



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 2. Número 1. Junio de 2021

Buenos Aires

Argentina



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 2. Número 1. Junio de 2021

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

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

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 7 Dignidad humana, gobierno del derecho y razón práctica
Carlos I. Massini-Correas
- 33 Acuerdos *cy près* en acciones de clase sobre privacidad
Thomas E. Kadri - Ignacio N. Cofone
- 51 El amparo colectivo y el sistema registral de las acciones colectivas: a un lustro de las acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
Marcela Sandra Molina
- 81 Análisis sobre la constitucionalidad de la ley del “arrepentido”
Gregorio José Uriburu
- 131 Equidad de género y transformación: participación y liderazgo laboral de la mujer en Colombia
Liliana Valencia Ramos
- 179 Impuesto a las ganancias sobre jubilaciones y pensiones. *Corsi e recursi* de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina
Mauricio Goldfarb

Análisis, crónicas y comentarios

- 209 Identidad de género y libertad de culto
Rodolfo Barra
- 231 La tutela della vita e dell'integrità personale nel sistema penale italiano
Pasquale Gianniti
- 257 La designación de funcionarios en comisión por el Poder Ejecutivo
Pablo Luis Manili

Resenciones

- 275 *Mi deseo es la ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*
de Grégor Puppink
Carlos I. Massini-Correas
- 287 *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación administrativa*
de Ignacio A. Boulin Victoria
Juan Martín Scarramberg

In memoriam

- 295 En memoria de Eugenio Bulygin (1931-2021), a través de la distancia
Carlos I. Massini-Correas

Sobre los autores

299

Normas editoriales

303

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

DIGNIDAD HUMANA, GOBIERNO DEL DERECHO Y RAZÓN PRÁCTICA

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza

carlos.massini@um.edu.ar

Recibido: 03/02/2021

Aceptado: 23/03/2021

Resumen

En el presente artículo se sostienen dos tesis centrales: (i) que la dignidad humana no se funda en las capacidades de conocimiento abstracto y de libre elección, sino que, a la inversa, esas capacidades se fundan en la naturaleza espiritual del hombre, que es la que justifica racionalmente su dignidad; y (ii) que esa dignidad del hombre es la que fundamenta la existencia y valor del *rule of law*. Todo ello, en debate con varios autores contemporáneos relevantes.

Palabras clave: dignidad, derecho natural, espiritualidad humana, libertad, *rule of law*, fundamento, racionalidad práctica, participación.

Human Dignity, Rule of Law and Practical Reason

Abstract

In this article the author defends two main thesis: (i) that human dignity is not founded in the capacities of abstract knowledge and free choice, but in the spiritual nature of man, which is the real basis of human dignity; and (ii) that human dignity is the radical groundwork or foundation of the existence and value of the rule of law. All this, in debate with several and relevant contemporary authors.

Key words: dignity, natural law, human spirituality, liberty, rule of law, foundation, practical rationality, participation.

1. El gobierno del derecho y sus fundamentos

En un artículo especialmente inteligente, penetrante y bien escrito, el profesor de la Universidad de Georgetown David Luban hace un repaso profundo de la conocida versión del *rule of law* presentada hace unos años por Lon Fuller (Fuller, 1969, pp. 33 y ss.; Luban, 2010, pp. 1-16). En ese trabajo, Luban desarrolla, explícita y analiza el contenido de los ocho *desiderata* del *rule of law* propuestos por Fuller, poniendo de relieve, en primer lugar, que no se trata en ese caso de meras condiciones de eficacia técnica del derecho, sino de requisitos de carácter propia y estrictamente moral o de justicia. En segundo lugar, destaca Luban que si bien Fuller insiste en denominar “procedimentales” a los ocho requisitos que propone, un análisis más preciso de su contenido pone en evidencia que, salvo el requisito de “publicidad” de las normas, los restantes *desiderata* terminan planteando exigencias de carácter estrictamente sustantivo.¹ En tercer lugar, Luban (2010) consigna

que los cánones propuestos son condiciones que hacen posible la existencia del derecho, en otras palabras, que las afirmaciones promulgadas que se desvían demasiado de ellos no son simplemente “mal derecho”, o “derecho diluido”, sino que no son propiamente derecho. (p. 3)

Esta última afirmación es la que condujo a un fuerte debate entre Fuller y Herbert Hart, ya que significaba expresamente que la defensa de los *desiderata* implicaba una toma de posición claramente iusnaturalista.

Finalmente, en cuarto lugar, el profesor de Georgetown trae a colación y destaca la afirmación de Fuller en el sentido de que un sistema de normas jurídicas que satisface los ocho criterios mejora, intensifica o promueve –aunque no garantiza completamente– el respeto de la dignidad de la persona humana en la convivencia social.²

Esta promoción del respeto por la dignidad humana que protagoniza el *rule of law* ha sido destacada por Fuller (1969) en un párrafo especialmente importante de su libro central, *The Morality of Law*:

El embarcarse en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas comprende necesariamente un compromiso con el punto de vista de que el hombre es, o puede llegar a ser, un agente responsable, capaz de comprender y

1 Sobre la diferencia entre “gobierno del derecho” y “Estado de derecho”, véase Pereira Menaut (2003, *passim*).

2 Cfr. Coyle (2014, pp. 206-207).

de seguir reglas, y ser responsable por sus violaciones [...]. Toda desviación de los principios de la moral interna del derecho es una afrenta a la dignidad del hombre en cuanto agente responsable [...]; es demostrarle nuestra indiferencia por sus facultades de libre determinación [...]; [entonces] ya no estamos propiamente juzgando a un hombre, lo estamos manipulando. (pp. 162-163)

A continuación, se llevará a cabo una revisión y examen analítico de esta propuesta de relación entre el *rule of law* y la dignidad humana, que Fuller (1969) denomina “el aspecto más importante según el cual la observancia de las exigencias de la moralidad jurídica puede servir a los fines más amplios de la vida humana, considerada genéricamente” (p. 162). En esa tarea, se intentará acreditar o justificar las siguientes cuatro afirmaciones o tesis: (i) que las exigencias de la moralidad jurídica interna o *rule of law* (concretadas en los *desiderata* de Fuller, más las cuatro exigencias institucionales propuestas por Finnis) (Massini-Correas, 2015, pp. 203-230) implican que la conducta de los seres racionales debe ser dirigida razonablemente y no según las pasiones o la voluntad arbitraria de los hombres; (ii) que el respeto de la dignidad humana es el fundamento último y decisivo de las exigencias del *rule of law*; (iii) que no cualquier concepción de la dignidad humana tiene la capacidad necesaria para justificar la existencia y vigencia de los *desiderata* del *rule of law*; y (iv) que, conforme a lo sostenido en la tesis anterior, la defensa de los *desiderata* del gobierno del derecho supone una toma de posición de corte iusnaturalista y, a la inversa, que no puede ser adecuadamente justificada desde otras perspectivas iuspositivistas o crítico-nihilistas, constructivistas, etc.

2. La dirección de los seres racionales

Es casi indudable que los primeros en considerar que el gobierno o dirección de las comunidades humanas políticas debía centrarse en la dimensión racional-legislativa fueron los pensadores griegos clásicos, en especial Platón y Aristóteles (Tamanaha, 2009, pp. 7-14). En efecto, el estagirita, en el libro tercero de su *Politeia*, escribe que

respecto de la denominada monarquía absoluta, es decir, aquella en la que el rey gobierna todo a su arbitrio, opinan algunos que no es natural que uno solo tenga soberanía sobre todos los ciudadanos, cuando los que constituyen la ciudad son iguales; pues los que son iguales por naturaleza tienen necesariamente los mismos derechos y los mismos méritos fundados en la naturaleza [...]. Luego es preferible que la ley gobierne antes que uno cualquiera de los ciudadanos, y en

virtud de la misma razón, aun en el caso de que sea mejor que gobiernen varios, éstos deben ser instituidos como guardianes y servidores de las leyes [...]. Por lo tanto, el que defiende el gobierno de la ley defiende el gobierno exclusivo de la divinidad y de la razón y el que defiende el gobierno de un hombre añade un elemento animal, pues no otra cosa es el apetito, y la pasión pervierte a los gobernantes y aún a los mejores de los hombres. La ley es, por consiguiente, razón sin apetito [o pasión]. (Aristóteles, 1970, 1287 a)³

De este texto aristotélico se sigue claramente que es natural que la *Politeia* sea gobernada por leyes, es decir, dirigida por la razón, y que, por el contrario, aquella comunidad que es gobernada solo por el arbitrio de un hombre resulta regida en definitiva por las pasiones y, por lo tanto, aboca a una forma de gobierno pervertida. Por supuesto que, en este caso, al hablar de “razón” no se trata de una razón teórica o de carácter instrumental o técnica, sino de una razón práctica o práctico-moral, ordenada a la realización del bien humano a través de la coordinación de las acciones personales libres en el marco de la comunidad política o completa (Finnis, 2011c, pp. 66-73).

En este punto, la enseñanza de Tomás de Aquino (1956) es mucho más extensa y compleja que la del griego, así como bastante más sistemática, y una de sus afirmaciones centrales es que

la ley es una especie de regla y medida de los actos [humanos] por cuya virtud uno es inducido a obrar o apartado de la operación [...]. Ahora bien, la regla y medida de los actos humanos es la razón [...] pues a ella le compete ordenar las cosas a su fin, que es el principio primero de la operación, según sostiene el Filósofo. [...] De lo que se infiere que la ley es algo propio de la razón. (pp. 35-36)

Con referencia a este y otros textos similares, el profesor de la Universidad de Georgetown Mark Murphy (2007) sostiene que

si bien este argumento es expresado en términos poco familiares, su núcleo esencial resulta lo suficientemente claro. La idea de Aquino es que, sin importar lo que en otros órdenes pensemos acerca de la ley, estamos de acuerdo en que ella consiste en reglas, estándares imperativos con los cuales nuestra conducta ha de ser evaluada [o dirigida]. Más aun, el tipo de evaluación implicado es esencialmente práctico: el estándar que la ley establece es uno por el cual uno es impulsado [o inducido] a actuar o disuadido de hacerlo. Pero los únicos estándares que pueden inducir a los seres racionales en cuanto tales a actuar son

3 Véanse también Platón (1960, p. 145 [I, 715 c-e]) y Bates (2013, pp. 59-75).

estándares racionales. Por lo tanto, necesariamente la ley es un estándar racional de conducta. (p. 39)

Es verdad que la operación humana, así como su dirección, supone una cierta moción de la voluntad, que quiere la realización del fin conocido por la razón como bueno, así como de los medios que conducen a él. Pero para que esta voluntad integre la ley es preciso que sea a su vez dirigida por la razón; por ello, el aquinate sostiene que para que la voluntad

tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y de este modo ha de entenderse que la voluntad del príncipe tenga fuerza de ley. De otro modo, la voluntad del príncipe no sería propiamente ley sino una iniquidad. (Tomás de Aquino, 1956, p. 37)⁴

Por otra parte, según el aquinate, puede decirse que si bien la ley positiva es un acto de la razón, lo es de una razón regulada por una razón superior, la ley natural, de la cual la razón del legislador participa prácticamente, es decir, es regulada y medida por ella. En este punto sostiene: “La ley humana tiene ambas condiciones: es algo ordenado a un fin y es también una cierta regla y medida regulada y mensurada a su vez por otra medida superior” (Tomás de Aquino, 1956, III, q. 95, a. 3).

De este modo, queda claro que la razón práctica, expresada en aquellas proposiciones normativas que se denominan “leyes”, es la que tiene la aptitud para dirigir adecuada y eficazmente la conducta humana al bien del hombre, y que si se trata de la coordinación de la conducta en alteridad, que se dirige al bien común de quienes integran un grupo social político, estas directivas de la razón se denominarán leyes jurídicas, ya que su ámbito propio es el que corresponde a la virtud de la justicia, destinada a la realización coordinada del bien humano en el marco de la sociedad completa. Más aún, la dirección racional del intelecto supone que han de existir en el sujeto pasivo de esa dirección “razones para la acción”, es decir, conocimientos prácticos que justifiquen y motiven la actividad humana electiva.

En este sentido, Joseph Boyle (2001) define una “razón para la acción” como

la conjunción de (i) la creencia de que escogiendo una acción se contribuirá al logro de algo que se reconoce como benéfico [un bien humano]; y (ii) la influen-

4 Véase Vigo (2013, pp. 120-121).

cia motivante del interés en ese beneficio. Por lo tanto, una razón para la acción [...] es la conjunción de una creencia [conocimiento] acerca de la capacidad de cierta acción que podemos realizar para alcanzar un beneficio determinado y la fuerza motivacional del interés [evaluación racional] del sujeto de la acción en ese beneficio. (p. 189)

Dicho de otro modo, en la acción humana electiva, tanto el elemento activo de la dirección –la ley– como el pasivo –la acción humana– revisten un carácter intrínsecamente racional-práctico.⁵

Ahora bien, esta dirección racional del obrar humano puede considerarse desde dos perspectivas: (i) una centrada en la dimensión *formal*, referida al modo en que la razón legislativa ha de regular la actividad de un sujeto espiritual-racional y libre con libertad de elección; y (ii) una que designa la dimensión *sustantiva*, referida al contenido *material* de la dirección realizada por las leyes. Esto significa que la orientación de la conducta humana realizada por las leyes puede ser medida o rectificadas en cuanto a las modalidades formales de esa orientación, o bien desde el punto de vista de los bienes a los que se orienta. Pero estas dos dimensiones están relacionadas o vinculadas, ya que una regulación que respeta los desiderata del *rule of law* favorece y promueve una mejor realización de los bienes que integran el bien común y, a la inversa, un legislador que procura efectivamente el bien común –que, según Finnis (1998, pp. 111-118), está formado por la realización social de los bienes humanos básicos– tiene buenas razones para respetar las exigencias del gobierno del derecho. Esto último, no solo porque ese respeto hace más eficiente la gestión del bien común, sino también porque el *rule of law* supone un tratamiento del ser humano sujeto del derecho de un modo compatible y adecuado a su carácter de persona racional y libre, y ese tratamiento es también una parte integrante del bien común.

En definitiva, de lo desarrollado en este acápite puede concluirse que la regulación legal-positiva de la conducta en alteridad está a su vez mensurada y regulada desde dos perspectivas principales: (i) en cuanto al modo en que debe estructurarse la ley para que dirija la conducta de seres libres de un modo tal que esa dirección resulte respetuosa de la naturaleza racional y libre del hombre (*rule of law*); y (ii) en cuanto a que esa dirección se ha de dirigir a las diferentes concreciones de los bienes humanos en su realización comúnmente coordinada,

5 Acerca de la noción de “razones para la acción”, demasiado compleja para explicar adecuadamente aquí, véanse: Audi (2015, pp. 1-125 y 182-202); Rodríguez-Blanco (2016; 2017, pp. 159-186); Finnis (2011d, pp. 212-230).

concreciones que deben tener su fundamento [ontológico] en las dimensiones constitutivas de la naturaleza humana (Finnis, 2011a, p. 33-48; 2017, *passim*).

3. Sobre la dignidad humana como fundamento

Entrando en el tratamiento del segundo de los puntos propuestos, conviene destacar que la justificación central del modo de dirección de la conducta humana que se identifica como “gobierno del derecho” tiene como fundamento decisivo el carácter de persona dotada de una dignidad eminente (Finnis, 1998, pp. 176-180; Massini-Correas, 2019c, *passim*) que corresponde propiamente a todos los seres humanos. Esto ha sido explicitado de un modo especialmente claro por Robert P. George (2002-2003) en un artículo breve, pero expresivo:

si bien la mayoría de la gente tiene objeciones morales a la crueldad hacia los animales, no pensamos que las mascotas o los animales de granja hayan de ser gobernados de acuerdo a los requerimientos del *rule of law*. Dentro de los límites de la decencia, el granjero recurrirá a métodos Pavlovianos o a los que le parezcan más eficientes para lograr que las gallinas pongan huevos y que las vacas vayan a pastar. Por supuesto, sería un sinsentido tratar de organizar o disponer a los animales no humanos a través de leyes, ya que ellas no funcionan para gallinas o vacas como *razones* para su accionar. El granjero, en realidad, *causa* (o al menos trata de causar) el comportamiento animal que él desea. Los humanos, por contraste, han de ser gobernados por la ley porque las reglas jurídicas pueden funcionar en la deliberación práctica de la gente como lo que Herbert Hart describe [...], es decir, como razones para la acción “independientes de su contenido” y “perentorias”. (p. 192)

Y un poco más adelante pone de manifiesto este autor cómo la mayoría de las veces que se hace referencia a la dignidad del ser humano se subraya el significado moral de la racionalidad humana, y destaca también la conveniencia de detenerse un momento a considerar por qué el atributo de la racionalidad se vincula estrechamente con la dignidad que ha de reconocerse a todos los hombres. Ante todo, corresponde precisar que esta dignidad no proviene, o al menos no proviene solamente, de la racionalidad meramente teórica, la que incumbe a las ciencias empíricas o exactas, sino de la denominada “racionalidad práctica”, es decir, aquella que se vincula con la capacidad electiva de la índole humana y que se refiere a la identificación de las posibilidades de elección y acción y que indaga acerca de aquello que debe ser hecho o realizado.⁶

6 Véase George (2002-2003, pp. 192-193).

En este punto cabe destacar que George (2002-2003) precisa enfáticamente que

unos seres racionales que fueran *meramente* teóricos, sin embargo, no podrían ser reglados por la ley y no merecen, en ningún caso, ser dirigidos por la ley, como no lo merecen las computadoras [...]. Esos agentes no serían capaces de ejercer la razón *práctica* y de realizar elecciones *morales*. Su conducta sólo podría ser causada, en última instancia, ya sea por coerción externa o por compulsión interna. Faltándoles la capacidad última de comprender y actuar sobre la base de razones más que meramente instrumentales, ellos quedarán más allá de la libertad y de la dignidad. (p. 193)

Esto significa que, para el notable profesor de la Universidad de Princeton, la racionalidad que titula a la gente para merecer el tipo de respeto que otorgan los principios del *rule of law* no es la que corresponde al mero conocer especulativo, sino que es, principalmente, la que atañe a la distinción de las posibilidades razonables de elección y acción de aquellas que resultan irrazonables o, al menos, solo parcialmente razonables.

En pocas palabras, la dignidad que convoca el respeto debido a los agentes racionales en la forma de, entre otras cosas, la gobernanza de acuerdo con el *rule of law*, proviene de nuestra naturaleza de seres *prácticamente* inteligentes [...]. La capacidad para comprender y actuar desde esas razones está en una relación de mutua vinculación con la capacidad humana de elección libre, es decir, nuestra capacidad para *deliberar* y *elegir* entre posibilidades abiertas [opciones] que son provistas por los “bienes humanos básicos”, es decir, por razones más que meramente instrumentales. (George, 2002-2003, p. 194)

Pero, por otra parte, es necesario consignar que esta capacidad para conocer y elegir libremente entre opciones abiertas tiene necesariamente un fundamento ontológico que no debe ser dejado de lado en la consideración filosófica de la dignidad humana.⁷ En otras palabras, el fenómeno humano, fácilmente perceptible por cualquier observador desprejuiciado, de la capacidad de conocimiento universal y de elección libre, es la clara manifestación de un núcleo entitativo que cimienta, justifica y explica ese fenómeno. Dicho concisamente: el hombre no es digno *porque* es capaz de conocimiento abstractivo y de libertad de albedrío, sino que es capaz de esas operaciones inmateriales en razón de que es constitutivamente una *persona* dotada de una dignidad eminente (Melendo, 1999, pp. 19-50).⁸

7 Véase Serna (1995, p. 291 y *passim*).

8 Sobre la evolución de estos conceptos, véase Ovalle Bazán (2019, pp. 35-42).

Más aún, de lo que se acaba de afirmar, se sigue que el mero *factum* del conocimiento supraempírico, abstractivo y universal, así como la capacidad humana de escoger intrínseca e indeterminadamente entre opciones posibles, son las consecuencias, manifestaciones y ostentaciones de un núcleo esencial que las fundamenta, explica y justifica. Sobre la naturaleza y condición de ese núcleo fundamental, que la filosofía occidental ha denominado “persona” (Torrallba Roselló, 2005, pp. 97-316), corresponde esbozar algunas precisiones comprensivas, que serán necesariamente breves, ya que no corresponde entrar aquí en demasiadas complejidades metafísicas.⁹

En primer lugar, conviene recordar que la palabra “fundamento” proviene etimológicamente de la locución latina *fundamentum*, que significó originariamente la noción de cimiento, soporte o base de una construcción cualquiera. Posteriormente, su significado fue mutando desde el sentido material o físico para pasar a significar, en el orden epistémico, aquellos principios que otorgan justificación racional suficiente a una afirmación, una tesis, un razonamiento, una norma, un valor o una institución; en otras palabras, pasó a connotar las razones primeras que sostienen intelectualmente una proposición o un grupo de proposiciones.¹⁰ Por lo tanto, de lo que se trata cuando se inicia la tarea de fundamentación de la dignidad del ser humano-persona es de encontrar ciertos principios que, en razón de aparecer como primeros y directamente cognoscibles, justifiquen racionalmente –por la ilatividad o vinculación lógica que habrá de existir entre ellos– la existencia, calidad y extensión de la dignidad personal (Kalinowski, 1979, pp. 77 y ss.).

Ahora bien, estas verdades primeras a partir de las cuales es posible desarrollar una argumentación que fundamente adecuadamente la dignidad humana no pueden tener carácter convencional ni constructivo, sino que han de revestir una estricta índole cognitiva, dada la misma índole cognitivo-racional de las afirmaciones que se pretende justificar a partir de ellas (Kalinowski, 1996, pp. 34 y ss.). Además, si lo que se busca fundamentar epistémicamente es una especial perfección, como lo son el carácter de persona y su dignidad constitutiva –la dignidad consiste en una cierta elevación, prelación o excelencia, es decir, en una perfección–, es necesario remitirse, como punto de partida de la fundamentación, a la perfección originaria y radical, aquella a partir de la cual las restantes perfecciones adquieren sentido y explicación.

