inversa. El ADNc, al tener una secuencia de bases complementaria de la del RNA mensajero patrón, no contiene secuencias no codificantes y eso lo diferencia del DNA genómico, que sí las posee. La posibilidad de patentar ADNc es derivación directa del dictamen de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Molecular Pathology v. Myriad Genetics* (Rapela, 2019e).

su aislamiento de su entorno natural mediante un procedimiento técnico de identificación, purificación, caracterización y multiplicación, siempre que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento en estado natural; (d) aquellos genes mutantes obtenidos por mutación espontánea; (e) aquellas invenciones cuya explotación comercial deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños científicamente comprobables al medio ambiente.

Además, a los fines de configurar una invención biotecnológica, la aplicación industrial de una secuencia parcial o completa de un gen debería figurar explícitamente en la solicitud de protección y, por lo tanto, una mera secuencia parcial o completa de un gen sin indicación de función biológica alguna no constituiría una invención biotecnológica. Tampoco la protección conferida a una invención biotecnológica podría extenderse a cualquier material biológico o variedad vegetal en la que haya sido insertada por cualquier procedimiento natural o esencialmente biológico, pero, asimismo, la protección conferida a una invención biotecnológica no se agotaría si el material biológico o la variedad vegetal que la contiene se utilizara posteriormente para nuevas reproducciones o multiplicaciones. La protección conferida a una invención biotecnológica no podría comprender más que una sola invención o un grupo de invenciones relacionadas entre sí de tal manera que integren un único concepto inventivo general. La invención biotecnológica debería ser descrita en la solicitud de manera suficientemente clara y completa para que un experto en la materia pueda aplicarla. Las reivindicaciones deberían ser claras y concisas y el derecho conferido estaría determinado por la primera reivindicación aprobada, la cual define la invención biotecnológica y delimita el alcance del derecho. Si la claridad y comprensión de la invención lo exigiera, la primera reivindicación podría ir seguida de una o varias reivindicaciones –llamadas dependientes– destinadas a aclarar definiciones incluidas en esta. La reivindicación en ningún caso podría alcanzar a una secuencia parcial o completa de un gen preexistente en la naturaleza que haya servido de base para el nuevo desarrollo.

Tanto sea para el caso de las variedades vegetales como para invenciones biotecnológicas, la propuesta de un sistema integral (Rapela, 2019e) está fuertemente asentada en el principio de la “Ley de la Naturaleza” (*Law of Nature*), sustentado –pero no siempre observado– en la misma génesis de la propiedad intelectual en la que el límite entre invención y descubrimiento es taxativo. Esto es, se deben proteger productos y procesos derivados de la inventiva humana

(invención), pero no se deben proteger materias preexistentes en la naturaleza (descubrimiento). En este caso, además, se ha tenido en cuenta todo el entorno científico y técnico a los fines de mantener incólumes las funciones de la propiedad intelectual, esto es, ser un incentivo para los inventores y establecer un equilibrio entre la protección exclusiva y el bienestar aportado a la sociedad.

Es probable que muchas de las cuestiones aquí tratadas sean foco de atención de cambios legislativos importantes en algunos ámbitos. Por ejemplo, recientemente y en lo relativo al impacto de las técnicas de edición génica, la Unión Europea solicitó a la Comisión Europea estudios que deben incluir “opciones para actualizar la legislación existente” en propiedad intelectual sobre obtenciones vegetales que deben presentarse antes de abril 2021 (Foote, 2019).<sup>13</sup> En otros casos parecería no ser así, tal como acontece en la Argentina, donde desde 2016 hasta 2018 se presentaron once proyectos de reformas a la Ley 20247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas, ninguno de los cuales contuvo el mínimo tratamiento al impacto de las nuevas tecnologías genéticas en la obtención de variedades vegetales, excepto para el tema de los OGM (Rapela, 2019a; 2019f).

Finalmente, el mejoramiento vegetal moderno está planteando cuestionamientos epistemológicos a los obtentores de nuevas variedades de plantas. Por ejemplo, el mejoramiento vegetal fue inicialmente concebido como un arte, luego como la aplicación de arte y ciencia y, actualmente, como ciencia. En otras palabras, el mejoramiento vegetal está en un permanente estado de transición (Funk, 2020). En términos más concretos, hasta fines del siglo XX, un obtentor de variedades pasaba la mayor parte de su tiempo tomando observaciones de sus plantas bajo cría a campo y sus decisiones estaban basadas en una decena de datos cuantitativos y cualitativos. Hoy en día, un obtentor inmerso en el avance del mejoramiento vegetal moderno prácticamente recién observa sus variedades mejoradas cuando alcanzan el último estadio de desarrollo. Su actividad está fundamentalmente frente a una computadora, ya que sus decisiones se basan en millones de datos de información que son generados por medio de equipamiento tecnológico de vanguardia y no por sus observaciones directas. Sin entrar en valoraciones de uno u otro, el arte del mejoramiento vegetal ha dejado su lugar para la ciencia del mejoramiento vegetal.

En este contexto evolutivo de la especialidad resta entonces abordar la problemática ya mencionada de la posibilidad de la creación de: (1) productos biológicos completamente sintéticos; y (2) productos desarrollados sin inter-

---

13 Desde las coaliciones de “partidos verdes” de la Unión Europea se considera que no habrá cambios significativos en las legislaciones.

vención humana. Al paso en el que se desarrollan los avances en biología, no puede descartarse que ambas posibilidades se concreten en el corto plazo.<sup>14</sup>

Llegado este punto, las preguntas sin responder que se analizaron para invenciones “tradicionales” en el régimen de patentes, o en derechos de autor, son igualmente válidas: (a) ¿Deberían los sistemas de DOV o de patentes abstenerse de otorgar protección en caso de invenciones no humanas?; (b) ¿La obtención o invención deberían ser propiedad de las personas de existencia real que desarrollaron los algoritmos?; (c) ¿Podría un sistema inanimado de IA ser el obtentor de una variedad o el inventor de una invención biotecnológica?

Es difícil encontrar argumentos para dar respuestas afirmativas a estas tres cuestiones. Para el caso de la pregunta (a), debido a que, ante la ausencia de protección, desaparecería todo incentivo a la innovación que generan los sistemas de propiedad intelectual bien aplicados. Para el caso de la pregunta (b), dado que extender el alcance de la propiedad intelectual del desarrollador del algoritmo de IA hasta el producto final de un proceso de IA sería una desmesura del alcance del derecho, aunque es imaginable que esto pueda llegar a ocurrir. Para estos casos debería ser prudente asegurar que proceso y producto no queden vinculados en el alcance del derecho del primero. Finalmente, la pregunta (c), es decir, conceder un derecho de propiedad intelectual a un sistema inanimado, es la más espinosa, sobre todo teniendo en cuenta que ya existe un caso real en este sentido (tal como se describió en el ejemplo de patentes del apartado 3). Tampoco para esta cuestión parecería adecuada una respuesta afirmativa, ya que, de ser así, el principio *quid pro quo* (algo por algo) en el que se basa la teoría de la negociación o intercambio de los derechos de propiedad intelectual no podría verificarse. Por ello, y más allá de que la totalidad de un proceso creativo se haya hecho mediante aplicación de IA, la decisión final de entregar a la sociedad un producto, sea este una variedad vegetal o una invención biotecnológica, debería tener a una persona humana responsable en términos legales y registrables de las consecuencias de tal acto, sean estas positivas o negativas.

---

14 En 2010, y publicado en la principal revista científica del mundo, un equipo de investigación dirigido por Craig Venter (pionero en el Proyecto Genoma Humano), produjo la primera célula bacteriana sintética llamada *Mycoplasma mycoides* JCVI-syn 1.0. El experimento fue prueba concluyente de que los genomas de seres vivos pueden diseñarse en la computadora, fabricarse en el laboratorio y trasplantarse a una célula receptora para producir una nueva célula autorreplicante controlada solo por el genoma sintético. La bacteria *Mycoplasma mycoides* JCVI-syn 1.0 es considerada como el primer organismo sintético desarrollado en el mundo (Gibson et al., 2010).

## 5. Conclusiones

El mejoramiento vegetal moderno con el fin de obtener nuevas variedades de plantas es una disciplina en las fronteras del conocimiento y en avance vertiginoso permanente. Las tradicionales técnicas basadas exclusivamente en determinaciones fenotípicas están siendo acompañadas, o aun reemplazadas, por una selección genómica y fenomica generada en big data con millones de puntos de indagación. Con esta información es posible incrementar significativamente el conocimiento genómico y la respuesta fenomica de los cultivos y realizar tanto selección asistida con alto poder discriminatorio y en menor tiempo como aplicar las técnicas de edición génica.

Dentro de este contexto, y dado el volumen de información, es prácticamente imposible para un ser humano examinar tal cantidad de datos para tomar decisiones fundadas. De allí es que se hace necesario acudir a la asistencia de novedosas tecnologías de inteligencia artificial, incorporando el aprendizaje automático y el aprendizaje profundo, para conjugar una visión y análisis completo del problema a través de una interacción ser humano-computadora nunca abordada.

En la actualidad, la selección genómica y la aplicación de la edición génica en el mejoramiento vegetal mediante la asistencia de la inteligencia artificial han puesto al descubierto desarticulaciones y anacronismos importantes en los sistemas de derechos del obtentor y de patentes de invenciones biotecnológicas. Entre otras, algunas definiciones críticas, tales como la de “variedad vegetal”, o el esclarecimiento de qué es patentable o no patentable en las invenciones biotecnológicas, traslucen una dislocación con los avances científicos y técnicos.

A nivel internacional, y si bien al menos a nivel de la Unión Europea ya se ha empezado a analizar la posibilidad de revisiones a los sistemas legales de protección en vista a los desarrollos técnicos, hasta el presente las propuestas de soluciones han sido escasas. En la práctica, solo hay una única propuesta de un sistema integrado para la protección de todo tipo de germoplasma. Esto lleva a recapacitar sobre las razones que motivan este curioso hecho, entre las cuales no puede descartarse la hipótesis de que los sistemas independientes de protección actualmente vigentes, con tantas áreas grises, ambigüedades, superposiciones entre sí y falta conjunta de tratamiento a temas críticos, sean funcionales a ciertos sectores políticos, institucionales y/o empresarios.

En el contexto de la Argentina, la problemática adquiere una dimensión aún más profunda. El tratamiento de reformas a la Ley 20247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas deambula en círculos desde hace más de dos décadas, enfocada casi exclusivamente en una arcaica e irresuelta disputa por el pago de

regalías por el uso propio de semillas de variedades protegidas. La distancia que hay entre esta discusión y la actualidad del mejoramiento vegetal aquí planteada es abismal.

Ante los avances del mejoramiento vegetal y las posibilidades concretas de logros significativos que serán para beneficio de todos, resulta evidente la necesidad de una revisión de los marcos internacionales de propiedad en lo concerniente a materia viva vegetal. Esta revisión debería dejar de lado las tendencias actuales que han llevado a la puesta en vigencia de tratados y convenios independientes que se aplican a un todo que es indivisible. Una nueva variedad vegetal es un organismo integral en el que convergen y conjugan los conocimientos milenarios de la etapa de domesticación de los cultivos, los recursos genéticos, el mejoramiento vegetal tradicional y el moderno junto con las invenciones biotecnológicas, y así debería ser tratado. Una propuesta más lógica para aplicar debería ser un único, moderno y actualizado sistema integrado *sui generis* de protección para todo tipo de germoplasma vegetal.

Por último, la inédita interacción ser humano-computadora ya está generando profundos desafíos a la interpretación y alcance los derechos de propiedad intelectual relativos a patentes y a derechos de autor. Dadas las enormes posibilidades que se abren en el mejoramiento vegetal moderno, es altamente probable que, en el futuro próximo, sea posible desarrollar componentes genómicos sintéticos y hasta la obtención de variedades vegetales como resultado final de procesos de decisión con baja a nula intervención humana basados en sistemas de inteligencia artificial. De llegar a este punto, debería mantenerse inalterable el principio *quid pro quo* (algo por algo) en el que se basa la teoría de la negociación o intercambio de los derechos de propiedad intelectual, de forma tal que siempre deba existir una persona humana responsable en términos legales y registrables de las consecuencias de sus actos, sean estas positivas o negativas.

## Bibliografía

- Breseghello, F. y Guedes Coelho, A. S. (2013). Traditional and Modern Plant Breeding Methods with Examples in Rice (*Oryza sativa* L.). *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, 61(35), 8277-8286. <https://doi.org/10.1021/jf305531j>.
- Butler, L. (1 de agosto de 2019). World first patent applications filed for inventions generated solely by artificial intelligence. *Press Release, University of Surrey*. <https://www.surrey.ac.uk/news/world-first-patent-applications-filed-inventions-generated-solely-artificial-intelligence>.

- Chavali, P. (2020). *How Math and Data Science Accelerate Innovation While Conserving Resources*. <https://www.cropscience.bayer.com/innovations/data-science/a/how-math-and-data-science-accelerate-innovation-while-conserving>.
- Crain J., Mondal S., Rutkoski J., Singh R. P. y Poland J. (2018). Combining high-throughput phenotyping and genomic information to increase prediction and selection accuracy in wheat breeding. *Plant Genome*, 11(1). <https://doi.org/10.3835/plantgenome2017.05.0043>.
- Dolinski, K. y Troyanskaya, O. G. (2015). Implications of Big Data for cell biology. *Molecular Biology of the Cell*, 26(14), 2575-2578.
- Donnenwirth, J. (23 de agosto de 2018). Does the UPOV System Foster Modern Innovation? *Seed World*. <https://seedworld.com/upov-system-foster-modern-innovation/>.
- Foote, N. (2019). EU study to clarify gene editing court ruling further muddies waters. *EU RACTIV.com*. <https://www.euractiv.com/section/agriculture-food/news/eu-study-to-clarify-gene-editing-court-ruling-further-muddies-waters/>.
- Funk, J. (24 de febrero de 2020). Plant Breeding: Art or Science? *Seed World*. <https://seedworld.com/plant-breeding-art-or-science/>.
- Gibson, D. G., Glass, J. I., Lartigue, C., Noskov, V. N., Chuang, R. Y., Algire, M. A., Benders, G. A., Montague, M. G., Ma, L., Moodie, M. M., Merryman, C., Vashee, S., Krishnakumar, R., Assad-Garcia, N., Andrews-Pfannkoch, C., Denisova, E. A., Young, L., Qing Qi, Z., Segall-Shapiro, T. H., Calvey, C. H., Parmar, P. P., Hutchison, C. A., Smith, H. O. y Venter, J. C. (2010). Creation of a Bacterial Cell Controlled by a Chemically Synthesized Genome. *Science*, 329(5987), 52-56.
- Gil, Y., Greaves, M., Hendler, J. y Hirsh, H. (2014). Amplify scientific discovery with artificial intelligence: Many human activities are a bottleneck in progress. *Science*, 346(6206), 171-172.
- González-Camacho, J. M., Ornella, L., Pérez-Rodríguez, P., Gianola, D., Dreisigacker, S y Crosa, J. (2018). Applications of Machine Learning Methods to Genomic Selection in Breeding Wheat for Rust Resistance. *Plant Genome*, 11(2), 1-15.
- Guadamuz, A. (octubre de 2017). Artificial intelligence and copyright. *WIPO Magazine*. [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2017/05/article\\_0003.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html).
- Hancock, J. M. (2014). Introduction to phenomics. En Hancock, J. M., (Ed.), *Phenomics* (pp. 1-7). Florida: CRC Press.
- Harfouche, A. L, Jacobson, D. A., Kainer, D., Romero, J. C. Harfouche, A. H., Mugnozza, G. S., Moshelion, M., Tuskan, G. A., Keurentjes, J. J. B. y Altman, A. (2019). Accelerating Climate Resilient Plant Breeding by Applying Next-Generation Artificial Intelligence. *Trends in Biotechnology*, 37(11), 1217-1235.
- Harken, R. (2019). Artificial Intelligence for Plant Breeding in an ever-changing climate. *Oak Ridge Leadership Computing Facility*. <https://www.olcf.ornl.gov/2019/11/13/ai-for-plant-breeding-in-an-ever-changing-climate/>.
- Herrero, M. et al. (2020). Innovation can accelerate the transition towards a sustainable food system. *Nat Food*, (1), 266-272. <https://doi.org/10.1038/s43016-020-0074-1>.
- Hou, Y. (2019). Protecting New Plant Varieties in China and Its Major Problems. En Liu, K. C., Racherla, U. (Eds.), *Innovation, Economic Development, and Intellectual Property in India and China*. Singapur: Springer. [https://doi.org/10.1007/978-981-13-8102-7\\_14](https://doi.org/10.1007/978-981-13-8102-7_14).
- ISAAA. (2019). *Omics Sciences: Genomics, Proteomics, and Metabolomics*. Pocket K No. 15. <https://www.isaaa.org/resources/publications/pocketk/15/default.asp>.

- Lazcano, R. (6 de enero de 2020). Diferencia entre inteligencia artificial, machine learning y deep learning. *Enzyme Advising Group*. <https://blog.enzymeadvisinggroup.com/inteligencia-artificial-machine-learning>.
- Lawson, C. (2015). The breeder's exemption under UPOV 1991, the Convention on Biological Diversity and its Nagoya Protocol. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10(7), 526-535. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpv080>.
- Marr, B. (16 de noviembre de 2018). The Wonderful Ways Artificial Intelligence Is Transforming Genomics and Gene Editing. *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/11/16/the-amazing-ways-artificial-intelligence-is-transforming-genomics-and-gene-editing/?sh=f1f542e42c11>.
- NCBI. (2020). *Commonly Used Genome Terms*. National Center for Biotechnology Information. US National Library of Medicine. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/projects/genome/glossary.shtml>.
- NCC. (noviembre de 2019). Glossary of Terms. Centers for Disease Control and Prevention. Office of Science (OS). *Office of Genomics and Precision Public Health*. <https://www.cdc.gov/csels/dsepd/ss1978/glossary.html>.
- Rapela, M. A. (2000). *Derechos de propiedad intelectual en vegetales superiores*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Rapela, M. A. (2014). Post Transgenesis: new plant breeding techniques. *Seed News*, XVIII(1), 14-15.
- Rapela, M. A. (2016). Ley 20.247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas: las razones para su actualización y los proyectos bajo análisis en Argentina. *Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios*, (45), 69-98.
- Rapela, M. A. (2018a). Metodología de CRISPR, aspectos legales y regulatorios. *Actas XI Congreso Nacional de Maíz*, Mesa de Genética y Mejoramiento Genético Vegetal (pp. 266-270).
- Rapela, M. A. (2018b). Edición Génica mediante sistemas CRISPR/Cas. *AGROPOST CPIA*, (155), 11-13.
- Rapela, M. A. (2018c). Gene editing and CRISPR-Cas. *Seed News Magazine*, XXII, 12-16.
- Rapela, M. A. (2019a). Ley 20.247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas - Análisis de los proyectos de reforma y del dictamen de las comisiones. *Anales de Legislación Argentina*, LXXIX(7), 3-93.
- Rapela, M. A. (2019b). The European Court of Justice ruling on products derived from genome editing: a case for Brazil and Argentina? *Seed News Magazine*, XVIII(1), 6-8.
- Rapela, M. A. (2019c). Post Malthusian dilemmas in Agriculture 4.0. En Rapela, M. A., *Fostering innovation for Agriculture 4.0 - A comprehensive Plant Germplasm System* (pp. 1-16). Suiza: Springer Nature.
- Rapela, M. A. (2019d). The regulatory tangle. En Rapela, M. A., *Fostering innovation for Agriculture - A comprehensive Plant Germplasm System 4.0* (pp. 17-52). Suiza: Springer Nature.
- Rapela, M. A. (2019e). Plant Germplasm Integrated System. En Rapela, M. A., *Fostering innovation for Agriculture 4.0 - A comprehensive Plant Germplasm System* (pp. 71-105). Suiza: Springer Nature.
- Rapela, M.A. (2019f). Soberanía tecnológica y propiedad intelectual en el marco de los proyectos de reforma de la ley 20.247 de semillas y creaciones fitogenéticas. *Revista Jurídica de Agronegocios*, (8), IJ-DCCLII-920.
- Rapela, M. A. y Levitus, G. (2014). Novas técnicas do melhoramento. *Anuario da ABRASEM, Associação Brasileira de Sementes e Mudanças* (pp. 29-32).

- Rapela, M. A. y Witthaus, M. (2006). Vacíos de protección en la legislación argentina sobre derechos del obtentor y de patentes. En Rapela, M. A., (Dir.), *Innovación y Propiedad Intelectual en Mejoramiento Vegetal y Biotecnología Agrícola* (pp. 269-291). Buenos Aires: Heliasta.
- Schlackman, S. (22 de abril de 2018). Who holds the Copyright in AI Created Art. *Artrepreneur Art Law Journal*. <https://alj.artrepreneur.com/the-next-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art/>.
- Thaler, S. L. (18 de noviembre de 2008). *US Patent 7,454,388, Device for the autonomous bootstrapping of useful information*. Washington: DC US Patent and Trademark Office.
- Voss-Fels, K. P., Cooper, M. y Hayes, B. J. (2019). Accelerating crop genetic gains with genomic selection. *Theoretical and Applied Genetics*, 132(3), 669-686.
- UPOV. (1991). *Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*. [https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov\\_pub\\_221.pdf](https://www.upov.int/edocs/pubdocs/es/upov_pub_221.pdf).
- UPOV. (2004). Molecular Techniques. *International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV) Administrative and Legal Committee*. Fiftieth Session Geneva, 18-19 de octubre. Document prepared by the Office of the Union.
- Wang, H., Cimen, E., Singh, N. y Buckler, E. (2020). Deep learning for plant genomics and crop improvement. *Current Opinion in Plant Biology*, (54), 34-41.
- WIPO. (13 de diciembre de 2019). *Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence. (AI)*. [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20\\_1.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_20_1.pdf).
- WIPO. (2020). *Patent Expert Issues: Biotechnology*. <https://www.wipo.int/patents/en/topics/biotechnology.html>.
- Zavia, M. S. (4 de agosto de 2016). Una inteligencia artificial pinta un nuevo cuadro de Rembrandt tras estudiar toda su obra. *GIZMODO*. <https://es.gizmodo.com/una-inteligencia-artificial-pinta-un-nuevo-cuadro-de-re-1769869684>.

## Legislación citada

- Decreto 2183. Reglamentación de la Ley 20247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/7439/norma.htm>.
- Ley 20247 de Semillas y Creaciones Fitogenéticas. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=34822>.
- Ley 24376. Aprobación del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales, revisado en Ginebra (Suiza) el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=768>.
- Ley 24425. "Aprobación del Acta final que incorpora la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, declaraciones y entendimientos ministeriales y el Acuerdo de Marrakech, promulgada por Decreto 2279/1994", BO 5/01/1995. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=799>.

## Apéndice - Glosario

Los permanentes avances en los campos técnicos relacionados con el mejoramiento genético e inteligencia artificial a menudo generan confusión relacionada con el significado e interpretación de los nuevos términos. A continuación, un breve glosario (Hancock, 2014; Harfouche et al., 2019; ISAAA, 2020; NCBI, 2020; NCC, 2019):

- Algoritmo: conjunto de instrucciones computacionales bien definidas que extraen, procesan, calculan y estiman datos para resolver un problema.
- Aprendizaje automático (*machine learning*): es un subconjunto de la inteligencia artificial. Mientras que esta última es la capacidad de las computadoras de mostrar un comportamiento “inteligente”, el aprendizaje automático es la técnica que se utiliza para crear y mejorar dicho comportamiento y se especializa en técnicas estadísticas para la programación de algoritmos capaces de aprender a realizar tareas.
- Aprendizaje profundo (*deep learning*): es un subconjunto del aprendizaje automático por el cual los sistemas basados en inteligencia artificial pueden no solo aprender conceptos, sino también comprender contextos y entornos complejos.
- Big data (BD) (denominados alternativamente como “macrodatos”, “datos masivos” o “datos a gran escala”): conjunto de datos estructurados y no estructurados tan grandes y complejos que únicamente pueden ser procesados mediante aplicaciones informáticas. Los big data incluyen, por ejemplo, los datos de secuenciación de bases de nucleótidos de los genomas.
- Bioinformática (denominada alternativamente como “biología computacional”, “informática biológica”, “biocomputación”): es la aplicación de tecnologías computacionales y estadística para el procesamiento, gestión y análisis de datos biológicos.
- Construcción genética definida: es un segmento artificialmente construido de ADN que se introduce en un organismo objetivo. Una construcción genética definida a menudo consiste en una secuencia promotora, el gen deseado que se quiere introducir y una secuencia de terminación de la transcripción.
- CRISPR-Cas (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*; Repeticiones Palindrómicas Cortas Agrupadas Regularmente Interespaciadas, en español): Cas son diversas enzimas endonucleasas naturales que están siempre asociadas a los loci CRISPR. El CRISPR-Cas es un sistema natural de inmunidad adquirida presente en bacterias y arqueas. El sistema natural fue rediseñado para utilizarlo en cualquier tipo de organismo y se ha convertido en el más moderno y eficiente sistema para realizar edición génica.

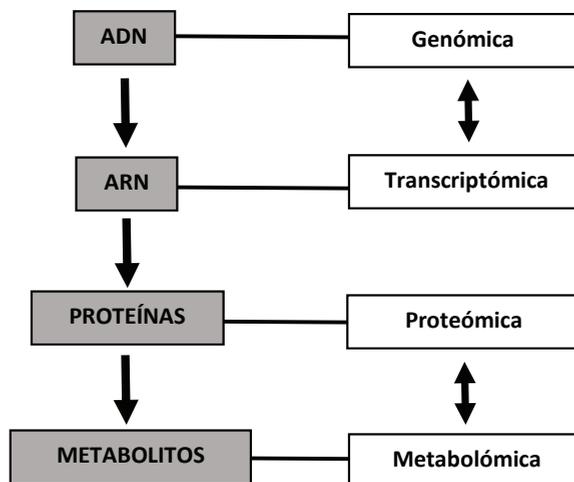
- Edición génica: es un conjunto de tecnologías que brindan a los especialistas la capacidad de realizar cambios (ediciones) altamente específicas en la secuencia de ADN de un organismo vivo (seres humanos, animales, plantas, microorganismos). La edición génica permite agregar, eliminar o alterar material genético en ubicaciones particulares del genoma, siendo la técnica CRISPR-Cas la más utilizada.
- Epistasis: es la interacción entre los distintos genes que codifican para un mismo carácter.
- Fenómica: es una nueva ciencia dedicada al estudio del fenotipo, que abarca la medición y el análisis sistemático de todos los rasgos cualitativos y cuantitativos de interés de un organismo.
- Fenotipo: es la expresión de características observables del genotipo de un organismo, la cual también está influenciada por factores ambientales.
- Gen: es un fragmento de ADN que constituye una unidad biológica con capacidad para codificar información genética para distintos caracteres o características de un organismo. El gen es un fragmento de ADN que codifica la información necesaria para hacer una proteína.
- Genoma: es el conjunto de información hereditaria de un organismo o, también, el grupo completo de genes de un organismo.
- Genómica: es una nueva ciencia de carácter interdisciplinario que trata sobre el descubrimiento, localización, estructura, secuenciación, funcionamiento y evolución del genoma completo de un organismo particular. Involucra la secuenciación masiva de alto rendimiento del ADN de los organismos junto con la bioinformática, a los fines de ensamblar y analizar la función y estructuras de genomas completos. Determinada la secuencia genética, esta es aplicada para:
  - Genómica comparativa: compara los genes de diferentes organismos.
  - Genómica estructural: determina la conformación tridimensional de una o más proteínas que son codificadas por un genoma dado con el propósito de caracterizar su función
  - Genómica funcional: estudia la función de los genes.
- Genotipo: es el conjunto de genes o dotación genética de un individuo.
- Inteligencia artificial (IA): no hay una definición universal. En general, se entiende que es una disciplina de las ciencias de la computación referida al estudio, desarrollo y aplicación de algoritmos creados por seres humanos con el fin de lograr que las computadoras adquieran ciertas habilidades propias de la inteligencia humana. Es una ciencia que busca desarrollar en las

computadoras la capacidad de aprender y razonar como un ser humano y tomar decisiones por sí solas.

- Marcador molecular: como resultado de alteraciones genéticas corrientes (mutaciones, inserciones, deleciones), la composición de bases del ADN en una ubicación particular del genoma es distinto en individuos diferentes. A estas diferencias se las denomina “polimorfismos”, los cuales pueden mapearse e identificarse por medio de marcadores moleculares. Los marcadores moleculares son una secuencia de ADN en el genoma que se utiliza para marcar la posición de un gen específico bajo investigación o llamar la atención sobre la herencia de una característica. Los marcadores moleculares constituyen una herramienta esencial para los genetistas con aplicaciones en mejoramiento asistido, ingeniería genética, pruebas de paternidad e identificación de enfermedades.
- Mejoramiento asistido (o “mejoramiento asistido por marcadores moleculares” o “selección asistida por marcadores = “*marker assisted selection* = MAS”): moderna técnica de mejoramiento mediante la cual uno o varios (miles) marcadores moleculares son utilizados para seleccionar indirectamente un carácter de interés del cultivo difícil, costoso o controlado por muchos genes. El o los marcadores deben estar ligados al rasgo deseado de manera tal que la selección fenotípica tradicional de estos sea reemplazada por el análisis de los marcadores asociados. El mejoramiento asistido es generalmente mucho más preciso, eficaz, rápido y económico que el mejoramiento fenotípico tradicional, y ha sido particularmente exitoso cuando los rasgos son controlados por muchos genes, como por ejemplo el rendimiento.
- Ómicas: la genómica es el punto de inicio de una serie de disciplinas científicas llamadas en su conjunto “ómicas”:
  - Metabolómica: al conjunto completo de compuestos de bajo peso molecular de un organismo -también conocidos como “metabolitos”- se lo denomina “metaboloma”. Estos metabolitos son las “huellas” que dejan los distintos procesos celulares de un organismo. La metabolómica trata sobre el estudio de los procesos químicos que involucran metabolitos, es decir, determina el perfil de estos compuestos en un momento dado y bajo condiciones ambientales específicas. La metabolómica se aplica para determinar las diferencias del perfil entre organismos sanos y enfermos, entre organismos convencionales y genéticamente modificados y para identificar metabolitos de defensa.
  - Proteómica: el ARN, en particular el ARNm (mensajero), lleva la infor-

mación genética desde el gen (ADN) hasta el ribosoma, donde el mensaje codificado se traduce formando las proteínas. Al conjunto completo de proteínas de un organismo se lo denomina “proteoma”. La proteómica trata sobre el estudio de la estructura y función del proteoma.

- Transcriptómica: el ADN se transcribe o se copia en otro tipo de ácido nucleico que es el ARN. La transcriptómica abarca el estudio del conjunto de ARN que existe en un organismo (ARNr, ARNt, ARNm, ARNi, miARN).
- Organismos genéticamente modificados (OGM): son aquellos que poseen una combinación de material genético que se ha obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna. Más específicamente, son aquellos organismos que contienen una inserción en su genoma en forma estable y conjunta de unos o más genes o secuencias de ADN que forman parte de una construcción genética definida o evento transgénico.
- Secuenciación: conjunto de técnicas, métodos bioquímicos y biotecnológicos que tiene como fin determinar el orden de los nucleótidos en parte o en todo del ADN o ARN de un individuo.
- Selección genómica: son modelos de predicción desarrollados mediante la estimación del efecto combinado de todos los marcadores moleculares existentes simultáneamente en un fenotipo. Los modelos se desarrollan fenotipando y genotipando una población blanco, de modo que todos los loci que regulan un fenotipo están en desequilibrio de enlace con al menos un marcador.
- Taxonomía de las ómicas:



- Transgénesis: es el proceso para transferir un gen, parte de un gen o varios genes de una especie a otra, en general no sexualmente compatibles. Un organismo transgénico es aquel que posee en su genoma un gen, parte de un gen o varios genes no pertenecientes a su especie.

# ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

---



# CORRUZIONE, CONCUSSIONE E INDUZIONE INDEBITA NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

---

**Pasquale Gianniti**

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

## 1. Premessa

Il fenomeno corruttivo, negli ultimi anni, ha formato oggetto di un duplice importante intervento normativo da parte del legislatore italiano.

Il primo, ad opera della legge 6 novembre 2012 n. 190 (recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”),<sup>1</sup> che ha ridisegnato gli elementi costitutivi del reato di concussione, ha ad esso affiancato il nuovo reato di induzione indebita (art. 319-*quater* c.p.), e ha previsto come reato, in luogo della “corruzione per un atto d’ufficio”, la “corruzione per l’esercizio della funzione”.

Il secondo, più recente, ad opera della legge 9 gennaio 2019 n. 3 (recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”),<sup>2</sup> che ha riscritto la fattispecie criminosa del traffico di

---

1 La legge n. 190/2012, inoltre, ha introdotto, accanto alle tradizioni misure repressive, altre misure, dirette alla prevenzione della corruzione sul piano della stessa organizzazione della pubblica amministrazione, utilizzando strumenti amministrativi e organizzativi, che presuppongono una nozione di corruzione più ampia, che non si limita a considerare il fenomeno in chiave criminale. Sul complesso delle modifiche introdotte dalla legge n. 190/2012: cfr. Pulitanò (2012); Seminara (2012).

2 La legge n. 3/2019, in particolare: ha introdotto la collaborazione come causa di non punibilità di alcuni reati; ha esteso la tecnica investigativa delle operazioni sotto copertura anche alle indagini dei reati contro la pubblica amministrazione; ha inasprito le pene accessorie (in particolare quelle dell’interdizione dai pubblici uffici e dell’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione) e le sanzioni interdittive, che il d.lgs. n. 231 del 2001 prevede a carico delle persone giuridiche; ed ha modificato in modo radicale la disciplina della prescrizione, prevedendone la sospensione *sine die* dopo la sentenza di primo grado. Sulla legge di riforma n. 3/2019, cfr. Flora (2019); Gambardella (2019); Mantovani (2019); Padovani (2018); Pisani (2018); Pulitanò (2019).

influenze illecite (previsto dall'art. 346-bis)<sup>3</sup> ed ha previsto una pena detentiva più alta per il reato di corruzione per l'esercizio della funzione.

La ragione principale dei suddetti interventi è stata la diffusa consapevolezza: a) della trasformazione che il fenomeno corruttivo ha avuto negli ultimi anni;<sup>4</sup> b) della inidoneità delle fattispecie penali contenute nel codice penale del 1930 (e, in particolare, nell'art. 318) a fungere da deterrente; y, c) della necessità di affiancare ad un sistema repressivo (penale) un sistema preventivo (amministrativo).<sup>5</sup> Il tutto in vista di una adeguata azione di contrasto al fenomeno, che ha gravi ricadute sul sistema economico del Paese; e, in positivo, in vista della promozione di una autentica cultura della legalità,<sup>6</sup> che ricostituisca il rapporto fiduciario (non di rado compromesso) tra cittadini e pubblica amministrazione.<sup>7</sup>

---

3 Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 1 della legge n. 190/2012, in ossequio a quanto disposto dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003 (cosiddetta "Convenzione di Merida", ratificata con la legge 3 agosto 2009, n. 116) e soprattutto dalla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 (Convenzione di Strasburgo, ratificata dall'Italia con la legge 28 giugno 2012, n. 110).

Il delitto di traffico di influenze illecite si distingue dal delitto di corruzione propria (art. 319) e di corruzione in atti giudiziari (art. 319-bis) perché il patto tra il mediatore ed il committente è antecedente ed esterno rispetto a quello corruttivo; e si distingue dalla concussione (art. 317 c.p.) perché il primo presume un rapporto paritario tra committente e mediatore.

4 Oggi, il fenomeno corruttivo in Italia si caratterizza soprattutto perché il patto illecito ha sempre più ad oggetto non tanto il compimento di un singolo atto di ufficio, quanto piuttosto il complessivo esercizio della stessa funzione pubblica. Si caratterizza altresì: per il coinvolgimento dei livelli politici e dell'alta amministrazione, nonché della criminalità organizzata; per il sempre più frequente ricorso a figure intermedie; per il patto corruttivo, che intercorre non più soltanto tra due persone, ma anche tra due o più centri di potere; per la prestazione, che fornisce il privato corruttore (spesso costituita non più dalla "tangente", ma dalla garanzia di sostegno politico, elettorale o finanziario). Sulla trasformazione del fenomeno "corruzione" cfr. Cingari (2011; 2012); Clarich e Mattarella (2013); Davigo (1994); Davigo e Mannozi (2008); Della Porta (1992); Della Porta e Vannucci (1994); Forti (2003); Palazzo (2015); Vannucci (2003).

5 Proprio in tale ottica integrata, è stata istituita nel 2014, nella sua attuale configurazione, l'Autorità nazionale anticorruzione (detta anche A.N.A.C.), che è una autorità amministrativa indipendente (composta da 5 membri, tra i quali il presidente, che rimangono in carica sei anni) e si avvale, quale organo ausiliario, di una Camera arbitrale (costituita da docenti universitari di materie giuridiche). La mission dell'A.N.A.C. è quella di prevenire la corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l'attività di vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione.

6 Il fenomeno corruttivo si contrasta soprattutto con la cultura e la formazione, che sono come semplici gocce d'acqua, dotate di una forza prodigiosa, che le rende capaci di scavare nel tempo anche le pietre più dure.