9 Véase, en ese punto, Massini-Correas (2019c, pp. 57-74).

10 Véase Massini-Correas (2005, pp. 131-141).

Y esta perfección primera y por antonomasia es la que corresponde al *ser*; más precisamente al acto de ser o *esse*, por el que toda realidad –todo ente– existe en cuanto tal fuera de la nada. En este sentido, ha escrito Cornelio Fabro (1983):

la esencia de los entes espirituales [...] en el orden entitativo, en cuanto el espíritu creado es en sí finito, está compuesta de esencia (como potencia) y de ser (*esse*) participado (como acto último); por lo cual, todo lo que existe en el mundo, sea material o espiritual, se dice ente como aquello que tiene el ser (*esse*) por participación. (p. 204)

De este modo, cualquier perfección que corresponda al ser humano-persona, tal como es el caso de la mencionada dignidad, habrá de tener su raíz o fundamento originario en el ser [*esse*] del que el hombre participa dentro de los límites de su esencia propia. Pero, además, al ser la forma-alma del ente humano-persona de carácter radicalmente *espiritual*, es decir, que trasciende las condiciones empobrecedoras de la materia y que puede abrirse por ello a toda la realidad por el conocimiento y a todo bien por el querer de su voluntad, el ser [*esse*] que le otorga la existencia reviste un carácter eminente y es posible sostener que “el hombre [...] constituye la máxima y superior encarnación de la sustancialidad (y así del ente participado)” (Melendo, 1999, p. 151).

Por lo tanto, queda claro que la justificación racional (*fundamentum*) de la dignidad de la persona humana ha de buscarse entonces en su acto de ser [*esse*] que, en razón del carácter espiritual del alma humana, posee una elevación y perfección especiales, que son las que hacen posible al hombre conocer verdades universales y amar al bien completo. Ese acto de ser [*esse*], que es la raíz entitativa de la dignidad personal, es participado –como es participado el ser de todos los entes finitos– en una “naturaleza racional” y, por lo tanto, de carácter espiritual, que trasciende necesariamente los condicionamientos limitativos de la materia. Dicho brevemente: al ser participada la perfección máxima [*esse*] –en el caso del ser humano, por una naturaleza espiritual, trascendente a la materia–, los humanos revisten una eminencia y un valor intrínseco que justifican que se hable en su caso de una dignidad especial y prominente, capaz de servir de punto de partida para la justificación de la excelencia humana.

En definitiva, de lo expuesto hasta ahora pueden concluirse las siguientes afirmaciones: (i) la regulación o dirección al bien humano de la conducta de los hombres es una tarea estrictamente racional, con racionalidad práctica no meramente instrumental, sino de contenidos estimativos o normativos, y tampoco simplemente construida, sino conocida al menos en sus fundamentos y,

por lo tanto, regulada por la denominada “ley natural”; (ii) por esto último, esas proposiciones racionales y directivas de los actos humanos, en especial de aquellos correspondientes al ámbito jurídico, están a su vez normalizadas o medidas tanto desde el punto de vista de sus contenidos o de los bienes a los que se dirigen como desde las formas o prácticas que se utilizan para llevar adelante esa dirección de los actos humanos; (iii) en lo que hace a estas formas, es un imperativo de la ley natural ética que ellas respeten ciertas exigencias mínimas que, en la tradición del pensamiento jurídico occidental, se han denominado genéricamente “mandatos del gobierno del derecho” (*rule of law*); (iv) estas exigencias o mandatos han sido enumerados y justificados por numerosos autores, pero de un tiempo a esta parte se considera que la propuesta efectuada por Lon Fuller (1969) en su libro *The Morality of Law*, de ocho *desiderata* que debe cumplir la legislación para configurar una forma paradigmática de gobierno del derecho, es la expresión canónica de esas formalidades; (v) el mismo Fuller, y varios otros autores en afinidad con él, reconocen que lo que justifica racionalmente y en definitiva la exigibilidad moral de esos requerimientos es la especial dignidad que le compete al existente humano; en otras palabras, que el ser humano debe ser dirigido y reglado de un modo tal que sea compatible con su naturaleza racional y autónoma (es decir, con libre albedrío); (vi) a su vez, el fundamento racional de esas características –racionalidad y libertad– radica en la espiritualidad de la esencia humana, por la cual la participación en el ser por la que existe resulta ser muy superior a la de los entes que están completamente limitados por la materia. Escribe en este punto Tomás Melendo (1999):

nos encontramos ante la clave metafísica de la dignidad del hombre: *la espiritualidad del alma que le pertenece*. Pues en verdad y hablando con rigor, el hecho de que esta pueda recibir el ser *en sí* y, en cierto modo, lo exija, da razón de la nobleza ontológica de la persona humana, de la peculiar intensidad y grandeza de su acto de ser. (p. 150)

De este modo, la espiritualidad de la esencia humana hace posible la excelencia o dignidad del acto de ser del que participa, que se manifiesta a través del conocimiento abstractivo y universal y de la libertad radical de la operación humana (Millán-Puelles, 1995, pp. 77 y ss.), cualidades que hacen del ser humano una *persona* (Spaemann, 2000, *passim*). Esta dignidad exige, en el ámbito de la dirección u ordenación de la actividad humana, un tratamiento de especial respeto y racionalidad, que se concreta en el cumplimiento de ciertos requerimientos acordes con la libertad y el conocimiento espiritual que competen a

su sujeto. Al conjunto de estas exigencias se las ha denominado “gobierno del derecho”, y son las condiciones formales de posibilidad de un derecho que merezca ese nombre y de un gobierno justo y libre (Ratzinger, 2004, pp. 231-258; Viola, 2011, pp. 9-14). Por todo ello, la especial dignidad de la persona humana es la que justifica racionalmente o fundamenta en forma definitiva la fuerza normativa de las exigencias o *desiderata* del *rule of law*.

4. Las concepciones insuficientes de la dignidad

Ahora bien, luego de haber esbozado sucintamente una fundamentación realista, es decir, ontológica o en términos de ser, de la dignidad de la persona humana y de haberla considerado como el fundamento radical de las exigencias y sentido del gobierno del derecho o *rule of law*, resulta conveniente indagar críticamente y valorar epistémicamente algunas otras versiones de la dignidad humana, que compiten con la versión realista en el intento de justificar racionalmente el valor del gobierno del derecho. Y esto es conveniente en razón de que, en los últimos años, se han difundido versiones del *rule of law* y su fundamentación que desconocen la dimensión ontológica de ese fundamento y, en consecuencia, proponen versiones “débiles” o “diluidas” de ese soporte racional.

Ese fenómeno, por el cual se alega masivamente la dignidad humana al mismo tiempo que se debilita sistemáticamente su basamento epistémico, ha sido denominado por Tomás Melendo (1999) como la “paradoja de la dignidad” (pp. 51-97) y aboca necesariamente a una desfundamentación radical de esa propiedad entitativa. En este sentido, Jean Grondin (2005) ha escrito, luego de analizar ese fenómeno, que

son justamente las ciencias sociales [estructurales] las que han dado el golpe de gracia al mega-sujeto moderno. Ahora bien, ese sujeto moderno ha sido suplantado, en la “lógica” de las ciencias sociales, por la idea de un mundo construido o mestizado, regido por estructuras más o menos ordenadas. (Grondin, 2005, pp. 45-51)

Y más adelante concluye que

esta idea ha terminado por sacudir la autonomía de la razón humana, puesto que el sujeto humano ha sido percibido, cada vez más, como lo resultante de estructuras o de construcciones sociales, de lenguaje y culturales [...]; se ha ido imponiendo así la idea de la primacía de la estructura (o de la construcción) sobre el sujeto [...]; el individuo no es ya el dueño de su destino, [sino que] perte-

nece a un orden social del que su conciencia no es más que un reflejo. (Grondin, 2005, pp. 45-51)

Pero si bien Grondin (2005) se refiere principalmente en el texto citado a la deriva estructuralista del antihumanismo contemporáneo, es necesario reconocer que también existen versiones positivistas, freudianas, nihilistas, tardo-marxistas y varias más, cuyo resultado epistémico es también “la inexistencia del hombre como sujeto” (Ibáñez Langlois, 1985, p. 126), con la consiguiente desfundamentación definitiva de la idea del gobierno del derecho. Es más, ese debilitamiento progresivo del fundamento del *rule of law* es denunciado en la ya citada obra de Lon Fuller (1969), en la que el profesor norteamericano sostiene:

cuando se acepta la opinión de que el hombre es incapaz de obrar en forma responsable, la moral jurídica pierde su razón de ser. Juzgar sus acciones por leyes no publicadas o retroactivas deja de ser una afrenta, pues no queda en él nada que ofender [...]. En la actualidad, un conjunto de actitudes, prácticas y teorías parece llevarnos hacia una opinión que niega que el hombre sea, o pueda significativamente llegar a ser, un centro de acción responsable y de autodeterminación. (Fuller, 1969, p. 163)

Dentro de ese conjunto de teorías mencionadas por Fuller (1969), es posible comenzar con el análisis de lo sostenido en este punto por el ya citado David Luban (2010), cuando afirma que

el *rule of law* no es en principio superior a la dirección gerencial en todos los aspectos. Pero claramente es mejor en algunos de estos aspectos, específicamente en aquellos en los que el objetivo del gobierno es el de establecer un marco estable de expectativas detalladas en las cuales la gente puede planear sus propios asuntos y tomar sus propias decisiones. (p. 11)

Además, este autor reconoce que la autonomía para planificar la propia vida no es de un modo obvio suficiente para garantizar la dignidad humana, que él mismo reduce a la posibilidad de no sufrir sistemáticamente humillaciones.

Pero aun si los legisladores confían en los ciudadanos para la comprensión y cumplimiento de las reglas, esa confianza queda corta para el respeto de la dignidad de los ciudadanos tal como la he descrito yo: una relación en la cual el ciudadano no resulta humillado. (Luban, 2010, p. 13)

Pero más allá de la originalidad del planteo del profesor Luban, su mera re-

misión a la “no-humillación” como definición de la dignidad humana plantea varias cuestiones que merecen un tratamiento analítico detallado. La primera de ellas es que la noción central en el concepto de Luban, la de “humillación”, supone previamente la noción de “dignidad”.¹¹ En efecto, el *Diccionario de la lengua española* (Real Academia Española, s.f.) define “humillar”, en la acepción pertinente (la tercera), como “[la acción de] herir el amor propio o la dignidad de alguien”, de modo tal que para que exista humillación referida a una persona humana, es necesaria la previa existencia en ella de una cierta “dignidad”. De este modo, quien no tuviera una dignidad en sentido ontológico o constitutivo, no resultaría susceptible de un acto de “humillación”, y es claro que no resulta posible definir un término por medio de otro que supone lo referido por el primero (Robinson, 1972, pp. 149 y ss.).

Por otra parte, tampoco resulta posible definir la dignidad humana refiriéndola simplemente a una “relación”; las relaciones de “respeto” y de “humillación” solo se vinculan con la dignidad en la medida en que esta ya existe intrínsecamente en el sujeto humano de esas relaciones, y entonces resulta viable abstenerse de dañarla (respetar la dignidad) o bien dañarla y menoscabarla de algún modo (humillar la dignidad). Dicho brevemente: la referencia a una relación implica la existencia previa del o los sujetos de esa relación y, por lo tanto, la naturaleza de la relación supone la índole de sus sujetos, en el presente caso, la naturaleza de seres humanos dotados de dignidad personal.¹² De lo antedicho se desprende la imperfección e insuficiencia de la conceptualización de la dignidad propuesta por Luban (2010), que solo atiende a fenómenos periféricos, consecuencias o propiedades accidentales del núcleo duro de ese concepto.

Algo similar podría decirse de las afirmaciones acerca de la dignidad humana propuestas por Joseph Raz (1997, pp. 219-223) en un conocido artículo sobre el gobierno del derecho. En ese trabajo, publicado con el título *The Rule of Law and its Virtue*, Raz estudia las razones por las cuales considera que se puede valorar positivamente la vigencia del gobierno del derecho. En este punto, y luego de estudiar la contribución del *rule of law* para contrarrestar los efectos del poder arbitrario y su aporte para que los ciudadanos puedan elegir estilos y formas de vida, fijarse objetivos a largo plazo y dirigir efectivamente las propias vidas hacia ellos, el profesor de la Universidad de Oxford escribe que “más importante que estas dos consideraciones, es el hecho de que la observancia

11 Acerca de esta noción, véase Sieckmann (2012, *passim*).

12 Véase De Koninck (2006, pp. 151-186).

del gobierno del derecho es necesario si el derecho (*the law*) ha de respetar la dignidad humana” (Raz, 1997, p. 221).

De inmediato, continúa su argumentación sosteniendo:

por lo tanto, respetar la dignidad de la gente incluye el respeto por su autonomía, su derecho a controlar su futuro [...]. Naturalmente, existen varias formas en las cuales la acción de una persona puede afectar la vida de otra. Ahora bien, sólo algunas de estas interferencias pueden llegar a ser una ofensa a la dignidad o una violación de la autonomía de la persona afectada. Estas ofensas pueden dividirse en tres clases: insultos, esclavización y manipulación [...]. Pero aparte del daño concreto que ellas causan, también ofenden la dignidad al expresar falta de respeto por la autonomía de la gente. (Raz, 1997, pp. 221-222)

En otras palabras, para el profesor israelí, el concepto de “dignidad” resulta ser prácticamente sinónimo e intercambiable con el de “autonomía”.

Esta concepción de la dignidad humana, reducida a la posesión fáctica o a la posibilidad del ejercicio de la autonomía, entendida a su vez como emancipación de todo límite normativo no aceptado por el sujeto de acción, tiene claramente una raíz kantiana.¹³ En efecto, Kant

puso en una relación necesaria el concepto de dignidad con la facultad específicamente humana, en su caso, con la facultad de autodeterminación ética y moral [...]. La facultad de dotarse a sí mismo de normas morales, es decir, de aceptar el poder de validez del imperativo categórico, fundamenta el “valor” de la dignidad humana, que no se puede dividir ni sustituir bajo ningún “precio”: “La autonomía es –escribe Kant– el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”. (Menke y Pollmann, 2010, p. 151)

Pero más allá de las raíces de esta idea, resulta claro que, en primer lugar, esa afirmación incurre en la falacia que ya se ha denunciado en el trabajo de Luban (2010), es decir que, en la temática de los fundamentos, la noción de “dignidad” es previa y fundante de los atributos específicamente humanos, entre ellos, el de la autonomía.¹⁴ Pero además sucede que, en el pensamiento de los positivistas contemporáneos, la autonomía de la que se trata no es la del *sujeto racional* kantiano, que está limitada por el principio de universalidad, sino la

13 Véanse Reath (2006, pp. 121-172), Rhonheimer (2000, pp. 198-200) y Rosen (1993, pp. 58-65).

14 Corresponde precisar en este punto que la noción de “autonomía” tiene carácter *analógico* y, por lo tanto, como lo diría Aristóteles, se dice de muchas maneras o con significaciones parcialmente diferentes (Massini-Correas, 2004, pp. 595-619).

del sujeto *empírico*, que en principio carece de límites justificados y desemboca, aunque en la mayoría de las veces no se lo acepte, en la arbitrariedad y el capricho como fuentes de normatividad ética.¹⁵

En este sentido, el eticista italiano Giuseppe Abbà ha escrito que

una versión mitigada del sujeto autónomo kantiano, unido al sujeto utilitario, domina en las diversas teorías éticas liberales propuestas desde la segunda mitad del siglo XX, sean ellas utilitaristas, contractualistas, neokantianas o fundadas sobre el discurso. Se trata del sujeto liberal que, según varios estudiosos, es el que caracteriza las sociedades actuales. Este sujeto liberal es el portador de intereses, pero está “desvinculado”; esto significa que él decide ya sea sobre la moral a adoptar en la vida pública, ya sea sobre los valores, formas de vida y concepciones del bien o de la felicidad a adoptar en la vida privada: ninguna moral y ninguna concepción del bien son reconocidas por él como normas independientes de su propia decisión. (Abbà, 1996, p. 261)

Por lo tanto, y conforme a los análisis de Abbà (1996) y de otros pensadores contemporáneos, es posible concluir que el paradigma ético contemporáneo más difundido es aquel que centra la moralidad en la autonormación del sujeto, sin límites éticos objetivos, salvo quizá el de no causar daño a los demás, limitación tomada en préstamo de John S. Mill. Pero esta limitación contradice el principio de autonomía y no se justifica en una teoría ética centrada en ese principio. Por lo tanto, escribe Henry Veatch (1980),

lo que este paradigma a la moda significa es poco más que una descripción de los seres humanos como animales apetitivos, inclinados a la persecución y gratificación de una indefinida variedad de deseos, impulsos e inclinaciones, teniendo realmente sólo una restricción principal [...]: la restricción ética de que, en la prosecución de sus propios objetivos, se debe siempre ser cuidadoso, en la medida de lo posible, de no interferir con las otras personas en la prosecución de los suyos. (p. 218)

Pero resulta que una ética fundada solo en el principio de autonomía así comprendido no puede fundar razonablemente las exigencias del *rule of law*, que marcan límites estrictos a la autonomía del legislador y del encargado de aplicar las leyes, y establecen requisitos para la razonabilidad de la dirección de la conducta jurídica conforme a leyes heterónomas (siguiendo la conocida nomenclatura kantiana), es decir, externas a la voluntad (autónoma) del sujeto ju-

15 Véase Massini-Correas (2004, pp. 595-619).

rídico. Así, por ejemplo, resulta irrazonable sostener que la exigencia conforme a la cual las normas jurídicas solo pueden mandar conductas de posible realización sea solo el resultado de una simple elección de la autonomía humana; más bien se trata de una imposición de la realidad de las cosas humanas a la que la autonomía debe adaptarse y someterse. Además, la autonomía no solo no puede fundar por sí misma el *rule of law*, sino que tampoco es capaz de fundar la dignidad de la persona-sujeto jurídico, al menos de modo definitivo, ya que esa capacidad de autonormarse supone una cierta índole de su sujeto titular, que justifica su racionalidad y libertad de elección, en definitiva, su dignidad esencial y, por ende, constitutiva.¹⁶

5. Gobierno del derecho y derecho natural

Por supuesto que las concepciones mencionadas, las de David Luban (2010) y Joseph Raz (1997), no son las únicas que han intentado fundar la dignidad humana y el *rule of law* sobre realidades segundas o accesorias a la realidad del sujeto jurídico. Numerosos y reputados pensadores del derecho lo han intentado repetidas veces. Así, por ejemplo, Stephen Riley (2015), en su artículo titulado “Human Dignity and the Rule of Law”, sostiene que el gobierno del derecho

poniendo el acento en el uso y aplicación de reglas, implica que, en ausencia de los desiderata, fallaríamos en el gobierno a través de la ley y de este modo fallaríamos también en respetar a los ciudadanos como agentes racionales. El gobierno del derecho y la dignidad humana apuntan ambos a la posesión humana de la razón en cuanto capacidad básica para el auto-gobierno... (p. 93)

Aquí, Riley olvida que esa capacidad de la razón ha de derivar necesariamente de la índole constitutivamente espiritual del ser humano.

Por su parte, Jeremy Waldron (2016) defiende que la dignidad que se encuentra vinculada al *rule of law* se funda, o adquiere su sentido, cuando se ordena a la libertad de opción y de acción. Escribe este autor:

Los principios procedimentales captan en un sentido profundo e importante que el derecho es un modo de gobernar a la gente que los trata como si ellos tuviesen una perspectiva propia para hacer valer en la aplicación de normas a su conducta y situación [...]. Supone el prestar atención a un cierto punto de vista [de los sujetos]. En cuanto tal, [el derecho] encarna una idea crucial y dignifican-

16 Véase Massini-Correas (2004, pp. 595-619).

te: el respeto de la dignidad de aquellos a quienes las normas son aplicadas en cuanto seres capaces de explicarse o ilustrarse a sí mismos. (p. 12)

En otras palabras, Waldron (2016) considera que la dignidad *supone* que los sujetos pasivos de la aplicación del derecho son capaces de comprender y optar acerca de aquello que habrá de dirigir su conducta, pero no explica nunca el porqué; es más, ni siquiera lo intenta.

Algo similar sostiene el profesor de *Jurisprudence* en la Universidad de Cambridge Nigel Simmonds (2008), al defender que “ser gobernado por la ley es disfrutar de un grado de independencia de la voluntad de otros” y que “lo que quiero argumentar ahora es que el valor al que sirve el *rule of law* es el valor de la libertad” (pp. 100-101). De este modo, Simmonds coloca claramente el sentido y el fundamento del gobierno del derecho en la mera preservación de la libertad entendida como independencia –siempre relativa– del albedrío de otros, en especial de las autoridades.

Finalmente, el profesor de Cambridge Trevor R. S. Allan (2015) manifiesta, en su desafiante libro *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution and Common Law*, que

el rule of law es un ideal que informa y caracteriza nuestro concepto del derecho: vemos la naturaleza y objetivo del derecho, como una forma de regulación estatal sistemática de las personas y propiedades, cuando captamos la subyacente idea de legalidad como un valor moral y político básico. El derecho y la libertad son valores estrechamente conectados: nuestra libertad, entendida como una inmunidad de interferencias arbitrarias... (p. 89)

De este modo, los filósofos citados, así como varios otros que desarrollan argumentaciones similares, colocan el núcleo y fundamento del gobierno del derecho en el mero fenómeno de la libertad de independencia de los sujetos jurídicos, o en la capacidad de actuar autónomamente en su conducta jurídica, o bien en la capacidad de comprender y auto-dirigirse por las reglas del derecho. Resulta bastante claro que esas dimensiones o fenómenos son realidades necesarias para la regulación de la conducta humana electiva, pero también es claro que se trata de entidades que no revisten el carácter de últimas, radicales o primordiales, es decir, fundamentales y capaces de proporcionar justificación racional consistente a la realidad deóntica del *rule of law*. Como se ha visto más arriba, el fundamento radical y decisivo de esos fenómenos se encuentra en la perfección del ser que corresponde a las personas humanas en razón de la

racionalidad –puede decirse también espiritualidad– constitutiva de su modo propio de existir.

En ese sentido, Robert P. George (2009) ha escrito que

ni la capacidad de sentir ni la vida misma entrañan que quienes la poseen deban ser respetados como fines en sí mismos o como criaturas con pleno valor moral: más bien el poseer una naturaleza racional es la base del valor moral pleno. (p. 91)

Nótese que este autor no habla aquí del ejercicio o la práctica de la racionalidad como condición necesaria del valor moral intrínseco, sino de la *naturaleza* racional, es decir, de aquel modo constitutivo de ser que incluye la racionalidad como su elemento primordial. Y más adelante concluye:

los seres humanos son animales de una clase especial. Son de una clase distinta a la de los otros animales debido a que poseen una naturaleza racional, una naturaleza caracterizada por poseer las capacidades naturales básicas del pensamiento conceptual, la deliberación y el libre albedrío. En virtud de poseer tal naturaleza, todos los seres humanos son personas; y todas las personas poseen una dignidad profunda, inherente e igual. Por lo tanto, todos los seres humanos merecen un total respeto moral. (George, 2009, p. 99)

Ahora bien, al no tratarse en el caso de la dignidad personal de un bien humano específico sino de una constitución intrínseca, la dignidad humana no opera éticamente del mismo modo en que lo hacen los bienes humanos básicos, a través de normas que prescriben determinados contenidos de conducta. En este sentido, Alfonso Gómez Lobo (2006) afirma:

la dignidad es una propiedad intangible que poseemos en virtud de lo que *somos* y no un bien que podamos obtener en virtud de lo que *hacemos* [...] ¿Qué razones para la acción nos ofrece la noción de dignidad? Ciertamente no nos ofrece razones “positivas”. No podemos hacer nada para obtenerla pues todos los seres humanos ya la poseemos. Pero sabemos también que la dignidad puede ser menoscabada por cierto tipo de acciones. En este sentido, es una propiedad de los seres humanos que nos da razones “negativas” para la acción, es decir, nos llama a omitir determinadas acciones. (pp. 60-61)

Y un poco más adelante desarrolla lo anterior afirmando que

las violaciones a la dignidad de una persona pueden ser caracterizadas dentro de la ética de los bienes básicos como impedimentos para que esa persona proceda

en la libre búsqueda y apropiación de esos bienes básicos, para que de ese modo alcance su autorrealización [...]. En el actuar concreto, el respeto por la dignidad consistirá fundamentalmente en respetar y proteger los bienes de una persona [...]; el respeto por las personas debe ser entendido como el respeto por los bienes básicos de esas personas en razón de lo que ellas mismas son. El fundamento último del valor de los bienes humanos radica en el hecho de que estos son bienes de una persona. (Gómez Lobo, 2006, p. 62)

De este modo, el filósofo chileno pone en evidencia que la cuestión ética de la dignidad de la persona humana se centra en la exigencia del respeto, que significa un tratamiento tal que no agravie, denigre, perjudique o dañe a otro sujeto humano (o a sí mismo), de modo tal que le haga imposible la realización de las líneas centrales de su perfeccionamiento o completitud vital; entendiendo “vital” no solo como referido a la vida física, sino también la intelectual, moral-electiva, estética, etc.

De todo lo desarrollado en estos últimos apartados y refiriéndose concretamente a la problemática del *rule of law*, es posible inferir que la concepción del gobierno del derecho se refiere o designa una peculiar perfección de la vida social-jurídica, es decir, de la coordinación y dirección de la convivencia para hacer posible la realización –siempre incompleta– de la dimensión común de los bienes humanos o, lisa y llanamente, su bien común. Esta perfección, que reviste un carácter formal-procedimental, tiene como fundamento raigal y razón de ser la dignidad personal de los sujetos humano-jurídicos, dignidad que tiene carácter constitutivo por la superior participación en el ser por parte de los seres humanos en el marco de una esencia intelectual-espiritual.

Por lo tanto, no se trata, en el caso de la dignidad, de la mera presencia de aptitudes o capacidades operativas, como la libertad de elección o la ordenación de la conducta a fines valiosos, sino que se trata, en el caso de estas cualidades, de consecuencias o manifestaciones o expresiones de un núcleo entitativo-constitutivo que las justifica, las hace posible y las fundamenta. Y es en ese núcleo donde se fundamenta el respeto que se le debe a la persona humana, y a partir del cual se elaboran y aplican las normas que han de dirigir y coordinar la conducta jurídica (Massini-Correas, 2005, pp. 31-49). Es precisamente a ese respeto al que están ordenados los *desiderata* del *rule of law* propuestos por Fuller y Finnis, ya que hacen posible y promueven que esa coordinación realizada por el derecho sea racional, en el sentido de racionalidad práctica,¹⁷

17 Véase MacIntyre (2017, pp. 310-370).

y, por lo tanto, de consideración respetuosa por su índole medular e imprescindiblemente espiritual.

Ahora bien, de lo dicho hasta ahora resulta legítimo concluir que la concepción del *rule of law*, en especial si se la fundamenta del modo intrínseco y entitativo que se ha desarrollado hasta ahora, tiene un carácter y una impronta inequívocamente *iusnaturalista*, es decir, de una teoría del derecho que sostiene que la realidad jurídica no se reduce solo a la legislación (y costumbres, jurisdicción, acuerdos, etc.) positiva, sino que comprende –y de un modo eminente– un conjunto de principios prácticos independientes de la mera voluntad humana, que son, según lo resume Finnis: (i) no positivos; (ii) superiores (deónticamente) a las leyes positivas, convenciones y prácticas, y, por lo tanto, proveen premisas para la evaluación crítica de esas leyes, convenciones y prácticas; (iii) objetivos, es decir, justificados a través de realidades no meramente establecidas por el artificio de los sujetos humanos; y (iv) que esos estándares se ordenan a la promoción del florecimiento humano en comunidad (Finnis, 2011b, pp. 200-201; Massini-Correas, 2019b, pp. 115-116).

Ahora bien, de lo ya expuesto se sigue que esta realidad jurídica suprapositiva comprende dos dimensiones: (i) la de *contenido*, que remite a la concreción jurídica de los bienes humanos básicos a través del derecho; y (ii) una *formal*, que incluye las formalidades, procedimientos y requisitos instrumentales necesarios para que la regulación jurídica respete, lo más integralmente posible, la dignidad de las personas humanas, que son los sujetos jurídicos de un ordenamiento legal. De este modo, las exigencias del gobierno del derecho forman parte integral del derecho natural, que no se limita a los principios de contenido ético-jurídico, sino que también incluye a los principios formales. Por esta razón, el *rule of law* aparece como una exigencia presente en toda la tradición *iusnaturalista* (Massini-Correas, 2014, pp. 637-640), desde Platón hasta nuestros días. Y de allí la razón que le cabe a Hans Kelsen (1995) al sostener que el gobierno del derecho es un “prejuicio *iusnaturalista*” (p. 320), aunque no se trate para nada de un “prejuicio”.

6. *Finis coronat opus*

Luego de estas ya un poco extensas consideraciones, es posible concluir que el gobierno del derecho-*rule of law* está constituido por una serie de principios y preceptos, de carácter constitutivamente ético-moral, que ponen límites formales y procedimentales a la elaboración, aplicación y actuación del derecho nor-

mativo positivo. Ahora bien, estos principios y preceptos, si bien de un modo inmediato puede parecer que tiendan y procuren resguardar la libertad de autonomía que hace posible a los sujetos jurídicos dirigirse a su realización propia en la vida social, tienen su fundamento epistémico y práctico-moral más allá, en la dignidad eminente de las personas humanas que son los sujetos del derecho. A su vez, esa dignidad proviene radicalmente de la espiritualidad-intelectualidad constitutiva de los seres humanos y de su modo prominente e incomparable de participar del acto de ser (*esse*), del cual se derivan y son sus efectos la capacidad de conocimiento universal y abstractivo y la libertad de elección deliberada. De este modo, estas capacidades-propiedades no son fundantes de la dignidad de los seres humanos-sujetos jurídicos, sino que en realidad se fundan en esa dignidad, que podría denominarse “ontológica” o constitutiva, de esos sujetos de la actividad jurídica. Si el fundamento de la fuerza deóntica del *rule of law* no fuera de carácter constitutivo, sino que tuviera su raíz en el mero *factum* o fenómeno de la autonomía humana, quedarían automáticamente fuera de su ámbito todas aquellas normas referidas a los no natos, los niños, los seniles, los débiles mentales, los comatosos, así como todos los que estuvieran privados, temporaria o permanentemente, del ejercicio operativo de las manifestaciones de la capacidad de elección.

Por supuesto que estas últimas afirmaciones suponen que la teoría y los *desiderata* del *rule of law* revisten un carácter iusnaturalista, toda vez que sus exigencias se derivan de la necesidad (deóntica) de alcanzar los bienes humanos a través de la coordinación social reglada, bienes que a su vez se vinculan necesariamente –aunque no se deriven silogísticamente– de las dimensiones centrales de la índole humana. Por lo tanto, es posible concluir que en la ley natural jurídica es de rigor distinguir entre: (i) un derecho natural *de contenidos*, que se vincula con los requerimientos convenientes para la realización de los bienes humanos en la convivencia social; y (ii) un derecho natural *de formas y procedimientos*, que establece las exigencias formales para que la elaboración, aplicación e interpretación de la normas, así como la conducta práctica que se deriva de ellas, respete y promueva las posibilidades de realización colectiva de los bienes humanos y, de ese modo, pondere y respete la dignidad constitutiva de los hombres-sujetos jurídicos. Probablemente fuera por todo esto que Tomás Moro sostuvo que “de existir un pleito entre mi padre y el diablo, si la causa de este último fuese la justa (o legal), sería al diablo a quien yo diera la razón” (como se cita en Hermida del Llano, 2017, p. 269).

Bibliografía

- Abbà, G. (1996). *Quale impostazione per la filosofia morale?* Libreria Ateneo Salesiano.
- Allan, T. R. S. (2015). *The Sovereignty of Law. Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford University Press.
- Aristóteles (1970). *Política*. Instituto de Estudios Políticos.
- Audi, R. (2015). *Reasons, Rights and Values*. Cambridge University Press.
- Bates, C. (2013). Law and the Rule of Law and Its Place Relative to *Politeia* in Aristotle's Politics. En Huppés-Cluysenaer, L. y Coelho, N. (Eds.), *Aristotle and the Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice* (pp. 59-75). Springer.
- Boyle, J. (2001). Reasons for Action: Evaluative Cognitions That Underlie Motivations. *The American Journal of Jurisprudence*, (46), 177-197.
- Coyle, S. (2014). *Modern Jurisprudence. A Philosophical Guide*. Hart Publishing.
- De Koninck, T. (2006). *De la dignidad humana*. Dykinson.
- Fabro, C. (1983). *Introduzione a San Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*. Ares.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011a). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). Natural Law. En *Reason in Action. Collected Essays: Volume I*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011c). Law as Coordination. En *Philosophy of Law. Collected Essays: Volume I*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011d). Legal Reasoning and Practical Reason. En *Reason in Action. Collected Essays: Volume I*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2017). *Estudios de teoría del derecho natural*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- George, R. P. (2002-2003). Reason, Freedom, and the Rule of Law: their Significance in Western Thought. *Regent University Law Review*, (15), 187-194.
- George, R. P. (2009). *Moral pública. Debates actuales*. Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Gómez Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*. Mediterráneo.
- Grondin, J. (2005). *Del sentido de la vida. Un ensayo filosófico*. Herder.
- Hermida del Llano, C. (2017). Exigencias de la justicia natural en Tomás Moro. *Persona & Derecho*, (76), 257-284.
- Ibáñez Langlois, J. M. (1985). *Sobre el estructuralismo*. EUNSA.
- Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. EUDEBA.
- Kalinowski, G. (1996). *La logique déductive*. Presses Universitaires de France.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría Pura del Derecho*. Porrúa.
- Luban, D. (2010). The Rule of Law and Human Dignity: Reexamining Fuller's Canons. *Hague Journal on the Rule of Law*, 2(1), 29-47. <https://doi.org/10.1017/S1876404510100025>.
- MacIntyre, A. (2017). *Ética en los conflictos de la modernidad. Sobre el deseo, el razonamiento práctico y la narrativa*. Rialp.
- Massini-Correas, C. I. (2004). Acerca del principio ético de autonomía. En Araos San Martín, J. (Ed.), *Amor a la Sabiduría. Estudios de metafísica y ética en homenaje al Profesor Juan de Dios Vial Larraín* (pp. 595-619). Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Massini-Correas, C. I. (2005). *Filosofía del derecho. Tomo I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*. LexisNexis/Abeledo-Perrot.

- Massini-Correas, C. I. (2014). Sobre el rule of law y el concepto práctico del derecho. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014*, 631-648.
- Massini-Correas, C. I. (2015). La concepción normativa del gobierno del derecho: nuevas objeciones al *rule of law* y una respuesta desde las ideas de John Finnis. *Persona & Derecho*, 73, 203-230.
- Massini-Correas, C. I. (2019a). La dignidad humana y el sentido del derecho. *Pro manuscripto*.
- Massini-Correas, C. I. (2019b). *Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético*. Rialp.
- Massini-Correas, C. I. (2019c). *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. EUNSA.
- Menke, C. y Pollmann, A. (2010). *Filosofía de los derechos humanos*. Herder.
- Millán-Puelles, A. (1995). *El valor de la libertad*. Rialp.
- Murphy, M. (2007). *Philosophy of Law. The Fundamentals*. Blackwell Publishing.
- Ovalle Bazán, M. I. (2019). La dignidad humana como límite al *ius puniendi*. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Dikaion*, 28(1), 35-68.
- Pereira Menaut, A. C. (2003). *Rule of Law o Estado de Derecho*. Marcial Pons.
- Platón. (1960). *Las leyes* (Trad. J. M. Pabon y M. Fernández Galiano, Tomo I). Instituto de Estudios Políticos.
- Ratzinger, J. (2004). *Truth and Tolerance*. Ignatius Press.
- Raz, J. (1997). The Rule of Law and its Virtue. En *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Clarendon Press.
- Real Academia Española. (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://www.rae.es/>.
- Reath, A. (2006). *Agency & Autonomy in Kant's Moral Theory*. Clarendon Press.
- Rhonheimer, M. (2000). *Ley natural y razón práctica*. EUNSA.
- Riley, S. (2015). Human Dignity and the Rule of Law. *Utrecht Law Review*, 11(2), 91-105. <http://www.utrechtlawreview.org>.
- Robinson, R. (1972). *Definition*. Clarendon Press.
- Rodríguez-Blanco, V. (2016). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Bloomsbury-Hart Publishing.
- Rodríguez-Blanco, V. (2017). Practical Reason in the Context of Law. En Duke, G. y George, R. (Eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence* (pp. 159-186). Cambridge University Press.
- Rosen, A. D. (1993). *Kant's Theory of Justice*. Cornell University Press.
- Serna Bermúdez, P. (1995). La dignidad de la persona como principio del derecho público. *Derechos y Libertades. Revista del instituto Bartolomé de las Casas*, II(4), 287-306.
- Sieckmann, J. R. (2012). *The Logic of Autonomy. Law, Morality and Autonomous Reasoning*. Hart Publishing.
- Simmonds, N. (2008). *Law as a Moral Idea*. Oxford University Press.
- Spaemann, R. (2000). *Personas. Acerca de la distinción entre "algo" y alguien*". EUNSA.
- Tamanaha, B. (2009). *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*. Cambridge University Press.
- Tomás de Aquino. (1956). *Summa Theologiae* (Tomo VI) (I-II, q. 90, a. 1). Biblioteca de Autores Cristianos.

- Torralba Roselló, F. (2005). *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Herder.
- Veatch, H. (1980). Is Kant the Grey Eminence of Contemporary Ethical Theory? *Ethics*, 90(2), 218-238.
- Vigo, R. L. (2013). Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis “la ley injusta no es ley”. En Etcheverry, J. B. (Ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales* (pp. 119-140), Universidad Nacional Autónoma de México.
- Viola, F. (2011). *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Giappichelli Editore.
- Waldron, J. (2016). The Rule of Law. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/entries/rule-of-law/>.

ACUERDOS *CY PRÈS* EN ACCIONES DE CLASE SOBRE PRIVACIDAD¹

Thomas E. Kadri

Universidad de Georgia
tek@uga.edu

Ignacio N. Cofone

Universidad McGill
ignacio.cofone@mcgill.ca

Recibido: 15/02/2021

Aceptado: 13/04/2021

Resumen

Este ensayo analiza el potencial del uso de los acuerdos *cy près* en las acciones de clase sobre privacidad. Estos acuerdos son un mecanismo procesal para superar los problemas de distribución en las acciones de clase. Cuando resulta demasiado oneroso probar los reclamos individuales o demasiado costoso distribuir los daños y perjuicios a los damnificados, los tribunales en ocasiones otorgan la compensación a una organización benéfica o sin fines de lucro involucrada en un trabajo que sirve a los intereses de los damnificados. Estos controvertidos acuerdos han ido ganando terreno en varios sistemas jurídicos. La Suprema Corte de los Estados Unidos examinó recientemente su idoneidad en el caso *Frank v. Gaos*, mientras que los tribunales de Canadá y de varios países latinoamericanos también han experimentado con los *cy près*. El ensayo utiliza estos casos para evaluar cómo este mecanismo procesal puede ser particularmente útil en las acciones de clase sobre privacidad. Aunque los acuerdos *cy près* requieren una supervisión judicial adecuada para evitar abusos, el capítulo concluye que pueden ayudar a evitar la invasión a la privacidad, a hacer cumplir las leyes en material de privacidad y a proporcionar a los demandantes alguna medida de compensación indirecta cuando se vulneran esas leyes.

Palabras clave: acuerdos *cy près*, acciones de clase sobre privacidad, mecanismo procesal, compensación indirecta.

1 Esta es una traducción al español de Thomas E. Kadri e Ignacio N. Cofone, *Cy Près Settlements in Privacy Class Actions*, publicado previamente en Cofone, I. N. (Ed.). (2020). *Class Actions in Privacy Law*. Routledge.

Cy Près Settlements in Privacy Class Actions

Abstract

This essay considers the potential for using *cy près* settlements in privacy class actions. These settlements are a procedural mechanism to overcome distribution challenges in class actions. When it is too burdensome to prove individual claims or too costly to distribute damages to class members, courts on occasions award damages to a charity or non-profit organization involved in work serving the class members' interests. These controversial settlements have been gaining attention in various legal systems. The U.S. Supreme Court recently considered their propriety in *Frank v. Gaos*, while courts in Canada and several Latin American countries have been experimenting with *cy près* as well. The essay uses these cases to explore how this procedural mechanism can be particularly useful in privacy class actions. While *cy près* settlements require proper judicial supervision to prevent abuse, the chapter concludes that they can help to deter privacy invasions, enforce privacy laws, and provide plaintiffs with some measure of indirect relief when those laws are violated.

Key words: *cy près* settlements, privacy class actions, procedural mechanism, indirect relief.

1. Introducción

En este ensayo analizamos los acuerdos *cy près*, una herramienta procesal que podría abordar algunos de los desafíos que plantean las acciones de clase sobre privacidad. Como habrán notado los lectores francófonos, la idea de un acuerdo *cy près* proviene de la antigua expresión francesa *cy près comme possible*, que significa “tan próximo como sea posible” (Redish, et al., 2010, p. 624). *Cy près* es una doctrina de equidad que tiene su origen en el derecho de fideicomisos y sucesiones. Ya los romanos desarrollaron el principio de que si la voluntad de un testador no podía cumplirse, los tribunales debían intentar aproximarse a su intención en la medida de lo posible en lugar de invalidarla por completo (Hillebrand y Torrence, 1988, pp. 762-763; Pomerantz, 1969, p. 1262). Por ejemplo, si un testador dejaba dinero para un refugio para indigentes en Buenos Aires y no existía tal lugar, un juez podía ordenar que el dinero se destinara a la creación de dicho refugio o a la financiación de uno en una ciudad cercana.

En el contexto de las acciones de clase, la doctrina *cy près* les permite a los tribunales beneficiar indirectamente a los damnificados distribuyendo los fondos del acuerdo al “siguiente mejor” beneficiario, generalmente una organización benéfica o sin fines de lucro que se dedique a una labor “razonablemente aproximada a los intereses perseguidos por los damnificados”.² Los tribunales

2 *In re Baby Product Antitrust Litigation*, 708 F (3d), 163-169 (3^d Cir. 2013) [*Antimonopolio de productos*]

han utilizado a veces este mecanismo para desembolsar fondos de acuerdos no reclamados, como en aquellos casos en los que “los damnificados no pueden ser localizados, se niegan a presentar reclamos, han fallecido o las partes han sobreestimado la cantidad prevista para la distribución”.³

Pero hay otro uso que ha empezado a ganar adeptos y a generar controversia. Cuando los tribunales llegan a la conclusión de que es demasiado oneroso probar los reclamos individuales o demasiado costoso distribuir los daños y perjuicios, un acuerdo *cy près* puede ofrecerles a los damnificados algún beneficio aunque no reciban el dinero ellos mismos.⁴ Podemos imaginar cómo esta situación puede surgir con frecuencia en el contexto de violaciones generalizadas de la privacidad, donde probar el daño de cualquier individuo en particular constituye una tarea difícil y costosa. En lugar de dejar que el demandado salga impune, un tribunal podría aprobar un acuerdo *cy près* para beneficiar indirectamente a los damnificados mediante la financiación de iniciativas para abordar o evitar invasiones a la privacidad similares en el futuro.

Existe una sinergia entre las acciones de clase y la idea de *cy près*. Las acciones de clase pretenden “colectivizar las demandas individuales en un único procedimiento, en el que la inmensa mayoría de los demandantes asumen un papel puramente pasivo en el procedimiento” (Redish, et al., 2010, p. 624). De este modo, las acciones de clase pretenden resolver reclamos que son demasiado numerosos para litigarlas individualmente. Los tipos de reclamos planteados en las acciones de clase suelen tener poco valor a nivel individual. De hecho, esta característica es precisamente lo que hace que las acciones de clase sean una herramienta procesal atractiva: el costo para cualquier demandante particular de litigar su demanda superaría el escaso pago que podría recibir incluso si tuviera éxito. Al consolidar cientos (y a veces miles) de reclamos individuales, las acciones de clase les permiten a los tribunales juzgar alegaciones de daños graves y generalizados. Sin embargo, cuando las demandas que prosperan tie-

para bebés]. La primera sugerencia de utilizar el mecanismo *cy près* en las acciones de clase parece ser un trabajo de estudiantes de 1972. Véase Shepherd (1972, p. 448). Mientras tanto, el primer uso judicial parece haber llegado dos años después en la sentencia del Distrito Sur de Nueva York en el caso *Miller v. Steinbach et al.*, 1974 WL 350 en *2 (SD NY Dist Ct 1974).