7 Vari sono i fattori che hanno contribuito a rafforzare l'idea della complementarità tra il sistema di prevenzione ed il sistema di repressione nell'azione di contrasto ai fenomeni corruttivi. In par-

Oggetto del presente studio è, per l'appunto, la disamina comparativa delle tre fattispecie criminose che sono state maggiormente interessate dalle due novelle: la corruzione, la concussione e l'induzione indebita a dare o promettere utilità.<sup>8</sup>

La corruzione –che nel diritto intermedio veniva indicata con il termine “baratteria”, alludendo al baratto (o permuta) tra una cosa e un atto d'ufficio– è, in via di prima approssimazione, la compravendita di atti d'ufficio, il mercanteggiamento (o mercimonio) di una pubblica funzione. Essa in sostanza consiste in un accordo criminoso (*pactum sceleris*) tra pubblico funzionario e privato, in base al quale il primo accetta dal secondo, per l'esercizio della funzione o per un atto contrario ai doveri d'ufficio, un compenso che non gli spetta.

La concussione, invece, consiste sostanzialmente nell'abuso da parte del pubblico funzionario della sua posizione per estorcere indebiti vantaggi.

L'induzione indebita a dare o promettere utilità, infine, è una fattispecie criminosa (introdotta, si ribadisce, con legge n. 190/2012), che punisce la condotta del pubblico funzionario che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce per l'appunto taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità.

## 2. Elementi comuni

Occorre preliminarmente osservare che i suddetti delitti contro la Pubblica Amministrazione (di seguito P.A.) presentano, oltre a parecchi caratteri differenziali, diversi elementi comuni, come risulta dalla disamina comparativa che segue.

- a. I reati di concussione e corruzione, come pure il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità, hanno non solo il medesimo oggetto giuridico di categoria, in quanto offendono l'interesse al regolare funzionamento della P.A. nel suo duplice aspetto del buon andamento e della imparzialità (art. 97, comma 1, Cost.),<sup>9</sup> ma anche il medesimo oggetto giuridico di gruppo,

---

ticolare: il sensibile incremento delle fattispecie corruttive nel mondo delle commesse pubbliche; la relazione –rilevata anche in ambito sovranazionale (con i rapporti del GRECO, del CRIM e di altre istituzioni europee)– tra il mercimonio della funzione pubblica e la criminalità organizzata; la globalizzazione (essendo un incontrovertibile dato di fatto che la dimensione internazionale dei traffici commerciali e l'implementazione delle nuove tecnologie consentono oggi la partecipazione a gare indette su tutto il territorio globale).

8 Sui caratteri discretivi tra concussione, corruzione e induzione indebita: si cfr. Bartolo (2015); Castaldello (2016); Collica (2017); Diglio (2013); Dolcini (2013); Fanelli (2016); Gambardella (2014); Gatta (2014); Granieri (2017); Palombi (2019); Ripa (2018; 2020); Rivello (2017); Salcini (2013); Seminara (2012; 2017); Silvestre (2013); Torre (2016); Viglietta (2013).

9 La tutela penalistica, rispetto ai delitti contro la Pubblica Amministrazione, nel secolo scorso è

- in quanto offendono l'interesse della P.A. alla probità (o non venalità) dei suoi funzionari.
- b. Tutti e tre i reati sono propri, in quanto possono essere commessi esclusivamente da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio.<sup>10</sup>
  - c. Tutti e tre i reati ammettono la figura del funzionario di fatto.<sup>11</sup>
  - d. Tutti e tre i reati hanno il medesimo oggetto materiale reale: denaro od altra utilità.<sup>12</sup>
  - e. In tutti e tre i reati il destinatario del denaro o dell'altra utilità può essere anche "un terzo" (ad es. un partito politico), con esclusione della P.A.
  - f. Tutti e tre i reati ammettono il concorso eventuale, potendo essere chiamato a rispondere penalmente (a titolo di corruzione o di concussione o di indebita induzione) anche il terzo, che abbia agito come mero intermediario.
  - g. Tutti e tre i reati ammettono la circostanza attenuante speciale del fatto di particolare tenuità (art. 323 bis c.p.).
  - h. Tutti e tre i reati possono assumere la forma del cosiddetto reato ad evento differito (se l'evento si verifica in un tempo successivo alla condotta), ovvero del cosiddetto reato a distanza (se l'evento si verifica in un luogo diverso da quello della condotta).
  - i. In tutti e tre i reati la illegittimità dell'atto rende più grave la condotta delittuosa.<sup>13</sup>

---

stata a lungo ancorata al prestigio ed alla buona reputazione della P.A., ma, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana del 1948, è ancorata al principio di imparzialità e di buon andamento della P.A.

- 10 Resta inteso che la specifica qualifica soggettiva deve essere presente al momento del compimento del fatto di reato, non ricorrendo altrimenti alcun reato di pubblico ufficiale contro la P.A. nel caso in cui il fatto sia stato commesso prima che il soggetto abbia rivestito detta qualifica o in un momento successivo alla cessazione.
- 11 E' funzionario di fatto colui che esercita *de facto* (e non *de iure*) una pubblica funzione in base ad un titolo irregolare per vizi di sostanza o di forma, sempre che vi sia stato il concorso, esplicito o implicito, della volontà della P.A. (ad es., nomina irregolare, mancata prestazione del giuramento, decadenza dall'ufficio). Fino a quando la nomina non venga annullata ovvero l'ente pubblico non manifesti una volontà contraria, si considera valido il rapporto tra l'ente e la persona che agisce come organo, di modo che il funzionario di fatto è a tutti gli effetti un organo della P.A. Se, invece, manca un qualunque concorso della volontà della P.A. (ad es., inesistenza assoluta di titolo, nessun riconoscimento da parte della P.A.), allora il soggetto è un usurpatore e commette il delitto di usurpazione di funzioni pubbliche (art. 347 c.p.).
- 12 Il termine *utilità* è generalmente inteso in senso ampio (Per un'ampia disamina, in uno studio ancora attuale, mi sia consentito richiamare: Gianniti (1970), pp. 7-100). Il termine, infatti, designa qualsiasi vantaggio, anche non economico, idoneo a soddisfare un bisogno umano, comprese le prestazioni sessuali e le onorificenze.
- 13 Cass. pen., Sez. VI, 10/06/1989, n.11204: "In tema di criteri differenziali tra concussione e corru-

### 3. Caratteri differenziali

I delitti di corruzione, di concussione e di induzione indebita a dare o promettere utilità, si distinguono tra loro per molteplici caratteri differenziali che è possibile determinare analiticamente.

a) *L'oggetto giuridico specifico*: il pubblico funzionario, nella corruzione viola il dovere di svolgere la propria attività funzionale senza ricevere vantaggi o accettarne la promessa; mentre nella concussione e nella induzione viola il dovere funzionale di non avvalersi della propria posizione pubblica per estorcere indebiti vantaggi, nonché offende la libertà di determinazione dell'estraneo.

b) *Il soggetto passivo* (che è il titolare dell'interesse tutelato dalla norma penale e offeso dal reato): nella corruzione e nell'induzione indebita è soltanto la P.A., mentre nella concussione è anche il concusso. Perciò, la concussione, contrariamente alla corruzione e all'induzione indebita, è reato plurioffensivo, perché offende anche la libertà di determinazione dell'estraneo nella disponibilità dei propri beni. Ma la tutela primaria è accordata alla P.A. e non all'estraneo, cosicché questi, essendo una persona danneggiata (come tale può costituirsi parte civile) e non anche il titolare dell'interesse tutelato in via primaria dalla norma penale, non può validamente consentire, a norma dell'art. 50 c.p., sia perché non ne ha la capacità, sia perché si tratta di un interesse non disponibile.

c) *La tipologia*: la concussione e l'induzione indebita costituiscono entrambe figure criminose uniche, mentre la corruzione comprende una pluralità di figure criminose: la corruzione per l'esercizio della funzione (denominata impropria: art. 318), la corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio (denominata propria), che a sua volta si distingue in antecedente e in susseguente (art. 319); nonché la corruzione in atti giudiziari (art. 319 *ter*). Si prescinde in questa sede dalle quattro specie di istigazione alla corruzione, previste dall'art. 322, giacché esse presentano una diversità di struttura e di natura giuridica.<sup>14</sup>

---

zione non rileva tanto la circostanza delle contrarietà dell'atto ai doveri d'ufficio, quanto la condotta del pubblico ufficiale... Ne' è rilevante al fine di ritenere sussistente una ipotesi di reato anziché l'altra, il fatto che l'iniziativa sia stata presa dal pubblico ufficiale. Sia quest'ultimo elemento che quello dell'illegittimità dell'atto hanno quindi soltanto valore sintomatico".

14 Invero, il reato di istigazione alla corruzione (che ricorre nel caso in cui l'estraneo offre o promette e l'intraneo non accetta l'offerta o la promessa, come pure ricorre nel caso in cui l'intraneo sollecita una promessa o dazione e l'estraneo non accetta), è un reato monosoggettivo in ciascuna delle diverse forme di manifestazione, previste dall'art. 322.

Si noti che il tentativo di induzione indebita a dare o promettere utilità si differenzia dall'istigazione alla corruzione attiva di cui all'art. 322, commi 3 e 4, c.p., perché mentre quest'ultima fattispecie si inserisce sempre nell'ottica di instaurare un rapporto paritetico tra i soggetti coinvolti, diretto al

d) *Il soggetto attivo*: la concussione è un delitto plurisoggettivo in senso ampio o improprio, in quanto il concusso non viene punito; mentre la corruzione e l'indebita induzione sono reati plurisoggettivi in senso stretto o proprio, in quanto entrambi i soggetti vengono puniti.<sup>15</sup>

Tuttavia, soltanto la corruzione è reato bilaterale, in quanto le singole condotte dei coagenti muovono da punti opposti e sono rivolte in direzione reciproca. Al contrario, nel delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità, di cui all'art. 319-*quater* c.p., le condotte del soggetto pubblico che induce e del privato indotto si perfezionano autonomamente ed in tempi diversi, sicché il reato si configura in forma tentata nel caso in cui l'evento non si verifichi per la resistenza opposta dal privato alle illecite pressioni del pubblico agente.<sup>16</sup>

e) *La condotta*: nella concussione la condotta punibile è soltanto quella dell'intraneo che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe (cosiddetta concussione violenta o esplicita); mentre nella corruzione e nell'induzione indebita le condotte punibili sono due, come i soggetti. Invero, nella corruzione, l'estraneo dà o promette e l'intraneo riceve o accetta la promessa; nella induzione indebita, invece, l'intraneo induce, mentre l'estraneo dà o promette.

Inoltre, elemento qualificante della concussione e della induzione indebita è la condotta di abuso del pubblico funzionario,<sup>17</sup> che invece non è richiesta in alcuna delle fattispecie di corruzione.

Inoltre, nella corruzione, la condotta criminosa è alternativa o fungibile: l'intraneo, infatti, riceve o accetta la promessa. Non così nella concussione e

mercimonio dei pubblici poteri, la prima presuppone che il funzionario pubblico, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, ponga potenzialmente il suo interlocutore in uno stato di soggezione, avanzando una richiesta perentoria, ripetuta, più insistente e con più elevato grado di pressione psicologica rispetto alla mera sollecitazione, che si concretizza nella proposta di un semplice scambio di favori (Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228).

15 Proprio per questa ragione, la giurisprudenza di legittimità, formatasi prima della riforma del 2012, aveva valorizzato l'ambito applicativo della concussione rispetto a quello della corruzione, in quanto soltanto la prima consentiva di preservare una fonte di accusa (il concusso, per l'appunto).

16 Cass. pen., Sez. VI, 22 giugno 2016, n. 35271; analogamente Cass. pen., Sez. VI, 22 luglio 2015, n. 46071 (entrambe pubblicate dal Centro elettronico di documentazione della Corte. c.d. CED, come tutte le altre sentenze della Corte di seguito indicate).

17 L'abuso è una modalità della condotta (non il mezzo o lo strumento del reato) e consiste nell'uso indebito della propria posizione; più precisamente, l'abuso si ha quando il pubblico funzionario fa valere illegittimamente la sua qualità (se i poteri non sono specificati e si fa riferimento soltanto alla propria posizione pubblica rivestita di autorità) o i suoi poteri (se questi sono specificati e si superano i limiti consentiti, ad es. per incompetenza, ovvero si trasgrediscono le forme prescritte ovvero si devia verso un fine privato ovvero si omette *quod debetur*, ad es., rilascio di una licenza). L'abuso-elemento costitutivo del reato assorbe l'abuso-circostanza aggravante ex art. 61, n. 11, c.p.

nel reato previsto dall'art. 319 quater c.p., nei quali la condotta dell'intraneo è rispettivamente una condotta di costrizione<sup>18</sup> o di induzione.<sup>19</sup>

Infine, il reato di concussione e quello di induzione indebita a dare o promettere utilità si differenziano dalle fattispecie corruttive, in quanto i primi due illeciti richiedono, entrambi, una condotta di prevaricazione abusiva del funzionario pubblico, idonea, a seconda dei contenuti che assume, a costringere o a indurre "l'*extraneus*", comunque in posizione di soggezione, alla dazione o alla promessa indebita, mentre l'accordo corruttivo presuppone la "*par condicio contractualis*" ed evidenzia l'incontro libero e consapevole della volontà delle parti.<sup>20</sup>

f) *Il soggetto passivo della condotta*: contrariamente alla corruzione, la concussione e l'induzione indebita presentano anche un soggetto passivo della condotta.<sup>21</sup> Questi può anche essere un altro pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio (non solo inferiore, ma anche superiore gerarchico):<sup>22</sup> in tal caso ricorre l'aggravante di cui all'art. 61, n. 10 c.p. Più precisamente, oggetto della condotta criminosa non è la persona fisica, ma la persona nel suo aspetto psichico.

g) *L'evento*: la concussione e l'induzione indebita, a differenza della corruzione, presentano una pluralità di eventi (reato ad *evento plurimo*). Il primo evento è di natura psichica: infatti, la condotta coercitrice produce come conseguenza una alterazione della sfera volitiva (vizio della volontà). Più precisamente, si ha

---

18 Costringere significa forzare l'altrui volontà, senza annullarla, con violenza o minaccia (coercizione relativa). Violenza è la coercizione fisica (*vis compulsiva: coactus, tamen voluit*), sempre che nella competenza di fatto del pubblico ufficiale rientra l'uso della violenza personale, come nel caso degli appartenenti alla polizia. Minaccia è la coercizione psichica, cioè l'annuncio di un male imminente o futuro, avente efficacia intimidatrice ed il cui avverarsi dipende dalla volontà dell'agente. La costrizione è una coazione diretta dell'altrui volontà.

19 Indurre significa determinare l'altrui volontà o mediante una qualunque attività che induca in errore (artifici, raggiri o altro atto fraudolento, che dia una falsa rappresentazione della realtà) ovvero mediante un comportamento tale (ad es., comportamento ostruzionistico) che, sia pure larvatamente, subordini il compimento dell'attività funzionale alla dazione o alla promessa indebita di una utilità. Anche l'induzione, pertanto, alla stregua della costrizione, è una coercizione relativa, ma, a differenza della costrizione, è coazione indiretta dell'altrui volontà.

20 Cass. pen., Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 50065.

21 Nella concussione e nella induzione indebita la qualità di soggetto passivo della condotta criminosa e di soggetto passivo del danno risarcibile coincidono nella stessa persona fisica. Tuttavia, se costretta o indotta a dare è una persona giuridica (pubblica o privata), questa è danneggiata dal reato, mentre la persona fisica-organo, nei cui confronti si esplica la costrizione o la induzione, è soltanto il soggetto passivo della condotta criminosa.

22 In tal caso, l'effetto coartante o induttivo sulla libertà di autodeterminazione deve essere apprezzato con particolare prudenza, in considerazione dell'elevato grado di resistenza che ci si aspetta dal soggetto che riveste la qualifica pubblicistica, il quale, secondo la fisiologica dinamica dello specifico rapporto intersoggettivo, deve rendere recessiva la forza intimidatrice o persuasiva di cui è oggetto (Cass. pen., Sez. VI, 10 marzo 2015, n. 22526).

una coercizione psichica relativa (*vis compulsiva: coactus, tamen voluit*): la volontà del privato è viziata, cioè forzata o determinata, ma non annullata. Se, invece, vi fosse una coercizione psichica assoluta (*vis absoluta: non agit, sed agitur*), cioè se fosse annullata la volontà del privato, di modo che questi non avesse possibilità di scelta, si avrebbe rapina aggravata (artt. 628 e 61 n. 9 c.p.).

Il secondo evento è di natura materiale e consiste nella condotta altrui; cioè nella condotta dell'estraneo, che, in conseguenza del primo evento, dà o promette (all'intraneo o ad un terzo, esclusa la P.A.), consumando il reato.

In particolare, qualora l'estraneo prima "promette" e poi "dà", il reato si consuma con la *promessa* (la quale è un impegno, apparentemente serio, di eseguire una prestazione futura -dazione o consegna- anche se accompagnato dalla riserva mentale di non adempiere). Qualora l'estraneo "dà" (ad es., spedisce il denaro per posta), il reato si consuma con la dazione, e quindi non è necessario che l'intraneo "riceva". Pertanto, come si è osservato, la concussione e l'induzione indebita si consumano anche con la semplice promessa, non essendo necessario, a differenza dell'estorsione, il conseguimento effettivo dell'ingiusto profitto con altrui danno patrimoniale.

Con riferimento all'evento, nei delitti di corruzione bisogna, invece, distinguere:

- nell'ipotesi del "dare" e del "ricevere", l'evento è unico e il reato si consuma con la verifica dell'evento del ricevimento, cioè si concreta nella *traditio*, materiale o simbolica, della cosa (passaggio della disponibilità del bene da uno ad un altro soggetto);
- nelle ipotesi del "promettere" e dell'"accettare la promessa", il reato è di mera condotta, in quanto si consuma con la semplice accettazione della promessa: manca, dunque, l'evento (inteso in senso naturalistico), in quanto nessuna modificazione del mondo esterno deriva dall'incontro delle due volontà. In particolare, se l'intraneo prima accetta la promessa e poi riceve, il reato è unico e si perfeziona con la semplice accettazione della promessa.<sup>23</sup>

h) *L'elemento psicologico*: Nella concussione e nell'indebita induzione è richiesto il dolo generico: a) consapevolezza di svolgere una pubblica attività; b) coscienza e volontà di compiere atti rispettivamente di costrizione o di induzione; c) coscienza e volontà dell'abuso; d) coscienza e volontà di determinare la volontà altrui a dare o promettere; e) consapevolezza dell'indebito.

Nei delitti di corruzione, invece, è richiesto il dolo specifico: coscienza e

---

23 Se, invece, l'estraneo offre o promette e l'intraneo *non accetta* l'offerta o la promessa, come pure se l'intraneo sollecita una promessa o dazione e l'estraneo non accetta, si ha *istigazione alla corruzione*, che è un reato monosoggettivo in ciascuna delle quattro specie previste dall'art. 322.

volontà dell'estraneo di dare o promettere, nonché coscienza e volontà dell'intraneo di ricevere o accettare la promessa, al fine di esercitare le sue funzioni o i suoi poteri (corruzione funzionale), ovvero al fine di omettere o ritardare un atto d'ufficio o di compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio (corruzione propria, che si concreta nella violazione di un dovere funzionale).

A conforto della tesi del dolo specifico nei delitti di corruzione, vi è ora anche il tenore letterale dell'art. 322, comma 4: "per le finalità indicate" nell'art. 318 o 319. Per la consumazione del reato non è necessario che tale fine sia stato realizzato. Anzi, l'intraneo, se effettivamente omette un atto d'ufficio (ad es., omissione di denuncia: art. 361) ovvero se effettivamente compie un atto contrario ai doveri d'ufficio (ad es., falsa testimonianza: art. 372), risponderà di concorso materiale di reati.<sup>24</sup>

i) *Consumazione e concorso di reati*: Se l'estraneo prima promette e poi dà, il momento consumativo è quello della promessa per la concussione e per l'induzione indebita, in quanto l'estraneo che promette ha già subito la menomazione della sua libertà di determinazione in conseguenza della condotta abusiva del pubblico ufficiale; mentre per la corruzione il momento consumativo è quello dell'accettazione della promessa, in quanto, trattandosi di reato-contratto, è necessario l'incontro delle volontà manifestate dai soggetti.

Se, invece, l'estraneo prima promette e poi non dà e il pubblico funzionario, abusando delle sue qualità o delle sue funzioni, rispettivamente lo costringe o induce a dare, si ha rispettivamente un nuovo reato di concussione o di induzione indebita, legato al primo dal nesso della continuazione, trattandosi di più violazioni della stessa disposizione di legge commesse con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso (art. 81, comma 2 c.p.).

Ma se l'estraneo –dopo aver liberamente promesso e dopo la relativa accettazione della promessa da parte dell'intraneo e, perciò dopo la consumazione del reato di corruzione– non dà ciò che ha promesso, l'intraneo:

- non commette un nuovo reato, se si limita a sollecitare la dazione, senza esplicitare attività di costrizione o induzione;
- commette, invece, il reato di concussione (o di induzione indebita) in concorso materiale con il reato di corruzione se, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe (o induce) l'estraneo a dare; ovvero commette, sempre in concorso materiale con il reato di corruzione, il reato di estorsione

---

24 Ormai da quasi mezzo secolo, la legge 7 giugno 1974 n. 220, modificando il testo dell'art. 81 c.p., ha sostituito il cumulo materiale con il cumulo giuridico non solo per il concorso formale (art. 81 comma 1), ma anche per il concorso materiale (art. 81 comma 2).

aggravata dalla circostanza di cui all'art. 61, n. 9 c.p., se, con violazione dei suoi doveri, costringe l'estraneo a dare, procurando a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno.

j) Come già si è rilevato, la concussione e l'induzione indebita si consumano con il compimento della condotta (dazione o promessa) da parte dell'estraneo; mentre la corruzione si consuma con il compimento della condotta (ricevimento o accettazione della promessa) da parte dell'intraneo. Orbene, dal diverso *tempus commissi delicti* discendono rilevanti conseguenze ai fini della determinazione: sia del termine di decorrenza della prescrizione, sia della competenza per territorio.

Infatti, il termine della prescrizione, ai sensi dell'art. 158 comma 1 c.p., per la concussione e per l'induzione indebita decorre dal giorno in cui l'estraneo ha effettuato la dazione o la promessa, mentre per la corruzione decorre dal giorno in cui l'intraneo ha ricevuto l'utilità o ne ha accettato la promessa.

D'altra parte, la competenza per territorio, ai sensi dell'art. 8 comma 1 c.p.p., per la concussione e l'induzione indebita è determinata dal luogo in cui l'estraneo ha effettuata la dazione o la promessa, mentre per la corruzione è determinata dal luogo in cui l'intraneo ha ricevuto l'utilità o ne ha accettato la promessa.

k) *Il trattamento sanzionatorio*: i delitti contro la P.A., per i quali attualmente è previsto il trattamento sanzionatorio più grave, sono i delitti di concussione e di corruzione in atti giudiziari (puniti entrambi con la pena della reclusione da 6 a 12 anni). Seguono: il delitto di induzione indebita a dare o promettere utilità (punito con la pena della reclusione da 6 a 10 anni e 6 mesi) ed il delitto di corruzione per l'esercizio della funzione (punito con la pena della reclusione da 3 a 8 anni).<sup>25</sup>

---

25 Il reato di corruzione per l'esercizio della funzione -introdotto, si ribadisce, con la legge n. 190/2012- ha conosciuto nella sua ancor breve esistenza un progressivo incremento sanzionatorio: la pena iniziale da 1 a 5 anni di reclusione è stata portata, nel massimo, a 6 anni nel 2015 (con la legge 27 maggio 2015, n. 69) e, con la citata legge n. 3/2019, è stata per l'appunto ulteriormente aumentata, sia nel minimo che nel massimo, prevedendo la reclusione da 3 a 8 anni di reclusione. Varie sono le ragioni che hanno giustificato detto progressivo incremento sanzionatorio (in particolare l'avvertita esigenza di: una maggiore repressione del fenomeno corruttivo, in un'ottica general preventiva; di consentire l'applicazione della misura della custodia cautelare; di scoraggiare l'applicazione della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 bis c.p.). Tra queste, in particolare, la consapevolezza che nel reato di corruzione per l'esercizio della funzione possono essere ricomprese condotte dotate di un'ampia e diversa gamma di gravità, da quelle tradizionali e meno gravi di corruzioni per un atto conforme ai doveri d'ufficio, rientranti nella vecchia ipotesi di corruzione impropria, a quelle più insidiose in cui il mercimonio ha ad oggetto la stessa funzione, come ad esempio la messa a libro paga del pubblico funzionario.

l) *Le circostanze aggravanti speciali*: non sono previste per il delitto di concussione e per il delitto di induzione indebita, ma soltanto per il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio. Infatti, l'art. 319 bis, che le prevede, fa riferimento soltanto all'art. 319, cioè alla corruzione propria del pubblico ufficiale; tuttavia, esse sono altresì applicabili: sia all'incaricato di un pubblico servizio, in quanto l'art. 320, comma 1 richiama le disposizioni dell'art. 319; sia al cosiddetto corruttore, in quanto l'art. 321 richiama l'art. 319 bis.

m) L'applicabilità delle *circostanze comuni di cui agli artt. 62 nn. 4 e 6 e 61 n. 7 c.p.*: La concussione e l'induzione indebita, come si è osservato, sono delitti pluri offensivi, che offendono in via secondaria l'interesse dell'estraneo a non subire danno in conseguenza dell'abuso della qualità o dei poteri da parte dell'istraneo: ammettono, perciò, l'applicabilità delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, nn. 4 e 6 c.p., in quanto, in funzione del loro oggetto giuridico specifico secondario, rientrano tra i delitti "che comunque offendono il patrimonio".

Diverso è il caso della corruzione che, nelle sue varie ipotesi, ha per oggetto la sola tutela dell'interesse pubblico al funzionamento corretto della P.A.; e, pur potendo accidentalmente avere ripercussioni di carattere economico, non è organicamente strutturato per la tutela di interessi patrimoniali.

Sulla base delle considerazioni che precedono, anche la circostanza aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 7 c.p. sembra applicabile al delitto di concussione e di induzione indebita; mentre non sembra applicabile ai delitti di corruzione: infatti, la corruzione, pur potendo essere determinata - come la concussione e la induzione indebita - da motivi di lucro, si consuma sempre, contrariamente alla concussione e alla induzione indebita, indipendentemente dalla produzione del danno patrimoniale.

Occorre, tuttavia, precisare che alla concussione e alla induzione indebita sono applicabili le circostanze comuni di cui agli artt. 61 n. 7 e 62 nn. 4 e 6 c.p. soltanto se essa si è consumata con la dazione da parte dell'estraneo ovvero se, pur essendosi consumata con la promessa, è comunque seguita la dazione. Infatti, nel caso in cui la concussione (o l'induzione indebita) si è consumata con la promessa da parte del soggetto passivo e questi non ha poi dato ciò che ha promesso, non può venire in considerazione né la rilevante gravità, né la speciale tenuità, né la intera riparazione del danno per il fondamentale rilievo che, non essendovi stata dazione, non vi è stato neppure danno. In tal caso, quindi,

---

De iure condendo, la corruzione impropria susseguente potrebbe essere depenalizzata e quindi sanzionata solo in via amministrativa (mediante la previsione, almeno nei casi più gravi, di sanzioni interdittive a carico del funzionario pubblico).

non essendovi un soggetto passivo del danno risarcibile (o persona danneggiata dal reato), ma soltanto il soggetto passivo della condotta criminosa (od oggetto materiale personale del reato), non è possibile la costituzione di parte civile.

#### **4. Criteri discretivi tra corruzione per l'esercizio della funzione e corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio**

In entrambe le originarie figure di corruzione, così come descritte negli artt. 317 e 318 del codice penale italiano, l'atto d'ufficio svolgeva un ruolo centrale, conferendo ai reati un'impronta tipicamente mercantile.<sup>26</sup>

Detta impronta era stata ridimensionata dalla giurisprudenza di legittimità nella misura in cui la corruzione da fenomeno episodico era divenuto fenomeno sistemico:<sup>27</sup> la Corte di cassazione cioè aveva ritenuto che,<sup>28</sup> per la sussistenza del reato di corruzione propria, non fosse necessario sempre e comunque l'individuazione dell'atto, in quanto era sufficiente che, al momento dell'accordo, questo fosse individuato soltanto nel genere. In questo modo, il c.d. diritto vivente ha operato il passaggio dall'atto alla funzione: il *pactum sceleris* non si concentrava sull'atto, ma aveva ad oggetto l'asservimento della funzione, che poteva consistere in comportamenti e interventi non specificamente previsti, anche se prevedibili; anche atti non contrari ai doveri d'ufficio potevano dar luogo al reato di corruzione di cui all'art. 319 c.p., nella misura in cui erano espressione dell'asservimento della funzione, desunta dalla violazione dei doveri di fedeltà e imparzialità che devono guidare l'attività dei pubblici funzionari.

Su detto assetto interpretativo era intervenuta la legge n. 190/2012, che, riformulando l'art. 318, ha previsto la corruzione per l'esercizio della funzione, che ad una prima lettura sembrava avere recepito l'orientamento della giurisprudenza teso ad allargare l'oggetto del patto illecito, superando il riferimento all'atto di ufficio e puntando direttamente sull'esercizio delle funzioni del soggetto pubblico.

---

26 Sui criteri discretivi tra il reato di corruzione per l'esercizio della funzione, previsto dall'art. 318 c.p., ed il reato di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, previsto dall'art. 319 c.p.: cfr. le acute osservazioni di Fidelbo (2020).

27 Palazzo (2015, p. 3389). L'autore si sofferma sull'attuale trasformazione della corruzione: dal tipo "burocratico", in cui l'atto amministrativo è l'oggetto del mercimonio, alla "corruzione affaristica", nella quale predominano rapporti stabili che agiscono sull'intera funzione amministrativa.

28 A tale orientamento sono ad es. riconducibili le seguenti sentenze della Sesta Sezione Penale della Corte di cassazione: nn. 7259/1990; 2390/1993, 21192/2007, 20046/2008, 34417/2008, 30058/2012, 2355/2016.

Senonché la figura del reato di corruzione per la funzione era stata “creata” dalla giurisprudenza precedente al 2012 per sanzionare i “fenomeni” corruttivi più gravi (quelli cioè in cui il pubblico funzionario vende la propria funzione e si mette a “libro paga” del privato, servendo gli interessi di quest’ultimo, con previsione di un rapporto corruttivo protratto nel tempo in cui non sia individuabile uno specifico atto contrario ai doveri d’ufficio), condotta questa che quella stessa giurisprudenza riteneva sempre contraria ai doveri d’ufficio e, quindi, ricompresa nell’art. 319 c.p. La legge n. 190 del 2012, invece, aveva disciplinato la nuova ipotesi di corruzione per l’esercizio della funzione novellando l’art. 318 c.p. (in precedenza dedicato alla corruzione impropria), per il quale era prevista una pena inferiore a quella prevista per l’art. 319 c.p.

Fu così che la giurisprudenza, anche successiva alla riforma del 2012,<sup>29</sup> si era mostrata contraria a ricomprendere, sempre e comunque, nella nuova fattispecie dell’art 318 c.p. le ipotesi di corruzione funzionale che prima della riforma del 2012 venivano fatte rientrare nell’art. 319 c.p., proprio perché si riteneva irragionevole che la “vendita della funzione”, cioè la figura di corruzione per antonomasia, fosse punita meno gravemente (con una pena da uno a sei anni di reclusione, ora da tre a otto anni) rispetto a quella prevista per la corruzione riferita ad un unico atto (da quattro ad otto anni di reclusione, ora da sei a dieci anni).

Il contrasto è stato indirettamente risolto per effetto della legge n. 3/2019, che ha inasprito il trattamento sanzionatorio della corruzione per l’esercizio della funzione.

Sta di fatto che la giurisprudenza più recente<sup>30</sup> è nel senso che lo stabile asservimento del pubblico ufficiale ad interessi personali di terzi, realizzato attraverso l’impegno permanente a compiere od omettere una serie indeterminata di atti ricollegabili alla funzione esercitata, integra il reato di cui all’art. 318 c.p. (e non il più grave reato di corruzione propria di cui all’art. 319 c.p.), salvo che la messa a disposizione della funzione abbia prodotto il compimento di uno o più atti contrari ai doveri di ufficio (poiché, in tal caso, si determina una progressione criminosa nel cui ambito le singole dazioni eventualmente effettuate si atteggiavano a momenti esecutivi di un unico reato di corruzione propria a consumazione permanente).<sup>31</sup>

29 Cass.pen., Sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 9883.

30 Al riguardo, si richiamano, oltre alla sentenza citata nella nota che precede, le seguenti sentenze della Sesta sezione penale della Corte di cassazione: nn. 6056/2014, 47271/2014, 1419/2015, 8211/2016, 15959/2016, 3606/2017, 46492/2017, 29267/2018, 51765/2018, 51946/2018.

31 Cass. pen., Sez. VI, 25 settembre 2014, n. 49226 (anche in *Cassazione penale*, 2015, fasc. 4, p. 1415)

In definitiva, con la riforma del 2012, il rapporto tra le due figure di corruzione disciplinate negli artt. 318 e 319 c.p. è mutato, in quanto da un rapporto di alterità, basato sulla distinzione tra la natura conforme o contraria dell'atto ai doveri di ufficio, si è passati ad una relazione di genere a specie, in cui la corruzione funzionale riveste il ruolo di norma generale, mentre la corruzione propria assume i connotati di norma speciale aggravata (e tale specialità viene ad essa conferita dall'oggetto dell'accordo corruttivo, che deve riguardare necessariamente un atto contrario ai doveri di ufficio ovvero un'omissione o un ritardo di un atto dovuto). Conseguentemente, la previsione criminosa di cui all'art. 318 c.p., in quanto funzionale a prevenire la realizzazione di atti lesivi dell'imparzialità della pubblica amministrazione, ha natura di reato di pericolo,<sup>32</sup> mentre la corruzione propria, nella quale anche il compimento di uno solo e specifico atto contrario ai doveri di ufficio (determinato o determinabile) realizza una concreta lesione del bene giuridico tutelato, ha natura di reato di danno.

## 5. Criteri discretivi tra corruzione e concussione

La corruzione presenta difficoltà di distinzione rispetto alla concussione. La difficoltà consiste soprattutto nel rilievo che, tanto nella corruzione quanto nella concussione, l'estraneo dà o promette denaro o altra utilità all'intraneo. Si spiega, perciò, lo sforzo della dottrina e della giurisprudenza teso ad individuare un criterio distintivo fondamentale.

### 5.1. Il criterio della provenienza della iniziativa

Secondo la Relazione del Guardasigilli che ha accompagnato la promulgazione del codice penale italiano vigente,<sup>33</sup> si ha concussione se l'iniziativa provenga dal pubblico ufficiale, mentre si ha corruzione se l'iniziativa provenga dal privato ed il pubblico ufficiale si limiti a ricevere o ad accettare la promessa.

Il suddetto criterio distintivo non è mai stato seguito dalla giurisprudenza per il fondamentale rilievo che può aversi corruzione anche se l'iniziativa provenga dall'intraneo: perciò, è inesatto parlare di "privato corruttore" e di

---

rappresenta la capofila dell'orientamento in esame, al quale sono riconducibili anche numerose altre sentenze della Corte: si cfr. ad es quelle nn. 4486/2018, 13406/2019, 32401/2019, 33838/2019.

32 Cass. Pen., Sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 4486 qualifica la fattispecie di cui all'art. 318 c.p. come reato di pericolo.

33 In *Lavori preparatori*, Roma, 1929, vol. V, parte II, p. 129.

“pubblico ufficiale corrotto”, in quanto “corruttore” può essere lo stesso pubblico funzionario, come risulta dallo stesso testo delle disposizioni dell’art. 322, commi 3 e 4. Infatti, il pubblico funzionario, senza porre in essere alcuna condotta abusiva di pressione psicologica, può proporre di esercitare le sue funzioni o di compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio dietro compenso, e l’estraneo può accettare la proposta stessa, trovandola conveniente e, quindi, può liberamente dare o promettere l’utilità richiesta o altra utilità. Il fatto che a iniziare le trattative per la conclusione dell’accordo criminoso sia stato l’intraneo ovvero l’estraneo è completamente indifferente ai fini della sussistenza della corruzione, in quanto anche nella seconda ipotesi l’estraneo agisce con libera determinazione della sua volontà per la conclusione dell’accordo stesso.<sup>34</sup>

Occorre, tuttavia, riconoscere che l’opinione criticata contiene una parte di verità. Infatti, se è errata la proposizione che nella corruzione l’iniziativa proviene sempre dall’estraneo, è esatta la proposizione contraria, secondo la quale nella concussione l’iniziativa proviene sempre dall’intraneo. Ma occorre subito precisare che l’iniziativa non può, né deve essere confusa con la richiesta, trattandosi di due concetti diversi. Per la configurabilità della concussione, infatti, l’iniziativa dell’intraneo è necessaria, perché altrimenti non sussisterebbe la condotta abusiva descritta nell’art. 317 c.p., ma non sufficiente, in quanto occorre sempre l’offesa della libertà di determinazione dell’estraneo. Orbene, l’iniziativa dell’intraneo nella concussione consiste non già in una semplice richiesta o sollecitazione –la quale, peraltro, può anche mancare– ma in un *quid pluris*, e precisamente in una condotta abusiva di pressione psicologica, che assume la forma della “costrizione”.

Rispetto a tutte le specie di corruzione, specialmente per le ipotesi di corruzione propria, l’estraneo è consapevole della contrarietà dell’atto ai doveri d’ufficio e, quindi, anche quando dà o promette dietro sollecitazione dell’intraneo, agisce con libera determinazione della sua volontà. Se, invece, l’intraneo non si limita ad iniziare le trattative, sollecitando l’estraneo a dare o a promettere, ma lo costringe perché effettui la dazione o la promessa, non si ha più corruzione, ma concussione.

---

34 Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, 10/06/1989, n. 11204: “In tema di criteri differenziali tra concussione e corruzione non rileva il fatto che l’iniziativa sia stata presa da un pubblico ufficiale”.

## 5.2. Il criterio del *metus publicae potestatis*

Secondo altro orientamento dottrinale,<sup>35</sup> si avrebbe concussione se il pubblico ufficiale si trova in una posizione di superiorità o preminenza rispetto a quella del privato (la volontà del quale risulterebbe determinata dal timore della pubblica potestà), mentre la corruzione sarebbe caratterizzata da una posizione di parità tra le parti.

Anche tale criterio differenziale contiene una parte di verità: è fuori dubbio, infatti, che nella concussione l'intraneo si trova in una posizione di superiorità.

Senonché, il suddetto *metus* sussiste in ogni tipo di contrattazione tra un soggetto investito di mansioni di interesse pubblico ed un privato. Anche quando l'estraneo è un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio, si tratta sempre di un soggetto che esercita una pubblica funzione o presta un pubblico servizio in un campo diverso e che, quindi, non ha nulla a che fare con l'attività pubblica in questione, tanto è vero che egli, cooperando nel reato, viola non un dovere funzionale, ma un dovere comune alla generalità dei cittadini. Inoltre, anche quando può dirsi preminente la posizione dell'intraneo, si ha corruzione e non concussione se il privato tende a conseguire un vantaggio illecito a danno della P.A., sia evitando un giusto provvedimento per lui pregiudizievole, sia conseguendo un utile che non gli spetta.

Invero, il *metus publicae potestatis* è un elemento naturale, ma non essenziale della concussione, poiché questa sussiste anche nell'ipotesi in cui l'estraneo non subisca il *metus*. Ciò che è essenziale alla concussione, infatti, non è il *metus publicae potestatis*, giacché questo può anche mancare, ma è l'alterazione della sfera volitiva, e precisamente della libertà di determinazione dell'estraneo. Tale modificazione psichica si presenta come elemento indefettibile e centrale del delitto di concussione: essa, invero, costituisce sempre la conseguenza della condotta abusiva dell'intraneo, cioè la causa della dazione o promessa dell'indebito da parte dell'estraneo.

## 5.3. Il criterio del vantaggio illecito dei privati a danno della P.A.

Secondo altro orientamento, anch'esso risalente,<sup>36</sup> l'estraneo nella concussione *certat de damno vitando*, mentre nella corruzione *certat de lucro captando*.

---

35 Questo orientamento è stato per lungo tempo dominante in dottrina e in giurisprudenza. Quanto alla prima, si cfr., tra i tanti, Battaglini (1931); De Marsico (1948). Quanto alla giurisprudenza, si cfr., tra le tante, Cass. Pen., Sez. VI, 27/01/1967, n. 154.

36 Anche questo orientamento, minoritario, è stato abbandonato. In dottrina, fu sostenuto tra gli altri da Repaci (1942). In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 08/11/1996, n. 10851.

Ma ambedue le proposizioni sono suscettibili di critica. Infatti, si può avere corruzione e non concussione anche nel caso in cui l'estraneo lotta per evitare un danno. Ad es., l'estraneo offre volontariamente una somma di denaro all'intraneo per indurlo a non presentare denuncia per un reato effettivamente commesso.

Per converso, si può avere concussione e non corruzione anche nel caso in cui l'estraneo lotta per ottenere un vantaggio illecito. Ad es., l'intraneo minaccia di denunciare un reato effettivamente commesso dall'estraneo, il quale gli versa una somma di denaro per conseguire il vantaggio illecito della impunità.

#### **5.4. Il criterio della libera determinazione dell'estraneo**

Per distinguere la corruzione dalla concussione, decisivo sembra il criterio della libera determinazione dell'estraneo.<sup>37</sup>

Infatti, nella concussione la formazione della volontà dell'estraneo è sempre viziata, senza peraltro essere annullata, dalla condotta abusiva di costrizione dell'intraneo; mentre nella corruzione il privato, in piena autonomia di volontà, conclude con l'intraneo un accordo criminoso (reato-contratto).

Più precisamente: nella corruzione l'estraneo, anche se è richiesto o sollecitato dall'intraneo, agisce con libera determinazione della sua volontà, secondo la valutazione del proprio tornaconto, cioè in base ad un calcolo di convenienza, liberamente formatosi, come nella conclusione di un qualsiasi contratto: egli, senza subire alcuna pressione influente sulla sua volontà, reputa conveniente dare o promettere denaro o altra utilità in cambio di un vantaggio che gli deriva dall'attività dell'intraneo.

Al contrario, la volontà dell'estraneo, nella concussione mediante costrizione è forzata con violenza o minaccia: dunque, la volontà dell'estraneo è viziata dalla condotta coercitrice dell'intraneo.

Occorre, peraltro, precisare che:

- l'opera di coazione del funzionario deve essere in rapporto con la qualità o con i poteri di cui si abusa (l'abuso è una modalità necessaria della condotta), perché altrimenti l'intraneo, agendo come un privato cittadino, commetterebbe estorsione aggravata (artt. 629 e 61 n. 9 c.p.);

---

37 Così la giurisprudenza di legittimità: cfr, in particolare, Cass. pen., Sezioni Unite Penali, 27 novembre 1982, n. 2388 e, più di recente, 24 ottobre 2013, n. 12228. Ma sul punto la giurisprudenza è stata preceduta da parte della dottrina: ad es., già dagli anni 50 del secolo scorso, Vannini (1954) sosteneva che la concussione "si differenzia dalla corruzione (reato bilaterale), perché in essa non vi è quel criminoso mercimonio, quel libero accordo ai danni della Pubblica Amministrazione, quella libertà assoluta di determinazione del privato, che sono la caratteristica della corruzione".

- si deve trattare di coazione relativa –la quale implica la facoltà di scelta tra male minacciato e l’indebita prestazione pretesa dall’intraneo– e non già di coazione assoluta, perché altrimenti si avrebbe rapina aggravata (artt. 628 e 61, n. 9 c.p.).

Indubbiamente, nella pratica giudiziaria, non è facile provare se la volontà del privato sia stata effettivamente viziata dalla condotta coercitrice del pubblico ufficiale; ma le difficoltà probatorie di ordine processuale non possono incidere sulla soluzione di un problema di diritto sostanziale. Esse comunque si riscontrano anche in altre fattispecie soggettive: si pensi sia all’accertamento dell’*animus necandi*, sia all’applicazione della circostanza aggravante della premeditazione, sia alla difficoltà pratica di stabilire quando ricorra dolo eventuale o colpa cosciente.

## 6. Criteri discretivi tra concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità

Anche per distinguere il reato di induzione indebita a dare o promettere dal reato di corruzione valgono le considerazioni sopra svolte per distinguere il reato di corruzione dal reato di concussione.

Occorre qui aggiungere che il reato di induzione indebita si distingue a sua volta dal reato di concussione per la condotta abusiva. Quest’ultima, nel caso della concussione, si realizza mediante costrizione; mentre, nel caso della induzione abusiva, si realizza per l’appunto mediante induzione.<sup>38</sup> La costrizione è coazione diretta della volontà mediante violenza ovvero mediante minaccia di un male ingiusto e notevole; mentre la induzione è coazione indiretta, cioè determina la volontà mediante una qualunque attività inducente in errore –con-

---

38 Secondo quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. VI, 2 marzo 2016, n. 9429): “Il delitto di concussione, di cui all’art. 317 c.p. nel testo modificato dalla l. n. 190 del 2012, è caratterizzato, dal punto di vista oggettivo, da un abuso costrittivo del pubblico agente che si attua mediante violenza o minaccia, esplicita o implicita, di un danno «*contra ius*» da cui deriva una grave limitazione della libertà di determinazione del destinatario che, senza alcun vantaggio indebito per sé, viene posto di fronte all’alternativa di subire un danno o di evitarlo con la dazione o la promessa di una utilità indebita e si distingue dal delitto di induzione indebita, previsto dall’art. 319-*quater* c.p. introdotto dalla medesima l. n. 190, la cui condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno, pressione morale con più tenue valore condizionante della libertà di autodeterminazione del destinatario il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico”. Peraltro, la Corte di cassazione ha avuto modo di precisare che sussiste continuità normativa fra la concussione per induzione di cui al previgente art. 317 c.p. ed il nuovo reato di induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all’art. 319-*quater* c.p., introdotto dalla l. n. 190 del 2012, considerato che la pur prevista punibilità, in quest’ultimo, del soggetto indotto non ha mutato la struttura dell’abuso induttivo, fermo restando, per i fatti pregressi, l’applicazione del più favorevole trattamento sanzionatorio di cui alla nuova norma (Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 12228).

cretantesi in artifici o raggiri o in altri atti fraudolenti (falsa rappresentazione della realtà)– ovvero mediante un comportamento tale (ad es., comportamento ostruzionistico) che, sia pure larvatamente, subordina il compimento dell’attività funzionale alla dazione o alla promessa indebita di una utilità.<sup>39</sup>

Dunque, nel delitto di induzione indebita la condotta si configura come persuasione, suggestione, inganno, pressione morale con più tenue valore condizionante –rispetto all’abuso costringitivo tipico del delitto di concussione di cui all’art. 317 c.p., come modificato dalla predetta l. n. 190– della libertà di autodeterminazione del destinatario il quale, disponendo di più ampi margini decisionali, finisce col prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale, che giustifica la previsione di una sanzione a suo carico.

In definitiva, la condotta di induzione, è integrata da un’attività di suggestione, di persuasione o di pressione morale, posta in essere da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio nei confronti del privato, che, avvertibile come illecita da quest’ultimo, non ne condiziona gravemente la libertà di autodeterminazione, rendendo a lui possibile di non accedere alla richiesta di denaro o di altra utilità.

Ne consegue che, contrariamente a quanto si verifica per la concussione, “Non è configurabile il concorso del reato di violenza sessuale commesso mediante costrizione della vittima, previsto dal comma primo dell’art. 609-bis c.p., con quello di induzione indebita, previsto dall’art. 319-quater c.p., essendo logicamente incompatibile la condotta di ‘costrizione’, di cui alla prima fattispecie, con quella di ‘induzione’, prevista nella seconda”.<sup>40</sup>

---

39 Si noti che “Il reato di induzione indebita a dare o promettere utilità è configurabile anche in presenza di una condotta ingannevole del soggetto investito di qualifica pubblicistica nei confronti del privato, quando essa sia finalizzata alla falsa rappresentazione non della doverosità della promessa o della dazione (nella quale ipotesi potrebbe configurarsi il reato di truffa), ma a quella dell’esistenza di una situazione costituente il presupposto perché il privato possa convincersi della convenienza per lui di addivenire a detta promessa o dazione” (Cass. pen., Sez. VI, 6 ottobre 2016, n. 53436). La distinzione tra il delitto di induzione indebita commesso mediante inganno e quello di truffa va individuata nel fatto che nella prima fattispecie il privato mantiene la piena consapevolezza della non debenza della prestazione data o promessa, accettando la pattuizione illecita per evitare il pregiudizio paventato dal pubblico agente, mentre nel reato di truffa la vittima viene indotta in errore circa la doverosità delle somme o delle utilità oggetto di dazione o promessa (Cass. pen., Sez. VI, 6 ottobre 2016, n. 53436). Pertanto, la condotta del pubblico ufficiale che, simulando l’esistenza di una situazione di pericolo immaginario per la vittima, induce la stessa a remunerarlo per ottenere la sua “protezione” non integra il reato di induzione indebita a dare o a promettere utilità di cui all’art. 319-quater c.p., stante la mancanza della condizione di assoggettamento della persona offesa all’esercizio di una potestà altrui, bensì il delitto di truffa aggravata, prevista a norma degli artt. 640, comma 2, n. 2, e 61, n. 9, c.p. (Cass. pen., Sez. VI, 9 aprile 2015, n. 17655).

40 Cass. pen., Sez. III, 14 dicembre 2017, n. 6741; analogamente Cass. pen., Sez. III, 17 maggio 2016, n. 33049.

Occorre aggiungere che la punibilità del reato di induzione indebita è subordinata alla clausola di riserva relativa a che il fatto non costituisca più grave reato, il che sembra fare riferimento alla corruzione propria punita con una sanzione più grave. Analoga clausola di riserva, invece, non è contemplata nel comma 2 dell'art. 319-*quater* c.p. (che prevede la punibilità del soggetto indotto), con la conseguenza che il soggetto indotto continuerà a rispondere del reato anche quando il pubblico funzionario sia chiamato a rispondere del reato di corruzione per atto contrario ai doveri del proprio ufficio.

## Bibliografia

- Bartolo, P. (2015). L'art. 319-*quater* c.p. e i “nuovi” reati di “induzione indebita” e “corruzione indotta”. *Archivio penale*, (2).
- Battaglini, E. (1931). I caratteri differenziali fra concussione e corruzione anche in relazione al nuovo cod. pen. *Giustizia penale*, 37(1), 644-648.
- Castaldello, C. (2016). Fattispecie “ad evento psichico”. In particolare, le ipotesi di corruzione, concussione e induzione indebita a dare o promettere utilità: davvero possibile tracciare un discrimen definitivo? *Rivista trimestrale di diritto penale e dell'economia*, 29(1-2), 65-99.
- Cingari, F. (2011). Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione. En Palazzo, F. (Dir.), *Corruzione pubblica*. Florencia: Firenze University Press
- Cingari, F. (2012). *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrat*. Torino: Giappichelli.
- Clarich, M. y Mattarella, B. (Dirs.). (2013). La prevenzione della corruzione. En *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*. Torino: Giappichelli.
- Collica, M. T. (2017). La tenuta della sentenza Maldera, tra conferme e nuovi disorientamenti. *Diritto penale contemporaneo*, (2), 195-235.
- Davigo, P. (1994). I limiti del controllo penale e la crescita del ricorso alla repressione penale. En D'Alberti, M. y Finocchi, R. (Dirs.), *Corruzione e sistema istituzionale*. Boloña: Il Mulino.
- Davigo, P. G. y Mannozi, G. (2008). *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*. Bari: Laterza.
- De Marsico, A. (1948). Sul valore dell'iniziativa nella differenza fra concussione e corruzione. *Archivio penale*, (II), 204.
- Della Porta, D. (1992). *Lo scambio occulto. Casi di corruzione politica in Italia*. Boloña: Il Mulino.
- Della Porta, D. y Vannucci, A. (1994). *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*. Boloña: Il Mulino.
- Diglio, P. (2013). L' induzione indebita è più vicina alla concussione o alla corruzione? *Rivista penale*, (5), 20-521.
- Dolcini, E. (2013). Appunti su corruzione e legge anti-corruzione. *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 56(2), 527-557.

- Fanelli, A. (2016). Corruzione, concussione e induzione indebita, peculato, malversazione, percezione indebita di erogazioni pubbliche, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, comunicazione di falsa residenza. *Il Foro Italiano*, (2, parte 2), 74.
- Fidelbo, G. (14 de mayo de 2020). La corruzione funzionale e il contrastato rapporto con la corruzione propria. *Giustizia Insieme*. <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-proceso-penale/1085-la-corruzione-funzionale-e-il-contrastato-rapporto-con-la-corruzione-propria>.
- Flora, G. (2019). La nuova riforma dei delitti di corruzione: verso la corruzione del sistema penale? En Flora, G. y Marandola, F. (Dirs.), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali*. Florencia: Pacini Giuridica.
- Forti, G. (2003). Il Volto di medusa: la tangente come prezzo della paura. En Forti, G. (Dir.), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*. Milán: Vita e Pensiero.
- Gambardella, M. (2014). La linea di demarcazione tra concussione e induzione indebita: i requisiti impliciti del "danno ingiusto" e "vantaggio indebito", i casi ambigui, le vicende intertemporali. *Cassazione penale*, 6(2), 2018-2036.
- Gambardella, M. (2019). Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione. *Cassazione penale*, (1), 44-73.
- Gatta, G. L. (2014). La concussione riformata, tra diritto penale e processo. Note a margine di un'importante sentenza delle Sezioni Unite. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 57(3), 1566-1586.
- Gianniti, F. (1970). *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*. Milán: Giuffrè.
- Granieri, M. (2017). Corruzione, concussione e induzione indebita, peculato malversazione, percezione indebita di erogazioni pubbliche. *Il Foro Italiano*, (6, parte 2), 381.
- Mantovani, M. (2019). Il rafforzamento del contrasto alla corruzione. *Diritto penale e processo*, 25(5), 608-618.
- Padovani, T. (2018). La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma. *Archivio penale*, (3), 1-11.
- Palazzo, F. (2015). Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali. *Cassazione penale*, (10), 3389-3400.
- Palombi, E. (2019). L'induzione indebita tra concussione e corruzione. *Rivista penale*, (10), 867.
- Pisani, N. (2018). Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre. *Cassazione penale*, (1), 3589.
- Pulitanò, D. (2012). La novella in materia di corruzione. *Cassazione penale*, (suppl. al n. 12), 3.
- Pulitanò, D. (26 de marzo de 2019). Tempeste sul penale. Spazzacorrotti ed altro. *Diritto penale contemporaneo*. [http://www.ristretti.it/commenti/2019/marzo/pdf8/articolo\\_pulitano.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2019/marzo/pdf8/articolo_pulitano.pdf).
- Repaci, L. (1942). Sui caratteri distintivi fra concussione e corruzione. *Foro italiano*, (II), 137.
- Rippa, F. (2018). Induzione indebita e condotte fraudolente, tra vecchi e nuovi assetti normativi. *Diritto penale contemporaneo (Rivista on line)*, (10), 207-239.
- Rippa, F. (2020). Dalla concussione alla corruzione, passando per l'induzione indebita a dare o promettere utilità. La strada si interrompe a "mezza via". *Archivio penale*, (1), 1-30.
- Rivello, P. (2017). I rapporti tra concussione, induzione indebita e collusione del finanziere alla luce della sent. Corte cost. 220/2016 in tema di ne bis in idem. *La giustizia penale*, (5, parte 3), 306.
- Salcuni, G. (2013). Tra concussione e corruzione: tertium datur? *Cassazione penale*, 53(11), 3933-3949.

- Seminara, S. (2012). La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale. *Diritto penale e processo*, 18(10), 1235-1245.
- Seminara, S. (2017). Corruzione e anticorruzione. *Diritto penale e processo*, 23(9), 1125-1133.
- Silvestre, P. (2013). La riforma novellistica dei reati contro la P.A. nell'ottica del diritto penale sostanziale. *Giurisprudenza di merito*, 45(11), 2307-2324.
- Torre, I. (2016). Il nuovo volto dei reati contro la P.A.: concussione, induzione indebita e corruzione. *Il caso (Rivista on line)*, (7), 1-8.
- Vannini, O. (1954). *Manuale di diritto penale italiano. Parte speciale. I singoli delitti e le singole contravvenzioni*. Milán: Giuffrè.
- Vannucci, A. (2003). La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da mani pulite. En Forti, G. (Dir.), *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"* (pp. 33-68). Milán: Vita e Pensiero.
- Viglietta, G. (2013). La L. 6 novembre 2012, n. 190 e la lotta alla corruzione. *Cassazione penale*, (1), 17.

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO DE DESARROLLO ECONÓMICO-SOCIAL

---

**Julio César Simon**

Universidad Católica Argentina. Universidad Austral

tercervoto\_1@hotmail.com

El tema a desarrollar es polémico y posiblemente estas líneas no sean sino un paso en su análisis, que, por supuesto, no es ajeno a un punto de vista subjetivo en la materia y presenta distintos matices según el país sobre el que pretendan aplicarse las ideas aquí vertidas.

Ante ello, cabe traer a colación las palabras de Le Goff (1980):

toda doctrina que reprima su relación con la sociedad es abstracta. Niega aquello en función de lo que se elabora. Sufre entonces los efectos de distorsión debidos a la eliminación de lo que sitúa efectivamente sin que lo diga o lo sepa: un poder que tiene su lógica; una esfera que subtiende y sostiene una disciplina en su despliegue en obras sucesivas, etc. El discurso científico que no habla de su relación con el cuerpo social no puede articular una praxis. Deja de ser científico. (Le Goff, 1980, p. 22)

La República Argentina viene atravesando una larga y sostenida decadencia. Ya no puede compararse como otrora se hacía con países desarrollados –como Francia– o que lo serían en poco tiempo –Canadá, Australia–, sino con otros de la región que en los últimos cincuenta años han crecido prácticamente el doble o aun más, como Brasil, Chile o Uruguay (Sticco, 2020). En efecto, si Argentina hubiera crecido como estos últimos en los cincuenta años inmediatamente anteriores a la fecha, su producto bruto interno (PBI) sería de aproximadamente el doble del actual. Asimismo, la pobreza en América Latina a la fecha en la que la democracia volvió a la Argentina (1983) era en promedio de aproximadamente el 38% del total de la población; en Argentina, del 16%. Más recientemente, y antes de la irrupción de la pandemia mundial a causa del COVID-19, en el resto de América del Sur era de un promedio del 28%

aproximadamente. Piénsese que es el continente más desigual en el reparto de la riqueza en el mundo, mientras que la Argentina presenta guarismos de entre el 30 y el 31% y aumentando progresivamente (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2019, pp. 97-104). El PBI per cápita –y este dato creo que por sí solo demuestra su vertiginosa caída– a fin de este año será inferior al de 2006 si se cumplen los cálculos de retroceso que para este año algunos auguran (Cachanosky, 2020).

No es dable atribuir lo dicho solo a quienes han gobernado la Argentina, especialmente cuando en los últimos 35 años fueron el resultado del voto popular, sino a un entramado social y a una visión –desde distintos ángulos, quizás, pero coincidente en definitiva sobre el punto– que, so pretexto de proteger legítimos derechos, no se enfoca en la imperiosa necesidad del desarrollo económico y social de la comunidad toda, para lo cual es preciso e imperioso un criterio común y mancomunado de políticas de Estado a aplicar por la sociedad en su conjunto, con un sacrificio de intereses individuales que se opongan a ese fin, voluntariamente otorgado.

En ese sentido viene a cuento, una vez más, recurrir a un viejo trabajo de Ángel Flisfisch (1987), en el que resalta el valor de la racionalidad imperfecta frente a la racionalidad perfecta.

Ese trabajo fue considerado entre diversos asesores del Congreso de la Nación Argentina a principios de 1989 y, junto con otros de mayor y menor jerarquía que lo hacían de igual manera, a pedido de un grupo de diputados del Partido Justicialista se comenzó a trabajar sobre una posible concertación social a cargo del Gobierno que surgiera de las elecciones a celebrarse ese año, que se adelantaron cinco meses como resultado de la situación caótica producida por la hiperinflación; concertación que, posteriormente, fue descartada por el Poder Ejecutivo como método inicial de combate contra la crisis. Esa respuesta se repitió en los gobiernos posteriores, que parecían desdeñar esta herramienta de gran utilidad en otros países, gobiernos que siempre han parecido muy convencidos de su propia razón y, cuando las circunstancias la ponen en duda, de la necesidad de no demostrar lo que suponen una debilidad convocando a representantes de otros sectores y estamentos para pautas y esfuerzos comunes.

Sintéticamente, dado que se recomienda leer directamente su ponencia, Flisfisch (1987) descarta la estricta dicotomía planteada entre racionalidad e irracionalidad, pretendiendo que su uso desconoce tipos intermedios que permiten superar dificultades que, de otra manera, aparecen como insalvables.

Uno de ellos es el relativo a los dos tipos de racionalidad aludidos anterior-

mente, distinción que conlleva el reconocimiento de la debilidad de la voluntad, explorando la posibilidad de relaciones ambiguas y complejas entre racionalidad y voluntad, admitiendo la debilidad de esta última desde ejemplos sencillos y fácilmente reconocibles, como por ejemplo las dificultades que algunos tuvieron o tienen en dejar de fumar, ya que pese a reconocer racionalmente las consecuencias negativas presentes y futuras del hábito del cigarrillo, la voluntad que media entre el sustrato bioquímico de la toxicomanía y la racionalidad hace necesario que los tratamientos refuercen esta última para superar esa debilidad.

Otro ejemplo lo constituyen los hábitos sociales, entre los que se encuentra la “anomia boba”, al decir de Carlos Santiago Nino (1992),<sup>1</sup> en los que a título de ejemplo todos los conductores reconocen la necesidad de seguir las reglas de tránsito, entre las que se encuentran el límite de velocidad y la prohibición de manejar con un máximo de alcohol en sangre, no obstante, los accidentes atribuidos a esas causas siguen aumentando. Ello lleva a descartar campañas de educación vial que no comiencen por reconocer la debilidad de la voluntad.

No pocos sostienen que observando el mundo del capital, sus agentes y movimientos responden a un esquema de racionalidad perfecta, en la que cada capitalista busca la satisfacción de su interés particular, pero, en realidad, si así fuera, se pondría en serio peligro la realización de los intereses generales del conjunto de sus pares. En efecto, la racionalidad perfecta que pretende hacer llegar al máximo el rendimiento de la voluntad individual (una muestra de ello sería el de aquel comerciante que frente a un *lock out* de todos sus colegas mantenga su negocio abierto) no redundaría generalmente en un beneficio comparable con el derivado de admitir que su unión con aquellos a los que le unen idénticos intereses resultará en un plazo razonable en mayores beneficios para el conjunto y para él mismo.

Frente a los problemas que esa situación plantea, una estrategia de autoataque posible –la base de la racionalidad imperfecta– es la de la concertación voluntaria del conjunto de los capitalistas para regular sus propios comportamientos, de modo de no poner en peligro las condiciones generales para la continuidad del sistema, pero ello no es en numerosas oportunidades reconocido por los interesados *per se*, siendo necesario un elemento de coacción externa.

Flisfisch (1987) cita a Elster (1979) indicando que se puede considerar a Ulises y las sirenas como un paradigma de situación caracterizada por racionalidad imperfecta. Ulises sabe que el canto de las sirenas solo persigue atraerlo a

---

1 El autor, desgraciadamente fallecido a temprana edad, hizo un estudio de la anomia como componente necesario del subdesarrollo argentino.

él, a sus hombres y a su barco al naufragio y a la muerte seguros. Comportarse racionalmente es hacer caso omiso del canto de las sirenas, pero, a la vez, sabe que su voluntad no es lo suficientemente fuerte para desatenderlo.

La astucia legendaria de Ulises quedó de manifiesto, dice el autor, en que logró burlar a las sirenas haciéndose atar por sus hombres y ordenándoles que taponaran sus oídos con cera. Evitó así que estos escucharan a las sirenas y a sus propias súplicas y órdenes. De esa manera, sorteó el peligro aplicando una lógica de autoatamiento, entre las que cabe reconocer las estrategias de abdicación del poder, estrategia que –como podemos apreciar en la realidad diaria– no se sigue generalmente en nuestro país, con las consecuencias que todos podemos apreciar.

En este relativamente antiguo escrito, Elster (1979) señala, con un razonamiento aplicable a la situación actual, que en una etapa de agudo estancamiento como la existente, la presión social puede reforzar considerablemente la “problematicidad” (sic) del proceso de acumulación, y parece constituir casi una ley general que el estancamiento agudo y prolongado, bajo condiciones de democracia política, produce derrumbes político-institucionales.<sup>2</sup>

El esquema general de este proceso, de seguir sus enseñanzas, sería: (1) bajo condiciones democráticas hay una tendencia del conjunto de los actores al empleo generalizado de estrategias de presión social; (2) bajo condiciones de estancamiento agudo, el uso generalizado de estrategias de presión social refuerza y prolonga el estancamiento; (3) cuando se prolonga lo suficiente una situación de estancamiento agudo, se generan efectos políticos desestabilizadores; y (4) aunque, en general, pueda descartarse en la actualidad el desplazamiento de un gobierno por los militares en América del Sur y en Argentina, en particular puede darse –tal como sucedió con el Gobierno encabezado por el Dr. Fernando de la Rúa– su sustitución mediante mecanismos institucionales.

Claro está que se debe apostar por la lucidez de las conciencias y la racionalidad de los actores, pero la actitud de Ulises sería eminentemente más realista: más vale precaverse del canto de las sirenas y hacerse atar. La única solución para la situación de estancamiento agudo señalada, que es la que sufre la Argentina, parecería reducir la posibilidad de recurrir en cualquier momento y por cualquier motivo a la presión social por parte de los actores sociales y del mismo Estado en cuanto a parte en el conflicto.

Como ejemplo puede mencionarse la actitud que tuvieron los gremios docentes y el Gobierno de la provincia de Buenos Aires ante el conflicto que

---

2 Véase al respecto las encuestas de valoración por la sociedad de las instituciones democráticas, en especial la publicación de Fesquet (2018).

mantuvieron durante meses en 2018, atravesado por especulaciones políticas de ambas partes que parecieron olvidar la obligación que tienen ambas de negociar y hacerlo de buena fe, aunque la Ley 23546 no le fuera aplicable a tal situación por tratarse de poderes no delegados ya que se trata de un principio fundante de todo el derecho, tanto público como privado, máxime cuando se repara en lo normado por el artículo 39, inciso 4° de la Constitución provincial. Ambas partes han recurrido sin miramientos a la presión social, desde huelgas repetidas hasta sanciones poco meditadas por el ejercicio de aquellas y la discontinuidad negocial contra las necesidades de la comunidad toda, manteniendo un tipo de negociación –que denominaremos “posicional”– ajena a aquel principio de buena fe que obliga a hacer todo lo posible para llegar a un acuerdo adoptando a tal efecto actitudes flexibles que permitan, mediante el establecimiento de concesiones recíprocas, superar el conflicto. Esta negociación por concesiones consiste nada menos que en las autoabdicaciones demostrativas de una racionalidad imperfecta, que, en el caso, es desechada con resultados, pienso, funestos.

Claro está que la falta de reglamentación del citado artículo 39 en cuanto a la solución de los conflictos entre empleados estatales y la Provincia mediante la creación de un organismo imparcial, impidiendo que las autoridades provinciales sean juez y parte –omisión mantenida por las diversas administraciones desde la sanción de la Constitución hasta la fecha–, constituye también un mecanismo en definitiva autoritario, en el que la voluntad de los poderes del Estado es captada por un defecto de voluntad (débil) que daña, a mi entender, al conjunto social.

Flisfisch (1987) añade, entre otras consideraciones, que los Estados modernos más desarrollados recurren a la racionalidad imperfecta, mientras que en las sociedades menos desarrolladas económica y socialmente la abdicación de derechos en función de un beneficio común es menos observable y la exasperación del beneficio personal es la regla.

Ante esto, procede a hacer un análisis –limitado a la negociación colectiva– del estado de la negociación colectiva en la Argentina en el pasado inmediato y sus resultados y de la posibilidad de que ese estado de cosas, adelantando opinión en la que lo habido en los últimos años no ha servido para impulsar el desarrollo, se revierta.

Es sabido que uno de los elementos que siempre se señala para destacar la utilidad de la negociación colectiva es la posibilidad de la adaptación de la regulación de las condiciones de trabajo a la realidad concreta; esta plasticidad

la hace un instrumento de cambio –una de las condiciones del desarrollo– mucho más apto que la ley, tanto en sentido material como formal, atento a las condiciones que exigen que esta última deba someterse, generalmente, a un trámite mucho más largo y condicionado.

Recuérdese que la supervivencia del más apto, derivada del principio de selección natural, fue reconocida por Darwin en la quinta edición de su obra maestra *El origen de las especies* (1869), y para algunos debe entenderse como “la supervivencia del más adaptado”, lo que, aplicado a las instituciones jurídicas, puede ser determinante de su auge u ocaso.

Una breve mirada de los contenidos de la negociación colectiva en la Argentina en los últimos 43 años demuestra que lejos de ser un motor de la adaptación y, por tanto, del desarrollo, se exhibe, lamentablemente, como un elemento más de su pronunciada decadencia (Aldao Zapiola, 2017).

Es posible afirmar que la última ronda de negociación colectiva “integral” se dio en la Argentina en 1975. Luego, la negociación fue suspendida por varios años, primero por un Gobierno “de facto” que la desmanteló y también durante los primeros años de vida democrática, ya que en la práctica hasta 1987 no se restauró plenamente el plexo jurídico en el que se apoya. Las partes, sin embargo, ya desde 1984 negociaron, aunque limitándose, en general, al salario. A poco de recobrar vigencia, hubo un grave proceso inflacionario que hizo que la negociación se atuviera solo a lo salarial (se llegaron a discutir salarios mensualmente) y, en la última década del siglo XX, las ideas –principalmente del área económica– la limitaron condicionándola al cumplimiento de requisitos impuestos por el Estado.<sup>3</sup>

Los acontecimientos políticos de principio de este siglo, y las secuelas de la gran depresión vivida entre 2001 y 2002, hicieron que recién desde 2004 se volviera a la negociación a gran escala. Sin embargo, las partes –en estos casos, como en general, cuando las parejas se distancian hay algo de culpa de ambas partes– no desarrollaron la negociación colectiva, limitándose a celebrar convenios en materia salarial y dejando subsistentes las restantes condiciones de trabajo, incluso cuando desde el Estado se propiciaba un mayor desarrollo de la institución (Aldao Zapiola, 2017; Simon y De Manuele, 2014).

---

3 Muestra de ello es que en toda la década de 1990 solo se estableció una modificación del salario mínimo vital y móvil (Aldao Zapiola, 2017, p. 91), lo que exhibe la cabal de la desconfianza que la negociación colectiva generaba en la conducción del Estado, que limitó la autonomía sindical notablemente, incluso a través de normas descalificadas posteriormente por el Poder Judicial, así el caso: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala de ferias: *Confederación General del Trabajo de la República Argentina c/Estado nacional-Poder Ejecutivo nacional*, 24/01/1997.

## Entre 1975 y la actualidad

la sociedad cambió en forma tal que alguien como yo, montado entre las dos fechas [...] puede decir que entre una y otra no existen puntos de comparación [...] en los años 70 aún no habíamos tomado en cuenta la dimensión global de la crisis del petróleo, mucho menos de la cuarta revolución –la digital– que los mayores como yo estamos digiriendo cuando la quinta –la de la inteligencia artificial– ya es recibida en otros sitios del planeta y muy tímidamente en nuestro país. (Simon, 2018)<sup>4</sup>

En tal virtud, se ha señalado que elementos que han sido incorporados a la vida cotidiana –como la televisión a color, internet, los cajeros automáticos, los televisores *smart*, los teléfonos móviles, las computadoras individuales, las tabletas, los vehículos con cajas de transmisión automáticas– eran prácticamente impensados o propios de la ciencia ficción para la sociedad a la que se tuvo en miras durante la última ronda de negociación colectiva “integral” (Simon, 2018).<sup>5</sup>

El llamado “Rodrigazo”<sup>6</sup> intentó, sin éxito, frenar la negociación colectiva en marcha. Los indicadores sociales eran, por mucho, mejores que los actuales, la pobreza no alcanzaba el 6% de la población, la miseria era inferior al 1%, la desocupación era solo friccional y el reparto de la riqueza era considerablemente mejor, siendo retribuidos el trabajo y el capital prácticamente en partes

---

4 Con respecto a los múltiples trabajos publicados en español (además de los muchísimos en otros idiomas), cabe destacar los de Monsalve Cuéllar (2017) y Funes de Rioja (2017). En ambos se hacen predicciones sobre la desaparición de ciertos trabajos en los próximos años por el avance tecnológico, sin embargo, más allá de la creación de nuevos empleos –como los trabajos de cuidar frente al envejecimiento poblacional– existe también la reivindicación de trabajos manuales superados y de baja productividad –construir autopistas con más mano de obra humana que maquinarias– para encausar a la población en la cultura del trabajo, cuando razones demográficas y de orden social lo aconsejan.

5 Los pocos autos que circulaban con cajas automáticas eran importados; los teléfonos fijos escaseaban y uno instalado por la entonces empresa del Estado ENTEL, única y muy deficiente proveedora a tales efectos, incrementaba el precio del departamento o casa, ya que si se pedía uno nuevo, podía tardar años en ser entregado. La Argentina tenía la mitad de los habitantes y una industria sustitutiva sin demasiados requisitos de calidad y de avance tecnológico (los autos del momento eran el Torino, el Ford Falcon y el Peugeot 504, los dos primeros con una década de antigüedad en el diseño). El combustible era, en ese momento, uno de los más baratos de América del Sur y no era tenido en cuenta el consumo al momento de elegir un auto en particular.

6 Término relacionado con el nombre del entonces titular del Ministerio de Economía, Celestino Rodrigo, que suspendió la homologación de los convenios colectivos y dispuso un aumento limitado, a la vez que impulsaba una devaluación. Tras terminar su efímero paso por el Ministerio con una pueblada, se repuso la negociación colectiva plena.

iguales. A su vez, existía un conflicto entre las instituciones y diversos grupos armados que terminaría en un baño de sangre con consecuencias traumáticas que tienen efectos hasta hoy en día, más de 40 años después, y que haría caer un desgraciado manto sobre la sociedad argentina.

Tal como fuera anticipado, la negociación colectiva de actividad –que por mucho es la única abarcativa– se limitó mayormente a discutir acuerdos salariales sin realizar modificaciones de fondo relativas a la prestación del trabajo. Eso es así en los grandes gremios,<sup>7</sup> con muy pocas excepciones.<sup>8</sup>

La adaptabilidad a las circunstancias y su flexibilidad frente a lo nuevo está entonces mayormente ausente en el caso de la negociación colectiva en el país. Es difícil ante tamaña retracción de los actores sociales hacer caer la responsabilidad sobre solo uno de ellos, más bien parecería que la tienen ambos, puesto que si bien el vacío que se produce por la obsolescencia de la normativa convencional deja amplio margen a la voluntad del empleador que la reemplaza con sus facultades de organización –lo que haría posible un cargo a los sindicatos–, también lo es que en el ámbito internacional se ha erigido la negociación y su resultado –el convenio colectivo– como instrumento de gestión del cambio, cuya ausencia (la falta de competitividad de la economía argentina lo demuestra) recae asimismo sobre los empleadores.