3 *In re Google Inc Cookie Placement Consumer Privacy Litigation*, 934 F (3d), 316 en 326-327 (3^d Cir. 2019) [*Google Cookie*] (citando *Baby Product Antitrust*, 169, ver nota al pie 2); véase también Shiel (2015, pp. 943-945).

4 La compensación indirecta pagada a una organización, en lugar de la compensación a los damnificados que no pueden ser compensados directamente, a veces se denomina “monto residual”. Véase *Option Consommateurs c Banque Nationale du Canada*, 2015 QCCS 4380 [*Option Consommateurs v. BNC*].

nen un valor muy bajo, los costos de notificar a los damnificados y de distribuir los fondos del acuerdo entre miles de demandantes pueden consumir una parte considerable del valor de la demanda y, a veces, incluso superarlo. En estas circunstancias, el mecanismo *cy près* puede servir al efecto disuasivo de la ley, salvando acciones de clase que, de otro modo, podrían ser inviables desde el punto de vista económico o práctico.

Las acciones de clase tienen dos problemas adicionales de administración que afectan al mecanismo *cy près*. En primer lugar, en muchas jurisdicciones, las acciones de clase funcionan como regímenes de “exclusión voluntaria”: los damnificados no eligen afirmativamente formar parte de esta y deben excluirse si no están satisfechos con el acuerdo y desean presentar reclamos individuales (Piché y Saumier, 2018, p. 240). Aunque los tribunales intentan notificarles a los damnificados sus derechos legales, es probable que muchas personas pasen a formar parte de las acciones de clase sin ser plenamente conscientes de ello. En segundo lugar, para que su trabajo valga la pena, los abogados de la acción de clase suelen obtener unos honorarios considerables por sus servicios como parte de cualquier acuerdo (Walker, 2018, p. 218), honorarios que suelen reducir la indemnización por persona de cada damnificado. En conjunto, estas características comunes en las acciones de clase pueden facilitar el abuso, a menos que sean controladas de cerca por los jueces supervisores. Como explicaremos a continuación, esto es especialmente cierto cuando se trata de acuerdos *cy près*.

Este ensayo se encuadra bajo la difícil cuestión de cómo reparar el daño a los demandantes que sufren invasiones a la privacidad. Lo hace abordando el mecanismo de los acuerdos *cy près*, que, aunque no está exento de riesgos y defectos, puede ayudar a evitar las invasiones a la privacidad, hacer cumplir las leyes en materia de privacidad y proporcionar a los demandantes alguna compensación cuando se vulneran esas leyes. A pesar de la controversia que rodea a los acuerdos *cy près*, con una supervisión judicial adecuada pueden ser una herramienta especialmente útil en las acciones de clase sobre privacidad.

2. *Cy près* en *Frank v. Gaos*

El reciente caso *Frank v. Gaos* de la Suprema Corte de los Estados Unidos revela cómo los acuerdos *cy près* pueden ayudar en las acciones de clase sobre privacidad, al tiempo que pone de manifiesto cómo se puede hacer un uso indebido de ellos.

Como todo lector sabrá, cuando un usuario escribe algo en el buscador de Google, este muestra enlaces a todo tipo de sitios web. Menos conocido es que,

cuando el usuario hace clic en uno de esos enlaces, Google informa al operador del sitio web de los términos de búsqueda que llevaron al usuario a esa página. Por ejemplo, si alguien busca “facultades de Derecho en Canadá” y luego hace clic en un enlace al sitio web de McGill, esta empresa sabrá que se utilizaron esos términos de búsqueda para llegar a su sitio web.

En contra de esta práctica, un grupo de demandantes en el caso *Frank v. Gaos* presentó una acción de clase contra Google en California alegando que la empresa había violado sus derechos de privacidad al revelar sus términos de búsqueda a los operadores de otros sitios web.⁵ Los demandantes alegaban que esta práctica infringía la Ley de Comunicaciones Almacenadas, una ley federal estadounidense que prohíbe a cualquier entidad que preste un “servicio de comunicación electrónica” “divulgar a sabiendas [...] el contenido de una comunicación” almacenada por ese servicio.⁶ La ley también crea un derecho de acción privado que permite a cualquier “persona agraviada por cualquier violación” obtener la compensación “adecuada” de cualquier entidad “que haya cometido esa violación”.⁷

Los demandantes llegaron a un acuerdo con Google por el que este pagaría 8,5 millones de dólares. Aunque no se le exigió a Google que dejara de compartir los términos de búsqueda con terceros, la empresa se comprometió en el acuerdo a proporcionar información en su sitio web sobre cómo comparte los términos de búsqueda fuera de Google.⁸ A cambio de este acuerdo, los aproximadamente 129 millones de personas que habían utilizado el motor de búsqueda de Google en los últimos años verían extinguidos sus reclamos.⁹

Incluso para una empresa del tamaño de Google, un acuerdo de 8,5 millones de dólares podría parecer significativo para este tipo de invasión a la privacidad, pero la cantidad de damnificados significaba que ningún demandante en particular se haría rico después de cobrar su cheque de compensación. De hecho, al final del proceso, el acuerdo habría ascendido a unos cuatro céntimos por persona. Ante esta insignificante indemnización por persona, el tribunal

5 *Frank v. Gaos*, 139 S Ct, 1041-1044 (2019) [*Frank*]. Uno de los autores del presente ensayo, Thomas Kadri, trabajó brevemente como asistente jurídico en el caso *Frank v. Gaos*, pero las perspectivas que se comparten aquí se basan únicamente en documentos públicos.

6 *Ibidem*.

7 *Ibidem*.

8 *In re Google Referrer Header Privacy Litigation*, 869 F (3d), 737-740 (9th Cir. 2017) [*Google Referrer*], anulado y devuelto en *Frank v. Gaos* (ver nota al pie 5).

9 *Ibidem*

de distrito aceptó el argumento de las partes de que el costo de verificar cada reclamo y entregar los minúsculos pagos a millones de damnificados “superaría el beneficio monetario total obtenido por los damnificados”.¹⁰

Fue en este punto en el que el mecanismo *cy prè*s se volvió bastante atractivo. En lugar de hacer que millones de damnificados obtengan solo unos centavos, ¿por qué no juntar todo ese dinero y destinarlo a algo que sirviera mejor a los intereses de privacidad que motivaron el caso? Este fue el camino que se tomó en el caso *Frank*, en el que el tribunal y los abogados de las partes acordaron que sería mejor entregar el dinero a organizaciones sin fines de lucro dedicadas a la privacidad para promover los intereses sobre la privacidad en el futuro. De los 8,5 millones de dólares del acuerdo, unos 3 millones se destinarían a los honorarios de los abogados, los gastos administrativos y el pago de incentivos a los demandantes. Los 5 millones restantes se destinarían a seis organizaciones sin fines de lucro que acordaron utilizar el dinero para promover la concienciación, la educación y la investigación sobre la “protección de la privacidad en Internet”.¹¹ Entre los beneficiarios de los *cy prè*s se encontraban destacadas organizaciones del ámbito de la privacidad y la tecnología, como el Berkman Klein Center de Harvard, el Center for Internet and Society de Stanford y el World Privacy Forum.

En un grupo de 129 millones de personas, trece optaron por no participar en el acuerdo y cinco se opusieron. Los objetores argumentaron que era inadmisibles adjudicar únicamente una indemnización *cy prè*s sin darles a los damnificados ningún beneficio monetario, lo que se conoce como “acuerdo solo por *cy prè*s”. También alegaron que los conflictos de intereses “influyeron” en la selección de estos beneficiarios de los acuerdos *cy prè*s.¹² Pero después de considerar estas quejas, el tribunal de distrito aprobó el acuerdo como “justo, razonable y adecuado” en virtud de la Norma 23 de las Normas Federales de Procedimiento Civil, que rige las acciones de clase en los Estados Unidos.¹³

Cuando el Tribunal de Apelaciones revisó el caso *Frank* sostuvo que el tribunal de distrito no había abusado de su facultad al aprobar el acuerdo solo por *cy prè*s.¹⁴ Aunque el tribunal de apelación tomó nota de la queja del tribunal de distrito de que algunas de las organizaciones sin fines de lucro eran las “sospechosas de siempre” de recibir este tipo de adjudicaciones, y de que algunas de

10 Ibidem, en 742.

11 Ibidem, en 740.

12 *Frank*, en 1045 (ver nota al pie 5).

13 *Google Referrer*, en 742-743 (ver nota al pie 8).

14 Ibidem, en 743, 747.

las organizaciones tenían su sede en las facultades de Derecho en las que los abogados de los demandantes habían obtenido sus títulos de abogado, el tribunal de apelación concluyó que nada en el expediente “planteaba dudas sustanciales” sobre si las selecciones se habían hecho “sobre el fondo de la cuestión”.¹⁵

Los objetores decidieron llevar su caso a la Suprema Corte de los Estados Unidos, probablemente animados por el hecho de que al menos un miembro influyente de la Suprema Corte parecía escéptico sobre la conveniencia de los acuerdos *cy prè*s. Cuando un caso similar fue apelado en la Corte en 2013, los jueces se negaron a entenderlo, pero el presidente de la Suprema Corte, John Roberts, escribió una declaración separada en la que invitaba a los litigantes a presentar casos apropiados “para aclarar los límites del uso de los recursos [*cy prè*s]”.¹⁶ Entre las “preocupaciones fundamentales” del presidente de la Suprema Corte se encontraban si los tribunales deberían utilizar alguna vez el mecanismo *cy prè*s, cómo deberían evaluar los tribunales la “equidad” de los acuerdos *cy prè*s, cómo deberían seleccionarse los beneficiarios sin fines de lucro y “hasta qué punto los objetivos de cualquier organización alistada deben corresponder a los intereses de los damnificados”.¹⁷

En el caso *Frank v. Gaos*, parecía que estábamos destinados a obtener respuestas a algunas de estas preguntas. La Suprema Corte accedió a entender en el caso para decidir si un acuerdo “*cy prè*s” puede ser alguna vez “justo, razonable y adecuado” según la Norma 23 (Lewis, 2019). Se preveía que la decisión de la Suprema Corte podría tener amplias implicaciones en la forma de distribuir el dinero en las acciones de clase.¹⁸ Pero después de que el Gobierno presentara un escrito cuestionando la legitimación de los demandantes para presentar sus reclamos, la Corte esquivó la cuestión del *cy prè*s y devolvió el caso a los tribunales inferiores para que determinaran si los demandantes tenían legitimación a la luz de la decisión de la Corte del año 2016 en *Spokeo, Inc. v. Robins*, un caso importante sobre legitimación para presentar demandas sobre privacidad.¹⁹

Aunque la Corte no se pronunció sobre la idoneidad de los acuerdos *cy prè*s, ahora podemos estar seguros de que al menos otro juez cree que son problemáticos. En disidencia de la decisión *Frank*, el juez Clarence Thomas afirmó que el acuerdo *cy prè*s era inadmisibles porque los damnificados no recibieron

15 Ibidem, en 743-744, 746-747.

16 *Marek v. Lane*, 571 US 1003 en 9 (2013) (C. J. Roberts, *statement respecting denial of certiorari*).

17 Ibidem.

18 Ibidem, en 4.

19 Véase *Spokeo, Inc v. Robins*, 136 S Ct 1540 (2016).

“ningún fondo del acuerdo, ninguna medida cautelar significativa ni ningún otro beneficio a cambio de la resolución de sus reclamos”.²⁰ Si los objetores a los acuerdos *cy prè*s vuelven a la Corte, probablemente encontrarán a un aliado en el juez Thomas.

La jurisprudencia en torno a los acuerdos *cy prè*s deja muchas preguntas sin respuesta. ¿Puede un acuerdo que solo incluye compensación por *cy prè*s ser “justo, razonable y adecuado”? ¿Cómo se relacionan los acuerdos *cy prè*s con el requisito de “superioridad” de la Norma 23, según la cual el tribunal debe concluir que el mecanismo de la acción de clase es “superior” a la resolución de las demandas individuales? ¿Hasta qué punto hay que preocuparse por los conflictos de intereses en este ámbito? ¿Qué tipo de control deben ejercer los tribunales para determinar qué beneficiarios de los acuerdos *cy prè*s son adecuados? ¿La doctrina del *cy prè*s plantea problemas constitucionales por atentar contra la separación de poderes?²¹

Aunque responder a todas estas preguntas va más allá del alcance de este ensayo, ofrecemos algunas reflexiones sobre cómo los acuerdos *cy prè*s pueden ser especialmente útiles en el contexto de las acciones de clase sobre privacidad y cómo los tribunales pueden mitigar algunas preocupaciones sobre su uso excesivo en este ámbito.

3. La particular utilidad de los acuerdos *cy prè*s en las acciones de clase sobre privacidad

Los acuerdos *cy prè*s son especialmente útiles cuando compensar a las víctimas es impracticable o imposible.²² En estas circunstancias, el mecanismo *cy prè*s les permite a los tribunales repartir los fondos del acuerdo de manera que benefi-

20 *Frank*, en 1048 (ver nota al pie 5) (J. Thomas, en disidencia).

21 Véanse Redish et al. (2010, pp. 622-623), argumentando que el *cy prè*s “contraviene el ‘bilateralismo’ adversario constitucionalmente requerido por el proceso de adjudicación incorporado en el requisito de caso o controversia del Artículo III”; Ben-Shahar y Porat (2018, p. 1937), observando que “el *cy prè*s plantea cuestiones fundamentales sobre la autoridad de los tribunales para seleccionar a los no litigantes como beneficiarios de las adjudicaciones concedidas por el tribunal”; *Klier v. Elf Atochem North America, Inc.*, 658 F (3d) 468 en 480-482 (5th Cir. 2011) [*Klier*] (C. J. Jones, en concurrencia), expresando la preocupación de que las distribuciones de *cy prè*s puedan violar los requisitos de legitimación del Artículo III.

22 Véanse Ben-Shahar y Porat (2018, p. 1935), señalando que “la compensación de la acción de clase suele enfrentar el problema práctico de identificar a los damnificados y distribuir la compensación por daños y perjuicios entre ellos, especialmente cuando dicha compensación es pequeña”; Ormerod (2019, p. 1918), observando que “a veces los tribunales ordenan acuerdos *cy prè*s en acciones de clase cuando es impracticable distribuir una compensación o un acuerdo al grupo de damnificados”; *Lane v. Facebook, Inc.*, 696 F (3d) 811 en 825 (9th Cir. 2012), “concluyendo que sería

cien indirectamente a los damnificados y sirvan a los “objetivos sociales” que subyacen a las leyes de privacidad.²³

Aunque todas las acciones de clase buscan resolver el problema de tener un gran número de demandantes con reclamos relativamente pequeños, las acciones de clase sobre privacidad suelen sufrir una vertiente especialmente grave de este problema. La diferencia es principalmente de grado, no de especie: en comparación con otros reclamos que se presentan con frecuencia en las acciones de clase, los daños a la privacidad suelen ser sufridos por grupos más grandes y, en general, son más difíciles de determinar (Cofone, 2019; Cofone y Robertson, 2018) lo que conduce a montos individuales más bajos de daños indemnizables.

Consideremos la filtración de datos de Equifax en 2017, en la que la información financiera de 147 millones de contribuyentes cayó en manos de destinatarios desconocidos (Federal Trade Commission, 2020). Esta filtración causó daños a la privacidad de millones de personas, así como una cantidad indiscernible de daños financieros (que se acumularán en gran medida en el futuro) a un subconjunto desconocido de esas personas. En un acuerdo con la Comisión Federal de Comercio y la Oficina de Protección Financiera del Consumidor, la empresa aceptó pagar 425 millones de dólares, lo que equivale a menos de 3 dólares por damnificado. La molestia y el gasto de encontrar y pagarles a todas estas personas probablemente superarían cualquier beneficio (monetario o de otro tipo) que se derivaría de entregarle a cada persona una parte del acuerdo. El caso *Equifax* fue una demanda de ejecución, no una acción de clase, y no dio lugar a un acuerdo *cy præs*. Pero la naturaleza de la filtración de datos de Equifax proporciona un ejemplo convincente para ilustrar los beneficios potenciales del *cy præs* en las acciones de clase sobre privacidad.

‘gravoso’ e ineficaz pagar los fondos que quedan después de los gastos directamente a los damnificados porque la compensación de cada individuo bajo una distribución directa sería de *minimis*” (citando *Molski v. Gleich*, 318 F (3d) 937 en 955 (9th Cir. 2003)); *Klier v. Elf Atochem North America*, en 475 no. 15 (“En las acciones de clase de gran envergadura, la distribución de los fondos del acuerdo conlleva unos gastos administrativos considerables. A medida que se desembolsan los fondos del acuerdo y la cantidad aún disponible para su distribución [...] disminuye, [...] el costo marginal de realizar una distribución adicional a prorrata entre los damnificados supera la cantidad disponible para su distribución”).

23 Véanse Ben-Shahar y Porat (2018, pp. 1935-1936); Pomerantz (1969, pp. 1260-1261); *Berry v. Lexis-Nexis Risk & Information Analytics Group, Inc*, 2014 WL 4403524 en *7 (ED Va Dist Ct 2014), confirmado en *Berry v. Schulman*, 807 F (3d) 600 (4th Cir. 2015); *In re Netflix Privacy Litigation*, 2013 WL 1120801 en *2 (ND Cal Dist Ct 2013); *In re Google Buzz Privacy Litigation*, 2011 WL 7460099 en *4 (ND Cal Dist Ct 2011).

En circunstancias como las creadas por la filtración de datos de Equifax, los acuerdos *cy prês* pueden ofrecer una forma de distribuir los fondos del acuerdo que, de otro modo, no serían distribuibles (Slobom, 2018, p. 306). Incluso si los fondos pudieran distribuirse, el mecanismo *cy prês* podría servir mejor a los intereses de los damnificados en casos en los que cada pago individual sería minúsculo.²⁴ En el caso *Equifax*, por ejemplo, cada individuo puede hacer poco con 3 dólares, y aún menos con lo que quede una vez deducidos los gastos de administración y envío. En otras palabras, los costos de notificación y distribución dejan a los perjudicados con poco o nada. Pero los 425 millones de dólares de *Equifax* podrían beneficiar sustancialmente a los consumidores si se invirtieran en organizaciones que trabajan diligentemente para proteger los intereses de privacidad y seguridad de los consumidores. Si bien el problema de la no distribución puede ocurrir con poca frecuencia en el derecho del consumidor, es la norma en el derecho de privacidad. Y aunque puede ser más difícil encontrar organizaciones adecuadas para beneficiar indirectamente a los damnificados en otras áreas doctrinales, hay muchos candidatos dignos cuando se trata de intereses de privacidad.

Es importante destacar que, al resolver el problema logístico de la distribución de los fondos del acuerdo –los cuales, de otro modo, serían económicamente o prácticamente inviables de distribuir–, el mecanismo *cy prês* sirve a valiosos objetivos políticos subyacentes a las acciones de clase sobre privacidad. Sin una forma de distribuir estos fondos, las leyes de privacidad podrían aplicarse con menos regularidad. Al hacer viables más acciones de clase sobre privacidad, los acuerdos *cy prês* preservan el efecto disuasivo de las leyes en materia de privacidad incluso cuando los daños por persona concedidos son pequeños o el daño es difícil de determinar. En un momento en el que muchas personas creen, con razón, que necesitamos una mayor aplicación de las leyes de privacidad, esto representa un beneficio significativo que los acuerdos *cy prês* pueden asegurar.

Como observó el estudiante de derecho que, hace 40 años, propuso inicialmente el uso del mecanismo *cy prês* en las acciones de clase, los tribunales podrían utilizar las indemnizaciones *cy prês* para sortear los “problemas de distribución” que surgen en algunas acciones de clase y asignar los fondos de los acuerdos de otras maneras “diseñadas para maximizar el beneficio público” (Shepherd, 1972, p. 457). Como mínimo, vale la pena explorar esquemas alter-

24 Lewis (2019, p. 2).

nativos de compensación en el derecho de daños, especialmente aquellos que podrían abordar los problemas sistémicos de manera más eficaz (Jutras, 2015). El mecanismo *cy près* merece una seria consideración en este sentido, especialmente ante las numerosas preocupaciones sobre la privacidad que ha generado la era digital.

4. Los desafíos de la aplicación de los *cy près*

A pesar de la utilidad de los acuerdos *cy près* para el derecho de privacidad, estos plantean algunas inquietudes y han suscitado el escepticismo de los tribunales,²⁵ los académicos²⁶ y los medios de comunicación (Krueger y Serotta, 2008; Liptak, 2007). Como escribió en una ocasión el juez Richard Posner al revisar la idoneidad de un determinado acuerdo *cy près*:

¿Sería demasiado cínico especular que lo que puede estar ocurriendo aquí es que los abogados de los demandados querían un acuerdo que les diera unos generosos honorarios y [el demandado] quería un acuerdo que extinguiera 1,4 millones de reclamos contra él sin costo alguno para sí mismo? El acuerdo que el juez de distrito aprobó perjudicó a estos 1,4 millones de demandantes. Solo si no tenían ningún reclamo (más precisamente ningún reclamo lo suficientemente grande como para justificar un reparto) no perdían nada con el acuerdo, y el juez no determinó que no tuvieran dicho reclamo.²⁷

Algunos académicos han recomendado modificar las normas legales que rigen los acuerdos *cy près* o prohibirlos por completo (Lewis, 2019, p. 3). Una de las principales críticas es que el mecanismo *cy près* crea incentivos inadecuados para resolver los casos al exacerbar un conflicto de intereses preexistente en muchas acciones de clase (Cohen, 2019, pp. 459-462). Los abogados de las acciones de clase suelen tener un problema de conflicto de intereses porque tienen mayores incentivos que los damnificados para resolver las demandas en lugar de litigarlas. Los honorarios de los abogados que litigan en las acciones de clase proceden de los fondos del acuerdo o de las sentencias definitivas, y los abogados deben cubrir los costos de investigación y litigación de las demandas

25 Véase, por ejemplo, *Klier*, en 480-481 (ver nota al pie 21); *SEC v. Bear, Stearns & Co, Inc*, 626 F Supp (2d) 402 (SD NY Dist Ct 2009); *In re Pharmaceutical Industry Average Wholesale Price Litigation*, 588 F (3d) 24 en 34 (1st Cir. 2009).