Parece claro que todas las circunstancias apuntadas han afectado y afectan a este país en forma indeseable, pero también resulta imperativo superar la decadencia en la que se encuentra inmerso mediante un esfuerzo común. Después de todo, la solidaridad –elemento básico de cohesión sin el cual es muy difícil que una sociedad pueda entrar en la senda del crecimiento económico-social– se trata de esfuerzos comunes e iguales en persecución de fines también comunes e iguales, y se debe dar tanto horizontalmente entre los integrantes de una misma generación como verticalmente entre distintas generaciones. La solidaridad no desconoce el esfuerzo y el premio a la acción individual, pero

---

7 Véanse a modo de ejemplo los convenios de los trabajadores metalúrgicos (260/75), empleados de comercio –el más importante de la actividad privada– (130/75) y bancarios (18/75). Piénsese a este respecto que en 1975 no había cajeros automáticos ni computadoras personales, tal es así que se preveía un plus para el manejo de computadoras que en la época eran raras y gigantescas en tamaño con respecto a las actuales. Asimismo, los de colectivos de corta, media y larga distancia (460/73, este es aún más antiguo que el resto). Por su parte, los gastronómicos actualizaron (relativamente) sus convenios más importantes hace 16 años (2004), y los convenios de viajantes de comercio e industria (308/75) muestran algunas reformas manteniendo su estructura básica, y así sucesivamente.

8 En el sector privado se han producido reformas recientes en los convenios de las terminales de SMA-TA, también en otros del sector público sujetos a negociación, como el de los ferroviarios (Unión Ferroviaria) y AySA (Obras Sanitarias).

los vincula –cual argamasa– a los restantes esfuerzos de forma tal que la vida en sociedad tenga sentido (Rauscher, 2017, p. 2).<sup>9</sup>

También es imprescindible que el esfuerzo social tenga éxito, ya que la decadencia produce, por lo general, discordancias sociales aparentemente irreconciliables. La posibilidad de éxito tiene que ser visualizada por un gran segmento social, desarrollando confianza en el futuro y en el propio actuar presente, de lo contrario, por mejores que sean las intenciones de una pequeña porción dirigente, es difícil producir la unidad de concepción de un modelo que es condición de su propio éxito. Ciertamente es, cabe remarcar, que para ello es necesario una gestión de la racionalidad imperfecta, que permita llegar a fines comunes por vía de la abdicación parcial de intereses sectoriales.

Sobre el punto, hace ya varios años Dos Santos (1987) escribía que

la relación entre conflicto y cooperación, entre confrontación y composición, entre el ejercicio autónomo de la autoridad política y la negociación marca siempre la acción colectiva, pero quizás valga la pena repensar esa relación en un momento en que el sistema político en su configuración estatal-partidaria tiene graves dificultades para gestar el consenso necesario y para orientar el proceso de desarrollo en un sentido cada vez más inclusivo o, peor aún, para evitar quiebras institucionales y/o bolsones de desorganización de la vida social. (Dos Santos, 1987, p. 13)

Parece general el reconocimiento en la sociedad contemporánea que la generación de riqueza –esto es, el progreso económico en cuanto al incremento constante de valor de bienes y servicios producidos por una sociedad– no tiene por qué basarse en la exclusión social, que caracteriza al Estado neoconservador, sino que, por el contrario, en el nuevo Estado social se produciría una sinergia entre ambos tipos de desarrollo que se suponen elevándose al mismo tiempo, esto es, el simultáneo crecimiento económico y un mejor nivel y calidad de vida de la población.

La Iglesia católica siempre ha apostado al diálogo social y a la concertación como método de superación de las crisis.<sup>10</sup> Anton Rauscher (2017) enseña que

---

9 La solidaridad, en definitiva, es un mandamiento del amor cristiano al prójimo basado en la igualdad originaria de ser hijos de Dios –más allá de diferencias en sus capacidades y habilidades, intereses y preferencias–, de un mismo Padre. Todo hombre tiene la misma dignidad y los mismos derechos y deberes.

10 Así, recuérdense las Mesas de Diálogo Social que ayudaron significativamente a superar la severa crisis de 2001 y 2002 en la Argentina.

para alcanzar a descubrir todo aquello que abarca el término concertación social recurrimos una vez más a la tan mentada metáfora de que todos estamos en un mismo bote. La concertación paritaria presupone que todos, trabajadores y empleador solo pueden progresar si el avance es para todos. [...] El esfuerzo de todos y cada uno redundan en beneficio de todos. Poco es lo que el individuo puede lograr si no lo acompañan los demás. (Rauscher, 2017)

Aunque también intervenga la solidaridad recíproca, el peso más significativo está en obtener utilidad para todos. No se dice que ello sea moralmente impugnable o incluso despreciable. El Evangelio sabe de la “regla de oro” y su importancia ética para la organización de las relaciones interhumanas, “Así que, todas las cosas que queráis que los hombres hagan con vosotros, así también haced vosotros con ellos: porque esto es la ley los profetas” (Mt. 7, 12). Así relata el apóstol San Mateo el Sermón de la Montaña de Jesús.

Asimismo, se ha definido al nuevo Estado social (en contraposición al Estado de bienestar de la posguerra y su decadencia y los Estados neoconservadores que tienen manifestaciones actuales) como un ordenador social público oportuno y suficiente, que tome del mundo privado las mejores herramientas para optimizar su funcionamiento y, de las teorías que analizan el ámbito público, la finalidad ínsita de la trascendencia de su cometido, a fin de no impedir el normal flujo que las fuerzas sectoriales desarrollan en los mercados, incluyendo el del trabajo, pero sin resignar tampoco su potestad que como normatizador nato posee en la comunidad (Simon, 1994).

Este Estado social no sería el Estado prebendario, de larga data en nuestro medio, ni el Estado ausente o del “dejar hacer y dejar pasar” que otros quieren. Tampoco el tapón que con una carga impositiva excesiva paraliza la actividad privada, como sucede actualmente, donde el único recurso de algunas empresas, principalmente PyMES, es recurrir a la actividad al margen de todo registro –se supone que una tercera parte del trabajo es prestado en este tipo de empresas y que, junto con otras modalidades de evasión que alcanza a los microemprendedores y profesionales, supera el 45%– sin que esto sea solucionado por los organismos recaudadores.

Hace falta entonces que el Estado se adapte a las necesidades actuales, porque no es dable inferir que solo la voluntad de los actores sociales alcance para el cambio, pero nada impide que el movimiento comience de abajo hacia arriba, es decir, por estos respecto a aquel.

La cita de Dos Santos (1987) demuestra que desde la segunda mitad del siglo

pasado<sup>11</sup> se ha utilizado la negociación colectiva en el más alto nivel (concertación social) para superar las crisis, eso en Estados tan distintos como los Países Bajos, Italia, Brasil o Chile, sentando una base para el desarrollo, pero, además, actualmente se la ve como una impulsora *per se* del desarrollo.

Un par de trabajos de investigadores argentinos sobre la productividad, su incremento y su relación con la negociación colectiva permiten reflexionar sobre este aspecto ineludible de la competitividad económica que es la productividad, que presupone: (1) una mayor cantidad de trabajo o trabajo más calificado; (2) un aumento de los recursos naturales explotados; (3) un aumento del equipamiento; (4) un uso más eficiente de la tecnología o la aplicación de nuevas tecnologías; (5) un uso más eficiente de las tecnologías de la información; y (6) un uso más eficiente de las energías; desde el enfoque definido como productividad total de los factores, los aumentos de productividad impactan en el total producido, tanto a través de una mayor disponibilidad de los recursos como de su eficiencia (Godio, 2007; Sladogna, 2017).

Ahora bien, los citados trabajos y otros (Campos et al., 2015) demuestran que la negociación colectiva y la gestión de la productividad son plenamente compatibles. Sladogna (2017) sugiere como contenidos para la negociación colectiva de la productividad: (1) incluir en la definición de “productividad” elementos vinculados a la gestión gerencial que desbordan el ámbito de los procesos de trabajo; (2) trabajar la cultura de la productividad sistémica, que no es solo responsabilidad del trabajador individual o colectivo laboral, sino también de la eficacia de la gestión, (3) formación de comisiones mixtas abocadas a identificar los obstáculos para así resolverlos e incrementar la productividad; (4) promover la productividad como valor cultural de la organización y medir la responsabilidad de la gestión en alcanzar este objetivo; (5) los bonos (premios o primas) sumados al rediseño organizacional y una solidaria participación de los trabajadores como parte del sistema productivo; (6) elaboración conjunta de programas de productividad y calidad; y (7) evaluación de las condiciones para el cumplimiento de las metas establecidas más allá del desempeño del trabajador expresado en asistencia y puntualidad. Además, la autora señala que estos pactos pueden ser activos –requieren una intervención sindical en la gestión– o pasivos, que dejan la medición y evaluación de los planes de productividad a las empresas.

Por supuesto que, desde siempre, la negociación colectiva ha funcionado

---

11 Algunos la ubican aun antes, a partir de 1930 (Fernández, 1987).

como un mecanismo de redistribución del ingreso, esto es, de equidad social; su éxito en una sociedad que es cada vez más inequitativa y regresiva es discutible, también lo son las políticas que por la vía de la restricción del ingreso de los trabajadores buscan efectos antiinflacionarios, ambos datos de la realidad que pueden confrontarse con lo sucedido en nuestro país en los últimos tres años, y en los anteriores ante los efectos de la inflación sobre las remuneraciones y la posdatación del salario. La desigualdad social es, para algunos, causante de los conflictos sociales tanto individuales como colectivos y las sociedades más justas y equitativas (aquellas en las que la desigualdad es menor) tienden a ser más felices y armoniosas que aquellas en las que reina una mayor desigualdad (Guillemí, 2018; Rauch, 2018). Esto es que el tema también tiene que ver con el desarrollo, social en este caso.

La negociación colectiva no se limita a la productividad o a la distribución del ingreso, sino que tiene capacidad de responder a los nuevos retos que se le plantean, de asumir un papel protagónico en la gestión del cambio empresarial (Villalón, 2017). Ello tiene una mayor incidencia en las pymes, sector que en Argentina normalmente se encuentra al margen de la elaboración del convenio colectivo y es uno de los más necesitados en la gestión del cambio y la productividad (Campos et al., 2015).<sup>12</sup> Recuérdese, además, que en este país tal sector emplea entre al 70 y al 80% del total del personal dependiente.

Si bien la negociación colectiva, especialmente como instrumento de gestión del cambio, es de difícil concreción no solo en la Argentina, otros países han generado estrategias más o menos exitosas al respecto (Cialti, 2017). La Ley 24467, sancionada con claro ánimo flexibilizador, fracasó entre otros motivos porque por vía de su reglamentación se pretendía aplicar a muchísimas más empresas que a aquellas para las que se había pensado en un principio, también por la falta de estructura negocial de los empleadores de ese sector y, a la vez, por una resistencia entendible en el sector sindical, ya que la reforma parecía dejar de lado el tipo de negociación que culturalmente había imperado (vertical o por actividad) en miras únicamente al fin indicado precedentemente, sin tomar un camino progresivo que tuviera en cuenta y alentara el libre accionar de los actores sociales.

Al volver ahora a la racionalidad imperfecta que, como se vio, se basa en la abdicación de derechos propios en función del bien común inmediato y del

---

12 Las PyMES argentinas tienen más dificultad de acceder a la negociación, generalmente en manos de cámaras empresarias que representan a los sectores más concentrados del capital y, a la vez, registran menor competitividad con un manejo más primitivo y arbitrario de la gestión del trabajo.

bien personal mediato, es imprescindible entonces deponer todo autoritarismo, el cual puede manifestarse en varios aspectos de la vida pública y, aun, de la privada. Los gobiernos recurren a la negociación solo para lograr objetivos propios y desconocen los efectos probados en el resto del mundo como método para superar el conflicto y agregar valor. Los actores sociales también tienen una conducta autoritaria, en la que impera la desconfianza respecto al otro y demérito del diálogo y negociación. El ya citado Rauscher (2017) indica

todos sabemos muy bien que los desafíos presentes y futuros solo podrán ser solucionados si todos juntos ponemos manos a la obra. Juntos no significa, sin embargo, que cada cual crea poseer la llave de la sabiduría y pretenda que el otro así lo comprenda.

Se ha afirmado que la negociación exige como requisitos básicos: (1) el reconocimiento del otro como un igual; (2) la voluntad de negociar y hacerlo de buena fe; y (3) la confianza en que este es un método de solución de conflictos y que agrega valor a ambas partes (Dos Santos, 1987).

Más allá de ciertas declamaciones y pese a expresas disposiciones normativas,<sup>13</sup> la sociedad en general parece no creer en tales presupuestos básicos, sosteniendo, pese al reiterado fracaso, que nada mejor que voluntad única y autónoma para la superación del conflicto y el crecimiento.

Ante ello, solo resta concluir que, de insistirse en este necio antagonismo que actualmente informa las relaciones laborales, el cambio de rumbo hacia el progreso social, económico y cultural parece cada vez más distante.

## Bibliografía

- Aldao Zapiola, C. (2012). Breve historia de la negociación colectiva en la Argentina. En Simon, J. C. (Dir.), Ambesi, y L. J. (Coord.), *Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo* (Vol. I, pp. 985-1044). Buenos Aires: La Ley.
- Aldao Zapiola, C. (2017). *Breve historia de la negociación colectiva en la Argentina*. Buenos Aires: La Ley.
- Cachanosky, I. (29 de junio de 2020). Argentina, cerca de volver a niveles del PBI de 14 años atrás. *Ámbito*. <https://www.ambito.com/opiniones/argentina/cerca-volver-niveles-del-pbi-14-anos-atras-n5113458>.

---

13 Ley 23546.

- Campos, M., Frankel, J., Rodríguez Miglio, M., Ortíz, J., y Benebento, S. (2015). *Guía Sindical sobre Negociación Colectiva y Productividad*. Buenos Aires: Relats. <http://www.relats.org/documentos/11.ALC.ArgentinaCampos2.pdf>.
- Cialti, P. H. (2017). La negociación colectiva ante situaciones de crisis en las pequeñas empresas: las respuestas española y francesa. En Villalón, J. C. (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio* (pp. 259-287). Madrid: Cinca.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). (2019). *Panorama Social de América Latina, 2019* (LC/PUB.2019/22-P/Re v.1), Santiago.
- Darwin, C. R. (1869). *On the origin of species by means of natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life* (5ª ed.). Londres: John Murray.
- Dos Santos, M. R. (1987). Pactos en la crisis. Una reflexión regional sobre la construcción de la democracia. En Dos Santos, M. R. (Comp.), *Concertación político social y democratización* (pp. 11-50). Buenos Aires: CLACSO.
- Elster, J. (1979). *Ulysses and the Sirens*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Fernández, A. (1987). Sindicalismo y concertación social. La coyuntura argentina. En Dos Santos, M. R. (Comp.), *Concertación político social y democratización* (pp. 225-249). Buenos Aires: CLACSO.
- Fesquet, S. (18 de noviembre de 2018). *Últimas noticias de la democracia*. Clarín. [https://www.clarin.com/opinion/ultimas-noticias-democracia\\_0\\_4TJgeYpGX.html](https://www.clarin.com/opinion/ultimas-noticias-democracia_0_4TJgeYpGX.html).
- Flisfisch, A. (1987). Reflexiones algo oblicuas sobre el tema de la concertación. En Dos Santos, M. R. (Comp.), *Concertación político social y democratización* (pp. 275-291). Buenos Aires: CLACSO.
- Funes de Rioja, D. (1 de agosto de 2017). La nueva revolución tecnológica y su impacto sobre el empleo y la institucionalidad laboral. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, LXII(2), 55 y ss.
- Godio, J. (15 de agosto de 2007). *Notas sobre la relación entre Diálogo Social y productividad*. Rebanadas de Realidad. <http://www.rebanadasderealidad.com.ar/godio-68.html>.
- Guillemí, R. (26 de agosto de 2018). Desigualdad: las recetas exitosas que revirtieron el fenómeno de la concentración. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/desigualdad-recetas-exitosas-revirtieron-fenomeno-concentracion-nid2165823>.
- Infocielo (15 de septiembre de 2019). Vidal analizó su derrota: “Mi principal autocrítica es el conflicto con los docentes en 2018”. <https://infocielo.com/nota/109579/vidal-analizo-su-derrota-mi-principal-autocritica-es-el-conflicto-con-los-docentes-en-2018/>.
- Le Goff, J. (1980). *Hacer la historia* (Vol. I). Barcelona: Laia.
- Monsalve Cuéllar, M. E. (2017). *El futuro del trabajo*. Cuenca: Alderabán Ediciones.
- Nino, C. S. (1992). *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Buenos Aires: Emecé.
- Rauch, J. (26 de agosto de 2018). La felicidad poco tiene que ver con el aumento de la prosperidad. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/la-felicidad-poco-tiene-ver-aumento-prosperidad-nid2165824>.
- Rauscher, A. (2017). La concertación social: factor imprescindible para una economía libre. *Contribuciones*, 6, 69-79.
- Simon, J. C. (1994). *Modelo Estatal y Negociación Colectiva*. Buenos Aires: La Ley.

- Simon, J. C. (2018). Aspectos de la libertad sindical. En Confalonieri, J. A. (h) (Coord.), *Un enfoque actual del pensamiento jurídico de Justo López* (pp. 525-538). Buenos Aires: Erreius.
- Simon, J. C. y De Manuele, A. N. (2014). *Estudio sobre negociación colectiva. Argentina 2003-2013*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Sladogna, M. G. (2017). *Productividad: definiciones y perspectivas para la negociación colectiva*. Buenos Aires: Relats-Argentina. <https://www.relatsargentina.com/documentos/RA.1-ORG/RELATS.A.ORG.Sladogna.Productividad.pdf>.
- Sticco, D. (24 de febrero de 2020). Caída sin freno: hace 100 años el PBI por habitante de Argentina estaba entre los 10 más altos del mundo, hoy se ubica en el puesto 70. *Infobae*. <https://www.infobae.com/economia/2020/02/24/caida-sin-freno-hace-100-anos-el-pbi-por-habitante-de-argentina-estaba-entre-los-10-mas-altos-del-mundo-hoy-se-ubica-en-el-puesto-70/>.
- Villalón, J. C. (2017). *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*. Madrid: Cinca.



# LA ENSEÑANZA DE LA ÉTICA EN TIEMPOS DE RELATIVISMO

---

**Alberto M. Sánchez**

Universidad Austral

estudioamsanchez@gmail.com

## 1. Introducción

Hablar de ética en un mundo dominado por el relativismo<sup>1</sup> es una tarea sumamente compleja.<sup>2</sup> No porque se niegue que el ser humano debe obrar éticamente, sino por la dificultad casi insalvable de acordar qué es “lo ético”. Por otra parte, existe una tendencia a pensar que lo ético y lo moral<sup>3</sup> son cuestiones “religiosas”, lo que produce en no pocas personas un rechazo instantáneo. Finalmente, una posición egocéntrica, sobre la que volveré más adelante, lleva a muchos a erigirse en el punto de referencia de lo moral.

Estas líneas en modo alguno pretenden pasar revista por las corrientes filosóficas que se ocupan del tema, más allá de algunas referencias puntuales. El objetivo es, simplemente, brindar algunas pautas de reflexión para la enseñanza de la Ética, en particular en el mundo universitario. Sin perjuicio de la enorme riqueza que implica la lectura, estudio y análisis de los autores que se ocupan del tema,<sup>4</sup> mi propuesta es sugerir elementos que permitan a cada uno, en un proceso de introspección y en el marco del aprendizaje áulico, descubrir en su propio interior las respuestas a las preguntas fundamentales de la existencia: ¿quién soy?, ¿por qué soy?, ¿para qué soy?

---

1 “El relativismo representa la eterna objeción a la pretensión de buscar racionalmente el contenido objetivo, no subjetivo, de la palabra ‘bueno’”. (Ayllón, 2008, p. 15)

2 Escribe Sotelo de Andreau (2007): “Poco a poco la ética se convirtió en un tema exótico de investigación, no por la caracterización de los estudiosos, sino por el interés que por ella se muestra. En el proceso de difusión aparecen obstáculos puestos en juego tanto el emisor como el receptor, pareciera como que no se desea internalizarla. La ética se ha convertido en una imagen virtual” (p. 53).

3 En este trabajo se utilizarán las expresiones “ética” y “moral” como sinónimos.

4 Recomiendo acudir, entre otros, a Cassagne (2015), Hervada (2000), Massini Correas (2005), Rodríguez-Arana Muñoz (2004), Santiago (2002), Sarmiento García (2003) Soto Kloss (2002) y Vigo (2000).

A fin de no abusar de la diagnosis, diré brevemente que advierto, entre otras, las siguientes características en nuestra cultura globalizada:

1. La relativización del concepto “verdad”, manifestada cotidianamente en frases tales como: “esa es tu verdad y yo tengo mi verdad”, “nadie es dueño de la verdad”, “no hay verdades absolutas”, “todo depende del cristal con el que se lo mire”, etcétera.
2. La confusión entre “verdad” y “opinión”.
3. La superficialidad en los análisis y la banalización en las comunicaciones.
4. La primacía del “tener razón” por sobre el esfuerzo por encontrar la verdad.

En todos los casos, lo que subyace es una renuncia al esfuerzo por pensar en profundidad, por llegar hasta las últimas consecuencias en el desarrollo de un argumento, por someter cada una de las afirmaciones a mínimos testeos de coherencia. Muchas veces, la primera idea que viene a la cabeza se convierte en sentencia y adquiere validez universal y definitiva simplemente porque se instaló en la cabeza del pensante, quien, cuando se ve acorralado en un debate ante la inconsistencia e incongruencia de su idea, lejos de reconocer que es errónea, apelará rápidamente al ya mencionado latiguillo “es mi verdad”. Con ello se finiquita toda discusión y queda “a salvo” de la verdad su opinión equivocada.

Creo que todos hemos tenido la experiencia de que algún interlocutor, aun advirtiendo con claridad que su parecer sobre algún tema determinado no es coherente, no está dispuesto a modificar su esquema de valoración por cuanto ello le llevaría a tener que cuestionarse a sí mismo. Poner en juego todo el propio sistema de valoraciones no es algo que muchos estén dispuestos a aceptar. En cierta forma, es como empezar de nuevo.

Por último, mencionaré un hecho bien conocido por algunos e intuitivo por el resto: buscar la verdad, hallarla y servirla con la propia vida es un proceso difícil y arduo que nos pone a contramano de la cultura imperante y que en no pocos casos exige un auténtico heroísmo. La palabra clave, cuando hablamos de ética, es “coherencia”, y no es fácil ser coherente en un mundo que invita a acomodarse, a adaptarse, a abandonar las posiciones “extremas”, “cerradas” y “rígidas” para licuar la vida en un mar de permisivismo acomodaticio.

El “problema” de la verdad no es su contenido, sino que nos exige entregarle la vida. No la entrega existencial del romanticismo, sino la de cada acto. “Nunca es triste la verdad, lo que no tiene es remedio”, dice Serrat en la canción *Sinceramente tuyo*. El relativismo invita a recorrer el camino inverso, a construir para mi vida una “verdad” que no sea un problema, que no me comprometa,

que no me exija, que sea tan maleable como para ajustarse a mis deseos, que abarque todo lo que yo quiera introducir en mi cotidianidad y, sobre todo, que renuncie a su pretensión de definitividad porque quién sabe si lo que hoy me agrada y me conviene me agrada o convendrá mañana.

Así, la relación de esencial intrincación entre verdad y ética se desdibuja por completo y desaparece toda referencia que permita juzgar los propios actos.

## **2. Vinculación de la ética con la cosmovisión del hombre**

Existe una indudable relación entre la valoración de los comportamientos y la cosmovisión que el hombre posee en cada etapa de la historia. No he de referirme, por razones de espacio, a las distintas cosmovisiones que pueden verificarse a lo largo de la historia de la humanidad. Solamente he de indicar acá que los últimos siglos han sido testigos del paso del teocentrismo (Edad Media) al antropocentrismo (Renacimiento, Edad Moderna) y de este al actual egocentrismo.

Primero, fue el desplazamiento de Dios, considerado centro del universo y autor de lo creado, para entronizar al hombre como centro y medida de todo. Hoy, ya no es “el hombre” el centro, sino el “yo”. Esto, que dicho así parece una exageración, encuentra a poco andar un correlato indiscutible en la cotidianidad. Así, nos descubrimos pensando –o afirmando– que tal persona es buena o mala porque ha sido buena o mala conmigo, que tal otra es muy inteligente porque coincide con mi forma de pensar, o que aquella es valiosa porque persigue y defiende los mismos intereses que persigo y defiendo yo. Los ejemplos podrían multiplicarse, pero para terminar enfatizando siempre la misma conclusión: la referencia de lo bueno, lo sabio, lo valioso y lo valiente soy yo.

Es la “ética del egocentrismo”, que pretende convencernos de que son nuestros pasos los que indican el camino correcto sin importar en qué dirección van. No existe una adecuación del pensamiento y de la conducta a unos valores determinados *a priori* como tales, sino al revés: mi pensamiento actual y mis actos son los valores a seguir hoy.

Para la ética del egocentrismo es bueno lo que me conviene a mí, lo que me da placer, lo que me otorga poder, lo que me produce rédito económico, social o profesional, lo que está en sintonía con mi modo de actuar, lo que coincide con mi forma de pensar. El egocéntrico, aunque no se dé cuenta, piensa: “yo tengo mi ética”. O, lo que es lo mismo, “yo soy la ética”.

Por todo esto es que suelo proponerles a mis alumnos que respondan a dos

preguntas esenciales, en cuyas respuestas está la definición del contenido íntegro de la cuestión ética. La primera de esas preguntas es: ¿hay una ética o muchas éticas? Para responder a esta pregunta, es imprescindible indagar primero sobre la relación de la ética con otras realidades.

### **3. Relaciones de la Ética<sup>5</sup>**

#### **3.1. Relaciones entre ética, fe y razón**

Enseñó Juan Pablo II (1998): “La fe y la razón son como las dos alas con las cuales el espíritu humano se eleva hacia la contemplación de la verdad”. Jamás la fe y la razón son incompatibles entre sí y a las más preclaras mentes de todos los tiempos les ha sido evidente que las verdades de la fe no repugnan ni obstaculizan la inteligencia humana. La mentalidad cientista, que “solo reconoce como verdad lo que la ciencia puede demostrar<sup>6</sup> configura un peligroso reduccionismo, ya que el mismo hombre es mucho más que lo que la ciencia puede probar.

Es necesario, por otra parte, decir que la fe es un don y que la razón solo puede dejarnos en el umbral de la fe. No se trata, en este punto, de la certeza de unas ideas, sino de la experiencia vital de una comunicación personal con el Creador. Por eso, un literato ganador del Premio Nobel, André Gide, pudo decir: “En las palabras de Cristo hay más luz que en cualquiera otra palabra humana. Esto [...] no parece ser suficiente para que uno sea cristiano. Además de ello hay que creer. Ahora bien, yo no creo” (Pieper, 1993, p. 8).

Sin embargo, algunos llevan su ausencia de fe un paso más allá: se escandalizan por lo que las religiones llaman “misterios”, es decir, verdades que la inteligencia no puede alcanzar acabadamente por sí misma, pero que igualmente se tienen como tales. Esgrimen que en el actual nivel de evolución de la inteligencia humana creer en “misterios” es algo insultante a esta. No obstante, lo que puede constatarse con claridad es que los únicos “misterios” que a tales personas molestan son los misterios de la fe. Conviven sin problema alguno todos los días de su vida con cientos de “misterios” que no pueden, subjetivamente, explicar, como por ejemplo: porqué se prende una luz cuando acciono una perilla, o porqué vuela un avión sin que nadie lo empuje por detrás, o porqué cuando hablo por celular escucho una voz en ausencia del hablante. De hecho,

---

5 Cfr. Sánchez (2017).

6 CELAM, Documento de Puebla N° 315: “En esta visión, sólo se reconoce como verdad lo que la ciencia puede demostrar; el mismo hombre se reduce a su definición científica. En nombre de la ciencia todo se justifica, incluso lo que constituye una afrenta a la dignidad humana”.

somos subjetivamente incapaces de explicar casi nada de la fenomenología que nos rodea. Se dirá, con razón, que hay quien sí lo puede explicar, lo cual es cierto, pero eso no quita que quienes se sienten incómodos con los misterios de la fe no tengan problema alguno en vivir rodeados de misterios, es decir, de infinidad de acontecimientos que no pueden explicar por sí mismos. Con toda razón ha escrito García (2006) que “[...] una clara expresión del actual secularismo es ese afán de autonomía plena, porque cree que es verdad sólo aquello que él mismo puede verificar y controlar” (p. 27).

Por otra parte, en cada época de la historia se descubre que infinidad de “verdades” científicas eran groseros errores que quedaron luego en evidencia ante la evolución de la tecnología, lo que a cualquier persona con un simple dejo de humildad le lleva a pensar que lo que hoy la ciencia considera incuestionable puede ser revisado mañana ante nuevas evidencias. Solo la soberbia egocéntrica es capaz de sostener que las “verdades científicas” de hoy son infalibles e inmutables.

Finalmente, es esencial entender que todos, sin excepción, somos creyentes, y lo somos por la misma razón. Pieper (1993) explica con sabiduría que “creer significa: creer algo a alguien” (p. 6). Suelo preguntar a mis alumnos si “saben” o “creen” que son hijos de sus padres, y después de algunos instantes de perplejidad la conclusión es clara: ninguno de ellos se ha hecho una prueba de ADN para “saber” que es hijo de sus padres. Lo “creen” porque sus padres siempre se los dijeron. Creen esto porque les creen a sus padres; le creen algo a alguien.

Lo segundo que enseña Pieper (1993) es que “[...] creer solamente se puede si se lo quiere” (p. 7). No solamente la inteligencia juega en esto su papel, sino también la voluntad. Debe existir un grado de apertura y una intención operante de buscar la verdad.

### **3.2. Relaciones entre ética y verdad**

La nuestra es una época en la que se valora y entroniza el pluralismo. Pero ¿de qué hablamos cuando nos referimos al pluralismo? Las respuestas a esta pregunta son disímiles en función del enfoque filosófico que se le dé a la cuestión.

Como indiqué en la introducción, existe hoy una lamentable tendencia a confundir verdad con opinión. La secuencia sería: cada uno tiene “su” verdad; cada uno tiene el derecho de opinar sobre cualquier tema; ergo, la opinión de cada uno sobre cada tema será “su” verdad y, por ende, incuestionable, ya que nadie puede pretender imponer a otros “su” verdad. La verdad, así, no es algo

que el hombre debe descubrir y servir, sino algo que construye a partir de lo que espontáneamente le viene a la cabeza en algún momento. Por eso, es más importante en los debates “tener razón” que encontrar la verdad. El relativismo en este plano es feroz y se manifiesta en numerosas frases que escuchamos cotidianamente: “nadie es dueño de la verdad”, “cada uno tiene su verdad”, “hay que respetar la verdad del otro”, “cada uno tiene una parte de la verdad”, “no hay verdades absolutas”.

Ratzinger lo llamaba “la dictadura del relativismo”,<sup>7</sup> ya que sostener que “no hay verdades absolutas” implica a su vez, paradójicamente, afirmar algo con carácter de absoluto. Es decir, todo sería relativo, salvo esta misma afirmación, que no podría relativizarse. “Todo es relativo” es, para esta corriente de pensamiento, un absoluto.<sup>8</sup> Sin embargo, la propia lógica desnuda la falsedad monumental de estas argumentaciones falaces y capciosas. Fundamentalmente, a través del principio de no contradicción, que enseña que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido, o, para decirlo con mayor justicia, una proposición y su negación no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo y en el mismo sentido. Por ejemplo: las afirmaciones “el alma existe” y “el alma no existe” no pueden ser ambas verdaderas. O ambas afirmaciones son erróneas o una es errónea y la otra acertada; ambas acertadas es imposible.

Hoy, el “pluralista” es el relativista, para quien no hay verdades absolutas y ni siquiera propone un sincretismo que, aunque vacío y condenado al fracaso, implicaría al menos un esfuerzo de conciliación de los pensamientos. En el fondo, intuye que ese esfuerzo entrañaría un peligro, ya que debería poner en juego “su verdad”, a riesgo de tener que admitir incoherencias e inconsistencias. Lo sencillo, lo seguro, lo cómodo, lo agradable es no discutir sobre la verdad, porque cada uno tiene “su verdad”.

Sin embargo, lo cierto es que hay otra noción del “pluralista”, completamente alejada de la descrita. Conforme a esta, un pluralista es quien puede entablar un diálogo acerca de la verdad, sin menoscabar, discriminar ni excluir a quien piensa distinto o, incluso, opuesto. El auténtico pluralista es quien es capaz de respetar al otro sin que para ello se sienta en la necesidad de asignar a

---

7 “A quien tiene una fe clara a menudo se le aplica la etiqueta de fundamentalismo. Mientras que el relativismo, es decir, dejarse llevar a la deriva por cualquier viento de doctrina, parece ser la única actitud adecuada en los tiempos actuales. Se va construyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que deja como última medida solo el propio yo y sus antojos” (Misa pro eligendo Pontifice, 18/4/2005).

8 Cfr. Sarmiento García (2003, p. 12).

la opinión del otro la categoría de “verdad subjetiva”. No respeta al otro como semejante porque tenga “su verdad”, o a pesar de la “verdad” que profesa, sino porque el otro es mucho más que lo que piensa o dice. No juzga al otro, mira solo su dignidad. No recurre al consenso, acude a la comprensión. No practica tolerancia, privilegia la empatía.

Como se verá luego, entre ambos tipos de pluralismo hay un abismo cuando de opciones éticas se trata.

### 3.3. Relación entre ética y libertad

En nuestra actual cultura relativista y egocéntrica, toda búsqueda de la verdad y todo razonamiento ético configuran una amenaza para la libertad. Este concepto de libertad absoluta ve en la autoridad una amenaza, y en el Estado, una amenaza organizada. Sin embargo, como bien señala López Azpitarte (2003),

la moral no es la frontera que encierra y esclaviza a la libertad, algo ajeno y opuesto a ella, como un adversario que quisiera destruirla. Es, por el contrario, el cauce que orienta su ejercicio, la luz que ilumina el sendero para que llegue a conseguir precisamente lo que quiere: modelar lo que somos instintivamente, como ofrecimiento primario de la naturaleza, para construir la imagen de persona que se ha proyectado. (p. 105)

En una reciente película, titulada *El silencio del pantano* (2019), el protagonista, un escritor de novelas, está firmando ejemplares de su último libro. Luego de la presentación, entabla el siguiente diálogo con una de sus admiradoras mientras le dedica un ejemplar:

—¿Le puedo hacer una pregunta?

—Claro, si me llamas de tú.

—El protagonista... Quiero decir que no se explica qué le pasa, si es que tiene un trauma o algo así. Y tampoco sabemos nada de su pasado. ¿Va a contarlo en algún libro?

—No. No lo tengo previsto, la verdad.

—Entonces, nunca vamos a saber por qué mata.

—Porque puede.

En este diálogo queda reflejado el núcleo del concepto actual de “libertad”: todo lo que puede hacerse es válido que se haga. Si se puede, se hace. Y este razonamiento no es solamente la base de los comportamientos individuales, sino también de algunas teorías científicas. En el campo de la bioética, sobre el que

volveré más adelante, hay demasiados ejemplos de esto. La explicación es clara: se considera a la libertad desasida de la responsabilidad, que es su contracara. Una libertad que fundamenta derechos, pero que jamás origina obligaciones. Piense cada uno de los que leen esto cuántas conferencias ha escuchado y textos ha leído sobre “derechos humanos” y cuántos sobre “deberes del hombre”. Ello ha llevado a Vigo (2000) a sostener:

En una lectura apropiada de los derechos humanos fundamentales no hay lugar para versiones individualistas que terminen marginando aquello que les corresponde a las sociedades que se benefician con integrar, y, asimismo, se debe recordar que están implícitos no sólo los límites de aquellos derechos, sino también los “deberes jurídicos fundamentales”. (p. 224)<sup>9</sup>

Sin embargo, lo cierto es que la auténtica libertad reconoce y respeta límites que la ordenan desde fuera (las leyes) y desde dentro (las virtudes). Enseña, por ello, Estanislao Karlic que la libertad está más que en la posibilidad de elegir en el acto de elegir lo bueno.<sup>10</sup> No somos en realidad auténticamente libres porque tenemos la posibilidad de elegir entre varias opciones, sino cuando elegimos la correcta, la que habrá de dotarnos de plenitud, la que habrá de convertirse en un bien para nuestra vida. Las opciones éticas valiosas nos liberan, así como las erróneas nos esclavizan haciéndonos perder libertad.<sup>11</sup> Es lo que también enseña Palma Bufill (1999):

Existe una estrecha correlación entre libertad y moralidad; la libertad es la capacidad de dirigir los propios actos al bien propio del hombre, radicado en el amor de Dios y del prójimo; la moralidad es la proporción que esos actos guardan con ese bien. (p. 98)

- 
- 9 En esta línea, sostiene Lorenzetti (1998): “[...] esta letanía de pretextos hunde en realidad sus raíces en la moral individualista, no tiene en cuenta para nada las obligaciones sociales [...] Mucho más eficaz es el convencimiento personal y la conciencia de ser miembro de una comunidad en la que se tiene el derecho de recibir, pero también de dar de lo propio en la medida de las posibilidades” (p. 247).
- 10 Cita extraída de la conferencia dictada por Estanislao Karlic en la XII Reunión de Profesionales Católicos, organizada por la Acción Católica Argentina, del 20 al 22 de junio de 1985 en la provincia de Catamarca.
- 11 “Hay una relación íntima y profunda entre la norma ética y la buena consecuencia: el hombre se hace mejor hombre cuando la sigue, y se degrada como hombre cuando le da la espalda”. (Sada Fernández, 2011, p. 35) A su vez, Ayllón (2008) explica: “Pertenece a la perfección de la libertad el poder elegir caminos diversos para llegar a un buen fin. Pero inclinarse por algo que aparte del fin bueno –en eso consiste el mal– es una imperfección de la libertad” (p. 26).

En ese maravilloso libro que es *El hombre en busca de sentido*, Frankl (1986) describe certeramente esa dualidad: “¿Qué es, en realidad, el hombre? Es el ser que siempre decide lo que es. Es el ser que ha inventado las cámaras de gas, pero asimismo es el ser que ha entrado en ellas con paso firme musitando una oración” (p. 87). Lo mejor y lo peor de la condición humana.

En definitiva, como bien afirma Soto Kloss (2002),

la moral incide nada menos que en el uso de la libertad del ser humano, libertad que “especifica” el ser del hombre, de lo humano, y que guiada por la razón –el otro elemento que especifica lo humano, junto con su sociabilidad y su carácter de creatura– permite una vida lograda, buena, virtuosa, y el logro de la felicidad, que es la máxima aspiración de los humanos. (pp. 9-10)

### 3.4. Relación entre ética y virtud

El obrar ético reclama la virtud, que no consiste en acciones aisladas, sino en un hábito que supone la educación de la conciencia para el obrar moralmente recto. Al respecto, enseña Rodríguez-Arana Muñoz (2004):

Así, para Aristóteles no nos debemos conformar con saber lo que es el valor y la justicia, sino que debemos ser valientes y justos. De la misma manera, queremos estar sanos, supongo, más que saber en qué consiste la salud. Por eso, en el pensamiento clásico aristotélico, el concepto filosófico de virtud se nos presenta como un hábito, una costumbre que se adquiere mediante la repetición de actos semejantes [...]. (p. 35)

El dato antropológico juega acá un papel esencial, ya que es crucial la clara conciencia de lo que significa propiamente el ser humano.

La lucha interior en el hombre que quiere obrar el bien, convocado a ello por la propia conciencia, y, sin embargo, se inclina al mal, es el lamento paulino: “No hago el bien que quiero y hago el mal que no quiero” (Rom. 7, 19). Por eso, no encontramos sosiego cuando nos apartamos del camino que nos lleva a ser lo que debemos ser, usando mal nuestra libertad y nuestra voluntad. De allí que Camus (1953) haya dicho que “el hombre es la única creatura que se niega a ser lo que es” (p. 16).

No pocas veces, como explica Ayllón (2008), es un problema de falta de fortaleza. Así, sostiene:

Sabemos que los seres humanos traicionan a menudo sus propias convicciones éticas, que no hacen el bien ni evitan el mal que deberían. En esa debilidad constitutiva se manifiesta también la necesidad de la fortaleza [...] No es que ya no queramos, es que no queremos a fondo, queremos sin fuerza. No es una experiencia de falta de libertad, sino de falta de fuerzas. (p. 69)

La exigencia de la virtud desaparece cuando quien marca la senda es el pragmatismo utilitarista. ¿Qué hábito podría formarse interiormente cuando lo que se busca no es la coherencia con una verdad en la que se cree, sino la satisfacción de un interés puramente coyuntural? ¿Para qué atarse a un obrar virtuoso si la verdad sería aquello que se actúa en cada ocasión, sin referencias que trasciendan al sujeto actuante?

Por el contrario, cuando tomamos conciencia de que un dato antropológico es una cierta inclinación al mal, con la que todo ser convive interiormente y la mayoría combate, advertimos la necesidad de encontrar algún punto de apoyo al cual asirnos, alguna luz que ilumine el camino correcto. Para poder decir “no hago el bien que quiero y hago el mal que no quiero”, es menester definir primero cuál es ese bien que quiero y cuál es ese mal que no quiero. La conclusión siempre será la misma: hacer habitualmente el bien que quiero presupone virtud; producir habitualmente el mal indeseado solo puede provenir de un vivir dominado por el vicio.

#### **4. Entonces, ¿una ética o muchas éticas?**

Dicho lo anterior, corresponde ahora entrar de lleno en la primera pregunta esencial: ¿hay una ética o muchas éticas?

Entiendo que solo pueden existir dos respuestas a esta pregunta: o hay una sola ética objetiva, universal e inmutable, o hay tantas éticas como sujetos actúan.

No pocas personas sostienen la segunda respuesta intelectualmente y muchas más la vivencian. Es el relativismo llevado hasta las últimas consecuencias. La negación de los límites a la libertad. La entronización del sujeto y su interés meramente personal. La afirmación del “yo” como núcleo central del existir. Con profundidad explica Santiago (2002):

La concepción del individualismo está estrechamente unida a la de la autonomía moral. El individuo no sólo está “desvinculado” de sus semejantes, sino que está sólo librado a su propia voluntad e intereses, autónomamente configurados por él y sin sujeción a ninguna naturaleza [...] La relación básica con el otro no es de amistad sino de mera coexistencia de intereses, cuando no de competencia, hos-

tilidad o dominación. El despliegue ilimitado del propio yo, en todas sus potencialidades, la búsqueda exclusiva del propio interés individual, es la fuerza que mueve fundamental y radicalmente la vida del hombre. La ambición personal y el deseo incesante de predominio sobre los demás son los móviles permanentes de la existencia humana. (pp. 52-53)

Este punto es vital en la enseñanza de la Ética porque de él depende todo lo demás. Si hay una ética, entonces el desafío ineludible es buscarla, encontrarla y vivir conforme a ella. Por el contrario, si cada uno posee su propia ética, aquel empeño sería tan absurdo como innecesario. Ahora bien, si la palabra clave acá es “coherencia”, será menester preguntar a los cultores de la ética individualista cómo podría darse la convivencia humana entre personas para las cuales la definición del bien y del mal es absolutamente subjetiva. Porque está claro que si se sostiene que cada persona sigue una idea subjetiva de la ética, y esto es correcto y válido, no sería justo ni aceptable que una de esas casi infinitas éticas sea impuesta por sobre las demás. Por el contrario, pretender erigir una ética determinada por sobre las demás sería un acto del más severo autoritarismo.

A esta visión egocéntrica se opone la de quienes sostienen que existe una sola ética posible. Así, sostiene Sada Fernández (2011): “La recta razón nos lleva a sostener que **NO HAY SINO UNA ÉTICA: LA QUE SE APOYA EN LA REALIDAD, EN EL SER DE LAS COSAS, EN LA NATURALEZA HUMANA**” (p. 33).<sup>12</sup> Desarrollaré este pensamiento en el punto siguiente.

En realidad, está claro que la convivencia humana sería imposible si, siguiendo algún método, no se definieran determinados comportamientos como deseables u obligatorios. El mismo concepto de “autoridad” se erige sobre este fundamento. La clave entonces será cómo llegar a esa única ética que todos deberíamos respetar y bajo cuyas prescripciones deberíamos construir nuestras existencias.

## 5. La segunda pregunta

En su discurso a representantes de la sociedad británica del 17 de septiembre de 2010, en Westminster Hall, el papa Benedicto XVI (2010) formuló la siguiente pregunta: “¿En nombre de qué autoridad pueden resolverse los dilemas morales?”. Es esta la segunda pregunta esencial en la enseñanza de la Ética.

¿Hay una ética o muchas éticas? Si hay muchas, hay tantas como personas existen, lo que tornaría imposible la convivencia humana. Si se acuerda en que

---

12 Énfasis en el original.

solo hay una, ¿cuál es? ¿Quién la define? ¿De dónde obtengo su contenido? O, para decirlo más coloquialmente, ¿quién dice qué está bien y qué está mal? Es la pregunta de Benedicto XVI.

Es una pregunta no exenta de dificultades y complejidades. Como bien sostiene Soto Kloss (2002),

Saber lo que es bueno y lo que no es, no siempre es fácil; del primer principio de la razón práctica, como es “el bien ha de hacerse y buscarse y el mal ha de evitarse”, que es captado por el hábito natural de la *sindéresis*, y evidente por sí mismo, y que todos, en último término, aceptan, no se sigue que sea sencillo reconocer siempre, en las concretas y tan diversas circunstancias de la vida, lo que es bueno y qué no lo es. (p. 11)

Se puede responder a ella desde distintos planos. En el plano teológico, para el cristianismo, por ejemplo, no existe duda alguna acerca de que los mandatos éticos tienen una relación inescindible con la verdad y, para el cristiano, la verdad no es una doctrina sino una Persona. “Yo soy el camino, la verdad y la vida”, dice Jesús (Jn. 14, 6). El cristiano encuentra el contenido de la ética en la Verdad que profesa. Por ello, en este plano, como bien dice Scarponi (2018), “[...] surge la verdad ética fundamental del Evangelio: Sean perfectos como es perfecto el Padre celestial de ustedes (Mt. 5, 48)” (p. 32).

Pero también puede hallarse en el plano filosófico, a partir, por ejemplo, del desarrollo aristotélico-tomista, y este razonar no pertenece al plano religioso, de modo que cualquier persona, aun agnóstica o atea, puede suscribirlo.<sup>13</sup> Por ello ha podido decirse de la ética aristotélico-tomista que “[...] no es verdadera porque lo diga la fe cristiana, sino que la fe cristiana la adopta porque es verdadera” (Sada Fernández, 2011, p. 34).<sup>14</sup> Es importante comprender esto y tener claro sus reales alcances. Al respecto, es muy ilustrativo el Documento “En busca de una ética universal: una nueva mirada sobre la ley natural”, cuyo estudio recomiendo vivamente y en el que puede leerse:

---

13 “Este denominador común –se refiere a los iusnaturalismos– es la existencia de una naturaleza humana que es universal, y en ella podemos limitar nuestra afirmación sin necesidad de ‘ascensos’ hacia posiciones teónomas, que no negamos, que coincidimos, pero que no podemos ‘imponer’ a quien carezca de fe”. (González Castro, 2000, p. 47)

14 Al respecto, Barazzutti (2006) sostiene: “Es sabido que la ética cristiana está basada en la Escritura, así como la proclama y la interpreta oficialmente magisterio de la Iglesia. Sin embargo, no ignora ni pasa por alto los reclamos de la razón y las enseñanzas de la experiencia. Sin dejar de ser cristiana es, pues, ética humana, más humana que cualquier otra ética religiosa y no religiosa” (p. 12).

[...] el cristianismo no tiene el monopolio de la ley natural. En efecto, fundada sobre la razón común a todos los hombres, la ley natural es la base para la colaboración entre todos los hombres de buena voluntad más allá de sus convicciones religiosas. (Comisión Teológica Internacional, 2011, p. 41)

Como complemento de lo dicho, escuchemos a Cicerón, quien escribió lo siguiente un siglo antes de Cristo:

Hay una ley verdadera, la recta razón inscrita en todos los corazones, inmutable, eterna, que llama a los hombres al bien por medio de sus mandamientos y los aleja del mal por sus amenazas; pero ya sea que ordene o que prohíba, nunca se dirige en vano a los buenos ni deja de atemorizar a los malos. No se puede alterar por otras leyes, ni derogar alguno de sus preceptos, ni abrogarla por entero; ni el Senado, ni el pueblo pueden librarnos de su imperio; no necesita intérprete que la explique; es la misma en Roma que en Atenas, la misma hoy que mañana y siempre una misma ley inmutable y eterna que rige a la vez a todos los pueblos y en todos los tiempos. (Cicerón citado en Novoa Monreal, 1967, p. 9)

### Esta ley natural

[...] inhiere en todos los hombres y obliga a todos los hombres; es una ley universal en el espacio y en el tiempo. Para que la ley natural no fuese universal sería preciso que las inclinaciones o tendencias naturales variasen en el hombre, que variase su condición de persona (raíz del deber-ser) y que variasen los fines naturales o la estructura de la razón práctica. Pero esto es imposible, porque todo ello forma parte la naturaleza humana que, por ser la estructura fundamental del ser humano -aquella que lo constituye como hombre- es invariable y universal [...]. (Hervada, 2000, p. 143)

La otra respuesta posible a nuestra segunda pregunta es el consenso: la verdad y la única ética aceptable es aquello en lo que nos ponemos de acuerdo. Es entonces el consenso aquella “autoridad” que permite resolver los dilemas morales. Como es imposible coexistir bajo infinidad de opciones éticas considerándolas a todas igualmente válidas, y como no es aceptable que las nociones de “bien” y de “mal” vengan dadas por creencia religiosa alguna que trascienda al hombre, el único camino posible es el acuerdo.

Esta postura, explicada acá de un modo extremadamente sintético y simplificado en virtud del espacio y del objetivo de estas líneas, presenta no pocas dificultades.

En primer lugar, con relación al método: ¿cuál sería el camino para alcanzar

el consenso? A poco que se analiza el tema se llega pronto a una respuesta tan evidente como insatisfactoria: la única herramienta que proporcionan para ello las democracias actuales es el debate parlamentario. Finalmente, las nociones del bien y del mal serían dadas por el poder de representación, cualquiera sea su diseño. En nuestro país, por ejemplo, los dilemas morales serían resueltos por nuestros legisladores, diputados y senadores en forma de leyes. Sin embargo, en nuestro esquema constitucional, una ley podría ser finalmente tachada de inconstitucional –y con ello perdería vigencia real– por tres miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un hipotético fallo dividido. En tal caso, la noción del bien y del mal sería, en definitiva, el parecer de tres personas.

En segundo lugar, está el problema de la vigencia del consenso en el tiempo y en el espacio. Hoy se consideran derechos lo que hasta no hace mucho se consideraban perversiones. Como bien dice López Azpitarte (2003):

hoy se aceptan conductas que en épocas anteriores estaban condenadas, y lo que antes no era lícito a lo mejor hoy resulta posible. Una moral que cambia y evoluciona pierde por completo su credibilidad, pues no tiene razones suficientes para exigir una confianza plena. (p. 22)

Además, en este momento, formas de comportamiento que en algunos países se consagran como derechos en otros se castigan con la pena de muerte. Si la palabra clave es “coherencia”, ¿estaba “bien” que las mujeres no votaran en la Argentina hasta la segunda mitad del siglo XX? Porque eso era lo que decían las leyes en ese momento vigentes, fruto del consenso. ¿Estaba bien la esclavitud en el pasado, pero no está bien ahora? Consideramos hoy que la pederastia “está mal”, ¿pero no podría acaso “estar bien” en el futuro si nos pusiéramos de acuerdo al respecto? Y para que nadie se escandalice con el ejemplo, recuerdo que en estos precisos momentos en nuestro país existen proyectos que pretenden convertir un delito en un derecho, sin escalas.

Suelo preguntarles a mis alumnos de posgrado si piensan que, a partir de los datos antropológicos que se consideran indubitados (ser individual de naturaleza social, libre, trascendente, espiritual), el hombre de hoy es ontológicamente (no culturalmente) diferente al de los siglos anteriores, y la respuesta es negativa. También les pregunto si antropológicamente hablando un argentino es ontológicamente (no culturalmente) diferente a un africano o a un asiático, y la respuesta también es negativa. Entonces, si el hombre es esencialmente el mismo a lo largo del tiempo y a lo ancho del planeta, ¿por qué deberíamos aceptar soluciones éticas diferentes ante un mismo dilema?

Aparece acá, entonces, la referencia a lo cultural como legitimante de estas diferencias de criterio. Está muy bien reconocer el indudable hecho de la multiplicidad de manifestaciones culturales que siempre han existido y van a existir, pero el problema comienza cuando pretende sostenerse que todo es cultural. Si la palabra clave es “coherencia”, habría que aceptar que “estaba bien” que en algunas épocas se ofrecieran niños a los dioses en holocausto, o que se arrojara a los recién nacidos al vacío si tenían alguna discapacidad, o que se discriminara groseramente a las personas por el color de su piel.

Cabe así preguntarse: ¿lo moral depende de la época en la que se vive o del país en el que se habita? Suele existir aquí una confusión entre las influencias y condicionamientos que las diferentes culturas producen y lo que es naturalmente insoslayable. Debe distinguirse, por ello, entre las manifestaciones culturales que implican indiferentes éticos y aquellas que sí deben evaluarse desde el plano moral.

En tercer lugar, en cuanto al contenido, ¿cuál sería el límite entre lo moralmente aceptable e inaceptable? Ninguno más allá del consenso. Sin embargo, hay un trasfondo en la cultura relativista que no es posible soslayar: la tendencia a la ausencia de límites. Como en el diálogo cinematográfico antes comentado, en el que el protagonista de la novela mataba simplemente porque podía, la máxima hoy sería “si se puede, se hace”. El campo de la bioética es un buen ejemplo de ello. Multiplicidad de prácticas se llevan a cabo sin que se admita siquiera una lectura sobre su eticidad. El aborto, la manipulación genética, la fecundación artificial, el mantenimiento artificial o mecánico de la vida (ensañamiento terapéutico), el congelamiento de embriones, la maternidad sustitutiva, la donación de espermatozoides, la eutanasia, son todos ejemplos de prácticas que se presumen éticamente lícitas simplemente porque la tecnología actual permite llevarlas a cabo. Empiezan a asomar otras aún más cuestionables, como la clonación de humanos o la gestación de niños “a la carta”. Pareciera que el plano científico nada tiene que preguntar al teológico ni al filosófico.

En definitiva, y siempre simplificando el planteo al solo efecto de facilitar la comprensión del núcleo del problema, a la pregunta de Benedicto XVI podemos brindar dos respuestas: el consenso o la ley natural.<sup>15</sup> Lo dice muy bien Alexy: “El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una difusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no-positivista” (Vigo, 2006, p. 7).

---

15 Insisto en que se está simplificando el planteo con el objetivo de permitir que la atención se centre no en las discusiones propias de la filosofía del derecho, sino en una determinada metodología de

Para la teoría del consenso, en cualesquiera de sus variantes, la ley es en última instancia la respuesta. Esta teoría, hija del positivismo, no reconoce, más allá de la ley, otra autoridad que pueda dirimir los dilemas morales.<sup>16</sup>

Por el contrario, el iusnaturalismo invita a trascender lo legal o, mejor, exige que lo legal se enraíce en lo natural. En esta línea, el jurisconsulto Paulo decía: “El derecho no se extrae de la norma, sino de lo que el derecho es, se hace la norma” (Paulo citado en Urrutigoity, 1995, p. 224). El derecho, para ser propiamente tal, debe ser justo.<sup>17</sup> Lo justo es, siempre siguiendo a Paulo, el “analogado principal”, mientras que el derecho en sentido objetivo y el derecho en sentido subjetivo son “analogados secundarios”. Cuando afirmamos que la norma debe hacerse de lo que es justo, estamos reconociendo que el concepto mismo de “justicia” tiene un fundamento que trasciende lo legal positivo, de lo contrario, sería una petición de principios.

No faltan, por supuesto, quienes sostienen la “amoralidad” del derecho, o la “neutralidad” del derecho respecto a la moral. A ello responde Busso (2015):

Desde nuestro punto de vista, es imposible admitir esta forma de amoralidad del derecho. Si por amoralidad del derecho se entiende la separación de hecho, es evidente que existe como criterio distinto de valoración [...] Pero si por amoralidad del derecho, se entiende que nada tiene que ver con la moral, como parece pretender la Escuela de Viena, esto no puede ser admitido [...] no podría permitirse una separación objetiva entre la moral y el derecho, porque éste debe ser informado por la justicia, es decir por la moralidad. (pp. 238-239)

Vigo (2000) resalta que

en las dos últimas décadas, el tema de los principios jurídicos como un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico, pero diferenciado de las reglas o normas jurídicas, ha adquirido una importancia notable en el campo de la teoría general

---

enseñar la Ética. Con esto quiero decir que no se me escapa la opinión de juristas de la jerarquía de Massini Correas (2005), para quien “[...] hoy en día ya no es posible dividir las filosofías del derecho simplemente en positivistas y iusnaturalistas, aun cuando se introduzcan variantes dentro de cada uno de los términos de la clasificación” (p. 3).

16 Para una profundización de los diversos tipos de positivismo, ver Royo Marín (2007, pp. 81 y ss.).

17 Ceteramente afirma Massini Correas (1987): “[...] si la ‘justicia’ objetiva es la forma propia del derecho, si es aquello que lo hace ser eso que es y no otra cosa, solamente a lo ‘justo’ puede llamarse ‘derecho’ en su sentido propio; lo que no sea ‘justo’ será prepotencia, brutalidad salvajismo, pero no puede hacerse acreedor al calificativo de ‘derecho’, que desde siempre ha designado a uno de los bienes más elevados de la convivencia humana” (p. 22).

o de la filosofía del derecho, a tal punto que con justicia se ha podido hablar de una nueva “edad de oro” de los principios. (p. 1)

Para luego afirmar que: “[...] dicha problemática aparece íntimamente ligada al jusnaturalismo; concretamente, a la distinción entre el derecho escrito, contingente y establecido como tal por los hombres, y el derecho universal, necesario y simplemente reconocido por los hombres en ese carácter” (Vigo, 2000, p. 3).<sup>18</sup> La distinción es esencial: hay derechos que el Estado otorga y hay otros que el Estado reconoce. La positivización de estos últimos no debe confundirnos, ya que siguen siendo indisponibles para el legislador. Cuando se atraviesa esta línea, se cae sin remedio en el autoritarismo, en el ejercicio del poder sin la razón.

Al respecto, Santo Tomás explicaba:

La legislación humana sólo posee carácter de ley cuando se conforma a la justa razón; lo cual significa que su obligatoriedad procede de la ley eterna. En la medida en que ella se apartase de la razón, sería preciso declararla injusta, pues no verificaría la noción de ley; sería más bien una forma de violencia. (Summa theologiae, 1-2, q. 93, a. 3 ad 2)

En esta línea de razonamiento, Sada Fernández (2011) indica que “el bien moral es, entonces, el bien conveniente a la naturaleza humana, según el dictamen de la recta razón” (p. 28).

El mismo Benedicto XVI dejaba esto muy claro en su ya citado discurso en el Parlamento británico: “La tradición católica sostiene que las normas objetivas para una acción justa de gobierno son accesibles a la razón, prescindiendo del contenido de la revelación”. No es, queda claro, una “cuestión religiosa”.

## 6. Conclusiones

En otra película, *La cabaña* (2017), se da el siguiente diálogo entre un hombre

---

18 En la misma línea, Cassagne (2015) ha sostenido: “La pretensión de reducir el fenómeno jurídico exclusivamente a la ley positiva se ha batido en retirada y ya no quedan casi juristas que sostengan los dogmas básicos del positivismo puro. Esa corriente ha cedido a raíz del reconocimiento de la prevalencia de los principios generales, fundados en principios de la ley natural (la justicia, la equidad, y otros valores de naturaleza eminentemente moral) (V. gr. el principio general de la buena fe)” (p. 18). Debo destacar acá el invalorable aporte que sobre el estudio de la importancia de los principios en el mundo del derecho han efectuado en nuestro país juristas de la talla de Juan Carlos Cassagne, Alfonso Santiago, Jorge H. Sarmiento García y Rodolfo L. Vigo, entre otros.

(Mack), sumido en depresión por la pérdida de su hijo pequeño, y una joven que representa al Espíritu Santo (Sarayu) mientras trabajan en un jardín:

Sarayu: —Dime esto: ¿cuánta confianza tienes en tu habilidad de discernir entre el bien y el mal?

Mack: —Suele ser muy obvio.

Sarayu: —¿Y cómo determinas tú que algo es bueno?

Mack: —Si me ayuda, o a las personas que amo.

Sarayu: —¿Y el mal?

Mack: —Si me perjudica, si daña a alguien que yo amo.

Sarayu: —Entonces... ¿lo que afirmas es que eres el juez?

Mack: —Sí, eso creo.

Sarayu: —¿Nunca te equivocaste o cambiaste de opinión con el tiempo?

Mack: —Claro.

Sarayu: —Y hay millones que lo hacen. Hay quienes determinan lo que uno cree que es el bien o el mal. Y si tu bien choca con el mal de tu vecino, comienzan las peleas, se desatan muchas guerras. ¿Por qué todos insisten en imitar a Dios?

Este diálogo refleja, en una muy buena medida, la situación del hombre actual en tiempos de relativismo. El protagonista vincula la noción de “bien” y de “mal” con su propio beneficio (si me ayuda, si me perjudica) y no tiene problema alguno en reconocer que su medida para juzgar es ese pragmatismo utilitarista (soy el juez). Finalmente, reconoce que en esa determinación del bien y del mal se equivocó o cambió de opinión a lo largo de su vida. En definitiva, una noción del bien y del mal personal e inestable, individualista y coyuntural.

Pero el diálogo transcrito refleja con crudeza un condimento aún más asombroso, propio de nuestra época: incluso autodefiniéndose juez de la definición del bien y del mal y reconociendo que en tal cometido se equivoca o cambia de parecer, acepta ambos extremos sin conflicto interior alguno. Ahí queda reflejada la clave de toda lectura de nuestra situación actual: la aspiración a que el obrar individual, aquí y ahora, sea la pauta de comportamiento correcta. Sin referencias trascendentes ni cuestionamientos de conciencia; sin compromisos con el futuro; sin apertura al cotejo con otras miradas.

Si se parafrasea a Pío XII, que en términos religiosos sostuvo que el mayor pecado del hombre de hoy es haber perdido la noción de pecado, podría decirse que, en términos antropológicos, el mayor déficit del hombre actual es haber extraviado el camino hacia su propia plenitud. Y lo ha hecho por seguir los cantos de sirena ya enunciados: confundiendo la verdad con la opinión; considerando la libertad como un hacer lo que da la gana, sin vinculación alguna con la responsabilidad; desechando la virtud por verla como una mojigatería

pasada de moda; y, lo que es más increíble, anestesiando la razón para guiarse por el instinto o, peor aún, por lo antinatural.

Un gran maestro como fue don Pedro J. Frías (1992) escribió: “Desconfío de toda acción política que no interroge a la moral, porque la moral es arquitectónica respecto de la política” (p. 88). Lo mismo es predicable del derecho, de la economía, del arte y, en fin, de toda realidad humana. La moral debe ser arquitectónica respecto a cualquier actividad del hombre.

Volveremos acá a plantear la cuestión en dos planos. En el plano teológico, Juan Pablo II sostuvo en la Conferencia Inaugural de Puebla (1979), con palabras dirigidas a los pueblos latinoamericanos:

La nuestra es, sin duda, la época en que más se ha escrito y hablado sobre el hombre, la época de los humanismos y del antropocentrismo. Sin embargo, paradójicamente, es también la época de las más hondas angustias del hombre respecto de su identidad y destino, el rebajamiento del hombre a niveles antes insospechados, época de valores humanos conculcados como jamás lo fueron antes. ¿Cómo se explica esta paradoja? Podemos decir que es la paradoja inexorable del humanismo ateo. Es el drama del hombre amputado de una dimensión esencial de su ser –el absoluto– y puesto así frente a la peor reducción del mismo ser. (Conferencia Inaugural de Puebla, 1979)<sup>19</sup>

Para el ser religioso, no hay bien que no remita al Bien.

En el plano filosófico, es perfectamente posible llegar al mismo diagnóstico a través de la razón iluminada por una recta conciencia.

La tarea hoy, en nuestros claustros, es ciclópea en esta materia, no pocas veces subestimada. La enseñanza de la Ética no puede estar ausente en ningún nivel educativo y, mucho menos, en el universitario. Debe estarlo como materia y como contenido transversal; como asignatura central, nuclear, porque en la tarea de educar personas lo esencial es ayudarlas a llegar a la plenitud del ser y después, mucho después, transmitir conocimientos técnicos o profesionales; como contenido transversal, porque todos y cada uno de los aprendizajes particulares deben ser atravesados por el componente moral.

Obviar esta dimensión en la tarea educativa es quedar a mitad de camino, olvidar que como educadores formamos personas, ignorar que nuestras sociedades necesitan, como el oxígeno, personas moralmente intachables, ciudadanos ejemplares, líderes incorruptibles. Y esa batalla se gana o se pierde en las familias y en las aulas.

---

19 Mensaje Inaugural de la III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano (Puebla).

El desafío hoy es gigantesco. No basta con enseñar el camino correcto, es necesario llegar al corazón y a la inteligencia de nuestros alumnos para conquistar su voluntad para emprender ese camino. No alcanza con mostrarlo, es imperioso transmitirles el gozo de transitarlo.

Para ello, lo primero a entender es que esa conquista del corazón y de las inteligencias jamás debe pasar por las imposiciones ni por –discúlpeame lo coloquial– las “bajadas de línea”. No es con argumentos dogmáticos como captaremos su atención. La clave es, a mi juicio, seguir una estrategia jalonada por las instancias que menciono a continuación.

Primero, preguntar y, sobre la respuesta, volver a preguntar, y así sucesivamente hasta que el alumno advierta que con su idea original no puede brindar respuestas satisfactorias. Hay que evitar acá la tentación de pontificar sobre la “respuesta adecuada” y dejar que él avance por sí mismo hacia su descubrimiento.

Luego, como segundo paso, una vez que las preguntas no puedan ser respondidas con la idea original, mostrar respuestas posibles y dejar que el mismo alumno vaya desgranando cada una de ellas, sus pro y sus contras, sus inconsistencias e incoherencias o su solidez.

El tercer momento, el crucial, comienza cuando el alumno ha logrado dar por sí mismo (quizás con alguna ayuda adicional) con la respuesta adecuada. El camino, un camino nuevo, se abre ante sus ojos. Para llegar hasta acá, ha debido dejar de lado sus convicciones previas y ha quedado como “tabula rasa”. Debe comenzar a escribir su nueva historia con nuevas herramientas. La razón lo ha traído hasta acá. Es el momento de conquistar su voluntad de comenzar a transitar esa nueva senda antes inhabitada y ejercer así una libertad que habrá de llevarlo a la plenitud. Es la hora del ejemplo, de infundir confianza, de explicar que todo ser humano puede construir, con los escombros de sus errores y desatinos, un nuevo hogar para sus esperanzas e ilusiones.

Y allí, en esta última etapa, hay que procurar que entiendan, existencialmente, aquello que tan maravillosamente escribía José Luis Martín Descalzo (2000): “Sí, todo hombre debe dar dos pasos: el primero, aceptarse a sí mismo. El segundo, exigirse a sí mismo. Sin el primero, caminamos hacia la amargura; sin el segundo, hacia la mediocridad” (p. 194).

La enseñanza de la Ética en tiempos de relativismo sirve precisamente para esto: para entender que, a partir de lo que somos, podemos y debemos construir lo que debemos ser.<sup>20</sup>

---

20 Se trata, en definitiva, como bien explica Calvez (1993), de “[...] la búsqueda de orientaciones éticas: posturas coherentes o criterios de acción relacionados con nuestro destino mismo y en respuesta al

## Bibliografía

- Ayllón, J. R. (2008). *Ética razonada*. Madrid: Palabra.
- Barazzutti, L. (2006). *Conversaciones sobre ética cristiana*. Buenos Aires: San Benito.
- Benedicto XVI. (26 de septiembre de 2010). La ética, el desafío para la democracia. Discurso en el Parlamento británico. *L'Osservatore Romano*. [http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2010/september/documents/hf\\_ben-xvi\\_spe\\_20100917\\_societa-civile.html](http://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2010/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20100917_societa-civile.html).
- Busso, A. D. (2015). *El derecho natural y la prudencia jurídica*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina.
- Calvez, J. I. (1993). *Una ética para nuestra sociedad en transformación*. Buenos Aires: Ciudad Nueva.
- Camus, A. (1953). *El hombre rebelde*. Buenos Aires: Losada.
- Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público*. Buenos Aires: La Ley.
- Comisión Teológica Internacional. (2011). *En búsqueda de una ética universal*. Buenos Aires: EDUCA.
- Conferencia Episcopal Latinoamericana. (1979). *La evangelización en el presente y en el futuro de América Latina*. Puebla de los Ángeles, México.
- Frankl, V. (1986). *El hombre en busca de sentido*. Barcelona: Herder.
- Frias, P. J. (1992). *El Derecho argentino entre 1941 y 1991*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.
- García, J. J. (2006). *Compendio de Bioética*. Buenos Aires: Librería Córdoba.
- González Castro, M. A. (2000). *Paradigma jusnaturalista*. Córdoba: Advocatus.
- Hervada, J. (2000). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Colombia: Temis.
- Juan Pablo II. (14 de septiembre de 1998). *Encíclica Fides et ratio*.
- López Azpitarte, E. (2003). *El nuevo rostro de la moral*. Buenos Aires: San Benito.
- Lorenzetti, L. (1998). *La Moral*. Buenos Aires: San Pablo.
- Martín Descalzo, J. L. (2000). *Razones para el amor*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- Massini Correas, C. I. (1987). *El Derecho, los derechos humanos y el valor del Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Novoa Monreal, E. (1967). *¿Qué queda del Derecho Natural?* Buenos Aires: Depalma.
- Palma Bufill, J. A. (1999). *Manual de moral fundamental*. Buenos Aires: Ábaco.
- Pieper, J. (1993). Creer. *Revista Gladius*, (26).
- Ratzinger, J. (18 de abril de 2005). *Homilía en la Misa pro eligendo Pontifice*.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2004). *Ética, Poder y Estado*. Buenos Aires: RAP.
- Royo Marín, A. (2007). *Teología moral para seglares*. Madrid: BAC.
- Sada Fernández, R. (2011). *Curso de ética general y aplicada*. México: Minos.
- Sánchez, A. M. (2017). Ética y Derecho. *Revista IUS*, 1(13), 117-134.
- Santiago, A. (h) (2002). *Bien común y derecho constitucional*. Buenos Aires: Ábaco.
- Sarmiento García, J. H. (2003). *La ética y los jueces*. Mendoza: Ediciones Diké.
- Scarponi, C. A. (2018). *Fundamentos teológicos de la moral*. Buenos Aires: Ágape.
- Sotelo de Andreau, M. G. (2007). *La ética, la corrupción y la función pública*. Corrientes: Universidad de la Cuenca del Plata.

---

más profundo llamado que llevamos grabado en nosotros mismos” (p. 5).

- Soto Kloss, E. (2002). *La moral, hoy*. Santiago de Chile: Academia de Derecho, Universidad Santo Tomás.
- Urrutigoity, J. (1995). El derecho subjetivo y la legitimación procesal administrativa. En Sarmiento García, J. H., Prtiz, O., Ábalos, M. G., Urrutigoity, J., *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.
- Vigo, R. L. (h) (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires: Depalma.
- Vigo, R. L. (h) (2006). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires: LexisNexis.

# CRISIS SECESIONISTA EN CATALUÑA: EL MAYOR DESAFÍO AL ORDEN CONSTITUCIONAL EN ESPAÑA<sup>1</sup>

---

**Josep Ma. Castellà Andreu**

Universidad de Barcelona

castella@ub.edu

## 1. Introducción

El conocido como “proceso” secesionista catalán es un tema poliédrico que puede ser estudiado desde distintos puntos de vista. A lo largo de los ocho años que lleva el proceso –desde 2012 hasta ahora–, ha merecido la atención, además de la opinión pública nacional e internacional, de historiadores, filósofos de la política, sociólogos, economistas, politólogos y juristas, y, dentro de estos, de filósofos del derecho, internacionalistas, estudiosos del derecho de la Unión Europea, penalistas, procesalistas y constitucionalistas. A estas alturas, la literatura sobre el proceso independentista es ingente desde distintas perspectivas (memorias o testimonio de protagonistas más o menos relevantes, panorámicas periodísticas, estudios de historiadores y politólogos y análisis y comentarios jurídicos). A continuación, solo se pretende dar una visión general de los hechos y la interpretación jurídico-constitucional de estos que nos parece más adecuada para entender correctamente la crisis independentista. Por ello, la perspectiva de análisis que se sigue es básicamente la del derecho constitucional y, en concreto, del derecho constitucional español sobre la base de la Constitución (CE) de 1978, teniendo muy en cuenta datos y claves de explicación de orden político, sin los cuales no se tienen los elementos interpretativos suficientes de lo sucedido en Cataluña. Dicho análisis se encuadra en un marco interpretativo de fondo que es el propio de la democracia constitucional, atacada de

---

1 Grupo de estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO. Grupo consolidado, 2017, SGR 1595). El presente trabajo se inserta en el marco del proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-104414GB-C32, “Instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional”.

frente por dicho proceso, por una parte, al emplear una visión muy reductiva de democracia, que deja de lado su ejercicio con respeto a minorías y sin las garantías de los procesos parlamentario y electoral-referendario, y, por la otra, al pretender desligar y anteponer la decisión democrática del respeto al Estado constitucional de derecho, como se irá viendo. Ello es propio de la forma de actuar de los populismos.

La sustancia política del proceso independentista –inegable– no permite considerarlo como algo ajeno al mundo jurídico. Ello es así, primero, por la llamada, de forma crítica, “judicialización” del “conflicto”, que ha llevado a múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional como uno de los principales instrumentos utilizados por el Gobierno del Estado para combatirlo. Incluso, se sitúa en el origen del proceso la resolución del Alto Tribunal sobre el Estatuto catalán: la sentencia 31/2010. Y, segundo, porque el acercamiento jurídico-constitucional a la cuestión de la secesión es en sí mismo necesario en un Estado constitucional de derecho.