26 Véase, por ejemplo, Yospe (2009, pp. 1027-1041); Jois (2008, p. 259); Goodlander (2015, p. 735).

27 *Mirfasihi v. Fleet Mortg Corp*, 356 F (3d) 781 at 785 (7th Cir. 2004).

durante todo el tiempo que dure la acción de clase. Por lo tanto, si los abogados de las acciones de clase llegan a un acuerdo, cobran antes y pueden empezar a litigar otros casos; si no llegan a un acuerdo, tienen que hacer frente a todos los costos del litigio (Johnston, 2013, p. 277). Los acuerdos *cy prè*s pueden agravar este problema de conflicto de intereses: el camino hacia el acuerdo es más fácil si los abogados pueden también evitar navegar por las difíciles cuestiones de distribución (Cohen, 2019, pp. 459-462).

Una segunda crítica es que los receptores de los fondos del acuerdo *cy prè*s son a veces mal elegidos, como cuando las adjudicaciones van a organizaciones con solo tenues conexiones con los intereses de los damnificados.²⁸ Consideremos el acuerdo en un caso antimonopolio de 2005 sobre los precios de la publicidad de los CD en el cual el tribunal aprobó una adjudicación *cy prè*s a una organización que promueve proyectos artísticos comunitarios.²⁹ Como concluyó un análisis de este caso, “no había forma de que la designación compensara siquiera de forma razonable a las víctimas perjudicadas, directa o indirectamente, de ninguna manera reconocible” (Redish et al., 2010, p. 637). En otro caso controvertido, un tribunal aprobó una adjudicación *cy prè*s al Fondo de Ayuda para Catástrofes de la Cruz Roja Americana en una acción de clase sobre fórmulas para lactantes.³⁰ A veces, parece que las decisiones de adjudicación son particularmente arbitrarias, como cuando un tribunal aprobó una adjudicación *cy prè*s a una sociedad de asistencia jurídica en una demanda por fraude de valores porque el trabajo de la sociedad estaba más estrechamente relacionado con el fraude de valores que “un espectáculo de danza o un zoológico”.³¹

A la luz de ejemplos como estos, no es de extrañar que los críticos hayan afirmado que algunas adjudicaciones *cy prè*s no “constituyen ni siquiera un débil intento de compensar indirectamente a las víctimas” (Redish et al., 2010, p. 637). El desajuste entre los intereses de los damnificados y el trabajo de los beneficiarios podría tener muchas causas, pero una situación especialmente preocupante se produce cuando las recomendaciones de los abogados de los damnificados están afectadas por un conflicto de intereses. Peor aún sería si un beneficiario del acuerdo *cy prè*s tuviera conexiones preexistentes con los demandados que suscitara preocupaciones sobre la colusión y la medida en que el beneficiario luchará contra invasiones de la privacidad similares en el futuro.

28 Véanse Draba (2004, p. 124); Rotenberg y Jacobs (2016); Yospe (2009, p. 1017).

29 *In re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation*, 2005 WL 1923446 (D Me Dist Ct 2005).

30 *In re Infant Formula Multidistrict Litigation*, 2005 WL 2211312 at *1 (ND Fla Dist Ct 2005).

31 *Jones v. National Distillers*, 56 F Supp (2d) 355 en 359 para [5] (SD NY Dist Ct 1999).

Estas preocupaciones, sin embargo, no son críticas al mecanismo procesal en sí mismo, sino más bien una advertencia sobre la necesidad de un sólido control judicial en su aplicación.

Incluso si no existe un conflicto de intereses real, algunos se preocupan por la apariencia de conflictos. Existe la preocupación de que el público pueda mirar con recelo a los jueces que aprueban grandes adjudicaciones de *cy près* a organizaciones privadas. Incluso si las organizaciones son sin fines de lucro, el público podría sentirse molesto por este enredo entre actores públicos y privados.³² Para evitar ensuciar al Poder Judicial, algunos académicos han propuesto que los tribunales ordenen a los demandados el pago de dinero al tesoro público cuando no sea posible compensar a los damnificados.³³ Otros han argumentado que la mejor manera de salvar el mecanismo *cy près* es quitar a los jueces del proceso de selección y, en su lugar, hacer que las partes propongan a determinadas organizaciones beneficiarias como parte del acuerdo (Goodlander, 2015, pp. 736-737). Una vez más, estas preocupaciones parecen motivadas en gran medida por la forma en que los tribunales aplican el mecanismo *cy près*. Los acuerdos particulares pueden ciertamente invitar a la desconfianza del público, pero la supervisión judicial no tiene por qué significar complicidad judicial. Los jueces deberían tener especial cuidado en evitar cualquier apariencia de incorrección cuando aprueben las adjudicaciones en los acuerdos *cy près*.

5. La aplicación del *cy près* en derecho común y derecho civil

La aplicación, la concepción y las características de la doctrina *cy près* varían entre los sistemas de derecho civil y de derecho anglosajón, e incluso difieren entre las jurisdicciones de un mismo sistema. En primer lugar, las acciones de clase en la mayoría de los sistemas de derecho anglosajón, incluidos los Estados Unidos, tienen un proceso de exclusión voluntaria, en el que las personas perjudicadas se incluyen automáticamente en el grupo de damnificados y pueden excluirse posteriormente si lo desean (Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, p. 154). En cambio, en los sistemas de derecho civil, los tribunales deben determinar en general a las personas perjudicadas y la certeza del daño por adelantado, en consecuencia, las personas perjudicadas deben unirse a un grupo de damnificados antes de tener derecho a una indemnización (pp. 166-167). El re-

32 Véanse Trivisonno (2016); *Sorenson v. Easyhome Ltd*, 2013 ONSC 4017.

33 Véase, por ejemplo, Ormerod (2019, p. 1948).

sultado es que las personas perjudicadas deben unirse a un grupo de antemano para recibir una indemnización en los sistemas de derecho civil, mientras que pueden justificar su pertenencia al grupo después de que los tribunales decidan indemnizar al grupo en los sistemas de derecho anglosajón, como Estados Unidos (pp. 162, 166-167).

Tal vez debido a esta distinción, los jueces de algunos sistemas de derecho civil le han dado un uso ligeramente diferente al mecanismo *cy prè*s: beneficiar a los individuos que no han optado por el grupo. Esta aplicación del *cy prè*s existe en algunos países de América Latina, especialmente en Brasil, México y Chile (Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, pp. 168-173). Recordemos que el mecanismo de *cy prè*s en los sistemas de derecho anglosajón es residual, lo que significa que solo debe utilizarse cuando los damnificados no pueden ser compensados directamente (pp. 158, 171). En otras palabras, “la compensación indirecta pagada a una organización, en lugar de la compensación a los damnificados que no pueden ser compensados directamente”, es la excepción y no la regla.³⁴ Esta presunción a favor de la compensación directa parece ser más débil en algunos países latinoamericanos. En Brasil, los tribunales tienen un amplio poder discrecional para decidir sobre la compensación adecuada (Rodríguez Díez y Zavala Achurra, 2019, p. 168), mientras que la característica residual del *cy prè*s está ausente en México y Chile, donde los marcos legales establecen de antemano el destino de los montos no reclamados (pp. 169-170). Esto ha llevado a algunos comentaristas a considerar que estas versiones latinoamericanas de los acuerdos *cy prè*s, al centrarse en la disuasión a expensas de la compensación, incluso cuando esta es posible, pueden contradecir la idea de “lo más próximo posible” establecida por los sistemas de derecho común (pp. 170, 172).

En Canadá, estas distinciones entre algunos sistemas de derecho anglosajón y de derecho civil podrían hacer pensar que el alcance de los acuerdos *cy prè*s sería diferente entre Quebec y las provincias de derecho anglosajón. Sin embargo, el Código de Procedimiento Civil de Quebec contempla las adjudicaciones *cy prè*s,³⁵ y la jurisprudencia de esta ciudad se ha mantenido cercana a la de las provincias canadienses que se rigen con el sistema anglosajón donde se han aprobado los acuerdos *cy prè*s.³⁶ La doctrina del *cy prè*s en Quebec tam-

34 Véase *Option Consommateurs v. BNC* (ver nota al pie 4).

35 Véanse los artículos 590, 593, 596, 597 del Código Procesal de Quebec. Antes de la aprobación del nuevo Código en 2015, los acuerdos *cy prè*s estaban contemplados en los artículos 1033, 1034, 1036 del Código (1965).

36 Véase, por ejemplo, *D’Urzo v. Tnow Entertainment Group*, 2014 QCCS 365 (siguiendo el estricto

bién es residual.³⁷ De hecho, las distribuciones de los acuerdos *cy près* no son desconocidos en Quebec, aunque a veces se perciben erróneamente como poco comunes porque muchos no se notifican (Kalajdzic, 2013, nota al pie 62). A grandes rasgos, la adopción del *cy près* por parte de Quebec podría considerarse un ejemplo de cómo el derecho anglosajón influye en el derecho civil de esa ciudad (y viceversa), en lo que se ha denominado una “fertilización cruzada” de las dos tradiciones jurídicas de Canadá (Jukier, 2015; 2018; Jutras, 2009).

En Canadá, las acciones de clase tienen un doble propósito: de modificación del comportamiento y disuasión, por un lado, y de compensación, por otro (Berryman y Carroll, 2013). Pero las opiniones difieren en cuanto al peso que se le debe dar a cada uno de estos propósitos. Algunos han argumentado que los jueces canadienses han mostrado en general una preferencia por la función compensatoria de los litigios civiles sobre la función disuasiva (Kalajdzic, 2013), mientras que muchos han puesto en duda la afirmación de que las acciones de clase en general son eficaces para compensar a los ciudadanos (Piché, 2018). En consecuencia, aunque varias provincias canadienses han autorizado la doctrina del *cy près* en los estatutos provinciales sobre acciones de clase, esta medida no ha estado exenta de polémica (Kalajdzic, 2013, pp. 191-193). No obstante, los tribunales han comenzado a utilizar el mecanismo *cy près* en múltiples provincias canadienses. En un caso de 2018, por ejemplo, un tribunal de la Columbia Británica distribuyó la compensación por daños y perjuicios a escuelas locales después de que permaneciera sin reclamar durante diez meses,³⁸ y otro tribunal de Ontario autorizó una adjudicación de *cy près* a una organización benéfica en un caso de 2019 después de que los demandantes intentaran interrumpir la acción.³⁹ Las consideraciones expuestas en este ensayo sugieren que, a medida que las acciones de clase sobre privacidad siguen creciendo en popularidad en Canadá, los jueces de las provincias que autorizan los acuerdos *cy près* deberían prestarles especial atención en los casos que implican reclamos en materia de privacidad.

En resumen, los acuerdos *cy près* pueden ser una herramienta valiosa para las acciones de clase sobre privacidad en Canadá porque los tribunales tanto de

criterio de Ontario en cuanto a la conexión racional entre los intereses de los damnificados y el o los beneficiarios a los que debe distribuirse el fondo del acuerdo); véase también *MD c Hôpital Rivière-des-Prairies*, 2016 QCCS 2651; *Adams v. Banque Amex du Canada*, 2015 QCCS 1917; *Option consommateurs v. Infineon Technologies*, 2019 QCCA 2132 en los párrs. 64-68.

37 Véase *Handicap-Vie-Dignité c Résidence St-Charles-Borromée, CHSLD Centre-ville de Montréal*, 2017 QCCS 935; *Option Consommateurs v. BNC* (ver nota al pie 4).

38 *Pro-Sys Consultants Ltd v. Microsoft Corporation*, 2018 BCSC 2091.

39 *Ali Holdco Inc v. Archer Daniels Midland Company*, 2019 ONSC 131.

Quebec como de las provincias de derecho anglosajón han adoptado este tipo de acuerdos de distribución. Aunque algunos tribunales canadienses han compartido el escepticismo mostrado por algunos tribunales de Estados Unidos, la legislación canadiense ha sentado las bases para aceptar los beneficios de los acuerdos *cy près* en las acciones de clase sobre privacidad.

6. Conclusión

Los acuerdos *cy près* reavivan un viejo debate sobre los objetivos de las demandas civiles: la restitución y la disuasión. Algunos recursos civiles sirven a ambos propósitos en armonía, mientras que otros favorecen a uno sobre el otro. Los acuerdos *cy près* no cumplen con la restitución porque “no tienen el objetivo de subsanar el daño sufrido por demandantes específicos”, en su lugar, buscan “reforzar un conjunto de valores e intereses relacionados con ese daño” (Ben-Shahar y Porat, 2018, p. 1937). Sin duda, si se asignan adecuadamente, los damnificados deberían recibir beneficios *indirectos* cuando las organizaciones reciben las adjudicaciones *cy près*, ayudando así a que el mecanismo se ajuste a los objetivos de reparación. Pero incluso si se hace de forma adecuada, estos beneficios indirectos no constituyen una indemnización para compensar a los damnificados y no existe una supervisión judicial *post hoc* para garantizar que cualquier beneficio indirecto previsto se materialice.

Por lo tanto, una importante justificación de los acuerdos *cy près* radica en su capacidad de ofrecer cierta disuasión del comportamiento ilícito. Aunque los acuerdos *cy près* solo sirven tangencialmente al objetivo de la restitución, pueden disuadir del comportamiento ilícito con más eficacia que devolverle al demandado los fondos no distribuibles del acuerdo.⁴⁰ Además, el mecanismo *cy près* “ajusta más estrechamente la distribución a los intereses de los damnificados” que la simple devolución al Estado de los fondos no distribuibles.⁴¹ El potencial de abuso hace que sea especialmente importante que los fondos de los acuerdos *cy près* se distribuyan a entidades estrechamente relacionadas con la causa de la acción, pero esto puede garantizarse mediante un fuerte control por parte de los tribunales. Con una supervisión judicial adecuada, los acuerdos *cy près* pueden ser una herramienta valiosa en las acciones de clase sobre privacidad. Los tribunales no deberían renunciar a estos acuerdos todavía.

40 Véase Lewis (2019, p. 2); véase también *Google Cookie* (nota al pie 3).

41 *Ibidem*.

Bibliografía

- Ben-Shahar, O. y Porat, A. (2018). The Restoration Remedy in Private Law. *Columbia Law Review*, 118, 1901-1952.
- Berryman, J. y Carroll, R. (2013). Cy-Pres as a Class Action Remedy—Justly Maligned or Just Misunderstood? En Barker, K. y Jensen, D. (Eds.), *Private Law: Key Encounters with Public Law* (pp. 320-365). Cambridge University Press.
- Cofone, I. N. (2019). Nothing to Hide, but Something to Lose. *University of Toronto Law Journal*, 70, 64-90.
- Cofone, I. N. (Ed.). (2020). *Class Actions in Privacy Law*. Routledge.
- Cofone, I. N. y Robertson, A. Z. (2018). Privacy Harms. *Hastings Law Journal*, 69(4), 1039-1099.
- Cohen, A. A. (2019). Settling Cy Pres Settlements: Analyzing the Use of Cy Pres Class Action Settlements. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 32, 451-468.
- Draba, R. E. (2004). Motorsports Merchandise: A Cy Pres Distribution Not Quite ‘as Near as Possible’. *Loyola Consumer Law Review*, 16(2), 121-157.
- Federal Trade Commission. (enero de 2020). *Equifax Data Breach Settlement*. <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/refunds/equifax-data-breach-settlement>.
- Goodlander, J. (2015). Cy Pres Settlements: Problems Associated with the Judiciary’s Role and Suggested Solutions. *Boston College Law Review*, 56(2), 733-765.
- Hillebrand, G. y Torrence, D. (1988). Claims Procedures in Large Consumer Class Actions and Equitable Distribution of Benefits. *Santa Clara Law Review*, 28(4), 747-773
- Johnston, J. (2013). Cy Pres Comme Possible to anything is Possible: How Cy Pres Creates Improper Incentives in Class Action Settlements. *The Journal of Law, Economics & Policy*, 9, 277-303.
- Jois, G. U. (2008). The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law. *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, 16, 258.
- Jukier, R. (2015). The Impact of Legal Traditions on Quebec Procedural Law: Lessons from Quebec’s New Code of Civil Procedure. *The Canadian Bar Review*, 93(1), 211-250.
- Jukier, R. (2018). Canada’s Legal Traditions: Sources of Unification, Diversification, or Inspiration? *Journal of Civil Law Studies*, 11(1), 75-104.
- Jutras, D. (2009). Cartographie de la Mixité: La Common Law et la Complétude du Droit Civil au Québec. *La Revue du Barreau Canadien*, 88, 247-273.
- Jutras, D. (2015). Alternative Compensation Schemes from a Comparative Perspective. En Bussani, M. y Sebok, A. J. (Eds.), *Comparative Tort Law: Global Perspectives* (pp. 151-170). Edward Elgar Publishing.
- Kalajdzic, J. (2013). The ‘Illusion of Compensation’: Cy Pres Distributions in Canadian Class Actions. *The Canadian Bar Review*, 92(2), 173-209.
- Krueger, G. G. y Serotta, J. A. (2 de junio de 2008). Money for Nothing. *Legal Times*.
- Lewis, K. M. (2019). UPDATE: Is Cy Pres A-OK? Supreme Court to Consider When Class Action Settlements Can Pay a Charity Instead of Class Members. En *Congressional Research Service*. <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10131.pdf>.
- Liptak, A. (26 de noviembre de 2007). Doling Out Other People’s Money. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2007/11/26/washington/26bar.html>.
- Ormerod, P. C. (2019). A Private Enforcement Remedy for Information Misuse. *Boston College Law Review*, 60(7), 1893-1948.

- Piché, C. (2018). Class Action Value. *Theoretical Inquiries in Law*, 19(1), 261-302.
- Piché, C. y Saumier, G. (2018). Consumer Collective Redress in Canada. *Japanese Yearbook of International Law*, (61), 231-259.
- Pomerantz, A. L. (1969). New Developments in Class Actions - Has Their Death Knell Been Sounded. *Bus Lawyer*, 25(3), 1259-1262.
- Redish, M. H., Julian, P. y Zyontz, S. (2010). Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis. *Florida Law Review*, (62), 617-666.
- Rodríguez Díez, J. E. y Zavala Achurra, M. E. (2019). Restitución e Indemnización a Sujetos Indeterminados, Cy-Près y Acciones de Clase. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 151-176.
- Rotenberg, M. y Jacobs, D. (2016). Enforcing Privacy Rights: Class Action Litigation and the Challenge of Cy Pres. En Wright, D. y De Hert, P. (Eds.), *Enforcing Privacy: Regulatory, Legal and Technological Approaches* (pp. 307-333). Springer.
- Shepherd, S. R. (1972). Damage Distribution in Class Actions: The Cy Pres Remedy. *Chicago Law Review*, (39), 448-465.
- Shiel, C. C. (2015). A New Generation of Class Action Cy Pres Remedies: Lessons from Washington State. *Washington Law Review*, 90(2), 943-991.
- Slobom, M. J. (2018). Recalibrating Cy Pres Settlements to Restore the Equilibrium. *Dickinson Law Review*, 123(1), 281-306.
- Trivisonno, C. (2016). Developing a Consistent Approach to Balance Distributions in Quebec. *The Canadian Class Action Review*, 11(2), 321-338.
- Walker, J. (2018). *Class Actions in Canada: Cases, Notes and Materials* (2ª ed.). Emond Publishing.
- Yospe, S. (2009). Cy Pres Distributions in Class Action Settlements. *Columbia Business Law Review*, 2009(3), 1014-1064.

EL AMPARO COLECTIVO Y EL SISTEMA REGISTRAL DE LAS ACCIONES COLECTIVAS: A UN LUSTRO DE LAS ACORDADAS 32/2014 Y 12/2016 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Marcela Sandra Molina

Universidad Católica Argentina (sede Mendoza)

marcsmolina@yahoo.com.ar

Recibido: 10/04/2021

Aceptado: 28/04/2021

Resumen

La inexistencia de una regulación general nacional del amparo y de las acciones colectivas genera inseguridad jurídica en su tramitación (como la litispendencia y el riesgo de proliferación de procesos con idéntico objeto en distintas jurisdicciones). Ello exige sistemas de publicidad idóneos, especialmente registrales, para la identificación de los procesos colectivos en trámite en todo el ámbito nacional, como así también la imposición de nuevos deberes al órgano judicial y a abogados. Esta necesidad es aún mayor en los amparos colectivos, por tratarse de una garantía constitucional que debe tramitar a través de un proceso rápido y expedito para restablecer el derecho vulnerado. La organización y funcionamiento del registro debe guiarse por principios que aseguren el cumplimiento de su finalidad.

En definitiva, este artículo resalta la importancia y necesidad de los sistemas registrales de las acciones colectivas, analizando los sistemas existentes en el derecho comparado y en Argentina, sus fallas y omisiones.

Palabras clave: amparo colectivo, acciones de clase, acciones colectivas, registro de acciones colectivas.

Collective Constitutional Actions and the Registry of Class Actions: Five Years Since Argentine Supreme Court Rules 32/2014 and 12/2016

Abstract

The absence of class actions' federal legislation creates legal uncertainty (especially the risk of overlapping processes with cause and object identity). This requires adequate information systems to identify pending collective processes at the national level as well as the imposition of new duties on the judges and lawyers. This need is greater in constitutional actions that must be quick and expeditious to re-establish the rights that have been violated. The organization of the registry must be guided by principles that ensure the fulfillment of its purpose.

Specifically, this article highlights the importance and necessity of the registration publicity systems, analyzing the existing systems in comparative law and in our country; its faults and omissions.

Key words: constitutional processes, class actions, class actions registry.

1. Introducción

El artículo 43 de la Constitución Nacional (en adelante, CN), reformada en 1994, prevé una acción judicial rápida y expedita como garantía de los derechos fundamentales, entre ellos, los derechos de incidencia colectiva.

El Congreso Nacional no ha reglamentado la acción de amparo colectivo, ni siquiera las acciones colectivas en general, aun cuando se han presentado numerosos proyectos de ley con distinto alcance y legitimación. Algunos han buscado receptor la acción de clase, y otros, una acción colectiva amplia. Solamente se han introducido algunas normas procesales escuetas en las Leyes 24240 y 25675 (cuyo artículo 30 establece una legitimación muy amplia y prevé expresamente el amparo ambiental).

Hay distintas opiniones doctrinarias sobre la consagración expresa de la garantía de amparo colectivo en el artículo 43, párrafo 2 de la CN. Algunos sostienen que hay una consagración expresa,¹ mientras que otros consideran que el texto constitucional prevé el amparo en general.² Lo cierto es que la acción de amparo mencionada en el primer párrafo del artículo 43 no se adapta al amparo colectivo, dejando amplios vacíos normativos en torno a numerosos aspectos procesales (legitimación, identificación y delimitación del grupo, cer-

1 Ver Bastera (2013, p. 1232); Bidart Campos (2004, p. 212); Gelli (2004, p. 396); López Alfonsín et al. (2018, p. 28).

2 Se trata del amparo "con independencia de la ampliación de los sujetos legitimados procesalmente para su promoción, conclusión a la que lleva el propio texto del 2º párr. del art. 43 cuando alude a esta acción" (Olmos Sonntag, 2016, pp. 201-202).

tificación del grupo, publicidad, litispendencia, competencia, atracción de procesos y acumulación, sustanciación de la prueba, admisión de otros legitimados y de terceros coadyuvantes, disponibilidad de la acción, efectos de la sentencia, cosa juzgada, terminación anormal del proceso) y otros aspectos instrumentales y organizacionales (creación de registros de procesos colectivos, colaboración recíproca y comunicación permanente entre esos registros, la imposición de nuevos deberes a los jueces, etc.).

La regulación de la acción de amparo colectivo y, en general, de todas las acciones colectivas es una necesidad impostergable. En el período 2014-2017 se tramitaron 927 procesos colectivos en el fuero federal (Verbic, 2017). Esta cantidad parece ínfima en comparación con el número total de procesos que ingresan por año en cada fuero. Sin embargo, más allá del aspecto cuantitativo, lo que más resalta en estos procesos es su complejidad, la pluralidad de titulares y legitimados (algunos extraordinarios), el conflicto de múltiples intereses, sus efectos *erga omnes* y, en muchos casos, su importancia institucional.

La inexistencia de una regulación sistemática en el ámbito federal genera inseguridad jurídica en su tramitación y riesgo de proliferación de procesos con idéntico objeto en distintas jurisdicciones. Este riesgo exige sistemas de publicidad para la identificación de las acciones colectivas, en particular la creación de un registro para evitar el escándalo jurídico que producirían sentencias contradictorias con efectos expansivos. Esta necesidad es aún mayor en los amparos colectivos, por la exigencia constitucional de erigirse en una vía expedita y rápida.

Ante la omisión del legislador, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), mediante la Acordada 32/2014, ha creado un Registro Público de Procesos Colectivos en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.

Esta omisión contrasta con el derecho público provincial, dado que el amparo colectivo fue receptado por algunas constituciones provinciales antes de la reforma de la CN de 1994 y fue regulado por las legislaturas de varias provincias. Estas normas provinciales se adelantaron al legislador nacional, plasmando reglas para dar solución a distintos conflictos que se fueron planteando.

La Constitución Nacional y las constituciones provinciales receptan una legitimación amplia del amparo colectivo. Por eso hay que reglamentarlo y organizarlo, para evitar una alta litigiosidad, la desvirtuación de esta garantía constitucional, el desgaste jurisdiccional y la proliferación de juicios idénticos que pueden terminar con sentencias contradictorias con efectos expansivos.³

3 Los procesos colectivos plantean una serie de cuestiones. Primero, la tipicidad: derechos de incidencia colectiva (indivisible) y derechos individuales homogéneos (eficiencia, economía procesal). Se-

En el presente estudio, partimos de una visión integral del amparo colectivo que comprende aspectos constitucionales (en tanto garantía consagrada en la CN, distribución de poder nación-provincias) y aspectos comunes a las acciones colectivas, ya sea procesales (requisitos de la demanda, certificación de clase, legitimación, litispendencia, conflictos de competencia) o administrativos (organización de registros de acciones colectivas, etc.).

Nos referiremos a los medios y vías para evitar la proliferación de amparos colectivos con identidad de objeto y causa. Especialmente destacamos la importancia y necesidad del sistema registral de las acciones colectivas que prevea una categorización según clase de acciones y tipo de proceso. Todo ello, para facilitar la identificación de conflictos de competencia, litispendencia, conexidad, analizando los sistemas existentes en el derecho comparado y en nuestro país, sus fallas, omisiones, sus efectos y alcances.

2. Las acciones colectivas y los sistemas de publicidad

a) Los autores mencionan como antecedente el Bill of Peace del derecho anglosajón (siglo XVII) (Bianchi, 1998, pp. 10-30; Carnota, 2012; Salgado, 2010) y las *class actions* de Estados Unidos (siendo sus antecedentes: Equity Rule 48 de 1842⁴ y Equity Rule 38 de 1912).

En 1938, se dictó la Rule 23 –modificada en 1966–, que estableció requisitos de procedencia, entre los cuales menciona el riesgo de sentencias contradictorias.⁵ El juez norteamericano tiene la facultad de evaluar si en el caso concreto se ha cumplido o no el requisito, atendiendo a sus circunstancias particulares. En caso afirmativo, certifica la clase (aprobación de la calificación y tratamiento como una acción de clase) (Bianchi, 1998). En el año 2005, se dictó la Class Ac-

gundo, la legitimación. En Estados Unidos, *class actions* sigue la lógica del mercado. En otros países, la legitimación está concentrada en el sector público (Europa y Brasil). En Argentina, son sujetos legitimados: el afectado, asociaciones (ONG), sector público (Defensor del Pueblo, fiscales). Las estadísticas muestran litigiosidad innecesaria. Este jurista considera positiva la amplia legitimación, pero sostiene que hay que organizarlo y buscar un equilibrio, sugiriendo una visión amplia de estas acciones (Lorenzetti, 2012).

4 Sobre las *class actions* en el derecho norteamericano, ver Bianchi (2003); Salgado (2010); Vergara (2011).

5 “Rule 23: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class. (b) Types of Class Actions...”. Disponible en: https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23. Al respecto, ver Gidi (2004).

tion Fairness Act,⁶ que mejoró el procedimiento y confirió competencia federal en las grandes demandas colectivas.⁷

Un aspecto relevante es que el Federal Judicial Center (JFC) lleva una base de datos digital⁸ y de acceso público, que centraliza la información de todos los procesos desde 1970, indicando tipo y materia (no está limitado a las acciones de clase), objeto, partes, fecha de inicio y terminación. El abogado es quien debe investigar la existencia de procesos pendientes con idéntico objeto.⁹

Por su parte, la Federal Trade Commission tiene a su cargo la protección de los consumidores y de la competencia, mediante la prevención de prácticas comerciales desleales, engañosas y anticompetitivas a través de la promoción y la educación. Además, lleva un registro con mención de datos relevantes (fecha de inicio y estado procesal, partes, descripción de los hechos, tribunal, número de expediente, actos procesales y documentación).¹⁰

Esta base de datos con finalidad informativa y estadística difiere del registro de acciones de clase que llevan otros países que siguen el sistema del *common law*, como Australia,¹¹ donde los registros proveen información de las causas judiciales detallando los actos procesales relevantes.

b) En Canadá, el primer antecedente normativo sobre las acciones colectivas se encuentra en el Código de Procedimiento Civil de Quebec,¹² que previó normas para las *class actions* en 1978 (artículos 571 a 604). En Ontario, el debate de un proyecto comenzó en 1982, tomando el modelo norteamericano. En 1992 se aprobó un moderno estatuto sobre procedimiento de las *class actions*.

6 Sancionada el 28/02/2005.

7 “SEC. 2. -Congress finds the following: (1) Class action lawsuits are an important and valuable part of the legal system when they permit the fair and efficient resolution of legitimate claims of numerous parties by allowing the claims to be aggregated into a single action against a defendant that has allegedly caused harm. (2) Over the past decade, there have been abuses of the class action device that have: A) harmed class members with legitimate claims and defendants that have acted responsibly; B) adversely affected interstate commerce; C) undermined public...”.

8 La Junta Directiva del Federal Judicial Center es presidida por el presidente del Tribunal Supremo. Disponible en: <https://www.fjc.gov/research/idb/civil-cases-filed-terminated-and-pending-sy-1988-present>.

9 En Estados Unidos, el sistema de las *class actions* sigue la lógica del mercado (riesgos-beneficios, inversión) (Lorenzetti, 2012).

10 Federal Trade Commission. Disponible en: <https://www.ftc.gov/about-ftc>.

11 Federal Court of Australia. Disponible en: <https://www.fedcourt.gov.au>.

12 Quebec es una jurisdicción de derecho civil que se rige por un código civil formal, con una fuerte influencia del sistema legal civil francés. Las demás provincias canadienses tienen un derecho sustantivo que combina la legislación federal, la legislación provincial y el derecho consuetudinario elaborado por jueces, siguiendo la tradición jurídica británica.

Posteriormente, las demás provincias sancionaron sucesivamente su legislación sobre las *class actions* (Rosenberg, 2016), excepto en Prince Edward Island (aunque recientemente fue acogida por un fallo del Máximo Tribunal de esa Provincia).¹³ En el año 2002, se introdujo una enmienda al Reglamento del Tribunal Federal, en la que se aprobó una regulación para los procesos colectivos.

La Asociación de Colegios de Abogados Canadiense provee una base de datos nacional de acciones colectivas de fácil acceso con documentos judiciales de todo el país, pero es incompleta, ya que es una iniciativa voluntaria.

Solamente la provincia de Quebec tiene un registro digital de *class actions*,¹⁴ que proporciona información de aquellas presentadas desde el 1 de enero de 2009. Este registro permite el acceso a la documentación indispensable para conocer la delimitación de la clase (admisión, defensa del demandado, resoluciones judiciales).

c) En Brasil, los antecedentes se remontan a 1977, con la sanción de la Ley de Acción Popular. Poco después, la Constitución de 1988 (artículo 5) previó el amparo colectivo y la acción popular.

El derecho brasileiro acepta la siguiente clasificación: a) derechos difusos (indivisibles, pertenecen a personas indeterminadas vinculadas por un hecho común); b) derechos colectivos (indivisibles, pertenecen a un grupo de personas ligadas por una relación jurídica común); y c) derechos individuales homogéneos.¹⁵ Por su parte, la Ley 8078¹⁶ otorga legitimación al Ministerio Público, a los Gobiernos estatales, municipales y federal, a la administración pública y a las asociaciones cuyo objeto sea la protección de derechos colectivos. Carecen de legitimación las personas físicas, por tanto, el riesgo de superposición de procesos con idéntico objeto disminuye.

Un aspecto importante es que el artículo 44 de esa ley prevé un catastro público de acceso libre, en el que se asientan las reclamaciones fundamentadas en contra de proveedores de productos y servicios, debiendo informar, entre otras cosas, si la reclamación fue atendida o no por el proveedor.

13 La Corte de Apelaciones dijo: "... a los residentes no se les debe negar un esquema legislativo moderno e integral en el cual litigar sus reclamos", *King & Dawson v. el Gobierno de P.E.I.*, 2020.

14 Disponible en: <https://www.registredesactionscollectives.quebec/>.

15 Dinier y Zaneti (2017) explican que el enjuiciamiento de casos repetitivos tiene por objeto la definición sobre cuál es la solución que ha de darse a una cuestión jurídica (procesal o material, individual o colectiva). "Esos procesos pueden ser homogéneos (tienen por objeto litigioso una cuestión de derecho similar) o heterogéneos (tiene un objeto litigioso diferente, pero hay cuestiones comunes, normalmente procesales, que se repiten en todos ellos" (p. 271).

16 Sancionada el 11/09/1990, D.O. 176, 09/12/1990.

En septiembre de 2020, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil presentó un anteproyecto de Ley de Acciones Colectivas, que prevé un catastro público para todas las acciones colectivas.

d) En España, la Ley 1/2000¹⁷ reguló aspectos procesales de las acciones colectivas (legitimación, determinación de los miembros del grupo, formas de comunicación de la existencia del proceso, efectos de la sentencia, ejecución de sentencias) (Neira Pena, 2019, pp. 196 y 218).

La legislación española tiene aspectos relevantes. Primero, prevé la legitimación del Ministerio Fiscal y de las asociaciones de consumidores anotadas en el registro respectivo. Los afectados tienen legitimación si sus miembros están determinados o son determinables y siempre que se presenten en juicio la mayoría de ellos. Segundo, autoriza la acumulación de procesos individuales con el mismo objeto, aun de oficio. Tercero, regula los efectos de la sentencia para las partes y miembros del grupo no litigantes.

e) En Colombia, la Ley 472¹⁸ reguló la acción popular y las acciones de clase conforme lo dispuesto en la Constitución de 1991 (artículos 88 y 89) (Guayacán Ortiz, 2005, pp. 35-56). El artículo 12 de la ley confiere legitimación a toda persona física o jurídica, a organizaciones no gubernamentales, a entidades públicas, al procurador general, al defensor del pueblo y a personeros locales, alcaldes y servidores públicos. Para su procedencia debe acreditarse: 1) grupo de al menos veinte personas; 2) pertenencia a un grupo; y 3) condiciones uniformes del perjuicio.

La ley colombiana ha creado un registro de carácter público dentro del ámbito de la Defensoría del Pueblo, que centraliza información de las acciones populares y las acciones de grupo, proveyendo datos sobre el proceso (número, carátula, tribunal), objeto, partes, descripción de los hechos, fecha de inicio y terminación y actos procesales relevantes.

3. El amparo colectivo en el ámbito nacional

3.1. El artículo 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994

El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional dispone:

... Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario

17 Sancionada el 07/01/2000, B.O.E. 7, 08/01/2000.

18 Sancionada 05/08/1998, D.O. 43357, 06/08/1998.

y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización...

Hay distintas posturas doctrinarias sobre la interpretación del artículo 43 párrafo 2 de la CN, particularmente sobre la incorporación expresa del amparo colectivo (Quiroga Lavié, 2012) y la inclusión del amparo ambiental (Basterra, 2013). Otros consideran que el texto constitucional prevé el amparo en general (Olmos Sonntag, 2016).

Hay tres aspectos fundamentales del texto constitucional reformado:

Primero, el amparo colectivo es una especie dentro del género amparo, esto es, una garantía constitucional en tanto es un medio para hacer efectivo y real el restablecimiento de un derecho fundamental vulnerado, exigiendo un trámite procesal expedito, simple y rápido.¹⁹ Este criterio ha sido recogido por los tribunales superiores de las provincias.²⁰

Segundo, las normas legales deben prever un ámbito de aplicación amplio y comprensivo de todos los derechos de incidencia colectiva, no solo los derechos enumerados en los artículos 41, 42 y 43, segundo párrafo, sino también en los tratados internacionales de derechos humanos.

Tercero, entre los sujetos legitimados, además del Defensor del Pueblo y de las asociaciones civiles, el artículo 43 le confiere legitimación al mismo afectado. Esta amplia legitimación requiere ser canalizada adecuadamente y organizada (Lorenzetti, 2012).

El régimen jurídico del amparo regulado por la Ley 16986 no se adapta a la naturaleza colectiva del amparo colectivo, quedando amplios vacíos normativos en torno a numerosos aspectos procesales. Por eso, deben regularse todas las cuestiones que generan conflictos sin perder de vista la agilidad y sencillez propias de esta garantía constitucional.

Insistimos que, hasta fines de 2019, el amparo colectivo no había sido reglamentado en el ámbito nacional y tampoco las acciones colectivas en general, a pesar de la presentación de numerosos proyectos de ley en el Congreso de la Nación y de anteproyectos elaborados por juristas, como aquel de Quiroga La-

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Portal de Belén Asoc. Civil c/Ministerio de Salud de la Nación*, 05/03/2002, Fallos: 325:292.

20 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, *Egea c/Dirección de Vías y Medios de Transporte*, 07/02/2011, LS. 422, 157.

vié (1996, p. 1057). En la Cámara de Diputados se han presentado 16 proyectos que establecen un régimen general del amparo (incluye el amparo colectivo),²¹ siendo el último uno presentado en el mes de septiembre de 2019.²²

Todos estos proyectos de ley inspirados en distintas fuentes presentan profundas diferencias en cuanto al alcance (algunos solo incluyen los derechos colectivos; otros, los derechos individuales homogéneos o ambos) y criterio normativo (algunos regulan el amparo colectivo dentro de una ley general de amparo; otros, dentro de un régimen general de acciones colectivas).

Puede advertirse, entonces, que la sanción de la ley exige un debate previo sobre el tipo de acciones colectivas que se intenta regular (una acción popular o acciones de clase) y sus fuentes, cuyo análisis excede el objeto del presente trabajo.

Cualquiera sea la motivación de esta dilatada demora, lo cierto es que la inexistencia de regulación nacional afecta la seguridad jurídica, paliada en parte por la jurisprudencia y acordadas de la CSJN, aplaudida por un amplio sector doctrinario²³ y criticada por otros (Sagües, 2016). Entre los casos jurisprudenciales, destacamos: *Asociación Benghalensis*,²⁴ *Mendoza*,²⁵ *Defensor del Pueblo*,²⁶ *Pla*,²⁷ *Halabi*,²⁸ *PADEC*²⁹ y *Municipalidad de Berazategui*.³⁰

3.2. La jurisprudencia de la CSJN: el fallo *in re Halabi*

Este fallo presenta varios aspectos relevantes. Primero, siguió la postura amplia que incluye dentro de la noción de “derechos de incidencia colectiva” a los de-

21 Disponible en: <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/index.html>.

22 Expediente 4326-D-2019, presentado el 12/09/2019. Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

23 “... frente a la omisión permanente de los poderes políticos de cumplir con sus concretas obligaciones constitucionales [...] Felicitaciones Corte Suprema de los argentinos” (Quiroga Lavié, 2012. pp. 169-181).

24 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud de la Nación*, 01/06/2000, Fallos: 323:1339.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional*, 30/08/2006, Fallos: 329:3528. También, *Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional*, 20/06/2006 Fallos: 329:2316.

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional*, 26/07/2007, Fallos: 330:2800.

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pla, Hugo c/Provincia de Chubut*, 13/05/2008, Fallos: 331:1243.

28 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Halabi, Ernesto*, 04/03/2009, Fallos: 332:111.

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *PADEC c/SWISS MEDICAL S.A.*, 21/08/2013, Fallos: 336:1236.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A.*, 23/09/2014, Fallos: 337:1024.

rechos individuales homogéneos (aquellos en los que existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos, con una homogeneidad fáctica y normativa).

Segundo, declaró la operatividad del artículo 43 de la CN. En este sentido, dijo: “... donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido...”.

Tercero, mencionó como los presupuestos: 1) causa fáctica común; 2) pretensión colectiva; y 3) constatación de que el ejercicio individual no aparece justificado, existiendo un interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o por las características de los sectores afectados. Por su parte, como recaudos de la demanda: 1) identificación del grupo; y 2) idoneidad de la representación.

Cuarto, se expidió sobre los efectos *erga omnes* de la sentencia y otros temas procesales.

Quinto, resaltó la necesidad de implementar medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto, “a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (considerando 20 del fallo).

3.3. El fallo de la CSJN *in re* Municipalidad de Berazategui

En esta causa judicial, el intendente de Berazategui había promovido una acción en defensa de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios del servicio de televisión por cable de ese partido, con el fin de que se condene a la empresa demandada a cumplir con resoluciones de la Secretaría de Comercio Interior.

La CSJN dijo en ese fallo:

Teniendo en cuenta que se ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de distintos tribunales del país, lo que genera, además de un dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro [...] se estima necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas –a través de una acordada– en tanto los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional.

El máximo Tribunal ha continuado advirtiendo la superposición de procesos con identidad de objeto, causa y sujetos en posteriores sentencias (entre ellas, *Consumidores Financieros c/La Meridional Compañía de Seguros*³¹ y *Consumidores Financieros c/Banco Itaú*³²) y ha continuado exhortado a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición, ya sea imponiendo a la actora el deber de informar en su primera presentación procesal si ha iniciado más de un proceso colectivo con idéntico objeto o por otros mecanismos de información y publicidad.

4. Sistemas de publicidad registral de las acciones colectivas

El amparo colectivo es una garantía constitucional que protege los derechos de incidencia colectiva, cuyos titulares pueden estar dispersos en toda la provincia, en varias provincias o en todo el país.

En realidad, existe el riesgo de multiplicación de distintos tipos de procesos con identidad de objeto y causa radicados en distintas jurisdicciones –entre ellos, amparos colectivos–, generando conflictos de competencia y potencialmente sentencias contradictorias con efectos *erga omnes*. La amplia legitimación reconocida en el artículo 43 de la CN y la inexistencia de una regulación de las acciones colectivas por el Congreso de la Nación acrecienta ese riesgo.

Esta situación exige un sistema de publicidad adecuado para la litispendencia o conexidad de procesos ante otros tribunales provinciales o ante el Poder Judicial de la Nación, y también requiere la imposición de nuevos deberes a los jueces, auxiliares de justicia y abogados.

Debemos tener en cuenta que, en general, un sistema de publicidad tiene por objeto hacer cognoscible un hecho, una situación o una relación jurídica o procesal. El fundamento de estos sistemas de publicidad es la seguridad jurídica.

Hay distintos medios de publicidad según la finalidad y la naturaleza de los hechos o relación jurídica que se pretende dar a conocer (relaciones comerciales, situaciones jurídicas reales o procesos judiciales). Estos sistemas pueden ser registrales o no registrales.

El sistema de publicidad registral funciona desde hace varias décadas para

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consumidores Financieros c/La Meridional Cía de Seguros*, 24/06/2014, Fallos: 337:762.

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consumidores Financieros c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina*, 24/06/2014, Fallos: 337:753; también, *Consumidores Financieros c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina*, 10/07/2018, Fallos: 341:739.

el régimen inmobiliario, automotor, propiedad intelectual, mercado de valores, actos de última voluntad, etc. En estos últimos, hay un amplio marco legislativo y reglamentario que regulan distintos aspectos de su organización y funcionamiento.

El registro no es una mera base de datos (conjunto sistematizado de datos con finalidad meramente informativa), sino una institución con fines de dar publicidad formal a determinados hechos, circunstancias o derechos, que funciona bajo regulación y control de la Administración para dar seguridad jurídica. Esta publicidad produce efectos jurídicos.

Los sistemas de publicidad registral no son ajenos ni desconocidos en el ámbito procesal. En efecto, en el ámbito del Poder Judicial nacional y provinciales funcionan registros de distinta índole: de procesos universales, de deudores alimentarios, de adopción, de detenidos y, en algunas provincias, el registro de delitos contra la administración pública.