Al analizar política y jurídicamente el proceso catalán, vemos cómo la invocación de la consulta popular o del referéndum como formas predominantes de ejercicio de la democracia y de la secesión o del derecho a decidir han ido y van de la mano, de modo que para decidir sobre la secesión, el instrumento adecuado se identifica con el pronunciamiento directo de la población concernedida, identificada como un “demos” o sujeto político con capacidad de decidir por sí solo. Para los impulsores de la independencia, la relación entre referéndum y secesión es la de medio-fin. Para llegar al objetivo deseado de la independencia, el referéndum o la consulta popular (por ahora, sin precisar la distinción) han sido vistos como el instrumento necesario y adecuado. Para otros, sin embargo, lo fundamental era y es el “derecho a decidir” en sí mismo a través de la consulta. En este segundo caso, la secesión pasa a un segundo plano y los esfuerzos se concentran en la celebración de una consulta sobre el futuro político de Cataluña, en el cual la salida de la independencia era una de las posibles, normalmente la preferida. Unos y otros coinciden en poner el acento en la necesidad de la consulta, la cual sería el objetivo primero a alcanzar y en el que concentrarse en primer término. Este planteamiento permite encuadrar la cuestión de la secesión en la actuación del principio democrático a través de la participación directa del cuerpo electoral, lo que le da, de entrada, una fuerza legitimadora superior ante la opinión pública nacional e internacional.

En las páginas siguientes se considerará el proceso secesionista catalán de forma diacrónica, sometiendo los hechos a una interpretación crítica –que en

parte revisa la interpretación más habitual de estos–, que surge de las instancias independentistas y que ha sido asumida por cierta literatura jurídica y politológica. Así, nos preguntaremos, primeramente, por el origen del proceso independentista y las causas que propiciaron su planteamiento: ¿fue la sentencia del Estatuto catalán o más bien hay que encuadrarlo en las corrientes populistas en boga en Occidente?

A continuación, se distinguirán dos fases en las que se ha desarrollado dicho proceso –la primera, soberanista (2012-2015); la segunda, independentista (2015-2017)–, atendiendo precisamente a la invocación y empleo por los promotores de la secesión, en cada fase, de categorías constitucionales distintas ya citadas: consulta o referéndum y derecho a decidir o independencia, respectivamente. En tercer lugar, reflexionaremos sobre el momento en el que nos encontramos ahora, en el cual se produce un divorcio entre la retórica independentista y los hechos, por lo general más respetuosos con el ordenamiento. Concluiremos resumiendo las salidas constitucionales que se han planteado y el juicio que nos merecen.

## **2. Inicio del proceso secesionista: 2012**

Se suele identificar, sobre todo en la literatura nacionalista, el inicio del proceso con la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre la constitucionalidad del Estatuto catalán, aprobado en 2006, que fue impugnado, entre otros, por los diputados del Partido Popular, entonces en la oposición. La declaración de inconstitucionalidad de parte de 14 de los 223 artículos (además de disposiciones finales) que lo componen y la interpretación conforme de otros 25 preceptos habría supuesto el desmantelamiento de las opciones fundamentales del Estatuto. Esto es, habría frustrado las aspiraciones de mayor autonomía y de una posición particular de Cataluña respecto al Estatuto anterior (1979) y al resto de Comunidades Autónomas (CCAA). El Tribunal Constitucional, tras un proceso largo (4 años), polémico y en el que el órgano se dividió casi por la mitad (5 votos particulares, de los cuales 4 optaban por más declaraciones de inconstitucionalidad), revocó contenidos fundamentales de una norma adoptada por dos instituciones representativas: el Parlamento catalán, primero, y las Cortes Generales, después, y que finalmente fue ratificado por el cuerpo electoral catalán en referéndum. Ante este agravio, el pueblo catalán habría reaccionado de forma clamorosa, sobre todo en la gran manifestación del 11 de septiembre de 2012, fecha que marca simbólicamente el inicio

del proceso (fiesta nacional de Cataluña). Esta es la narrativa predominante, que atribuye la crisis secesionista a causas endógenas relacionadas con el (mal) estado del autogobierno, sobre todo debido a la sentencia de 2010,<sup>2</sup> la cual habría puesto en crisis el mismo pacto constitucional (Pérez Royo, 2011).

Sin embargo, una mirada atenta a los hechos y a los tiempos permite poner en cuestión dicha tesis. De entrada, ciertos hechos matizan lo resumido brevemente en el párrafo anterior. Así, en primer lugar, el Estatuto de 2006 es el primer estatuto aprobado o reformado en las cortes sin consenso de las dos grandes fuerzas políticas españolas, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y el Partido Popular (PP), lo que había sido la regla unánime hasta entonces dado el carácter sustancialmente constitucional de este (“Norma institucional básica de las Comunidades Autónomas”, según definición del artículo 147.1 de la CE, aunque la Constitución requiera solo la mayoría absoluta del Congreso para su aprobación, artículo 81, CE). Segundo, ello está en la base del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el primer partido de la oposición, que no había participado del consenso para la aprobación de este. Era la primera vez que se impugnaban las líneas maestras de un Estatuto de autonomía ante el Tribunal Constitucional. Por último, la participación en el referéndum del 17 de junio de 2006 no alcanzó siquiera el 50% del cuerpo electoral (un 48,85%, con un 73,9% de votos afirmativos), en contraste con el 59,7% de los catalanes que votaron en el referéndum sobre el Estatuto anterior de 1979 (y el 88% de votos afirmativos).

Más importante que estos últimos datos, que dan cuenta del carácter divisivo del Estatuto y que dejan entrever su origen tacticista en la confrontación partidaria, es responder a la pregunta de por qué una sentencia “contra” el

---

2 Como muestra autorizada de ello, véase el Preámbulo de la Resolución 5/X, aprobada por el Parlamento catalán el 23 de enero de 2013 (sobre la que luego se volverá), en el que se indica: “En los últimos años, en la vía de la profundización democrática, una mayoría de las fuerzas políticas y sociales catalanas han impulsado medidas de transformación del marco político y jurídico. La más reciente se concretó en el proceso de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña iniciado por el Parlamento en el año 2005. Las dificultades y negativas por parte de las instituciones del Estado español, entre las que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, suponen un rechazo radical de la evolución democrática de las voluntades colectivas del pueblo catalán dentro del Estado español y crean las bases para una involución en el autogobierno, que hoy se expresa con total claridad en los aspectos políticos, competenciales, financieros, sociales, culturales y lingüísticos”. Lo sustancial de esta tesis ha sido asumida incluso por autores alejados del independentismo, como los profesores de Derecho Público que elaboraron el documento en 2017 *Ideas para la Reforma de la Constitución*: “[...] la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto, [...], al margen de sus consecuencias jurídico-constitucionales, supuso un punto de inflexión en el crecimiento del independentismo en Cataluña” (Muñoz Machado et al., p. 3).

Estatuto de junio de 2010 provoca el surgimiento de un proceso independentista en septiembre de 2012. ¿Qué ocurre en Cataluña y en toda España en este periodo de más de dos años? Responder correctamente esta pregunta proporciona claves certeras sobre la dudosa validez o el carácter reductivo de la tesis sostenida por la doctrina nacionalista acerca del vínculo originario entre sentencia del Estatuto y proceso independentista. Un repaso somero a los hechos nos puede ilustrar: tras la sentencia citada, el Gobierno tripartito catalán (el Partit dels Socialistes de Catalunya [PSC], de izquierdas; Esquerra Republicana de Catalunya [ERC], partido independentista; e Iniciativa per Catalunya Verds [IC-V], herederos del Partido Socialista Unificado de Cataluña [PSUC] o comunistas catalanes), con su presidente, el socialista José Montilla, al frente se suman a una manifestación en Barcelona contra la sentencia del Tribunal Constitucional con el lema “Somos una nación. Nosotros decidimos” (10 de julio de 2010). El Gobierno catalán convoca a elecciones al Parlamento catalán (28 de noviembre de 2010), que gana la federación Convergència i Unió, que había gobernado Cataluña desde 1980 hasta 2003, liderada esta vez por Artur Mas, hombre de confianza del anterior presidente Jordi Pujol. En ausencia de mayoría parlamentaria, el nuevo Gobierno se apoya en los diputados del PP (el mismo partido que había impugnado el Estatuto). En este periodo, las encuestas no muestran un crecimiento notable en el apoyo al independentismo en la opinión pública catalana (en 2010 estaba en 24,3-25,2% –junio y octubre, tras la sentencia–; en 2011 alcanzaba el 30,3% –en diciembre– y en 2012 estaba en 34% –en junio– y en 44,3% –en octubre–, tras la manifestación).<sup>3</sup> Tampoco las manifestaciones del 11 de septiembre de 2010 y 2011, festividad nacional catalana, fueron muy concurridas. El salto se producirá en la de 2012. Mientras, el nuevo Gobierno catalán tenía que lidiar con la crisis económico-financiera que se había iniciado en 2008, cuyos efectos eran ya muy graves en áreas de competencia autonómica: sanidad, educación, asistencia social o función pública. Ello llevó a enfrentamientos de colectivos sociales con el Gobierno catalán, identificado como el Gobierno de los “recortes” en prestaciones sociales. El momento álgido lo constituyó el bloqueo de la sede del Parlamento catalán que obligó al presidente Mas a salir de allí en helicóptero (17 de junio de 2011).

A esta crisis financiera se añade la crisis institucional derivada de la afloración de varios casos de corrupción política en los principales partidos españoles, que en Cataluña afectaban directamente al partido gobernante (Convergència)

---

3 Se ha seguido la evolución en los barómetros de opinión pública del Centre d'Estudis d'Opinió (CEO), Generalitat de Catalunya.

y al expresidente Pujol y su familia (el cual no lo reconoció públicamente hasta enero de 2014).

Ante esta situación, el Gobierno catalán y su entorno mediático emprendieron con fuerza la campaña de culpabilizar a España de las consecuencias de la crisis: una insuficiente financiación de Cataluña impedía hacer frente a la crisis, de ahí el “España nos roba”, de resonancias en la Lega Nord (*Roma latrona*), y la demanda de un “pacto fiscal” con el Estado, similar al régimen de concierto económico del País Vasco y Navarra. Durante aquel periodo, se instaló el debate de las balanzas fiscales, en el que se advertía que Cataluña aportaba más que recibía a la solidaridad interterritorial. Por ello, se transmite la consigna “mejor solos” para lidiar con la crisis (más recursos, mejor gestión). Estas demandas ponen el énfasis en los aspectos socioeconómicos en lugar de la identidad cultural o lingüística, como había sido habitual en el nacionalismo catalán a lo largo del siglo XX. Ello supondrá ampliar las bases sociales independentistas, en un momento de grave crisis económica, más allá de sus caladeros habituales y extenderlos a parte de la población castellano-hablante o de los hijos de la inmigración interior de la década de 1950 y 1960, básicamente radicada en el cinturón industrial de Barcelona. Frente a esta creciente tensión, el nuevo Gobierno del Estado, presidido por Mariano Rajoy (PP), de forma inhábil se limitó a alegar la gravedad de la crisis económica de aquel momento para negarse siquiera a discutir sobre la reivindicación de mayores recursos y mayor autonomía financiera con el Gobierno catalán (otoño de 2012), sin tomarse en serio el desafío independentista. Confiaba en que, superada la crisis, la situación volvería a la normalidad.

Sin negar la relevancia de la sentencia en la movilización del mundo independentista, lo determinante es que supo catalizar un amplio descontento social en la población catalana, desviando, de este modo, la atención en la propia responsabilidad en la gestión de la crisis. La causa principal de dicho descontento, a nuestro juicio, eran las crisis económica y política, las cuales contribuyeron decisivamente a la extensión de la crisis secesionista. De este modo, el proceso independentista supone la respuesta populista que se da en Cataluña a dichas crisis. Las graves crisis de fines de la década de 2000 propiciaron el auge de populismos de distinto tipo en muchos países occidentales (Ginsburg y Aziz, 2018): de izquierdas en España (Podemos como fruto del 15-M y el “no nos representan”) o en Grecia, o de derechas en varios países europeos (antieuropismo y antiinmigración), o de más difícil clasificación: Movimento 5 Stelle en Italia. Con caracteres originales, el proceso catalán comparte rasgos

fundamentales con los demás populismos mencionados: adopta posiciones en las que prima la emoción, antiinstitucionales y particularmente contra los órganos judiciales (el Tribunal Constitucional); provoca el surgimiento de liderazgos fuertes que lo impulsan (Mas), utilizando toda la estructura del poder de la Generalitat y de los medios de comunicación controlados a su servicio; identifica a un enemigo externo al que culpabilizar de la crisis (España); invoca la expresión directa de la voluntad del pueblo frente a los instrumentos de democracia representativa (el referéndum) y, ante su imposibilidad jurídica, reviste las elecciones al Parlamento catalán de carácter plebiscitario (en 2012 a favor o no de la consulta; en 2015, de la independencia). En definitiva, promueve una concepción de la democracia radical o revolucionaria frente a la democracia constitucional, que reduce la democracia a la expresión de la voluntad de la mayoría expresada en un referéndum, a la vez que rompe la vinculación entre democracia y Estado de derecho, con menoscabo de las resoluciones judiciales (Closa, 2020). Y esto se hace impulsado desde las mismas instituciones del Gobierno catalán.

Si convenimos en que la gran manifestación en Barcelona del 11 de septiembre de 2012 significa el inicio del proceso, ello no supone que este salga de la nada. Se han expresado opiniones de un lado y de otro y se han aportado datos sobre lo que son antecedentes que tienen una influencia en el estallido de la crisis posterior. Así, por un lado, se ha alegado el uso del autogobierno desde la década de 1980, particularmente los medios de comunicación de la Generalitat o la escuela, para ir generando un sentimiento público de afirmación de lo catalán en contraposición a lo español, o de una identidad nacional catalana distinta de la española (historia, cultura, lengua). De 1988 data el conocido “Plan 2000”, elaborado por el presidente Pujol y no conocido hasta años más tarde, con el propósito de “nacionalizar” Cataluña. Por otro lado, ya durante 2009 y 2010 (pendiente la sentencia del Tribunal Constitucional), en municipios catalanes –sobre todo del interior– se habían celebrado consultas en favor de la independencia (Arenys de Munt fue el primero, el 13 de septiembre de 2009), aunque no tuvieran lugar o fracasaran en entornos urbanos mayores. Todo ello preparó el terreno para el estallido independentista en septiembre de 2012.

### **3. Desarrollo: etapas del proceso**

Podemos distinguir dos etapas sucesivas desde que el debate independentista se convirtió en prioritario para el Gobierno nacionalista catalán: una soberanista y otra claramente independentista. Se distinguen ambas etapas por la utiliza-

ción de categorías distintas en la formulación de las reivindicaciones. En las dos se sigue el mismo *modus operandi*: aprobación por el Parlamento de resoluciones (no vinculantes, ejercicio de la función de impulso político o declarativa), se aprueban normas jurídicas –leyes y decretos de desarrollo– para hacer efectivas tales resoluciones y el Gobierno del Estado impugna unas y otras ante el Tribunal Constitucional: las resoluciones mediante el procedimiento del artículo 161.2 de la CE, las leyes mediante el recurso de inconstitucionalidad. Mientras en la primera fase hay un intento de salvar las formas o de aparentar que no se desea la ruptura, para lo que se busca una interpretación constitucional que dé cobertura a lo que se defiende, en la segunda se olvidan las sutilezas jurídicas y se opta por la fuerza de los hechos. No está claro si existe un plan de escalada independentista desde el inicio que solo se irá desvelando poco a poco, a medida que la ciudadanía vaya asumiéndolo y que el Gobierno del Estado se cierre a negociar, o si más bien la escalada se va improvisando sobre la marcha, a medida que los radicales van dominando la escena, como suele ocurrir en los procesos revolucionarios.

### **3.1. Primera etapa: soberanista (2012-2015)**

La primera etapa abarca desde la manifestación del 11 de septiembre de 2012 hasta las elecciones del 27 de septiembre de 2015. El proceso estuvo marcado por la reclamación del “derecho a decidir” la secesión. Esto es, no se trata estrictamente de que el pueblo catalán decida la secesión en un referéndum vinculante, sino más bien de una apelación al pueblo a través de algún tipo de consulta popular para recabar su opinión, a los efectos de impulsar y legitimar la actuación posterior de las instituciones públicas catalanas tendente a negociar o a lograr la secesión. En esta primera etapa se hablaba más de consulta que de referéndum estrictamente. El “derecho a decidir” es una construcción político-jurídica distinta del derecho de autodeterminación,<sup>4</sup> que se crea precisamente ante la dificultad de encajar el caso catalán dentro de los supuestos de autodeterminación reconocidos en el derecho internacional. Tiene su origen en el País Vasco en la década anterior (segundo Plan Ibarretxe, 2008) y apela al principio democrático y al derecho fundamental de participación política, ambos establecidos en la Constitución española.<sup>5</sup>

---

4 Véase Pons Rafols (2015).

5 Sobre la creación y justificación del derecho a decidir, véase Barceló i Serramalera et al. (2015).

Tras la manifestación del 11 de septiembre, se convocaron a elecciones al Parlamento catalán, anticipadas, para el 25 de noviembre de 2012. Antes, a modo de despedida, el Parlamento aprobó la resolución 472/IX, de 27 de septiembre, en la que se constató la voluntad del pueblo de Cataluña de decidir su futuro colectivo libre y democráticamente a través de una consulta. En las elecciones, la federación gobernante *Convergència i Unió* (CiU), liderada por el entonces presidente de la Generalitat, Artur Mas, gana aunque baja de 62 a 50 escaños, con un programa soberanista y con una campaña publicitaria muy personalista, en la que él aparece como quien encarna “la voluntad de un pueblo”. Este retroceso electoral se compensó con el apoyo de las demás fuerzas nacionalistas, ERC en particular. El primer pleno ordinario del Parlamento aprobó una resolución que se refiere al inicio del “proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir” (no la independencia), en la que se declara “por razones de legitimidad democrática” al pueblo de Cataluña como “sujeto político y jurídico soberano” (Resolución 5/X, de 23 de enero de 2013). El Gobierno del Estado recurrió dicha resolución ante el Tribunal Constitucional, el cual resolvió la impugnación en la sentencia 42/2014. Dicha sentencia supone el mayor intento de acercamiento de posiciones por parte del Alto Tribunal, al declarar inconstitucional el carácter soberano del pueblo catalán al tiempo que admite como “aspiración política” legítima –no un derecho– la defensa del derecho a decidir. Para ello, introduce un matiz relevante a su doctrina anterior:<sup>6</sup> la distinción entre los actos preparatorios y la reforma constitucional misma. Así, se indica:

El planteamiento de concepciones que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional tiene cabida en nuestro ordenamiento, siempre que no se *prepare o defienda* a través de una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su *consecución efectiva* se realice en el marco de los procedimientos

---

6 Especialmente la sentencia 103/2008 (en relación con el segundo Plan Ibarretxe o propuesta de consulta popular en el País Vasco). En ella, el Tribunal sienta las bases de su posición sobre los referendums o consultas de autodeterminación: sobre cuestiones de orden constitucional han de decidir todos los españoles a través del procedimiento de reforma constitucional. A diferencia de otros ordenamientos constitucionales, toda la Constitución española es reformable, inclusive la unidad e indivisibilidad del Estado, sin que haya pues límites a la reforma o cláusulas de intangibilidad expresas o tácitas. Ahora bien, dicha reforma ha de hacerse siguiendo el procedimiento de revisión establecido en ella, esto es, el procedimiento más agravado previsto para la reforma total o de las partes fundamentales (artículo 168 CE). En consecuencia, no cabe que el legislador ordinario, estatal o territorial, pueda decidir la independencia de una Comunidad autónoma o fijar el procedimiento para ello.

de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable. (FJ 4)<sup>7</sup>

De este modo, el Tribunal da a entender que antes de iniciar el procedimiento de reforma propiamente dicho cabría la realización de determinados “actos”. Pero no aclara qué tipo de actos son admisibles en la fase preparatoria, solo que deberán respetar los principios y demás preceptos constitucionales. Al final, de acuerdo con la sentencia, el derecho a decidir queda acotado no como un derecho a negociar (como en Canadá, fruto del conocido Dictamen del Tribunal Supremo de 1998 sobre la secesión de Quebec), sino como un derecho a deliberar o debatir en las Cortes Generales las iniciativas de reforma que presenten los parlamentos territoriales, sin que puedan aquellas rechazar de plano la propuesta. Ello se vincula, en la sentencia, con la reiteración de su doctrina acerca de la inexistencia de límites materiales a la Constitución y de que los partidos puedan sostener ideas contrarias a la Constitución, sin ser disueltos por ello.<sup>8</sup>

Para ejercer el derecho a decidir, los asesores del Gobierno catalán –constituidos en el denominado Consejo Asesor para la Transición Nacional (Decreto 113/2013, de 12 de febrero)– habían propuesto varias vías a seguir para conseguir la consulta a la ciudadanía. También la doctrina constitucionalista debatió en aquel momento sobre la posibilidad de organizar un referéndum. A partir de la inexistencia expresa en la Norma Fundamental española de una cláusula sobre la secesión, entendida como derecho a la autodeterminación o como procedimiento para poder alcanzarla, ni de un referéndum como instrumento para llevarla a cabo, buscaron una interpretación –a nuestro juicio, muy forzada– de los preceptos constitucionales que lo hiciera posible.<sup>9</sup> De las vías

---

7 Cursiva añadida.

8 Véase una crítica a esta construcción jurisprudencial en De Miguel Bárcena (2019).

9 Aunque la doctrina constitucionalista mayoritariamente rechazó la posibilidad de un referéndum de secesión, salvo su inclusión previa en una reforma constitucional, algunos autores trataron de buscar en la Constitución vigente algún resquicio que posibilitara la convocatoria de un referéndum. Así, Aguado Renedo (2013) abría la puerta a un referéndum consultivo sobre la independencia que vendría a satisfacer una razón “puramente práctica”, como es poner en marcha o no el procedimiento de reforma constitucional del artículo 168 CE. De este modo, habría un referéndum para “testar” o tratar de verificar la voluntad de reforma de los catalanes, y un referéndum al final del procedimiento de reforma para el conjunto del pueblo español. En este sentido, se menciona la posible –aunque forzada– aplicación del referéndum consultivo del artículo 92 CE, el cual –sobre una “decisión política de especial trascendencia”– es de carácter consultivo y tiene que ser propuesto por el presidente del Gobierno español con la aprobación de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados. Para ello, habría que salvar un obstáculo literal del artículo 92 CE: se convocaría

propuestas por los asesores del Gobierno catalán se intentaron seguir dos por parte de las instituciones catalanas, ambas sin éxito:<sup>10</sup> la primera, la delegación por el Congreso al Parlamento catalán de la competencia sobre la autorización de la convocatoria del referéndum (artículo 149.1.32, CE); el Congreso rechazó en abril de 2014 la proposición de ley del Parlamento catalán al respecto. Y la segunda, la celebración de una denominada “consulta popular no referendaria” en lugar del referéndum; el Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional (sentencias 31 y 32/2015). En su lugar se llevó a cabo un “proceso de participación ciudadana” el 9 de noviembre de 2014, equivalente a la consulta y al referéndum –las mismas preguntas a responder a través del voto– cuyo resultado no tuvo el efecto clarificador deseado.<sup>11</sup>

Ambas vías intentadas tienen en común la organización por el legislador catalán de una “consulta” que debería servir para “testar” la voluntad de los catalanes y abrir la puerta a una negociación bilateral sobre la secesión o a una reforma constitucional que la permitiera, aunque el desenlace de toda esta compleja construcción jurídica distaba de estar clara.<sup>12</sup> De entrada, se trataba

---

a la fracción del cuerpo electoral formado por la población del territorio catalán y no a “todos los ciudadanos”, hasta ahora entendido como los ciudadanos españoles. Para Rubio Llorente (2012; 2013), la convocatoria de un referéndum en Cataluña sería la opción última en caso de no existir otra vía de encauzar la situación. Se trataría de un referéndum no previsto en la Constitución, regulado específicamente para el caso excepcional.

- 10 En el primer informe del Consejo Asesor para la Transición Nacional se establecen cinco vías para conseguir el ejercicio del derecho a decidir. Además de la reforma constitucional, contempla las siguientes “vías” jurídicas: el referéndum consultivo del artículo 92 CE regulado por la Ley orgánica 2/1980 de referendos y que debería convocar el Congreso de los Diputados a propuesta del presidente del Gobierno del Estado; la delegación por las Cortes Generales al Gobierno catalán de la competencia sobre autorización de la convocatoria para la celebración de referendos (artículo 149.1.32 CE); el referéndum, también consultivo, previsto en la Ley catalana 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum; y la denominada “consulta popular no referendaria”, que sería aprobada posteriormente por el Parlamento catalán en la Ley 10/2014, de 27 de septiembre. Ver Consell Assessor per a la Transició Nacional (2014).
- 11 Se formularon dos preguntas: si se quería que Cataluña fuese un Estado y si se quería que fuese un Estado independiente. Según los datos oficiales, participaron 2344828 votantes, esto es un 33% de los que tenían derecho a hacerlo. Votó sí a la independencia el 80,9%; a favor de que Cataluña se convirtiera en un Estado (sin aclarar a qué tipo de Estado se refiere), el 10,02%; y en contra de ambas opciones, por tanto, por el *status quo*, un 4,49%.
- 12 Los intentos de hallar una vía que permitiera una celebración de una consulta referendaria de conformidad, o al menos no contraria al ordenamiento constitucional español, abocan a una situación a considerar: un resultado del referéndum favorable a la secesión ¿a qué llevaría? Para algunos, a la apertura del procedimiento de reforma, como se ha visto. Se trata de un itinerario complejo y de desenlace incierto, que escapa del unilateralismo catalán en la decisión. Más bien parece que en ese momento se produciría una ruptura con el ordenamiento español y dicho resultado se convertiría en un hecho revolucionario, el cual daría paso a la política en su sentido más descarnado. Ver Caste-

de sortear el régimen constitucional del referéndum y sus límites, en particular la preceptiva autorización de su convocatoria por el Gobierno del Estado (artículo 149.1.32, CE). Por ello, la segunda vía ensayada supone la creación de unas llamadas “consultas populares no referendarias”, como *tertium genus* entre el referéndum propiamente dicho y las consultas populares clásicas, esto es, modalidades participativas sin ejercicio del voto. Es lo que contemplaba la Ley 10/2014, que fue anulada en este punto por el Tribunal Constitucional en la sentencia 31/2015. Para el Alto Tribunal, dichas consultas en realidad son referendos encubiertos, pues apelan al cuerpo electoral a través del voto. El Tribunal aplica la doctrina establecida en la sentencia 103/2008, en la que se fijan los requisitos para que pueda hablarse de referéndum, que en la sustancia se aplicarían a las nuevas consultas no referendarias: llamada al cuerpo electoral (aunque en la consulta se añadan a este –formado por los ciudadanos españoles mayores de edad residentes en municipios catalanes– otros participantes, como los mayores de entre 16 y 18 años o los extranjeros residentes); que se siga el procedimiento previsto para el régimen electoral; y que cumpla con las garantías judiciales establecidas en la legislación electoral.<sup>13</sup>

Sin embargo, merece destacarse que desde el inicio del proceso independentista en 2012, y a pesar de ser una de las “vías” jurídicas contempladas por los asesores del Gobierno catalán para ejercer el derecho a decidir, el Parlamento catalán nunca ha ejercido la iniciativa de reforma constitucional (de acuerdo con los artículos 166 y 87.2, CE) para proponer la introducción de un referéndum de secesión.<sup>14</sup>

---

llà Andreu (2014, pp. 829-830). Desde otra perspectiva, Jordi Jaria i Manzano (2015) distingue entre un primer momento de constatación de la voluntad de la ciudadanía catalana, de acuerdo con la Constitución, y un segundo momento de realización de la ruptura constitucional “inevitable”.

- 13 El Tribunal declaraba inconstitucional la ley vasca de 2008 que preveía una consulta popular *ad hoc* sobre el futuro político del País Vasco. Para el Tribunal, el hecho de que la ley del País Vasco tratara de distinguir dicha “consulta” de un referéndum no permitía soslayar la aplicación del régimen jurídico general de los referendos autonómicos que, de acuerdo con la Constitución, han de contar con la preceptiva autorización del Estado (artículo 149.1.32) y estar previstos expresamente en el Estatuto de autonomía, además de en la Ley orgánica de referéndum. Por tanto, no cabe una competencia implícita de las Comunidades Autónomas sobre referéndum. Se trataba de consideraciones válidas para todo referéndum territorial, no específicamente para uno de secesión.
- 14 De acuerdo con este, la iniciativa la ostentan, entre otros, los Parlamentos de las Comunidades Autónomas (pero no una fracción del cuerpo electoral, como sí ocurre con la iniciativa legislativa popular para la aprobación de leyes ordinarias). La participación de las Comunidades en cuanto tales concluye con la presentación de la propuesta. A partir de esta, corresponde a las dos Cámaras de las Cortes Generales la aprobación, primero, de los principios básicos de la reforma y, tras unas elecciones generales intermedias, la discusión y aprobación definitiva por 2/3 de los miembros de cada una de las nuevas Cámaras, así como al pueblo español en referéndum la ratificación al final del proceso (artículo 168 CE).

### 3.2. Segunda etapa: independentista (2015-2017)

Ante el aumento de la tensión con las instituciones estatales (y la ausencia de una mayoría de Gobierno clara en la Cámara), el presidente de la Generalitat Mas convocó a elecciones anticipadas al Parlamento catalán para el 27 de septiembre de 2015 con un objetivo “plebiscitario”, esto es, que los electores catalanes, llamados a elegir a sus representantes, expresaran con su voto su posición ante la independencia. Ante la imposibilidad de celebrar un referéndum, llama la atención la frecuencia en la convocatoria de elecciones al Parlamento catalán desde el inicio de la crisis (2012, 2015, 2017), lo que muestra tanto la división del mundo independentista y el intento de hallar un aval popular a las medidas adoptadas como la debilidad de los sucesivos Gobiernos.

En esta ocasión, Convergència (tras romper la federación con Unió) y ERC formaron candidaturas conjuntas, con independientes (Junts pel si), que no alcanzaron el 40% del voto popular y juntos sumaron 62 escaños. Estas elecciones fueron la segunda oportunidad, tras la celebración del proceso participativo indicado (y sin contar las elecciones al Parlamento catalán de 2012, en las que también se suscitó la cuestión por los partidos independentistas), que han tenido los catalanes de manifestar la opinión en las urnas respecto al proceso secesionista y cuyos resultados ponen de manifiesto que no existe una mayoría popular amplia capaz de culminar el proceso independentista con éxito, o, lo que es lo mismo, que la población catalana se halla dividida en torno a la cuestión de la independencia. A pesar de estos resultados, el mundo independentista optó por seguir adelante, es más, por apretar el acelerador de su causa. Se produjo la investidura de Carles Puigdemont como presidente de la Generalitat tras la renuncia de Mas y gracias a la alianza parlamentaria con la Candidatura de Unidad Popular (CUP) (necesaria para alcanzar la mayoría absoluta); se trata de un partido de extrema izquierda que empuja para que el proceso vaya hacia adelante lo más rápido posible y de forma radical.

La segunda etapa, de carácter abiertamente rupturista (2015-2017), se inicia siguiendo el mismo *modus operandi* que en la etapa anterior: con la aprobación por el nuevo Parlamento que sale de las elecciones del 27 de septiembre de 2015 de una resolución (1/XI, de 9 de noviembre de 2015) en la que se declara el inicio de un nuevo proceso político y constituyente. En ella ya no se habla del derecho a decidir, sino del inicio del proceso “para crear un Estado catalán independiente en forma de República” y la apertura de un “proceso constituyente”. Asimismo, se aboga expresamente por desobedecer a las instituciones españolas y, en particular, al Tribunal Constitucional. El Gobierno del Estado

también impugnó ante el Tribunal Constitucional dicha declaración, que fue anulada en la sentencia 259/2015, la cual llevó a cabo una defensa cerrada de la democracia constitucional y cerró la puerta a la interpretación de la doctrina nacionalista de la sentencia 42/2014, en el sentido de que esta permitiría una consulta popular de tipo prospectivo o anterior al inicio del procedimiento de reforma, esto es, antes de que el Parlamento catalán presentara una propuesta de reforma constitucional al Congreso.<sup>15</sup> La sentencia recuerda los límites constitucionales a la consulta: no cabe ningún tipo de consulta que afecte a decisiones propias del poder constituyente. De acuerdo con el procedimiento de reforma, la intervención del pueblo español en referéndum tiene lugar al finalizar el procedimiento de forma ratificatoria.<sup>16</sup>

La actividad parlamentaria se centró en avanzar en la causa de la independencia. Así, el Parlamento catalán creó una comisión de estudio cuyas conclusiones abogan por la celebración de un referéndum unilateral y vinculante. El Pleno del Parlamento aprobó la resolución del 6 de octubre de 2016, la cual pone una fecha para su celebración: antes de octubre de 2017 (Resolución 306/XI). Dicho referéndum habría de versar explícitamente sobre la independencia, ya fuese acordado con el Estado, ya fuese unilateral. Así, pues, en esta nueva etapa –a diferencia de la anterior– se proclama el derecho a la autodeterminación (en lugar del derecho a decidir), y se insta al Gobierno catalán a que celebre un referéndum “vinculante” (ya no se habla de consulta popular) sobre la independencia con una pregunta clara y respuesta binaria –esto es, sí o no– (ya no se dan otras opciones como había sucedido en 2014). Los presupuestos de la Generalitat para 2017, aprobados por el Parlamento catalán en marzo de ese año, consignan una partida para financiar la celebración de dicho referéndum.

Todos esos actos parlamentarios, de distinta naturaleza jurídica, fueron impugnados por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional –también siguiendo el patrón ya visto–, que los suspendió y anuló posteriormente. En relación con las resoluciones parlamentarias citadas, el Tribunal aplicó un instrumento establecido por la reforma de 2015 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el incidente de ejecución de sentencias, por el cual el Tribunal puede adoptar medidas ejecutivas de las sentencias y contra las autoridades que

---

15 Véase Ridao Martín (2014, pp. 110 y ss.).

16 Un intento nada fácil de armonizar ambos pronunciamientos del Tribunal pasaría por descartar las consultas de tipo referendario en la fase previa a la apertura de la reforma propiamente dicha y admitir otro tipo de instrumentos participativos, como audiencias, encuestas o foros. Véase Castellà Andreu (2016).

incumplan sus resoluciones. Tales actos aprobados eran contrarios a la sentencia del Tribunal Constitucional 259/2015, por lo que se conminaba a su cumplimiento con amenaza de sanción a los que no lo hiciesen y con la petición al Ministerio Fiscal para que abriera diligencias penales contra los responsables.

Esta fase de escalada concluye con los sucesos de septiembre y octubre de 2017, el momento culminante de la crisis. El Parlamento catalán aprobó las llamadas “leyes de desconexión”: la ley de referéndum de autodeterminación (Ley 19/2017, de 6 de septiembre) y la ley de transitoriedad jurídica hacia la república (Ley 20/2017, de 8 de septiembre), una suerte de constitución provisional para regular el tránsito de la situación actual al nuevo Estado y hacerlo, en palabras de sus promotores, “de la ley a la ley” (expresión tomada –impropiamente– de la utilizada por el presidente de las Cortes Generales en 1976, Torcuato Fernández-Miranda, para aludir a la Ley para la Reforma Política de 1977 como “ley puente” entre el ordenamiento franquista y el democrático). Dichas leyes fueron aprobadas por la mayoría independentista siguiendo un procedimiento expedito (discusión en el Pleno en menos de 24 horas, sin paso previo por Comisión y sin dictamen del órgano jurídico consultivo de la Generalitat, como había solicitado la oposición). En su articulado, ambas leyes establecían su superioridad respecto al ordenamiento jurídico de pertenencia (la Constitución y el Estatuto) (artículo 3 de las dos leyes). De acuerdo con las leyes citadas, en caso de ganar la opción independentista en el referéndum vinculante (por mayoría simple, sin exigencia de *quorums* especiales), se proclamaría la independencia y se abriría un proceso participativo que desembocaría en la creación de una Asamblea Constituyente –tras la celebración de una nuevas elecciones–, la cual debía aprobar la constitución de la nueva república catalana. A través de un segundo referéndum, el pueblo catalán se pronunciaría sobre la nueva constitución catalana. El Tribunal Constitucional, tras suspender inmediatamente la aplicación de dichas leyes, las declaró inconstitucionales en las sentencias 114 y 120/2017, alegando vicios de procedimiento y de contenido. Concretamente, no habían respetado en su tramitación los derechos de las minorías parlamentarias y sus contenidos se situaban en una posición de total ajenidad al ordenamiento español, contraviniendo radicalmente los principios básicos de la Constitución: soberanía del pueblo español, superioridad de la Constitución y unidad de España (artículos 1.2, 9.1 y 2, CE).

Sin embargo, el 1 de octubre de 2017 tuvo lugar el referéndum inconstitucional, en una jornada con incidentes con la policía y en la que no se observa-

ron las garantías propias de una votación.<sup>17</sup> Contó con la supervisión de una Sindicatura Electoral, órgano creado ex profeso por la mayoría independentista del Parlamento catalán, con la presencia de miembros elegidos por este sector sin participación de la oposición. El referéndum abrió la semana más decisiva de todo el proceso y que decantó su fracaso: el 3 de octubre, el Rey de España intervino públicamente en defensa del ordenamiento constitucional y la unidad de la nación, la Unión Europea y los Gobiernos de los Estados miembros unánimemente se posicionaron claramente en contra, miles de ahorristas y empresas catalanes trasladaron sus fondos o domicilios fiscales fuera de Cataluña y la semana culminó el 8 de septiembre con una manifestación masiva en Barcelona contra la independencia. Pese a todo esto, el Parlamento decidió seguir adelante con su plan: aprobó la declaración de independencia, que se suspendió al instante (27 de octubre), y no obtuvo ningún reconocimiento internacional. Las instituciones del Estado respondieron el mismo día con la aprobación por el Pleno del Senado, a propuesta del Gobierno, del acuerdo con las medidas coercitivas del artículo 155 de la CE (con los votos de PP, PSOE, Ciudadanos [Cs] y algunos grupos regionalistas). Ello suponía cesar al Gobierno catalán, disolver el Parlamento –convocando a elecciones autonómicas para el 21 de diciembre– y asumir las competencias directamente por parte del Gobierno del Estado. También el Tribunal Constitucional se pronunció de forma unánime (igual que en el resto de las sentencias sobre el proceso independentista), estimando la constitucionalidad de las medidas excepcionales, impugnadas por los diputados de Podemos en el Congreso y por el Parlamento catalán (Sentencia 89 y 90/2019).