El sistema de publicidad de las acciones colectivas ha ido imponiéndose en el derecho comparado en la última década. Ya mencionamos algunas legislaciones extranjeras que han creado registros especiales en los últimos diez o quince años, como la legislación de Colombia (para acciones populares y acciones de clase), la de Canadá (Quebec) y la de Australia para acciones de clase, etc.

En nuestro país, la doctrina venía bregando por la necesidad de un registro de acciones colectivas (Falcón, 2007, p. 972; Gauffin, 2015; Timpanaro, 2012, pp. 294-295). Algunos autores destacan su importancia no solo como mecanismo de información, sino también de seguimiento (Gozaíni, 2014).

Es importante resaltar que la publicidad de las acciones colectivas, en general, se efectúa por medio de edictos o de comunicación social (radio, televisión, periódicos) y digital (página de internet de la demandada³³ o del Poder Judicial, publicidad en redes sociales).³⁴ Algunos autores proponen los mensajes de texto o correos electrónicos masivos, o colocación de cartelera en lugares visibles dentro de los locales de la parte demandada (Verbic, 2015). Estos sistemas de

33 “... la carga impuesta a la aseguradora se cumplirá [...] con la retransmisión del contenido de la información en un banner destacado de su página web” (Cámara Nacional Comercial, sala F, *Consumidores Financieros Asociación Civil/Liderar Compañía de Seguros SA*, 22/08/2013). Ha seguido un criterio similar la Cámara Comercial, sala D, en *PROCONSUMER c/LAN Argentina SA s/sumarísimo*, 12/12/2017.

34 “... corresponde notificar por medio de un ‘banner’ en la página web de la demandada y a través de ‘Facebook’ y/o redes sociales y/o medio digitales de gran alcance la existencia del proceso...” (Cámara Comercial, sala C, *ASOCIACIÓN PROTECCIÓN CONSUMIDORES DEL MERCADO COMUN DEL SUR-PROCONSUMER c/COTO SA*, 06/11/2019).

publicidad pretenden poner en conocimiento y garantizarles a los interesados el ejercicio de sus derechos; además, informan a la sociedad.³⁵

Ahora bien, los hechos demostraron que estos sistemas son insuficientes, pues es necesario identificar los procesos con identidad de objeto y causa, concentrar procesos conexos ante un mismo juez, acumular, etc. Esa última es la finalidad del sistema registral, en el cual la publicidad se efectúa a través de un registro en el que se asienta el hecho, situación o relación jurídica que se quiere dar a conocer.

Lo cierto es que hay cuestiones constitucionales, procesales, administrativas y técnico-registrales que inciden en la organización de este registro. Entre las procesales, se encuentra la amplitud de la legitimación anómala y la naturaleza de la acción (¿acción popular o acción de clase?), cuya regulación y alcance difiere en la legislación nacional y provincial.

En el aspecto constitucional, debe tenerse en cuenta la naturaleza constitucional del amparo colectivo; la distribución de poderes en la nación-provincias establecido en la CN en los artículos 121, 122, 123 y concordantes.

En cuanto a los aspectos administrativos, implica: optar por una forma centralizada o desconcentrada; determinar el órgano u órbita dentro del cual se crea y de quién depende dentro de la estructura administrativa (Poder Judicial, Legislativo o Ejecutivo); delimitar su competencia; establecer el tipo de soporte del registro (material o digital); disponer la forma y plazos de las comunicaciones del órgano judicial, la forma de la consulta por los abogados, etc.

Finalmente, debe tenerse en cuenta aspectos técnicos-registrales: establecer el tipo y contenido de los asientos registrales (según los sujetos y la carátula o causa), los efectos de la anotación y la validez de los informes registrales.

4.1. El registro nacional de procesos colectivos: las Acordadas 32/2014 y 12/2016

Al poco tiempo de dictar la sentencia en la causa judicial *Municipalidad de Berazategui*, y hasta tanto el Congreso Nacional dicte una norma regulatoria de las acciones colectivas, el superior tribunal emitió la Acordada 32/2014, invocando las facultades reglamentarias conferidas por el artículo 4, segundo párrafo de la Ley 25488, por el artículo 18 de la Ley 48 y por el artículo 10 de

35 “... la interposición de la demanda, la apertura de la instancia, la traba de la litis, el debate y decisión deberán ser debidamente publicitadas a fin de garantizar la posibilidad de que todos aquellos que estén interesados puedan ejercer los derechos [...] procura informar a la sociedad toda acerca de la existencia y evolución de este tipo de procesos” (Giannini et al., 2016).

la Ley 4055. El máximo tribunal tiene potestad de dictar reglamentos internos conforme el artículo 113 de la CN, quedando incluidas las cuestiones sobre el funcionamiento y administración de justicia en tanto no modifiquen o alteren las normas del Código Procesal.

Mediante esta norma, creó el Registro Público de Procesos Colectivos, radicado ante tribunales del Poder Judicial de la Nación, con carácter público, gratuito y de acceso libre, e invitó a los superiores tribunales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a suscribir convenios con la Corte nacional para compartir la información y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos.

Esta Acordada consagra una serie de reglas que pueden sintetizarse en los principios de registración única, publicidad y prevención.

El artículo 1 del Reglamento receptó un criterio amplio y abarcativo, estableciendo la obligatoriedad del registro de todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las definiciones dadas por esta Corte en los precedentes *Halabi* y *PADEC c/Swiss Medical S.A*, radicados ante el Poder Judicial de la Nación, cualquiera que fuese la vía procesal por la cual tramiten -juicio ordinario, amparo, *hábeas corpus*, *hábeas data* u otros- y el fuero ante el que estuvieran radicados.

Sin embargo, poco después, la Acordada 12/2016 excluyó los procesos que se inicien en los términos de la Ley 25675, los cuales se rigen por esa norma. Tampoco se aplica este a los procesos colectivos que involucren derechos de personas privadas de la libertad y procesos penales.

Esta Acordada 12/2016 detalló el trámite preliminar de pedidos de informes al Registro, la primera providencia del juez que declara provisoriamente el carácter colectivo del proceso, su anotación en el registro y posteriores resoluciones que se dicten.

Estos registros están organizados sobre la base de los siguientes pilares:

- Principio de registro único. El deber impuesto a los jueces de comunicar al Registro la resolución judicial que califica una acción como colectiva para su anotación, informando el tipo de proceso y los actos procesales posteriores. Una vez registrado, no podrá registrarse otro que presente una sustancial semejanza.
- Principio de prevención. Algunos autores agregan el principio de atracción (Palacio de Caeiro y Junyent de Dutari, 2016, p. 703). La Acordada 12/2016 prevé que si del informe extendido por el encargado del Registro surge la

existencia de una causa judicial en trámite, registrada con anterioridad y que presente una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requirente deberá remitir el expediente al juez que previno, salvo que el juez interviniente, mediante resolución fundada, desestime la prevención y atracción por interpretar que no se verifican las condiciones legales y reglamentarias.

- Principio de gratuidad. Esto es, prevé un acceso libre y gratuito a través de la web del Poder Judicial de la Nación.
- Principio de colaboración. La Acordada 12/2016 impone al actor el deber de denunciar las acciones colectivas interpuestas con identidad o similar objeto y tipo de proceso, con carácter de declaración jurada. En caso afirmativo, debe informarle al Tribunal causa judicial y estado procesal. Asimismo, impone el deber de consulta previa del registro y de informar al Tribunal el resultado de la búsqueda.
- Sistematización por el nombre de las partes, tribunal, materia, características del bien colectivo o derechos individuales homogéneos, composición de la clase.
- Respeto de la autonomía provincial en cuanto a las atribuciones reservadas de dictar sus códigos procesales y la legislación administrativa (artículos 75 inciso 12, 121, 122, 123, 125 de la CN).

4.2. Algunas consideraciones en torno al marco reglamentario del registro nacional de procesos colectivos y su funcionamiento

La creación de este registro de procesos colectivos en la órbita del Poder Judicial nacional y su posterior reglamentación fue recibido con agrado por gran parte de la doctrina. Sin embargo, hay algunos aspectos que plantean interrogantes, otros que imponen una actividad innecesaria que tornan más complejo y burocrático el trámite y lagunas normativas que generan inseguridad jurídica.

Primero, el ámbito de aplicación en la Acordada 32/2014 se extendió a todo proceso colectivo, incluyendo el *hábeas corpus* colectivo. Sin embargo, inexplicablemente, la Acordada 12/2016 excluyó a aquellos que versan sobre cuestiones ambientales.

Esta exclusión ha sido criticada por la doctrina (Palacio de Caeiro y Junyent de Dutari, 2016; Salgado, 2016). No hay justificación alguna para su exclusión, ni siquiera la vigencia de Ley 25675, pues ni esta ni otras leyes (como la Ley de Defensa del Consumidor, que no ha sido excluida del alcance de la Acordada

32/2014) son un obstáculo para la existencia de un registro. Todo lo contrario, la complejidad de la mayoría de las cuestiones ambientales, la masividad de sus daños y la posibilidad de extensión fuera de los límites de una provincia, la heterogeneidad de los intereses afectados (v.g., afectación de los derechos de las comunidades aborígenes sobre su hábitat, además del tema ambiental) justifican su inclusión en el registro mencionado.

Segundo, la Acordada prevé una inscripción provisional de un proceso colectivo admitido por una resolución judicial cuando presenta defectos u omisiones. En efecto, el artículo 5 de la Acordada 32/2014 establece que el registrador debe verificar el cumplimiento de los recaudos reglamentarios en el plazo de dos días. En caso de formular observaciones, realiza una anotación provisoria, debiendo el tribunal subsanar las deficiencias en el plazo de treinta días.

Esta norma no prevé consecuencias jurídicas por la omisión de ese deber procesal o por su cumplimiento tardío. Eventualmente, podría suceder que esas deficiencias impidan verificar la identidad o conexidad del objeto con ulteriores procesos colectivos que pretendan inscribirse.

Tercero, se ha receptado el principio de inscripción única y de prevención. Ello implica que el registrador debe rechazar la anotación de nuevos procesos, comunicándoles la existencia del preexistente registrado.

¿Y si la resolución judicial que admitió un proceso como colectivo luego es dejada sin efecto por una cámara de apelaciones? ¿Y si alguna instancia del proceso colectivo caduca? ¿Cómo se identificarán los procesos cuyo registro fue rechazado por la existencia de aquel cuya inscripción luego es dejada sin efecto?

Creemos que es necesario dejar constancia marginal en el asiento registral del proceso registrado de la existencia de los otros procesos que fueron remitidos al tribunal que previno, su acumulación o no al primero, fecha de la comunicación y su rechazo.

Cuarto, la inscripción exige una actividad jurisdiccional previa (pedido de informes, remisión de expedientes, aclaraciones del registro, resolución de admisión formal del proceso colectivo y certificación de la clase), que deja abierta la puerta a la dilación del proceso (Palacio de Caeiro y Junyent de Dutari, 2016).

Esta dilación puede ser grave y terminar por desvirtuar el amparo colectivo. No se debe perder de vista que “el carácter *ius publicista* de la institución y su valor instrumental” para asegurar la vigencia cierta de los derechos constitucionales (Morello, 1995, p. 1216).

Lejos de ello, la Acordada 12/2016 exige innecesariamente actividades del juez y de abogados que pueden ser simplificadas y abreviadas. El artículo 2, in-

ciso 2 d) y e) le impone al abogado del actor el deber de consulta del registro y posterior información del resultado al juez. También debe denunciar con carácter de declaración jurada si ha iniciado otras acciones judiciales con identidad de objeto que se refiera a esos intereses individuales homogéneos. Estos son requisitos de la demanda que versan sobre intereses individuales homogéneos.

Vemos que el Reglamento establece deberes procesales para el abogado con fundamento en el principio de colaboración y lealtad procesal. Sin embargo, introduce posteriormente un trámite innecesario, desconfiando de los profesionales del derecho. En efecto, una vez presentada la demanda, el juez debe recabar un informe del Registro. Este trámite y toda la actividad previa que conlleva (redacción del oficio pidiendo el informe, firma, remisión, recepción y contestación) podría suprimirse si se le exigiera al abogado no solamente la consulta del registro, sino también la solicitud de un informe extendido por la autoridad registral con vigencia por un plazo breve, que debería ser establecido en el reglamento.

En tal caso, si de ese informe surgiera la existencia de otro proceso colectivo o algún otro con conexidad, se le debería imponer al abogado la carga de presentarse en el primero (ya sea como adherente o coadyuvante, según el caso) o deducir la demanda por conexidad ante el juez interviniente en aquel.

Este informe registral, cuya presentación debe tener lugar juntamente con la demanda, es auspicioso en los amparos colectivos y también en las medidas cautelares.

Quinto, coincidimos con quienes sostienen que la legislación debe prever soluciones para los casos de coexistencia de dos o más pretensiones grupales sobre una misma cuestión (litispendencia por identidad), o en los supuestos de conexidad entre ellas (litispendencia por conexidad o acumulación de pretensiones) (Giannini et al., 2016).

Sexto, las acordadas comentadas mencionan la necesidad de coordinación con los registros provinciales. Sin embargo, han transcurrido siete años desde la Acordada 32/2014 y aún hay provincias que no han firmado convenios con esa finalidad ni han creado un registro de acciones colectivas, incluyendo al amparo colectivo.

4.3. Los registros de procesos colectivos en el derecho público provincial

En este aspecto, las provincias argentinas han sido pioneras, puesto que han creado registros provinciales de procesos colectivos en el ámbito local, en ciertos casos, anteriores al Registro nacional creado por la Acordada 32/2014. En-

tre ellos, aquel creado y regulado por el Acuerdo Plenario 5/2005 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley 2145 (esta última fue vetada por el Decreto 2018/06) y recientemente el artículo 261 Anexo A del Código Procesal para las relaciones de consumo,³⁶ ambas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, la Ley 13928 de la Provincia de Buenos Aires (modificada por la Ley 14192), la Ley 6053 de Corrientes (artículo 6), el artículo 658 del CPCyC de Tierra del Fuego y modificatorias, en los años 2005, 2010, 2011 y 2013, respectivamente.

Cabe aclarar que el Acuerdo Plenario 5/2005 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creó un registro exclusivo de amparos colectivos cuyo ámbito de aplicación fue ampliado y reglamentado por el Acuerdo plenario 4/2016.

También, la Ley 13928 de la Provincia de Buenos Aires, modificada por Ley 14192 (artículo 21), creó un registro de amparos colectivos que fue posteriormente absorbido por el registro de procesos colectivos, según dispuso la Acordada 3660/2013 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, criterio normativo criticado por la doctrina local (Rizzi, 2013, pp. 1132-1145).

En el año 2014 (fecha en la que la CSJN dictó la Acordada 32), otras provincias también crearon registros con esa misma finalidad en el ámbito local. Entre ellas, las provincias de Santa Cruz (2015),³⁷ Entre Ríos (2016),³⁸ Salta (2016),³⁹ Río Negro (2017)⁴⁰ y Córdoba (2018).⁴¹

Este registro recibe datos y recopila, ordena, sistematiza, brinda y publica toda la información vinculada al inicio y desarrollo de todo proceso colectivo. Todo ello con la finalidad de evitar el riesgo de sentencias contradictorias con efectos expansivos.

Todos los procesos colectivos deben inscribirse, tanto los que tienen por objeto bienes colectivos como intereses individuales homogéneos (excepto que involucre la libertad física), sean declarativos, preventivos, ordinarios o sumarísimos, incluyendo el amparo colectivo. Ya mencionamos que solamente crearon

36 Aprobado mediante la Ley 6407, sancionado 11/03/2021, publicado en el BO 19/03/2021.

37 Art.779 del Código Procesal Civil y Comercial, modificado por la Ley 3453 sancionada el 24/09/2015, publicada B.O 24/11/2015 y CCXX -02- 0406 dictada por el Tribunal Superior de Justicia el 29/06/2016.

38 Acuerdo general (reglamento) 33/16 del 17/11/16.

39 Ley 7968 sancionada el 01/12/16, publicada B.O 03/01/2017 y Acordada 12324 de la Corte Suprema de Justicia del 09/02/2017.

40 Acordada 13/2017 de la Suprema Corte de Justicia de Río Negro del 17/05/2017.

41 Acuerdo (reglamento) 1499-serie A del Superior Tribunal de Córdoba del 06/06/2018.

registros de amparos colectivos las leyes de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los años 2005 y 2008, respectivamente, pero posteriormente la legislación local amplió el ámbito de aplicación.

En general, las provincias han organizado estos registros sobre la base de cuatro principios, similares a aquellos receptados por el reglamento del Registro nacional:

- Principio de publicidad. Es el deber impuesto a los jueces, de comunicar al Registro el auto inicial que admite un proceso como colectivo y sus actos procesales posteriores (artículos 4 y 5 del Acuerdo General 33/2016 del Supremo Tribunal de Justicia de Entre Ríos (STJER); artículos 5 y 6 de la Ley 7968 de Salta; artículo 6 de la Ley 6053 de Corrientes; artículo 3 del Reglamento de Procesos colectivos aprobado por la Acordada 3660/2013 de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires; Anexo I del Acuerdo 26/2014 de la Suprema Corte de Justicia de Corrientes; Acordada 13/2017 de Río Negro).
- Principio de prevención.
- Principio de gratuidad, esto es, acceso en forma libre, sencilla y gratuita (artículo 9 del Reglamento aprobado por la Acordada 3660/2013 de la SCJ; artículo 21 de la Ley 13928 de la Provincia de Buenos Aires modificada por la Ley 14192; artículo 9 del Anexo I del Acuerdo General 33/2016 de la STJ Entre Ríos; artículos 1 y 10 de la Ley 7968 de Salta; artículo 5, Anexo I del Acuerdo 26/2014 de la SJC Corrientes).
- Principio de colaboración. Las normas locales requieren la colaboración del actor en la identificación de procesos ya iniciados, ya sea mediante una declaración jurada de no haber iniciado una acción judicial con idéntico o similar objeto (en caso afirmativo, informando el tribunal de origen causa judicial y estado procesal) o mediante la presentación de un informe digital del sistema informático.

4.4. Algunas reflexiones sobre los registros de procesos colectivos provinciales. Su necesaria armonización y coordinación con el registro nacional

En la legislación procesal provincial existe coincidencia en los principios rectores del sistema registral (acceso público, gratuidad, sistema de prevención), pero se presentan algunos vacíos normativos e interrogantes similares a los mencionados en relación con el Registro nacional, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

Además, se advierten algunos aspectos específicos en su instrumentación que también pueden afectar la sencillez y agilidad que exige el amparo colectivo.

Primero, en estos registros se asientan todos los procesos colectivos, declarativos o preventivos, ordinarios o sumarísimos.

Debe tenerse en cuenta que en las provincias se destacan cuantitativamente los amparos colectivos, especialmente los amparos ambientales.⁴² Esta realidad nos lleva a las siguientes reflexiones.

Por un lado, se advierte una diferencia sustancial en la regulación nacional y provincial de los registros en materia ambiental, lo que es inconveniente para cumplir con la finalidad de su creación. Las normas locales incluyen las acciones sobre materia ambiental. En cambio, la Acordada 12/2016 de la CSJN los excluyó del registro nacional.

Por otro lado, insistimos en que el amparo colectivo exige un trámite expedito y rápido que no puede ser distorsionado con el trámite de registración. Es decir, debe armonizarse el principio de publicidad registral con el principio de celeridad e inmediatez que exigen estas acciones de rango constitucional.

En este sentido, destacamos que algunas normas provinciales prevén una categorización según el tipo de proceso y materia. Las normas reglamentarias del Registro de procesos colectivos de Córdoba y de la provincia de Buenos Aires han innovado en este aspecto, aunque han adoptado distintos criterios de clasificación, lo que facilita el establecimiento de normas específicas para los amparos colectivos. El Reglamento 1491/2018 Serie A de Córdoba ha incorporado las siguientes categorías: 1) amparo colectivo; 2) acción colectiva; esta, a su vez, se subdivide en: abreviado y ordinario; y 3) acción declarativa de inconstitucionalidad. Por su parte, el artículo 8 del Reglamento aprobado por la Acordada 3660/2013 de la Provincia de Buenos Aires los ha categorizado en: amparos de incidencia colectiva y otros procesos de incidencia colectiva.

Segundo, no siempre es fácil dilucidar la naturaleza colectiva de una acción en la que se invocan derechos individuales homogéneos, tramitada como un proceso individual. En algún caso, los jueces de primera y segunda instancia admitieron solamente la acción individual, pero la Corte provincial admitió

42 A título ilustrativo, en el Registro de Procesos Colectivos de Río Negro se han registrado 74 procesos desde su creación por la Acordada 13/2017, de los cuales 72 son amparos colectivos (52 amparos ambientales) (disponible en: <http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/web/>). En el Registro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, durante el año 2020, se anotaron 79 procesos colectivos, de los cuales 64 fueron amparos colectivos (disponible en: <https://consejo.jusbaires.gob.ar/institucional/registro-de-procesos-colectivos/registros>; listado por orden cronológico, número de expediente, carátula, objeto, juzgado y fecha inicio). En el Registro de la Provincia de Buenos Aires, durante el año 2020, ingresaron 78 causas (22 amparos colectivos) (disponible en: <http://rpc.scba.gov.ar/BuscarCausas.aspx>).

parcialmente la acción colectiva.⁴³ De conformidad con las reglas generales sobre competencia, acumulación de procesos y el principio de preclusión, en esos casos no podría remitirse ese proceso al juez que previno. Por tanto, queda latente el riesgo de sentencias contradictorias con efectos expansivos.

Tercero, no es fácil investigar los procesos colectivos en trámite con identidad de objeto y causa cuando no se tiene el nombre de las partes. Muchos registros son incompletos porque no detallan el objeto del proceso ni otros datos relevantes (fecha del hecho, estado del trámite, etc.); en otros, se enumeran los procesos con indicación de datos sin un criterio de ordenación o simplemente por orden cronológico. Es conveniente usar palabras clave por tema y tesaurus, o también por años y/o fecha del hecho, incluso establecer *links* para conocer el contenido de las resoluciones judiciales dictadas en el proceso.