#### **4. Situación presente: distensión y división en el independentismo (2018-2020)**

La celebración de las elecciones al Parlamento del 21 de diciembre de 2017, a las que, esta vez, las fuerzas independentistas concurren por separado –aunque juntas revalidaron la mayoría absoluta de escaños (Junts per Catalunya, ERC, CUP: 70 escaños, frente a los 72 de 2015)–,<sup>18</sup> dio lugar a un nuevo perio-

---

17 Los resultados fueron, según sus convocantes: 43% de participación con un 90% de “sí”, un 7,83% de “no” y un 1,98% de votos en blanco.

18 Hay que advertir que el independentismo logra mayorías parlamentarias sin haber obtenido hasta ahora una mayoría en votos populares. Ello se debe a la distribución de escaños en las cuatro provincias catalanas, establecida en el Estatuto catalán de 1979 y que ha permanecido inalterada hasta ahora, pese a los cambios demográficos. Dicha distribución otorga sobrerrepresentación a las circunscripciones menos pobladas, lo que se traduce en desigualdad en el voto (el de Lleida vale el doble que el de Barcelona). Es en las circunscripciones menos pobladas donde las fuerzas indepen-

do político y jurídico –en el que aún estamos–, caracterizado, en el orden político, básicamente por la distensión y la apertura de diálogo entre los Gobiernos central y catalán, tras el cese de las medidas excepcionales del artículo 155 de la CE y la formación de un nuevo Gobierno en Madrid a lo largo de 2018. En este periodo, el conflicto constitucional ha disminuido sustancialmente y el juicio penal en el Tribunal Supremo contra los máximos responsables de la organización del referéndum, así como su condena, han ocupado una atención especial. Frente a las demandas de referéndum de secesión del periodo previo, ahora han sobresalido las peticiones de libertad para los presos y de restablecimiento de la autonomía (durante la vigencia de las medidas excepcionales del artículo 155, CE). Curiosamente, ello evoca las reivindicaciones de la década de 1970: *Llibertat, amnistia i Estatut d'autonomia*.

Sobresalen los siguientes factores políticos en este último periodo: en primer lugar, la dificultad para formar Gobierno en Cataluña, lo que no se consiguió hasta el 17 de mayo de 2018 con la elección de Joaquim Torra (Puigdemont había huido a Bruselas tras aprobarse la declaración de independencia y no pudo ser investido, aunque desde allí ha seguido como líder del “legitimismo” independentista más radical). Durante esos meses sin constituir Gobierno, se mantuvo el control de la Administración autonómica por la estatal, de acuerdo con las medidas coercitivas del artículo 155 de la CE. En segundo lugar, un cambio de escenario político en Madrid a partir de la moción de censura contra Mariano Rajoy, que llevó al líder socialista Pedro Sánchez a la presidencia del Gobierno, con los votos de todos los representantes independentistas catalanes en el Congreso (1 de junio de 2018), y que se confirmó tras las elecciones generales de abril de 2019 con victoria socialista, aunque sin poder formar Gobierno, hasta el punto de obligar a repetir los comicios en noviembre de 2019: el nuevo Gobierno es el primero de coalición en España, entre el PSOE y Unidas-Podemos, y con apoyo parlamentario, entre otros, de ERC. Sánchez prometió, a cambio de este apoyo, una mesa bilateral de negociación con la Generalitat, que llegó a reunirse al máximo nivel el 6 de febrero de 2020 en Barcelona, siguiendo los pasos del primer encuentro en el Palacio de Pedralbes de 20 de diciembre de 2018. Sin embargo, la pandemia originada por el COVID-19 trastocó completamente las prioridades y esta vía negociadora ha quedado suspendida por el momento. Por último, mientras tanto, han ido en aumento las disputas en el interior del sector independentista entre radicales

---

dentistas obtienen mayorías más amplias.

y pragmáticos, además de producirse varias escisiones en el Partido Demócrata Europeo Catalán (PDeCAT)-Junts per Catalunya (herederos de Convergència). Dichas tensiones han provocado que el Parlamento catalán apenas legisle (la ley de presupuestos de 2020 se aprobó en abril y no se habían aprobado los presupuestos desde 2017). A ello se le suma el posible cese del Presidente catalán por el Tribunal Supremo por desobediencia a las autoridades judiciales (otoño de 2020), lo que desembocará previsiblemente en otras elecciones anticipadas en Cataluña (las cuartas desde 2012, cuando una legislatura ordinaria dura 4 años).

Este nuevo escenario político se completa con el judicial. El Tribunal Supremo juzgó y condenó a elevadas penas de prisión por delito de sedición (en lugar del más grave de rebelión, solicitada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular ejercida por Vox) a los responsables del Gobierno catalán en la organización del referéndum ilegal que no habían huido al extranjero (sentencia 459/2019, de 14 de octubre). A los pocos meses, se estaban aplicando ya beneficios penitenciarios a los condenados, que les permitieron salir de prisión. Asimismo, el conflicto jurídico se ha centrado, en este periodo, en la reclamación ante distintos tribunales nacionales y europeos de parlamentarios electos huidos de la justicia que no han podido tomar posesión de sus cargos representativos (siendo reemplazados por el siguiente en la correspondiente candidatura), que alegan la vulneración de su derecho de acceso a cargos públicos (artículo 23.2, CE), además de otras denuncias de violación de derechos procesales durante el juicio.

Mientras tanto, según los datos de las distintas encuestas de opinión pública, el voto pro independencia está en el punto más bajo desde 2012 (42% de los catalanes, según el último sondeo del CEO -instituto oficial de la Generalitat- del 31 de julio de 2020, frente al 50,5% de contrarios, en respuesta a la pregunta binaria por la independencia; la más alta posición pro independencia se alcanzó en octubre 2017, coincidiendo con el momento álgido de la crisis: 48,7%, y en abril de 2018: 48%). Al mismo tiempo, al preguntar por las distintas opciones posibles de organización del Estado, un 33,9% de los catalanes encuestados se muestra partidario de la creación de un Estado independiente (frente al 35,5% de la encuesta previa del CEO), la posición más baja desde 2014; un 29,6%, de que Cataluña sea una Comunidad Autónoma dentro del actual Estado de las autonomías (frente al 26,8% anterior, la más alta desde 2014), a lo que se suma un 6,8% que opta por Cataluña como región de España y un 22,9% a favor de un Estado en un Estado federal (frente al 23,9% anterior).<sup>19</sup>

---

19 Véase: <http://upceo.ceo.gencat.cat/wsceop/7688/Dossier%20de%20premsa%20974.pdf>.

A la vista de los hechos y de los datos citados, esta nueva etapa del proceso independentista se ha caracterizado, primero, por una paralización efectiva de las iniciativas independentistas en el Parlamento catalán que puedan suponer consecuencias penales a sus proponentes. La tensión dialéctica ha permanecido en el sector independentista más radical, aunque sus dirigentes se han cuidado de no traspasar, en términos generales, los límites de la legalidad, sabedores de las consecuencias de orden penal que ello les acarrearía. Ahora, sus críticas se centran en el trato a los presos, visto como una herida. Segundo, una parte del independentismo, fundamentalmente los partidos (ERC, después incluso el PDeCAT, tras romper con Junts per Catalunya), han optado por abrirse a negociaciones, o al menos a un diálogo político con el nuevo Gobierno de Madrid. Frente a ello, el sector más radical -vinculado a Puigdemont-Torra- sigue en la confrontación con el Estado y en canalizar sus demandas independentistas a través de un movimiento (Junts per Catalunya) de connotaciones populistas. El Gobierno de Sánchez aceptó una negociación bilateral -entre Gobiernos- y prometió aparcarse la judicialización del conflicto. Se están por ver los contenidos y los resultados de la negociación cuando esta se reanude, aunque por el momento la tensión social ha bajado en términos generales (tras unas semanas de gran violencia en las calles de Barcelona, en octubre de 2019, coincidiendo con la publicación de la sentencia del Tribunal Supremo), en parte porque otros asuntos son priorizados por la ciudadanía (crisis sanitaria, crisis económica derivada de la primera). Mientras tanto, el Gobierno de la Generalitat sigue reduciendo al máximo su presencia en foros multilaterales intergubernamentales (inasistencia a la XXI Conferencia de Presidentes Autonómicos el 31 de julio; aunque había asistido a las reuniones telemáticas para la gestión de la pandemia). En cualquier caso, parece evidente que cada vez se deja más de lado la vía independentista unilateral y contraria al ordenamiento jurídico.

Por último, el independentismo (y Podemos) ha decidido situar en este último periodo en su punto de mira a la Corona, sabedores de que ello supone atacar los cimientos del actual sistema constitucional y su origen, la transición política a la democracia. De ahí que el Parlamento catalán intentara la creación de una comisión de investigación sobre la Monarquía (Resolución 298/XII), que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional en la sentencia 111/2019, y ha culminado esta tensión institucional con la aprobación, con los votos independentistas, de unas resoluciones contra la Monarquía, el actual Rey y el anterior y proclamando que Cataluña es republicana (en particular, la Resolución 905/XII, de 7 de agosto de 2020, aunque la presidencia de la

Cámara no se atrevió a publicarlas enteras en el Boletín Oficial del Parlamento para no desobedecer al Tribunal Constitucional e incurrir en responsabilidades penales).

## **5. Perspectivas de futuro: salidas constitucionales**

Se han apuntado varias opciones políticas y constitucionales para salir de la crisis en la que nos hallamos. Hasta que no se clarifique el escenario político catalán, con la celebración de elecciones, no sabremos cuál es la mayoría de Gobierno que se forma y qué pasos se dan para afrontar la situación: continuidad de la mayoría independentista o apertura a otras coaliciones, como una de izquierdas (nuevo tripartito). También habrá que ver los pasos que dé el Gobierno de Sánchez, absorto en la gestión de la crisis originada por el COVID-19 y sus gravísimos efectos en la economía: si podrá mantener los votos de la investidura –con Podemos e incluyendo a los independentistas de ERC– o bien se apoyará en otros grupos parlamentarios –como Ciudadanos o hasta el PP–, sobre todo de cara a la aprobación de la ley de presupuestos y al cumplimiento de las exigencias de Bruselas.

En cualquier caso, y al margen de las circunstancias políticas del momento, el diagnóstico que se haga de las causas que han llevado a los sucesos que se han sintetizado en las páginas anteriores influirá en las propuestas de salida política y constitucional que se formulen. Si se considera que lo sucedido tiene que ver con los déficits del autogobierno (competencial, financiero, simbólico) y el no reconocimiento de una posición singular de Cataluña en el Estado y del derecho a decidir, las salidas a explorar tenderán a corregir esta deriva, en parte originaria del sistema constitucional, en parte decantada por el desarrollo del Estado autonómico. En este caso, las reformas constitucionales pasarán a primer plano. Si, en cambio, se considera que la crisis procede más bien de otro tipo de problemas que se han acentuado en un entorno populista –sentimientos de agravio avivados por políticos desde el poder y sus antenas mediáticas en momentos álgidos de una grave crisis multifacética–, las respuestas serán más complejas de formular y sistematizar por su heterogeneidad, sobre todo porque trascienden las soluciones constitucionales y el plano jurídico, en general, e inciden más bien en el ámbito del cambio político y, sobre todo, en lo prepolítico: la recuperación de la amistad cívica entre catalanes y entre Cataluña y el resto de España, así como de los valores de la democracia constitucional y pluralista. De todos modos, en este momento, cualquier aportación propositiva no

puede ser sino provisional, a la espera de una mayor clarificación en el plano político. Por ello, nos limitaremos a recordar las opciones y escenarios que se han apuntado con una valoración sucinta de ellas.

Existen divergencias y convergencias sobre la forma de afrontar la crisis habida y las propuestas a considerar tanto en el lado independentista como en el constitucionalista. En el independentista, la coincidencia está en el objetivo final, que hasta ahora ha sido un aglutinante muy poderoso frente a las discrepancias ideológicas de los grupos (desde la extrema izquierda de la CUP hasta los antes moderados de PDeCAT): la independencia de Cataluña, y también en trabajar para alcanzarlo desde las instituciones de la Generalitat y locales en las que se gobierna. Ello se traduce en una ocupación monopolista del espacio público e institucional en Cataluña: banderas y símbolos independentistas en edificios y lugares públicos y discurso independentista dominante en los medios de comunicación de la Generalitat. Al mismo tiempo, hay una discrepancia cada vez más visible entre radicales y posibilistas. Mientras los primeros rechazan cualquier negociación y son partidarios de mantener la escalada de tensión con el Estado (Puigdemont y Torra), los segundos (ERC y ahora PDeCAT) asumen la inviabilidad de la independencia en este momento al no darse una mayoría social suficiente en la población catalana y carecer de apoyo o cobertura internacional y de la Unión Europea (UE) a la creación de un Estado catalán independiente (que quedaría fuera de la UE). Se recupera el eslogan pujolista de las décadas de 1980 y 1990: “Ahora paciencia, mañana independencia”. Mientras tanto, se abren, no sin dificultades y contratiempos (la presión de los radicales), a la negociación con el Gobierno de izquierdas de Madrid: presupuestos, amnistía a los condenados, relación bilateral con el Gobierno del Estado. En definitiva, una versión puesta al día del viejo paradigma de actuación de CiU en el Congreso, en Madrid, aunque con una presión en contra muy superior y con una hegemonía institucional sin precedentes que lucha por controlar instancias sociales relevantes (cámaras de comercio, universidades, Barça). Por esta vía de -en términos de Ortega y Gasset- “conllevancia” provisional (sin saber lo que deparará el futuro) abogan sectores económicos y mediáticos influyentes en Cataluña.

En cambio, en el sector constitucionalista, se ha constatado que el acuerdo entre el PSOE, PP y Ciudadanos solo se produjo en el momento álgido de la crisis -septiembre y octubre de 2020- y únicamente es viable en circunstancias muy especiales y cuando lo fundamental -la unidad de España y el respeto al orden constitucional- está en grave peligro. Alejado el peligro inminente, la

política vuelve a sus cauces ordinarios de controversia izquierda/derecha, que es la dominante en la política española, en la que la izquierda, para gobernar, necesita en el Congreso los votos independentistas y nacionalistas y prefiere este pacto a ensayar fórmulas de gran coalición con el PP. La entrada de Podemos en el Gobierno ha contribuido a aumentar la radicalización de este, a la vez que se ha constituido en interlocutor o puente entre los socialistas y los independentistas. En lo que ahora interesa, hay divergencias muy profundas entre socialistas y los partidos de centro y derecha (PP, Cs y Vox) respecto a las salidas constitucionales a la crisis catalana.

El PSOE (con el impulso del PSC) acepta la negociación bilateral con el Gobierno independentista de la Generalitat y transige –¿de modo táctico?– con ciertos términos simbólicos queridos por el independentismo (vagas referencias al respeto a “la seguridad jurídica” en lugar de a la Constitución, hacer votos por no judicializar la política, así en los dos encuentros “bilaterales” realizados hasta ahora). Ello supone abrirse a reformas políticas graduales que deberían desembocar en una reforma federal del Estado autonómico. Para el PSC, como para Podemos y el nacionalismo vasco, incluso en un federalismo plurinacional, además de asimétrico, que es rechazado por las demás Comunidades Autónomas.

Entre las medidas sugeridas, algunas de ellas ya puestas en marcha por el Gobierno de Sánchez, están las siguientes, ordenadas de menor a mayor alcance político y rango de las normas afectadas: primero, reformas en leyes sectoriales (educación, dando mayor peso a la Generalitat en la determinación de planes de estudio, o leyes penales, con el cambio en la tipificación del delito de secesión), o el impulso de medidas de tipo penitenciario que permitan la vuelta a casa de los condenados, incluso de gracia; segundo, propuesta de reformas legislativas que permitan recuperar opciones del Estatuto de 2006 que fueron declaradas inconstitucionales por razones formales (no ser el Estatuto la norma adecuada para regular materias como la desconcentración territorial del poder judicial o la financiación autonómica); tercero, una reforma del Estatuto de 2006, que debería aprobarse en referéndum y que permitiría volver a las grandes opciones del Estatuto de 2006 (o a las maximalistas de 2005, esto es, las del proyecto de Estatuto aprobado por el Parlamento catalán antes de enviarlo al Congreso). Ahora, con el recurso previo de inconstitucionalidad (reinstaurado en 2015, en reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), se evitaría el llamado “choque de legitimidades”, pues solo se sometería a referéndum el texto aprobado tras la declaración de constitucionalidad, en caso de impugnación ante el Tribunal Constitucional. Esta vía ha sido defendida por

algunos profesores de Derecho Público, bastantes de ellos cercanos al Partido Socialista.<sup>20</sup> Por último, se ha formulado la propuesta de reforma constitucional del Estado de corte federal.<sup>21</sup> La mayoría de las propuestas de reforma constitucional en España inciden en la organización territorial del Estado y no en incorporar a la Constitución una cláusula de secesión.<sup>22</sup> Esto es, optan por afrontar la crisis secesionista no con una respuesta directa a esta, sino por vía indirecta: una reforma del modelo de Estado.

Los partidos del centro y la derecha han tenido por ahora posiciones más bien reactivas, que han llegado a pedir, en momentos de tensión, una nueva aplicación a Cataluña del artículo 155 de la CE o de la ley de seguridad nacional. Asimismo, se ha rechazado la reforma constitucional (y estatutaria) que pudiera dar cabida a las pretensiones nacionalistas. Por tanto, o bien no se formula una propuesta de organización política del Estado –distinta de la existente (PP)–, o se aboga por la centralización del Estado (Vox) o por un federalismo cooperativo (Ciudadanos). Por el contrario, dichos partidos ponen el énfasis en la debida observancia –por parte de las autoridades catalanas, de la Constitución y del Estado de derecho– y en la existencia de un foro institucional –el Congreso– como sede apropiada para cualquier diálogo político. Este debería centrarse en cuestiones concretas de gestión y competenciales (como sostuvo el Gobierno de Rajoy), no en la discusión sobre la autodeterminación.

En el plano político, parece que, aunque de forma muy frágil, se intenta cada vez más un pacto entre posibilistas de un lado y de otro. Esto, sin embar-

---

20 Véase el punto 21 del documento *Ideas para la Reforma de la Constitución*, elaborado por Muñoz Machado et al. (2017, p. 14), en el cual, además, se aboga por abundar en la bilateralidad y por dejar la definición simbólica de Cataluña al Estatuto. Por último, se indica el referéndum a llevar a cabo y el contexto: “Es posible (e incluso constitucionalmente preceptivo) una consulta sobre una ley de Cataluña que adapte el Estatuto, lo reforme y mejore. Incluso consideramos plausible y recomendable que un referéndum de esta clase pueda celebrarse al mismo tiempo que otro de carácter general en el que se pronuncien todos los ciudadanos del Estado sobre la adaptación de la Constitución al nuevo modelo de organización territorial que en este documento propugnamos” (punto 22) (Machado et al., 2017, pp. 14-15). Adviértase que el referéndum previsto en el Estatuto no es, en términos rigurosos, sobre una ley de Cataluña, sino sobre una ley aprobada por el Parlamento catalán y luego negociada y susceptible de ser modificada por las cortes.

21 Así lo formuló el PSOE en la conocida como Declaración de Granada de 2013: *Un nuevo pacto territorial: la España de todos* (Consejo Territorial, 2013). Se aboga por la reforma constitucional que prevea la constitucionalización del mapa autonómico, la clarificación de la distribución competencial, un Senado territorial, la garantía constitucional de los hechos diferenciales y singularidades, la introducción de un nuevo sistema de financiación autonómica y la creación de mecanismos de cooperación interterritorial. Muñoz Machado et al. (2017) coinciden en lo sustancial y dotan de contenido técnico a estas propuestas del documento citado.

22 Una excepción a ello puede verse en Alaez (2015).

go, plantea dificultades de distinto tipo: de entrada, de alcanzar los debidos consensos políticos que les den estabilidad y continuidad, al margen de las mayorías del Gobierno de turno. Hoy por hoy, parece muy difícil que el independentismo y los grupos del centro y de la derecha acepten reformas de la Constitución y del Estatuto. Es más que dudoso que ERC se aviniera a una reforma constitucional de corte federal plurinacional o incluso confederal, salvo que incluyera una cláusula de secesión. Y los grupos de centro y de derecha temen que más que una reforma constitucional se abra la puerta a un proceso constituyente, de ruptura con el denominado “régimen de 1978” (como desea Podemos). Esto sucede, además, en un contexto de mayor polarización social respecto a las opciones de reforma del Estado, al aflorar con fuerza posicionamientos políticos ya sea recentralizadores o independentistas, que en 1978 eran muy minoritarios.

Para concluir, la cuestión a dilucidar en los próximos tiempos es el alcance de las propuestas de reforma federal del Estado, bajo las cuales anidan opciones distintas, ya sea de corrección de déficits detectados en la organización y funcionamiento del Estado autonómico en su conjunto en sus cuarenta años de experiencia y de adaptación a las necesidades actuales (exigencias de la Unión Europea, mayor cooperación interterritorial, actuación de la subsidiariedad) o de cambios más profundos. Estos últimos tendrían el propósito de reconducir la actual crisis secesionista y de atender a ciertas demandas de los nacionalismos vasco y catalán, y que suponen establecer una mayor asimetría entre las nacionalidades y las regiones, e incluso el reconocimiento de la plurinacionalidad del Estado (y del bilateralismo consiguiente). En definitiva, si los cambios propuestos son compatibles con la continuidad y la renovación de la nación española como comunidad política o, por el contrario, diluyen los vínculos de unidad, solidaridad y cooperación interterritoriales que se han ido configurando históricamente y que ahora representa el Estado autonómico, sin perjuicio de que puedan lograrse nuevos equilibrios entre pluralidad y unidad, capaces de favorecer a la vez mayor reconocimiento de identidades y mayor integración política.

## Bibliografía

Aguado Renedo, C. (2013). Sobre un eventual referéndum consultivo catalán en el proceso soberanista. *Cuadernos de Alzate*, (46-47), 27-47.

- Alaez, B. (2015). Constitucionalizar la secesión para armonizar la legalidad constitucional y el principio democrático en Estados territorialmente descentralizados como España. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, (22), 136-183.
- Barceló i Serramalera, M., Corretja, M., González Bondia, A., López, J. y Vilajosana, J. M. (2015). *El derecho a decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- Castellà Andreu, J. M. (2014). El problemático encaje constitucional del “derecho a decidir” de Cataluña y sus vías de ejercicio. *Percorsi Costituzionali*, (3), 807-830.
- Castellà Andreu, J. M. (2016). Tribunal Constitucional y proceso secesionista catalán: respuestas jurídico-constitucionales a un conflicto político-constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, (37), 561-592.
- Consejo Territorial. (6 de julio de 2013). *Un nuevo pacto territorial: la España de todos*. <http://web.psoe.es/source-media/000000562000/000000562233.pdf>.
- Consell Assessor per a la Transició Nacional. (2014). *Libro Blanco sobre la Transición Nacional de Cataluña*. Barcelona: Generalitat de Catalunya.
- Closa, C. (2020). A Critique of the theory of democratic secession. En Closa, C., Margiotta, C. y Martinico, G. (Eds.). *Between democracy and law. The amorality of secession*. Londres: Routledge.
- De Miguel Bárcena, J. (2019). *Justicia constitucional y secesión. El caso del proceso soberanista catalán*. Madrid: Reus.
- Ginsburg, T. y Aziz, Z. H. (2018). *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University of Chicago Press.
- Jaria i Manzano, J. (2015). La independència com a procés constituent. Consideracions constitucionals sobre la creació d'un Estat català. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, (22), 184-218.
- Muñoz Machado, S., Aja Fernández, E., Carmona Contreras, A., De Carreras Serra, F., Fossas Espadaler, E., Ferreres Coma, V., García Roca, J., López Basaguren, A., Montilla Martos, J. A. y Tornos Mas, J. (2017). *Ideas para la Reforma de la Constitución*. [http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas\\_reforma\\_constitucion.pdf](http://idpbarcelona.net/docs/actual/ideas_reforma_constitucion.pdf).
- Pérez Royo, J. (2011). La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del estado autonómico. *Revista Catalana de Dret Públic*, (43), 121-149.
- Pons Rafols, X. (2015). *Cataluña: Derecho a decidir y derecho internacional*. Madrid Reus.
- Ridao Martín, J. (2014). La juridificación del derecho a decidir en España. *RDJ*, (91), 91-136.
- Rubio Llorente, F. (8 de octubre de 2012). Un referéndum para Cataluña. *El País*.
- Rubio Llorente, F. (11 de febrero de 2013). Un referéndum que nadie quiere. *El País*.



# FRATELLI TUTTI: FRATERNIDAD Y AMISTAD SOCIAL

---

## Rafael Navarro-Valls

Universidad Complutense de Madrid

rnavarro@der.ucm.es

Era de prever. La encíclica Fratelli tutti ha resultado moderadamente polémica. Para algunos, es la mejor encíclica social de la Historia. Para otros –menos–, un manifiesto político de alguien que debe ser neutral. Permítaseme acercarme al documento dejando al margen las pasiones y guiándonos por la inteligencia.

En realidad, la encíclica viene juzgándose más por el autor que por el contenido. Francisco no es un híbrido entre Rambo y una estrella de rock. Es algo más modesto: un hombre de 83 años, con fe profunda, amplio corazón y una buena cabeza. Eso sí, asistido con especial intensidad por el Espíritu Santo.

Dicho esto, vayamos a la encíclica. Empezaré por decir que me ha divertido una curiosa coincidencia anecdótica. Cuando el primer poder temporal de la tierra (léase, el presidente de Estados Unidos Donald Trump) se encuentra en cuarentena sufriendo el coronavirus, el primer poder moral del mundo sale a su encuentro con una encíclica en la que la pandemia está muy presente. Probablemente ambos habrán percibido la paradoja y también, seguramente, habrán sonreído.

Recuerdo que, muy poco después de que Francisco fuera elegido obispo de Roma, me preguntaron por los grandes desafíos a los que se enfrentaba el Papa argentino. Enumeré 10. Solamente aquí citaré uno de ellos: “Promover la causa de la paz y la justicia en todo el mundo”. Este ha sido su empeño constante desde que asumió la carga del papado y que se refleja en esta encíclica.

Desde luego algunas de las afirmaciones apuntan más a la tierra que al cielo. Lo contrario que se decía del Rey Alfonso X el Sabio: “De tanto mirar al cielo se olvidó de la tierra”. Pero no debe perderse de vista que, después de la Creación, todas las cosas de la tierra tienen reflejos divinos.

Recuerdo que en cierta ocasión Juan Pablo II, hablando con un grupo de periodistas, comentó el “papel político” que dicen desempeñó en la caída del marxismo en los países del Este. San Juan Pablo II matizó que “no se puede ha-

blar de un papel político en sentido estricto”. “La misión del Papa –continuó– es predicar el Evangelio, pero en él se encuentra el hombre y, por tanto, sus derechos humanos”. Me parece que este es el sentido que se entrevé en *Fratelli tutti*.

En rápida sucesión pasan por el lector temas muy variados: la pandemia, la guerra, las sanciones legales, la especulación financiera, los muros entre personas, el nacionalismo, el populismo, la pena de muerte, la Shoah, la Organización de Naciones Unidas, la política, el anverso y el reverso de las religiones, y un largo etcétera. Toda una serie de cuestiones que hurgan en las grandes cicatrices de la civilización moderna y a las que ofrece soluciones concretas para cerrarlas.

Vayamos a algunos de los temas más polémicos, comenzando por la política. La actual política –según el Papa– basada exclusivamente en el mercado o el populismo no resuelve la injusticia; al contrario, genera nuevas formas de violencia que amenazan el tejido social. La política que patrocina Francisco es la que dice no “a la corrupción, a la ineficacia, al mal uso del poder o a la falta de respeto a las leyes”. Una política popularista (no populista) centrada sobre la dignidad humana, no sobre el beneficio, ya que para Francisco “el mercado por sí mismo no resuelve todo”. Los estragos producidos por la especulación financiera así lo demuestran.

No significa esto –como dicen algunos– que “todas las ganancias son obscenas y todas las pérdidas castas”. El propio Francisco lo hacía notar en *Evangelii Gaudium*, su primera exhortación apostólica (2013) en la que de algún modo repudiaba las “economías angélicas”. Para él, el oficio “empresarial” es una “noble tarea”. Ante ella, las palabras de Francisco no deben entenderse como las de un enemigo sino, al contrario, como las de un amigo –“ajeno a cualquier interés personal o ideología política”– que desea apartar una mentalidad “individualista, indiferente y egoísta” en aquellos que la poseen. Se trata, en síntesis, de exigir una sólida responsabilidad social a los agentes económicos.

La guerra es un asunto abordado en la encíclica. Aquí Francisco no transige. Es contundente. Para Francisco es muy difícil hablar hoy de guerra justa. De ahí que exclame: “Jamás la guerra”. Precisamente porque no es “un fantasma del pasado” sino una amenaza “constante”. A causa de las armas nucleares, químicas y biológicas, representa “la negación de todos los derechos”. De hecho –según Francisco–, la Tercera Guerra Mundial ha comenzado, aunque sea “a pedazos”. Se lee en la encíclica que la eliminación total de las armas nucleares es un “imperativo moral y humanitario”. Incluso sugiere algo extremadamente difícil, que se dediquen “los fondos destinados a los armamentos a crear un fondo mundial para eliminar el hambre”.

Podríamos seguir analizando esas concretas cuestiones a las que se refiere la encíclica y que antes enumeramos. Pero, en mi opinión, no las entenderíamos bien sin ir al fondo de la misma.

Desde el subtítulo de la encíclica *Fratelli tutti* –fraternidad (universal) y amistad social–, ambos polos se ofrecen como el leit motiv del mensaje. Lo dice expresamente el texto: “La fraternidad universal y la amistad social dentro de cada sociedad son dos polos inseparables y coesenciales. Separarlos lleva a una deformación y a una polarización dañina”. Con la fraternidad universal no hay duda: “Todos los seres humanos somos hermanos y hermanas”. Con palabras del Documento sobre la fraternidad humana firmado en Abu Dabi (febrero de 2019): “Dios ha creado todos los seres humanos iguales en los derechos, en los deberes y en la dignidad, y los ha llamado a convivir como hermanos entre ellos”.

A la fraternidad universal se opone una grave enfermedad: “El individualismo radical es el virus más difícil de vencer”, tal como se manifiesta en las “sombras de un mundo cerrado”. Por eso, subraya, “mientras nuestro sistema económico y social produzca una sola víctima y haya una sola persona descartada, no habrá una fiesta de fraternidad universal”.

Vayamos al otro polo: la amistad social. Se describe en la encíclica diciendo que el amor que se extiende más allá de las fronteras tiene su base imprescindible en el amor a la propia ciudad o país. “Cuando es genuina, esta amistad social dentro de una sociedad es una condición de posibilidad de una verdadera apertura universal”.

En fin, subraya Francisco que fomentar la amistad social precisa la apertura y el diálogo. Las religiones, cuando son acordes a esta verdad profunda de la dignidad humana y la promueven a través del diálogo entre las culturas y la búsqueda de la paz, se sitúan “al servicio de la fraternidad en el mundo”. La propuesta creyente aporta “razones sólidas y estables para la llamada a la fraternidad”.

El fundamento que une y mantiene viva y fecunda esa polaridad es claro: “Hay un reconocimiento básico, esencial para caminar hacia la amistad social y la fraternidad universal: percibir cuánto vale un ser humano, cuánto vale una persona, siempre y en cualquier circunstancia”.

Cabe concluir que esta extensa encíclica parece el testamento espiritual de Francisco. Recoge en ella el conjunto de sus mensajes anteriores. Por ello, requiere un estudio pausado si queremos entender el papel que este Papa está desempeñando en la Historia.

El presente es un artículo que se publicó el día 8 de octubre de 2020 en el diario *El Mundo*, en el cual su autor, Rafael Navarro-Valls, analiza algunos de los aspectos más destacados de la tercera encíclica del papa Francisco.

# RECENSIONES

---



# LA CULTURA DE LOS DERECHOS HUMANOS. RAZÓN, VOLUNTAD, DIÁLOGO

**Juan Cianciardo**

---

**Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020, 215 páginas.**

*La cultura de derechos. Razón, voluntad, diálogo* constituye una aportación relevante a la tarea colectiva consistente en construir una teoría de los derechos humanos que pretenda cierta generalidad y consistencia. Esa tarea es hoy acuciante como nunca antes, puesto que asistimos a una universalización del discurso de los derechos. A esto último se refiere Juan Cianciardo con la expresión “cultura de los derechos humanos”. Urge, en ese contexto, fomentar el diálogo y llegar a acuerdos acerca de qué son los derechos, cuáles son, cómo se fundamentan, cómo se interpretan, cómo se protegen. Y así procura hacerlo Cianciardo a través de este libro. En concreto, propone un replanteamiento de cuatro de los aspectos mencionados, que él mismo considera centrales de una teoría de los derechos humanos que tenga “pretensión de comprensividad”: concepto, fundamento, catálogo e interpretación.

El libro está estructurado en diez capítulos. En el primero, el autor contrasta diferentes posturas en torno a los derechos humanos; por ejemplo, la del positivismo excluyente, posturas negatorias, como la de Villey, o incluso posturas iusnaturalistas clásicas.

Asimismo, Cianciardo propone en este primer capítulo una distinción entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, concibiendo los segundos a partir de la constitucionalización de los primeros, sin que esto signifique, como defiende el positivismo, la inexistencia de los derechos no positivados mediante ley. Sostiene, además, una distinción gradual y no estructural entre principios y reglas y la naturaleza valorativa de toda interpretación.

Otro aspecto sobre el que se construye la teoría de los derechos humanos de la que Juan Cianciardo nos habla recae en situar a la dignidad humana como

fundamento de los derechos humanos y no a otros factores (la autonomía, la capacidad verbal efectiva o el consenso) que podrían limitar el alcance de los derechos y anular la universalidad que debe caracterizarlos.

La teoría de los derechos humanos que se expone en la obra comentada analiza e incorpora algunas ideas desarrolladas por el profesor Javier Herva da en relación al carácter preexistente de los derechos humanos, conclusión obtenida desde la simple efectividad de una observación obvia: las normas nacionales e internacionales referidas a los derechos dicen “reconocerlos” y no “crearlos”. Para Cianciardo, ese carácter preexistente impacta de modo relevante en los cuatro aspectos centrales de su trabajo (concepto, fundamento, catálogo e interpretación).

En contexto, refiere que el inicio de la Era Moderna trajo con ella distintos cambios que extrapolaron la forma de concebir la vida, la búsqueda de la verdad cayó rendida ante la búsqueda de lo exacto, lo comprobable, lo matemático; la razón práctica y todas sus manifestaciones derivadas del pensamiento y la filosofía fueron blanco de ataque de esta nueva realidad. El derecho no fue la excepción; en un plano en el cual lo único real era lo visible, la norma jurídica se erigió como un elemento exclusivo del derecho; así, la ciencia jurídica quedó reducida a una dimensión descriptiva y avalorativa, en la que el único parámetro de calificación era el formal, imponiéndose así la corriente positivista.

Sin embargo, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, los argumentos positivistas se desvanecieron, ya que justamente la norma jurídica formal en su creación, y positiva en su aplicación, sirvió para legitimar uno de los periodos más ruines y funestos de la historia de la humanidad. A partir de allí, hubo que replantearse toda la teoría del derecho, especialmente la teoría de la validez.

Para cumplir con los fines a los que ha de servir la estructuración de la teoría de los derechos humanos, será necesario no solo distinguir, sino principalmente procurar la coexistencia de principios y reglas; los primeros admiten niveles de cumplimiento o incumplimiento, por ello que Alexy los denomina “mandatos de optimización”; en cambio, las reglas simple y llanamente se cumplen o no. Es decir, junto a normas diádicas que cuentan con un supuesto de hecho y su respectiva consecuencia jurídica, identificadas como reglas, conviven otras con una estructura más abierta y flexible denominada “principios”.

Los derechos humanos también constituyen límites al poder gubernamental: ningún poder público podrá invadir la esfera de protección de sus ciudadanos, a esto se lo identifica como “la paradoja de la sujeción”. Estos límites regularmente quedan plasmados en el documento fundante de los Estados: las

constituciones indican límites internos para el ejercicio y la regulación de derechos humanos, pero también, en la mayoría de los casos, habilitan al legislador para generar normas *ius* fundamentales que hagan efectivos tales derechos, o que los regulen en el sentido que la propia constitución establece. Para ello, el legislador debe restringir su actuación a generar leyes que permitan su disfrute, jamás podrá limitar el contenido esencial de algún derecho. A esto último se lo ha denominado en la doctrina inglesa como “límites de los límites”.

Las regulaciones legislativas que se hagan de los derechos humanos deben ser razonables y proporcionadas. Para corroborar que así sea, plantea un procedimiento que respete tres subprincipios. Primero, el de adecuación, que asegura que la norma reguladora del derecho humano sea adecuada e idónea para lograr el propósito planteado por el derecho humano, es decir, que el medio sea apto para lograr el fin. El segundo es el de necesidad, es un estudio pormenorizado que realiza el legislador para identificar la medida regulatoria menos restrictiva a la vista del derecho humano regulado; es decir que entre todos los supuestos hipotéticos entre los que pudo haber elegido, está obligado a decantarse por el que menos restrinja al derecho humano. Y el tercero es el de razonabilidad en *sticto sensu*, que supone establecer si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se persigue. Dicha relación razonable consiste en un balance de ventajas y desventajas, de costos y beneficios de la medida implementada.

Se plantea que el principio de proporcionalidad será útil en el examen de la creación legislativa y el de razonabilidad en los ejercicios interpretativos; la razonabilidad será útil solo en casos constitucionales; para análisis de legalidad puede emplearse la jerarquización.

Respecto al catálogo, se interpreta que lo más adecuado no es una enumeración de derechos, sino identificarlos a través de un criterio general; a los derechos humanos se los debe visualizar no como derechos aislados o sueltos, sino como un entramado, una concatenación, cual si se tratara de eslabones de una cadena que se van complementando unos con otros en la búsqueda de la dignidad integral de la persona.

*La cultura de derechos. Razón, voluntad, diálogo* es un trabajo con al menos tres elementos destacables: el primero de ellos es que logra situar en el plano jurídico a los derechos humanos, mostrando con argumentos sólidos que no solo cabe respecto a ellos un discurso moral o político, sino también jurídico; la existencia de estos no se altera ni muchos menos se extingue con, sin o a pesar de someterlos a un proceso legislativo o interpretativo. En segundo lugar, la

teoría planteada fundamenta los derechos humanos de un modo sólido y consistente, afirmando la obligación de asegurar el respeto incondicionado de todo ser humano. Por último, el trabajo ofrece una comprensión de los principios de proporcionalidad y de razonabilidad que tiene gran trascendencia a la hora de resolver los conflictos que se plantean en torno a los derechos fundamentales si lo que se pretende es, como el autor propone, eludir el conflictivismo y arribar a soluciones armónicas.

**Luis Eduardo Godínez Mejía**

Universidad de Navarra

lgodinez@alumni.unav.es

# *INTERPRETACIÓN JURÍDICA. TEORÍA Y PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL*

**Renato Rabbi-Baldi Cabanillas**

---

**Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Astrea, 2020, 352 páginas.**

Las páginas de la última obra del Dr. Rabbi-Baldi Cabanillas, profesor titular de Teoría General y Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires y de Introducción al Derecho en la Universidad Católica de Salta y juez de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, abordan un tema de gran controversia en el derecho: la interpretación jurídica. Como reseña desde el prólogo mismo, en el devenir histórico se ha evidenciado una tensión “permanente y pendular” respecto a esta temática entre quienes la propugnan y quienes se oponen a ella (p. X). Sin perjuicio de ello, y partiendo de la lógica premisa de que la comunicación se encuentra plagada de deficiencias y que, citando a Herbert Hart (p. XI), “somos hombres y no dioses”, arriba a la conclusión que funda el presente trabajo: el carácter esencial e insoslayable de la interpretación. Pues bien, partiendo de esa premisa, el autor le asigna a esta tarea un papel trascendental en la vida jurídica, especialmente a través de la óptica del denominado “estado constitucional de derecho”, sin perjuicio de asumir que “lejos está de proporcionar respuestas sencillas y menos unívocas” (p. XII).

La obra se encuentra estructurada en diez capítulos en los que se abordan desde una faz tanto teórica como práctica tres modelos de interpretación que se han desarrollado en la ciencia jurídica: el positivismo jurídico, el pensamiento de la razón práctica y la hermenéutica filosófica.

Los capítulos I y II se ocupan de las ideas desarrolladas por el positivismo jurídico. Este se estructura a partir de la concepción racionalista propia del siglo XVII y científicista del siglo XIX, lo que conlleva asumir, siguiendo a Zuleta Puceiro, el principio de la ultrarracionalidad del legislador, es decir, una presunción apriorística destinada a hacer posible la idea del ordenamiento jurídico como sistema hermético, completo y autosuficiente. Esta noción no solo rechaza, sino que estima como peligroso al recurso interpretativo y cualquier

injerencia de la moral (p. 8). Para el autor, la afirmación es controversial, pues no resulta difícil imaginar que la realidad de los sistemas jurídicos desmiente no solo la pretendida existencia de normas claras, precisas, consistentes y económicas, sino que, en no pocas ocasiones, es a esta misma conclusión a la que arriban operadores tanto propios como ajenos a este pensamiento. Pues bien, dichas inconsistencias, afirma Rabbi-Baldi, conducen a la gestación de directrices interpretativas creadas por la propia corriente, ante lo cual

la impugnación efectuada al pensamiento positivista no se dirige a las pautas interpretativas creadas por este sino, por el contrario, a los presupuestos filosóficos-jurídicos que pretendieron evitarlas y que, en lo sustancial, resultan desmentidos o, sin duda, sumamente relativizados por el advenimiento de tales argumentos. (p. 22)

El autor ilustra lo expuesto citando ejemplos jurisprudenciales, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo que pone de manifiesto la vigencia de las respuestas brindadas por el pensamiento positivista ante los conflictos que la norma (o su ausencia) provoca, admitiendo, sin embargo, que la adhesión a dichos argumentos no supone asumir el carácter positivista del tribunal, sino más bien que este acude a elementos de esta raigambre para la resolución del conflicto planteado.

Seguidamente, el autor se adentra en el pensamiento de la razón práctica (capítulos III a VI), efectuando un análisis de carácter histórico-filosófico, el que principia en la tradición grecorromana hasta llegar a los aportes de Alexy y Atienza. En el capítulo III, a partir del pensamiento de Sófocles, Aristóteles, Vitoria y Grocio, desarrolla los conceptos de internacionalización y universalización del derecho, los que considera que concretan, implícita o explícitamente, la idea de derecho natural. Ahora bien, dichos conceptos, completa el autor, se conectan con la noción de “positivación”, pues la historia ha demostrado con no pocos y traumáticos eventos la evidente necesidad de plasmar estos derechos con el fin de proteger la dignidad humana. Empero, si bien algunos llegaron a la conclusión de que la positivización nacional e internacional de los derechos implicó la finalización del debate iusnaturalismo/iuspositivismo, el autor considera que aquella no resuelve todas las posibles controversias de una realidad en continuo cambio, lo que exige no solo una ingente labor interpretativa, sino el concurso de la (prudente) razón práctica a la hora de lograr la justa composición de los graves conflictos a los que se enfrenta la vida social. Al respecto, tras mencionar las controversias que emergen

en torno, por ejemplo, a la situación carcelaria en Guantánamo, el rechazo de los inmigrantes en vastas regiones del planeta, o la extensión del aborto sin límite temporal alguno (pp. 106-107), Rabbi-Baldi se detiene en las opuestas argumentaciones que ofrece el tratamiento de los crímenes de lesa humanidad en la jurisprudencia nacional y comparada.

Luego (capítulo IV), se ocupa del pensamiento de Tomás de Aquino (en conexión con autores contemporáneos) en cuanto concierne al proceso de determinación del derecho. A través del estudio del Aquinate del concepto de “dialéctica” o diálogo entre partes respecto a “cuestiones disputadas” (como sucede de ordinario en el mundo jurídico), el autor arriba al nudo de la problemática que aqueja a antiguos y a contemporáneos pensadores del derecho: el momento de la decisión judicial. Al respecto, Tomás de Aquino asume en primer lugar una faz que denomina “técnica”, y en un segundo momento se vale de una perspectiva pragmática, la que es especialmente estudiada en la noción de “juicio”. Al respecto, afirma que este es el acto de la razón práctica que decide –que sentencia– de forma prudencial una cuestión, lo cual acontece luego de “ensamblar” o “poner en correspondencia”, es decir, armonizar el sentido íntimo del problema con los antes apuntados elementos “técnicos” (fuentes jurídicas), acotando aquel a estos y viceversa. De esta manera, se pretende alcanzar un criterio de justicia intersubjetiva, trazando un límite entre lo que se estima justo y “manifiestamente injusto”, distinción que nuevamente conduce a la idea de derecho natural.

El capítulo V emprende el modo de concreción del derecho desde la perspectiva de Theodor Viehweg, haciendo foco en el concepto de “tópica jurídica”. El mencionado autor considera a los “tópicos” como “fórmulas de búsqueda” o “directivas argumentativas” que actúan como “posibilidades de orientación del problema” concreto (p. 144). El recurso, de indudable utilidad en el plano de la praxis judicial, se plantea como sistemático y abierto, conceptos que se alejan del método deductivo estricto toda vez que si con la remisión a la lógica interna del sistema no se logra brindar una respuesta plausible a los asuntos controvertidos, se exige del jurista una revisión de aquellos con base en nuevos puntos de vista. Aquí gravitan los “topoi”, muchos de los cuales están fuera del sistema (de ahí lo de “abierto”), pero que terminan insertándose en este a través de lo que Viehweg denomina como “tópica de primer y segundo grado”. Ahora bien, para Rabbi-Baldi lo hasta aquí descripto no solo resulta aplicable a los llamados “casos difíciles”, sino a todo planteo, ya que los asuntos judiciales en general reúnen una cierta dificultad inherente a la originalidad que los caracteriza, de-

biendo, por tanto, el intérprete –en todo momento– proceder dialógicamente, lo que entraña asignar un papel relevante al pensamiento “problemático”.

El último de los capítulos destinado a la razón práctica (el VI) destaca la trascendente y necesaria labor que entraña la argumentación a partir del ya señalado “pensamiento problemático” y del desarrollo del llamado “estado constitucional de derecho”. Poniendo énfasis en las ideas tanto de principios y reglas como de valores (conforme la distinción efectuada por Robert Alexy), y con foco en que el problema no se encuentra exento de debates morales y que la respuesta a estos no resulta “inocua ni neutral”, el autor resalta la necesidad de la ponderación –y, por tanto, de la necesaria presencia de la argumentación– a la hora de delimitar y dar concreta virtualidad a las variadas situaciones traídas a resolver, propugnando a estos efectos un ensanchamiento de las normas constitucionales y la operatividad de su texto como exigencias ineludibles en el actual tránsito al señalado estado constitucional de derecho (pp. 162-163). Con lo descrito resulta indudable el papel central que adopta la judicatura, especialmente teniendo en cuenta las características que deberán tener sus decisiones para el logro de la previsibilidad y seguridad jurídica. Al respecto, y a partir de casos jurisprudenciales, el autor elabora una posible clasificación de lo que llama “modelos” de jueces, a saber: el juez “legislador o *quasi* legislador” (quien crea la solución normativa del caso); el juez “mera boca de la ley” (quien reproduce normas con prescindencia de las particularidades de cada situación); y el juez “intérprete” (quien consulta la totalidad de los hechos, las razones vertidas en el proceso, así como las normas, la jurisprudencia y la doctrina para arribar a lo que considera el “derecho justo”). Estos modelos guardan cierta relación con la distinción de casos que, siguiendo a Dworkin y con base en los trabajos de Atienza, se dividen en “fáciles”, “difíciles” y “trágicos”. En efecto, en tanto los primeros son asimilados con el juez “boca de la ley”, los restantes podrán ser el escenario tanto del juez “intérprete” como del “*quasi* legislador”, lo que es ejemplificado por el autor en la diversidad de votos presentes en los conocidos fallos *FAL* e *Iztcovich* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y *Artavia Murillo* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, y retomando las enseñanzas de Robert Alexy, el autor reflexiona sobre las llamadas “reglas” o “condiciones de la argumentación”, las que, entiende, “proporcionan elementos en orden a garantizar la racionalidad (corrección) de los enunciados y de la argumentación, constituyendo, en definitiva, un criterio para la justificación de las decisiones judiciales” (p. 181).

A continuación, en el capítulo VII, el autor se ocupa de la teoría de la in-

interpretación jurídica según la hermenéutica filosófica afirmando su carácter personal y plural. Para esta corriente se requiere no solo “poner en correspondencia” normas, hechos y argumentos, sino también indagar en la perspectiva interior del intérprete, extremo que no niega sino que fortalece la necesidad de la determinación del derecho mediante una genuina teoría de la interpretación jurídica. Puntualiza el autor que esta corriente procura “una intelección –una lectura– del sentido de los ‘textos’ de la realidad o, mejor, del contenido espiritual expresado en aquellos” (p. 203), para lo cual recurre al concepto de “círculo hermenéutico” y a la valoración de los condicionamientos personales e históricos del sujeto intérprete. Enfatiza como punto de partida la necesidad de efectuar tanto una comprensión contextualizada de los hechos (aspecto frecuentemente olvidado por el positivismo jurídico), como de los “juicios previos” o “precomprensiones” del operador (aspecto no tematizado por el pensamiento de la razón práctica), que se traducen en un “mutuo reenvío entre significante y cosa significada”, como describe Kaufmann (p. 206), elementos ambos que condicionan, a juicio de la hermenéutica, el proceso de comprender.

El siguiente capítulo plantea el núcleo de la propuesta hermenéutica en materia interpretativa. Siguiendo a Robert Alexy, recorre la existencia de tres círculos: “entre el texto de la norma y la hipótesis de interpretación”; el que hay entre el texto y el todo normativo y el de las normas y los hechos (p. 211). Primeramente, y asumiendo que aquello poco claro es siempre objeto de interpretación, se repara en la presencia de las precomprensiones de todo intérprete. Estas últimas se adquieren, conforme lo establecen Esser y Larenz, mediante la formación académica y experiencias profesionales y extraprofesionales del intérprete. Se trata de prejuicios en gran medida proporcionados por la tradición y la razón (lo que les da su carácter de “legítimos”), que operan sobre la comprensión del sujeto condicionándola, pero no determinándola. Así, estas precomprensiones, como describe el autor mediante ejemplos jurisprudenciales, se filtran al momento de interpretar y motivan al operador a acudir a diversas instancias argumentativas (“espiral hermenéutica”) mediante las cuales procuran afianzar o abandonar su precomprensión. Esta afirmación no descuida el fin último del que no podrá carecer el decisorio: la justicia, a la luz de la cual operan estos recursos argumentativos. Al respecto, examina las directrices históricas, de autoridad y de las consecuencias desde la perspectiva hermenéutica, y repara en la profunda observación de Radbruch de que las pautas de interpretación solo sirven *a posteriori* para fundamentar desde el texto lo que previamente se había encontrado en él (p. 220). En el segundo círculo late el postulado de la coherencia. Así, sostiene

el autor, la comprensión adecuada de una norma acaece mediante la mirada omnicomprendiva del sistema (en un sentido hermenéutico), al igual que la comprensión de este se logra mediante el análisis de las particulares normativas que lo integran. Finalmente, el tercer círculo, el que liga a las normas y los hechos, desanda el camino entre lo general y abstracto para arribar a lo particular y concreto. Es este fenómeno de interpretación-aplicación con el que concluye el propósito hermenéutico de determinar el contenido del texto a partir de la vinculación de este con las razones que lo originan, el contexto específico de su aplicación y las precomprensiones del intérprete.

La teoría referenciada ha despertado no pocas críticas, las que el autor se propone contestar en el capítulo IX. Primeramente, ante aquellos que consideran que se trata de un círculo “vicioso” que torna arbitrario al resultado de la interpretación, el autor enfatiza la naturaleza de “espiral” del procedimiento, ya que estima, con Kaufmann y Hassemmer, que si bien el proceso comprensivo parte de un lugar –como consecuencia del entrecruzamiento de ideas–, arriba a un punto diverso de aquel desde el que ha partido. Luego, ante las observaciones críticas de quienes consideran a la postura como desapegada de lo “objetivo”, asimilando este último concepto a la ley –a partir de las ideas de Esser–, rechaza el postulado sosteniendo que “la simple obediencia de la ley no libera del reproche de deficiente racionalidad” haciendo imprescindible “no solo el análisis de las circunstancias de cada caso, sino con las precomprensiones del intérprete” (p. 252). A partir de lo expuesto, el texto arriba a la conclusión de la inevitabilidad del círculo hermenéutico y de la inagotabilidad del diálogo, ambos reaseguros contra la dificultad de hallar la verdad, puesto que, sin olvidar el valor del texto, dichos elementos, como expresa Esser, permiten al jurista superar tanto la subjetividad como la dependencia de la voluntad del legislador a fin de hallar el “derecho justo”.

A modo de cierre, en el capítulo X, la obra profundiza en la repercusión práctica de las teorías analizadas a partir de las respuestas brindadas por los tribunales. Recuerda, en relación a ello, que el Poder Judicial actúa como contralor de los restantes poderes cada vez que se aboca a la tarea de interpretar, debiendo hacerlo bajo un faro constitucional. Particular énfasis pone en la tarea fundacional y de cogobierno que asume la Corte Suprema, especialmente ante situaciones de notable gravedad institucional, en razón ya de la ausencia de una previsión legal, ya frente a la carencia de reglamentación de un derecho o principio constitucional (p. 278). Finalmente, y a partir de la función que asume el Tribunal al otorgarle a un texto o situación concreta un alcance de

conformidad a la constitución, destaca la actuación de la Corte Suprema como “Poder del Estado” en: 1) la colaboración institucional entre poderes, a partir de los casos de personas desaparecidas en la década de 1970, reseñando las causas *Pérez de Smith*, *Suárez Mason* y *Urteaga*; 2) el develamiento de las garantías constitucionales a partir de los casos *Siri* y *Kot*; y 3) el desarrollo de los derechos fundamentales, citando las causas *Ekmekdjian* y *Urteaga*.

Estos breves comentarios ponen de manifiesto la riqueza de la obra y su indudable carácter práctico y de actualidad. Abordando un tema de notoria relevancia y complejidad jurídica, el autor plantea de manera crítica tres corrientes de pensamiento (poniéndolas en correspondencia con decisorios judiciales), destacando de manera clara sus principales postulados y resaltando con precisión sus fortalezas y debilidades. Sin perjuicio de la posición que claramente adopta como propia (una combinación de las ideas de la razón práctica y de la hermenéutica filosófica), y de las críticas de las que podrá ser pasible este pensamiento, la obra invita y motiva a la continua reflexión sobre una temática como la interpretación, que lejos se encuentra de estar zanjada, obligando al lector a replantearse aquello que, tanto para estudiosos de la materia como para quienes resultan invitados por la práctica judicial, invade las esferas más diversas de la vida.

**María Josefina Copa**

Universidad Católica de Salta

Josefinacopa36@gmail.com



# *ENTRE EL DESEO Y LA RAZÓN. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ENCRUCIJADA*

**Fernando Simón Yarza**

---

**Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, 239 páginas.**

El libro está dividido en diez capítulos. En el prefacio, Fernando Simón Yarza, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Navarra, nos expone el objeto de estudio de su trabajo: la discusión entre el enfoque de los derechos humanos del “perfeccionismo” y del “antiperfeccionismo”. La primera corriente defiende los derechos en función del bien, del cual reciben su valor. El bien debe ser la medida y guía del desarrollo y comprensión de los derechos humanos. En cambio, la segunda defiende unos derechos cuyo contenido y medida es la libertad, una libertad que, además, no debe ser limitada. La cuestión del bien es solo privada. La libertad entendida como contenido y medida de los derechos es puesta por el autor en relación con lo que en el libro se llama “principio de deseo”, característico del “antiperfeccionismo”, más concretamente de sus dos corrientes: el conservadurismo y el liberalismo. En esta última, el principio exige que la libertad sea plena para satisfacer los deseos de las personas; en el conservadurismo solo se admite como límite de la libertad lo necesario para la autoconservación de la sociedad.

El autor distingue en los primeros capítulos las corrientes perfeccionistas, comenzando por la tradición aristotélico-tomista pasando posteriormente a la tradición kantiana. Ambas tradiciones se caracterizan por la idea de “bien”, de “vida buena”, que es la que guía cómo debe ser la sociedad y cómo debe entenderse el derecho o la ley. En la primera tradición se expone la virtud como fin de la sociedad en orden al bien común, siendo la ley un instrumento para alcanzarlo. En la segunda se identifica el bien con la recta razón, el sometimiento de la voluntad al cumplimiento del imperativo categórico.

En los siguientes capítulos (a partir del tercero) el autor habla de las corrientes antiperfeccionistas, oponiéndolas a las anteriores. Empezará por el liberalismo con el filósofo John Rawls, quien no considera al bien como relevante

para definir a la sociedad o los derechos. El autor identifica en este filósofo el principio de deseo que aparta a un lado al bien y halla una contraposición con las tradiciones anteriores en el hecho de que la sociedad y los derechos se conforman, gracias al velo de la ignorancia, con base en los intereses de cada uno. El bien queda, según se indica, supeditado al interés particular y es por ello subjetivo, mientras que en las anteriores tradiciones es un principio objetivo.

El siguiente filósofo que el autor comenta es Ronald Dworkin. En él analiza el fundamento del liberalismo con base en un derecho a la igual consideración y respeto. El derecho fundamental que se tiene aquí de base es, por tanto, el derecho a la igualdad, entendido como la neutralidad del Estado y el derecho para la definición del bien. El autor critica la concepción del bien como algo subjetivo y respecto al cual caben distintas preferencias, además de indicar, como idea importante, que el conocimiento no es la mera opinión correcta, sino la verdadera identificación con lo conocido.

Luego, entra de lleno en el tema principal del libro: la confrontación entre ambas posturas y la crítica que se va a hacer al abandono de la idea de bien en la corriente antiperfeccionista.

Continúa con una crítica a la tolerancia entendida como indiferencia entre intereses buenos y malos que lleva a la ausencia de un bien objetivo. El autor se opone a esta postura alegando que el Gobierno debe tutelar a la persona para el mejor conocimiento del verdadero interés.

Prosigue con una exposición de ciertos casos relacionados con, desde el punto de vista del autor, la excesiva protección del interés particular, principalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la expansión del derecho a la intimidad. La excesiva protección de este interés privado es el punto de estudio. En definitiva, mantiene que el olvido del bien como medida de los derechos –un bien objetivo– acaba provocando que para su ponderación se recurra a la consideración de un deseo o interés subjetivo y difícilmente justificable en algunos casos.

En el capítulo séptimo el autor se centra en los derechos de las “vidas sin deseo” (no nacidos) y de las “vidas indeseables” (eutanasia). Analiza la valoración de la vida humana como digna en función de la capacidad para experimentar deseos, criticando tal postura, pues lleva a considerar la vida del *nasciturus* como no digna y se le niegan derechos, ya que no tiene intereses experimentables por el propio no nacido. Uno de los argumentos que critica es el presentado por Dworkin, en el que expone que como el no nacido no tiene intereses, no puede tener interés en no ser destruido y, por tanto, no puede tener derecho a la

vida. Prosigue el desarrollo de otros argumentos, entre ellos, el de la sacralidad de la vida o el valor intrínseco del no nacido. Critica, además, la postura de Peter Singer, por cuanto no tiene fundamentación en el querer racional sino en la ponderación por igual de intereses que en nada se identifican con él. Esto conduce, según analiza el autor, a que los intereses no admitan gradación y, por tanto, puede ser aceptable comparar deseos que racionalmente son incomparables entre sí. Además, Singer identifica a la persona, resumidamente, con la capacidad de albergar deseos con respecto a la propia existencia, negando por ello personalidad al no nacido o, incluso, al recién nacido. El autor realiza una interesante crítica a este punto a través de la conciencia biográfica y trascendente y la pertenencia a la especie humana como sustrato para la existencia de la potencia de albergar raciocinio.

Aparte de tratar el tema sobre el aborto, Simón aborda también el de la eutanasia y el suicidio en la parte final del capítulo siete. El argumento más interesante es probablemente la crítica a Singer con respecto al suicidio involuntario y la valoración imparcial de las preferencias, ya que hay alguien –el que decide matar al otro– que se convierte en juez que juzga según sus preferencias subjetivas extrapolándolas a la vida de los demás.

En el capítulo octavo se estudia la “eugenesia liberal”, defendida por Rawls y Dworkin como una misión del Estado, por cuanto la eugenesia permite alcanzar bienes para todos los ciudadanos al contribuir a mejorar su calidad de vida, permite alcanzar la vida buena. El autor lo contradice por cuanto se impone como una obligación de todos los ciudadanos, pese a que Rawls –y mayormente Dworkin– exigen libertad para defender los intereses de cada uno. Realiza también un análisis de la postura de Jürgen Habermas en este campo con respecto a la cosificación y a la autocomprensión de la autonomía personal.

En el capítulo nueve se examina el tema de la libertad y los derechos en relación con su fundamentación con referencia al bien común. Indica que las libertades no son fines en sí mismas, sino bienes instrumentales que sirven para dar plenitud a la vida humana. El autor hace un pequeño catálogo de los bienes protegidos, haciendo especial referencia a los derechos relacionados con la cooperación y la sociabilidad (reunión, expresión y asociación) y a la libertad religiosa en relación con el tema de su alcance y a la neutralidad del Estado en los temas religiosos. En este mismo capítulo se exponen los problemas que plantean la limitación de los derechos y la problemática de la existencia del derecho a hacer el mal –desde las tesis de Dworkin y de Jeremy Waldron–, analizando la crítica que a ellas les hace Robert P. George a través de John Finnis.

Tras esto, el autor explica por qué, en su opinión, no existe el derecho a hacer el mal.

Finalmente, en el último capítulo, Simón Yarza analiza el liberalismo perfeccionista, que, según expone, reconoce una subordinación de los deseos a la razón. Esta corriente recupera el sentido del bien en relación con el deseo, siendo citado en el libro Joseph Raz, del cual se realiza un estudio acerca de sus postulados sobre la autonomía personal y el pluralismo de valores. Este liberalismo es identificado por el autor como un liberalismo fructífero, manteniendo la idea de bien como guía y sin carácter deshumanizador.

Asimismo, concluye con un estudio sobre la teoría del discurso y la expansión de los derechos, respondiendo a la pregunta acerca de la medida justa de las libertades y la intervención de los tribunales en esta expansión, llegando a la conclusión del libro.

Estamos ante un libro de lectura indispensable para todos los interesados en la teoría general de los derechos humanos, ya que presenta y plantea temas y puntos de vista actuales con claridad y profundidad. Las conclusiones son interesantes, originales y, en algunos aspectos, polémicas.

**Iker Pérez Sierra**

Área de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra

comderecho@unav.es

# SOBRE LOS AUTORES

---

### Josep M<sup>a</sup> Castellá Andreu

Catedrático de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Es doctor en Derecho por dicha universidad, con premio extraordinario de doctorado y mención Doctor Europeo. Dirige el grupo de investigación consolidado “Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo” (GEDECO) y es miembro fundador del Gruppo di Torino, de constitucionalistas italo-españoles. Es miembro de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa y presidente de su subcomisión para Estados regionales y federales. Ha sido director de la *Revista Catalana de Dret Públic* (2012-2016). Ha realizado estancias de investigación en, entre otras, la Universidad de Oxford, el Boston College, la Universidad de Montreal, la Universidad de Lovaina, la Universidad de Chile, la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Pisa. Es autor de la obra *Estado autonómico: pluralismo e integración constitucional* (2018, Marcial Pons), editor del manual *Derecho Constitucional básico* (2019, 5<sup>a</sup> ed., Huygens) y coeditor del *Libro Blanco sobre la calidad democrática en España* (2018, Marcial Pons).

Correo electrónico: castella@ub.edu

### Rubén H. Compagnucci de Caso

Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional de La Plata). Exprofesor titular de Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires, UNLP). Profesor de Derecho Civil (Universidad Notarial Argentina, Universidad Católica de La Plata, Universidad Católica Argentina). Profesor Emérito de la UNLP y de la UCALP. Profesor consulto de la UBA. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Es autor de varios libros, entre los que se cuentan *Transmisión de obligaciones* (1978), *El guardián en la responsabilidad civil por el hecho de las cosas* (1980), *Responsabilidad por el hecho ajeno* (1987), *Cesión de créditos* (1992), *Responsabilidad por accidentes de automotores* (1987, en colaboración con el Dr. Félix Trigo Represas), *Contrato de compraventa* (2007), *Contrato de donación* (2011), *Contrato de fianza* (2019), *Comentarios al Código Civil y al nuevo Código Civil y Comercial*, y ha publicado artículos en revistas de su especialidad. Ha participado en numerosos congresos y jornadas de derecho civil.

Correo electrónico: compagnuccidecaso@gmail.com

### Maria Josefina Copa

Abogada (Universidad Católica de Salta). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bologna). Profesora adscripta de Introducción al Derecho (Facultad de Ciencias Jurídicas, UCASAL). Auxiliar del Poder Judicial de la Provincia de Salta.

Correo electrónico: Josefinacopa36@gmail.com

### Sergio Díaz Ricci

Abogado (Universidad Nacional de Tucumán). Diploma de Especialización en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid). Doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Profesor titular regular de Derecho Constitucional (UNT) y de Derecho Público III y de Derecho Constitucional provincial (Universidad de San Pablo, Tucumán). Encargado de la Cátedra Libre de Derecho Parlamentario (UNT). Director de la Maestría en Derecho Parlamentario (USPT, acreditada CONEAU). Director del Instituto de Derecho Parlamentario (UNT) y de la Oficina de Derecho Alemán (Facultad de Derecho, UNT). Profesor de posgrado en universidades de Argentina, España, México, Perú y Bolivia. Profesor en la Carrera de Especialización en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires, módulo: Función de control), de la Maestría en Magistratura Judicial y Diplomatura en Derecho Constitucional profundizado (Universidad Austral). Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires y de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Parlamentario y miembro de su Comité Directivo. Miembro de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal

Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, de la Asociación Argentina de Derecho Parlamentario, de la Comisión de Derecho Constitucional de la IABA (Interamerican Bar Association, Washington) y de la Filial Argentina de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). Exlegislador provincial y ex Defensor del Pueblo de Tucumán. Autor de libros y publicaciones en revistas especializadas y del Código Procesal Constitucional de Tucumán (Ley 6944/1999).

Correo electrónico: serdiricci@gmail.com

### **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

### **Pasquale Gianniti**

Es magistrado desde 1990. Ha sido juez del Tribunal Civil y Penal de diversas ciudades de Italia. Desde 2015 es Consigliere de la Corte Suprema di Cassazione, con sede en Roma. Es autor de diversas monografías y trabajos relacionados con su especialidad, además de director de obras colectivas.

Correo electrónico: pasquale.gianniti@gmail.com

### **Luis Eduardo Godínez Mejía**

Licenciado en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México). Maestro en Derecho Procesal Constitucional (UMSNH). Doctorando en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor de Derecho Económico, Administrativo, Teoría General del Estado, Ciencia Política y de la Seguridad Social (UMSNH, Universidad del Valle de Zamora). Funcionario público en distintos cargos del Instituto Nacional de Migración de la Secretaría de Gobernación (Gobierno federal mexicano), además de ocupar cargos y de brindar asesoría de planeación gubernamental municipal (Michoacán, México). Abogado en litigios de derecho administrativo, electoral, familiar y civil.

Correo electrónico: lgodinez@alumni.unav.es

### **Melisa N. Handl**

Abogada, investigadora y candidata doctoral (Universidad de Ottawa, Canadá). Estudió Derecho en la Universidad Católica de Salta (Argentina). Realizó una Maestría en Relaciones Internacionales (Escuela de Asuntos Exteriores Norman Paterson de la Universidad de Carleton, Canadá) y una Maestría en Derecho (Universidad de Ottawa), especializándose en Justicia Social y Derechos Humanos. Actualmente está terminando su doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa, donde investiga los impactos de los programas de transferencias condicionadas de dinero en la vida de las mujeres beneficiarias a través de la etnografía institucional. Sus áreas de interés son el género, derechos humanos, política social, metodología, abordajes socio-legales, empresas y derechos humanos y desarrollo internacional. Asimismo, está incursionando en el área de las industrias extractivas e investigando el impacto que tienen las actividades de estas en la vida de las mujeres y con respecto a la violencia de género. Ha sido reconocida por su investigación feminista y recientemente fue galardonada, junto con la Dra. Penelope Simons, con el premio Shirley Greenberg, otorgado al mejor artículo académico feminista de 2019.

Correo electrónico: mhand050@uottawa.ca

### Rafael Navarro-Valls

Catedrático emérito y profesor de honor de la Universidad Complutense de Madrid. Académico de número y vicepresidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Presidente de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas de Iberoamérica. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Turín (Italia). Es académico de honor de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, de la Academia de Derecho de Venezuela, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina) y de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Paraguay. Ha sido director del Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense y secretario general de la Universidad Complutense de Madrid. Ha pertenecido a las juntas directivas de la Asociación Internacional y de la Asociación Española de canonistas. Es director de la *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, además de miembro del Consejo de Redacción de diversas revistas de su especialidad. Ha publicado más de un centenar de ensayos, artículos y libros de su especialidad. Por sus méritos jurídicos le fue concedida por el Ministerio de Justicia la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort (2010), y por el Consejo de Ministros, la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort (2012).

Correo electrónico: rnavarro@der.ucm.es

### Horacio J. J. Piombo

Abogado (Universidad Nacional de La Plata, Premio Joaquín V. González). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral, Medalla de Oro). Master of Laws (LL.M.) en Columbia Law School (Becario Fulbright; Harlan Fiske Stone Scholar). En el ámbito profesional se desempeña como Relator Letrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Correo electrónico: horacio.piombo@columbia.edu

### Miguel A. Rapela

Ingeniero Agrónomo y doctor en Ciencias Agrarias y Forestales (Universidad Nacional de La Plata). Director Académico de la Maestría en Propiedad Intelectual (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Profesor asociado Categoría I (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Director de Vinculación, Plataforma de Genómica y Mejoramiento (UBATEC S.A./FAUBA). Miembro de los Comités Técnicos de la Comisión Nacional de Semillas (CONASE). Exmiembro de la carrera de Investigador y Profesor en el Instituto Fitotécnico de Santa Catalina (Facultad de Ciencias Agrarias, UNLP). Exdirector ejecutivo de la Asociación Semilleros Argentinos (ASA) y de la Asociación Argentina de Protección de las Obtenciones Vegetales (ArPOV). Exmiembro de la Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria (CONABIA). Expresidente de la Fundación de la Facultad de Agronomía de la UBA. Expresidente del Comité de Propiedad Intelectual, International Seed Federation.

Correo electrónico: mrapela@austral.edu.ar

### Florencia Ratti

Doctora en Ciencias Jurídicas (*summa cum laude*, Universidad Católica Argentina-CONICET). Diplomada en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral) y abogada (Medalla de Oro, UCA). Investigadora con dedicación especial (UCA). Profesora de Derecho Constitucional y Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA). Jefa de trabajos prácticos de Taller de Doctrina y Jurisprudencia (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Fulbright Visiting Scholar en Boston College Law School (Boston, MA). Visiting Scholar en Osgoode Hall Law School (York University, TO). Secretaria del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UCA.

Correo electrónico: florenciaratti@uca.edu.ar

### **Estela Sacristán**

Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires), especialista en Derecho Administrativo-Económico (Universidad Católica Argentina), abogada (Universidad del Museo Social Argentino). Directora ejecutiva de las Diplomaturas en Derecho Constitucional Profundizado (DDCP) y en Derecho Procesal Constitucional (DDPC) (Universidad Austral). Profesora de Bases Constitucionales del Derecho Administrativo, MDA (Universidad Austral) y de Derecho Administrativo (UCA). Integrante del Instituto de Derecho Administrativo y del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.  
Correo electrónico: es@bgcv.com.ar

### **Alberto M. Sánchez**

Doctor en Derecho y Especialista en Doctrina Social de la Iglesia. Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de la Academia de Ciencias Sociales de Mendoza. Profesor de posgrado de Derecho Administrativo en la Universidades Austral (Buenos Aires, Formosa y Ushuaia), Universidad Católica Argentina (Salta y Mendoza), Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza), Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes) y Universidad Nacional de La Pampa.  
Correo electrónico: estudioamsanchez@gmail.com

### **Andrés Sánchez Herrero**

Abogado (Universidad Católica Argentina). Magister en asesoramiento jurídico de empresas (Universidad Austral) y doctor en Derecho (UCA). Profesor titular de Contratos (Universidad Austral). Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Austral.  
Correo electrónico: andres@sanchezherrero.com.ar

### **Julio César Simon**

Abogado y especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Buenos Aires). Profesor extraordinario y miembro del Consejo Académico de la Maestría en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales (Universidad Austral). Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Miembro del Grupo de Derecho de Trabajo de la Academia Nacional de Derecho. Autor y director de diversas obras de la especialidad. Subdirector de la *Revista Derecho del Trabajo*. Miembro del Comité Académico de la editorial La Ley. Profesor de posgrado (Universidad Católica Argentina).  
Correo electrónico: tercervoto\_1@hotmail.com



# 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, crónicas 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. Deberán enviarse sin consignar el nombre o la firma del autor o autores, anonimizando el manuscrito de modo tal que se preserve su identidad en todo el proceso de revisión.

Asimismo, deberán adjuntarse los datos personales del autor o autores, pertenencia institucional, un breve curriculum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID (en caso de poseerlo).

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
- Legislación y jurisprudencia citadas
- Anexos y/o apéndices

#### *Análisis, crónicas y comentarios*

Se publicarán análisis, crónicas 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 se detallan más adelante.

Extensión: hasta 15 páginas (6700 caracteres en total aproximadamente).

#### *Recensiones*

Se publicarán recensiones 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:

\* 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. inicio-fin del capítulo). Ciudad: Editorial.

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). 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, N° 154.  
Fallos: 329:2316.



UNIVERSIDAD  
**AUSTRAL** | DERECHO **25**  
AÑOS