Cuarto, las leyes provinciales establecen la obligatoriedad de remisión de datos al registro (artículos 4 y 5 del Acuerdo General 33/2016 del STJER, artículos 5 y 6 de la Ley 7968); pero algunas normas no establecen plazo dentro del cual debe remitirse ni el plazo en el que debe ser procesada y registrada la información por el órgano competente.⁴⁴

También hay diversidad de medios de remisión de información y comunicación. Algunos prevén la comunicación electrónica (artículo 6 del Anexo I del Acuerdo General 33/2016 del STJER); otras, mediante oficio (Acordada 12324 de la Corte de Justicia de Salta); otras les asignan a las autoridades del Poder Judicial establecer el medio adecuado (artículo 7 de la Ley 7968 de Salta) o el soporte papel (artículo 5 del Reglamento de procesos colectivos aprobado por la Acordada 3660/2013 de la SCJ de Buenos Aires, aunque también prevé la posibilidad de remisión por correo electrónico). Otras exigen un informe sin aclarar el medio de comunicación (artículos 3 y 13 del Anexo II del Acuerdo General 33/2016 del STJER; artículo 6 de la Ley 6053 de Corrientes).

Quinto, hay diferencias de criterios en cuanto a la forma de acceso al público. En algunos, se instrumentó a través del sistema informático (punto VI de la Acordada 12324 de la Corte de Justicia de Salta; artículo 9 del Reglamento

43 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, *Sosa Beatriz c/AMX Argentina*, 27/07/2012. Disponible en: <http://www.jus.mendoza.gov.ar>.

44 Pocas leyes prevén plazo. El artículo 8 de la Ley 7968 y la Acordada 12324 de la Corte de Justicia de Salta establecen un plazo de dos días para asentar la inscripción una vez recibida la información por el órgano respectivo; el mismo plazo se le da al órgano judicial para remitir la información al registro y para expedir el informe sobre procesos registrados. Otras prevén un plazo de cinco días (Acordada 04/06/2016 del STJ de Santa Cruz y el artículo 7 del Reglamento aprobado por la Acordada 3660/2013 de la SCJ de Buenos Aires), siendo este muy extenso para un amparo colectivo.

aprobado por la Acordada 3660/2013 de la SCJ de Buenos Aires); en otros, a través de informes (artículo 11 del Reglamento aprobado por la Acordada 3660 de la SCJ de Buenos Aires). Otras normas locales prevén regulaciones muy escuetas y generales. Finalmente, en algunas provincias se ha instrumentado un régimen de expedición de certificados (artículo 779 del CPCyC de Santa Cruz).

5. La competencia en las acciones colectivas

Un tema que genera interrogantes es la competencia federal en amparos colectivos y demás acciones colectivas con alcances en más de una jurisdicción (Perez Hazaña, 2017, p. 957), o actores dentro de una misma clase con domicilio en distintas provincias, especialmente por distintas interpretaciones sobre el concepto de “distinto domicilio” que menciona el artículo 116 de la CN.

Como señala Lorenzetti (2012), no coincide el problema (el hecho común) con la jurisdicción provincial, lo que puede generar conflictos de competencias y de superposición de procesos. Además, el proceso colectivo es un proceso policéntrico, en el que hay distintos tipos de interés (conflicto de intereses colectivos), no solamente actor y demandado (v.gr., cuestión ambiental, patrimonio cultural y derechos de una comunidad aborigen).

Por eso no es fácil discernir la competencia en las acciones colectivas por la multiplicidad e indeterminación (o muy difícil determinación) de los titulares de los derechos de incidencia colectiva y su carácter policéntrico. Incluso, en algunos casos puede ser difícil establecer *a priori* los efectos espaciales de un mismo hecho ambiental, cultural, de discriminación, etc. También es frecuente la expansión territorial interjurisdiccional de la afectación de derechos e intereses (Giannini et al., 2016), tornándose más compleja la dilucidación de la competencia judicial en los Estados federales como Argentina.

Por tanto, debe dilucidarse la competencia federal o provincial y, aun dentro de cada jurisdicción, la competencia por razón del territorio y por la materia.

La competencia federal se limita a los supuestos enumerados en los artículos 116 y 117 de la CN por tratarse de un fuero de excepción y de interpretación restrictiva. Entre ellos, pueden incluirse los conflictos interjurisdiccionales.

En materia ambiental, el fallo *in re Mendoza, Beatriz*⁴⁵ la CSJN dijo que

el artículo 7° de la ley 25.675 prevé la competencia federal cuando se trata de

45 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional*, 20/06/2006, Fallos: 329:2316.

la degradación o contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales, hipótesis que se verifica al estar involucradas más de una jurisdicción estatal, y cuando las pretensiones tienen en mira ese presupuesto atributivo de competencia –la degradación o contaminación de recursos ambientales– al perseguir la recomposición y el resarcimiento del daño de incidencia colectiva, que es el único reglado y alcanzado por este estatuto especial...

El máximo Tribunal explicitó esa regla *in re Di Giano*,⁴⁶ en la que apuntó:

La cuestión relativa al impacto ambiental no puede obstar a la determinación de la competencia provincial si, según lo establece el art. 7 de la Ley 25.675 (de política ambiental nacional) su aplicación es de conocimiento prioritario de los tribunales ordinarios, según el territorio, la materia o las personas, y sólo caber apartarse de esa regla cuando el acto, omisión o situación generada provoque, efectivamente, degradación o contaminación en recursos ambientales de naturaleza interjurisdiccional.

Este criterio fue reiterado *in re Benzrihen*.⁴⁷

En relación con las acciones colectivas relativas a derechos individuales homogéneos en materia de consumo, el Superior Tribunal dijo:

Si bien el objeto de la pretensión se refiere a un negocio regulado por el derecho común (al tratarse de una medida autosatisfactiva, en la que se invocan intereses difusos de los consumidores, tendiente a que se restituyan los vínculos por donde circula la parte más importante del tráfico de Internet en el país) cuyo juzgamiento, en principio, corresponde a las jurisdicciones ordinarias locales (art. 75 inc. 12 CN), no es aplicable la regla general que determina que los gobiernos provinciales y la Municipalidad de Buenos Aires actúan como autoridades locales de aplicación (art. 64 Ley 24.240), pues no están afectados sólo intereses locales...⁴⁸

En la causa judicial *Consumidores Financieros*,⁴⁹ la actora había promovido diferentes acciones judiciales con pretensiones idénticas en contra de las entidades bancarias que cobrarían una comisión por riesgo contingente. La CSJN

46 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Di Giano, Isabel* 05/04/2018, Fallos: 341:324.

47 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Benzrihen c/Industrias Magromer Cueros y Pielés SA*, 21/09/2010, Fallos: 333:1808.

48 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Vecinal de Belgrano*, 23/12/2004, Fallos: 327:6043.

49 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consumidores Financieros c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina*, 10/07/2018, Fallos: 341:739.

consideró que debían radicarse ante el tribunal que conocen en pleitos con objeto idéntico o similar que presenta mayor grado de avance, descartando otros criterios como el sorteo o notificación de la demanda.

En síntesis, podemos sentar como regla general que corresponde la competencia de los tribunales ordinarios por razón del territorio o las personas; solamente cabe apartarse de esa regla cuando el acto, omisión o situación generada sea interjurisdiccional o, en los otros casos, enumerados en los artículos 116 y 117 de la CN.

Sin embargo, puede suceder que el juez que previno sea un juez provincial, pero finalmente la causa judicial pasa a ser de competencia federal cuando se identifica un conflicto interjurisdiccional y hay procesos iniciados en otras provincias. En este último caso, no podría aplicarse la regla de la competencia del juez provincial que previno cuando las partes no han prorrogado la jurisdicción.

En efecto, la competencia atribuida a los tribunales federales es improrrogable según lo dispone el artículo 1 del CPCCN, salvo por razones de vecindad. Excepcionalmente puede ser prorrogada la competencia territorial por las partes en asuntos exclusivamente patrimoniales, ya sea en forma expresa o tácita. La prórroga operará si surgiera de un convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. También implica prórroga de la competencia por el actor, por el hecho de entablar la demanda en un tribunal provincial.

En definitiva, el artículo 5 del CPCyCN establece las reglas para determinar la competencia de los tribunales en caso de derechos y obligaciones individuales (reales o personales), pero nada dice sobre los derechos e intereses difusos; menos aún sobre los amparos colectivos. Existe una laguna jurídica esencial que exige la sanción de una ley, cuya integración con las normas procesales vigentes aplicables por analogía no siempre conduce a soluciones razonables.

6. Conclusiones

El Congreso Nacional no ha reglamentado el amparo colectivo hasta la fecha, aun cuando se han presentado numerosos proyectos de ley con distintos alcances.

La regulación del amparo colectivo es un deber constitucional por cuanto debe preverse una vía procesal adecuada para la protección de los derechos de incidencia colectiva receptados en los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, enumerados en el artículo 75, inciso 22. El régimen general de la Ley 16981 no se adapta a la naturaleza colectiva de aquel, dejando amplios vacíos normativos.

La inexistencia de una regulación nacional específica sobre amparos colectivos, en especial frente a la inexistencia de un régimen general de acciones colectivas, genera inseguridad jurídica en su tramitación, especialmente en torno a la litispendencia y el riesgo de proliferación de procesos con idéntico objeto en distintas jurisdicciones. Ello exige sistemas de publicidad para identificar rápida y oportunamente las acciones interpuestas, los procesos con idéntico o similar objeto, causa y sujetos y tipo de proceso (ordinario, sumarísimos, cautelares, etc.). Entre ellos, el registro de acciones colectivas se erige como un sistema de publicidad que produce efectos jurídicos, como el deber de remitir los procesos judiciales al juez que previno.

Esta necesidad es aún mayor en los amparos colectivos, por la brevedad de sus plazos y urgencia en la resolución de los conflictos para restablecer el derecho fundamental vulnerado.

Resulta inobjetable la organización de los registros sobre la base de los principios de acceso público y libre, registro único y los principios de prevención y colaboración. No obstante, consideramos que debe suprimir trámites innecesarios que tornan burocrático el proceso de registración y además que deben establecerse soluciones en las lagunas normativas.

En definitiva, creemos que la organización debe regularse conforme a esos pilares y de acuerdo con el principio de sencillez, economía procesal, celeridad, completitud y generalidad, sin perder de vista que involucra aspectos técnico-registrales y administrativos.

Según el principio de generalidad, debe imponerse la obligación de comunicar y registrar todas las acciones colectivas, cualquiera sea el tipo de proceso y materia, incluyendo las cuestiones ambientales. La complejidad de la mayoría de las cuestiones ambientales, la masividad de sus daños y la posibilidad de extensión fuera de los límites de una provincia, la heterogeneidad de los intereses y su carácter policéntrico justifican la inclusión de estos procesos colectivos en el registro.

Por su parte, el principio de completitud prevé la sistematización múltiple por el nombre de las partes, tribunal y circunscripción, materia y tipo de proceso. El asiento registral debe incluir datos básicos del proceso: número de expediente, carátula, sujetos y sus abogados, objeto bien detallado -hecho concreto, fecha del hecho, breve relación de la plataforma fáctica-, tribunal, fecha de inicio y terminación, estado del proceso, descripción de la clase, características del bien colectivo o derechos individuales homogéneos, actos procesales relevantes, especialmente la sentencia indicando si hizo lugar o rechazó la de-

manda. Incluso, deberían mencionarse *links* que permitan el acceso directo y rápido a la documentación esencial. Asimismo, debería:

- Incluir una sección referida a la parte actora (discriminando, según sea el afectado, asociaciones civiles, Defensor del Pueblo y demás entes estatales cuya legitimación anómala ha sido prevista en la legislación provincial, indicando su domicilio real, social y legal, respectivamente; también el domicilio real de la demandada).
- Establecer consecuencias por el vencimiento de la inscripción provisoria prevista por el artículo 5 de la Acordada 32/2014, por incumplimiento de esta subsanación o cumplimiento tardío de errores, deficiencias u oscuridad.
- Exigir la anotación –aunque sea como nota marginal– de la existencia de los otros procesos colectivos que fueron remitidos al tribunal que previno, su acumulación o no al primer proceso, fecha de la comunicación y orden judicial de inscripción y su rechazo. Además, debería proveer información sobre los conflictos de competencia que se han planteado e indicar el juzgado donde quedó radicada la causa judicial.

Con respecto al principio de sencillez y economía procesal, se podría regular la expedición de un informe digital otorgado por el registrador, superador del informe del abogado con carácter de declaración jurada sobre el resultado de la búsqueda en el registro. Se le debe imponer al abogado el deber procesal de presentar este informe junto con la demanda, suprimiendo la etapa de la consulta e informe posterior solicitado por el Tribunal, así como la actividad previa (redacción y firma del oficio, remisión y recepción, contestación del informe, etc.).

En cuanto a la celeridad, las normas de organización del registro deberían prever plazos breves y perentorios. Este principio tiene especial relevancia en los amparos colectivos por tratarse de una garantía constitucional que debe ser regulada como una vía procesal expedita.

Finalmente, hay aspectos que no pueden ser resueltos por una acordada de la Corte Suprema, pues son de competencia exclusiva del Poder Legislativo, como la modificación de la competencia prevista en el Código Procesal o también la modificación o limitación de la legitimación, etc.

Bibliografía

- Abraham, H. J. (1993). *The Judicial Process*. Oxford University Press.
- Azar, J. (2015). Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión. *Revista Derecho Privado*, 1(2), 241-280. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina456.pdf>.
- Barbosa Moreira, C. (1992). *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos: un aspecto de la experiencia brasileña*. Comunicación en las XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Cuernavaca, México. <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/269>.
- Barra, R. (1994). La acción de amparo en la constitución reformada: la legitimación para obrar. *La Ley*, 1994-E, 1087-1097.
- Basterra, M. (2013). El amparo ambiental. *Revista Jurisprudencia Argentina*, 2013-IV.
- Bianchi, A. (1998). *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva*. Editorial Ábaco.
- Bianchi, A. (2003). *Control de Constitucionalidad* (Tomo II). Editorial Ábaco.
- Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Tomo IV). Ediar.
- Bidart Campos, G. (2004). *Compendio de Derecho Constitucional*. Ediar.
- Bidart Campos, G. (2006). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo II). Ediar.
- Bogart, W., Kalajdzic, A. y Matthew, I. (2007). *Class Actions in Canada: A National Procedure in a Multi-Jurisdictional Society? The Globalization of Class Actions Conference*. Universidad de Oxford.
- Carnota, W. (2012). Las acciones de clase: desde los estados unidos a la argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 93-106.
- Cassagne, J. C. (1995). Sobre la Protección Ambiental. *La Ley*, 1995-E, 1217-1225.
- Cassagne, J. C. (2000). Acerca de la eficacia *erga omnes* de las sentencias anulatorias de reglamentos. *El Derecho*, 185, 703-713.
- D'Argenio, I. (2015). Un lamentable retroceso. *La Ley*, 2015-F, 295-300.
- Díaz, S. A. (2001). *Acción de amparo*. *La Ley*.
- Didier F. (Jr.) y Zaneti, H. (Jr.). (2017). Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el Derecho brasileño. *International Journal of Procedural Law*, 7(2), 266-275.
- Ekmekdjian, M. A. (1999). La protección judicial de los intereses difusos en el derecho constitucional argentino. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3), 1-25.
- Falcón, E. (2007). *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial* (Tomo VI). Rubinzal Culzoni.
- Gauffin, A. (19 de junio de 2015). *Registro Público de Procesos Colectivos*. Poder Judicial de la Provincia de Salta. <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/opinion-justicia-salta.php?IdOpinion=74>.
- Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (2ª ed.). *La Ley*.
- Giannini, J., Salgado, J. M. y Verbic, F. (2017). Anteproyecto de ley de procesos colectivos. *Revista de Derecho Procesal*, 2017, 1-10.
- Giannini, L., Pérez Hazaña, A., Kalafatic, C., Rusconi, D., Salgado, J., Sucunza, M., Tau, M., Ucin, C. y Verbic, F. (30 de junio de 2016). *Propuesta de bases para la discusión de un proyecto*

- de ley que regule los procesos colectivos. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Programa Justicia 2020. https://www.academia.edu/28282751/Propuesta_de_bases_para_la_discusi%C3%B3n_de_un_proyecto_de_ley_que_regule_los_procesos_colectivos.
- Gidi, A. (2004). Las acciones colectivas en Estados Unidos. *Direito e Sociedade*, 3(1), 17-150.
- Gozaini, O. (2015). Creación del Registro de acciones colectivas. *La Ley T°2015-A*, 554-561.
- Guayacán Ortiz, J. C. (2005). La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas. Comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código Modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. *Revista de Derecho Privado*, (9), 35-56.
- Jimenez Jiménez, E. P. (2005). El amparo colectivo. En Manili, P. (Coord.), *Derecho procesal constitucional* (pp. 79-85). Editorial Universidad.
- López Alfonsín, M., Berra, E. y Sparaccarotella, S. (2018). *La incorporación de los derechos de incidencia colectiva en el proceso judicial*. Jusbaire.
- Lorenzetti, R. L. (2010). *Justicia colectiva*. Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. (2012). *Procesos colectivos y derechos constitucionales*. I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Buenos Aires, Argentina, 6 y 9 de junio. <https://www.cij.gov.ar/nota-9319-Se-realizaron-en-la-Ciudad-de-Buenos-Aires-las-XXIII-Jornadas-Iberoamericanas-de-Derecho-Procesal.html>.
- Mairal, H. (1998). Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *El Derecho*, 177, 795-805.
- Marianello, P. (2011). El amparo en Argentina. Evolución, rasgos y características especiales. *Revista IUS*, 5(27).
- Morello, A. (1995). Posibilidades y limitaciones del amparo. *El Derecho*, 165, 1216-1219.
- Neira Pena, A. M. (2019). Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos. *Ius et Praxis*, 25(1), 195-250.
- Olmos Sonntag, M. (s.f.). *El amparo como instrumento de control*. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-olmos-sonntag.pdf>.
- Palacio de Caeiro, S. y Junyent de Dutari, P. (2016). El amparo colectivo y la reciente Acordada de la Corte Suprema. *La Ley*, 2016-D, 691-699.
- Perez Hazaña, A. (2017). ¿Competencia federal o local? El caso de las acciones colectivas multi jurisdiccionales. *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 285, 957-974.
- Quiroga Lavié, H. (1996). Actualidad en la jurisprudencia sobre amparo. *La Ley*, 1996-E, 1057-1065.
- Quiroga Lavié, H. (1998). *Amparo colectivo*. Rubinzal Culzoni.
- Quiroga Lavié, H. (2012). Las nuevas circunstancias del amparo colectivo. Protección del medio ambiente. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, (6), 169-181.
- Rizzi, G. (2013). La Acordada N° 3660/2013 de la SCBA o la inconveniencia de regular los procesos colectivos en una ley de amparo. *La Ley*, 2013-F, 1132-1145.
- Rosenberg, M. (2016). *Programa Interamericano de Capacitación sobre la Reforma a la Justicia Civil en América Latina*. Centro de Estudios de Justicia para América.
- Sabsay, D. A. (1997). El Amparo ¿colectivo consagrado por la reforma constitucional del 1994. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (7), serie publicaciones especiales, 387-405.

- Sabsay, D. A. (2000). El amparo como garantía para el acceso a la jurisdicción en defensa de los derechos humanos. *Revista de Derecho Procesal*, (5), 23-47.
- Sagües, N. (2004). El amparo ambiental. *La Ley*, 2004-D, 1194-1199.
- Sagües, N. (2013). *El amparo como acción de clase (caso Halabi)*. Astrea.
- Sagües, N. (2016). La acción de clase se despega del amparo. *Revista Digital*, (211).
- Salgado, J. M. (2010). Amparo colectivo. En Falcón, E. (Dir.), *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* (Tomo II, pp. 205-383). Rubinzal Culzoni.
- Salgado, J. M. (2016). La Corte legisla sobre los procesos colectivos. *La Ley*, 2016-C, 626-631.
- Timpanaro, A. R. (2012). Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente. En Bruno Dos Santos, M. (Dir.), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el Derecho Procesal Administrativo* (1ª ed., pp. 289-303). Buenos Aires.
- Verbic, F. (2012). Tutela colectiva de derechos en Argentina. *Revista de Derecho Procesal*, (número extraordinario), 80-87.
- Verbic, F. (15 de abril de 2015). Publicidad y notificaciones en los procesos colectivos de consumo. *Diario La Ley*. <https://cjprocesalistas.com.ar/publicaciones/105-publicidad-y-notificaciones-en-los-procesos-colectivos-de-consumo>.
- Verbic, F. (5 de abril 2017). *Procesos colectivos inscriptos en el Registro Público que administra la CSJN: un reciente relevamiento no oficial arroja como resultado la existencia de más de 900 expedientes anotados*. Class Actions en Argentina. <https://classactionsargentina.com/2017/10/05/procesos-colectivos-inscriptos-en-el-registro-publico-que-administra-la-csjn-un-reciente-relevamiento-no-oficial-arroja-como-resultado-la-existencia-de-mas-de-900-expedientes-anotados-fed/>.
- Vergara, N. (27 de noviembre de 2011). Las acciones colectivas en el derecho comparado. *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*. http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf110149-vergara-las_acciones_colectivas_en.htm.

Jurisprudencia citada

Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud de la Nación*, 01/06/2000, Fallos: 323:1339.
- Asociación Vecinal de Belgrano*, 23/12/2004, Fallos: 327:6043.
- Benzrihen c/Industrias Magromer Cueros y Pieles SA*, 21/09/2010, Fallos: 333:1808.
- Consumidores Financieros c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina*, 24/06/2014, Fallos: 337:753.
- Consumidores Financieros c/Banco Itaú Buen Ayre Argentina*, 10/07/2018, Fallos: 341:739.
- Consumidores Financieros c/La Meridional Cia de Seguros*, 24/06/2014, Fallos: 337:762.
- Di Giano, Iris Isabel*, 05/04/2018, Fallos: 341:324.
- Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional*, 26/06/2007, Fallos: 330:2800.
- Halabi, Ernesto*, 04/03/2009, Fallos: 332:111.
- Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional*, 20/06/2006, Fallos: 329:2316.
- Mendoza, Beatriz c/Estado Nacional*, 30/08/2006, Fallos: 329:3528.
- Municipalidad de Berazategui c/Cablevisión S.A.*, 23/09/2014, Fallos: 337:1024.

PADEC *c/SWISS MEDICAL S.A.*, 21/08/2013, Fallos: 336:1236.

Pla, Hugo c/Provincia de Chubut, 13/05/2008, Fallos: 331:1243.

Portal de Belén Asoc. Civil c/Ministerio de Salud de la Nación, 05/03/2002, Fallos: 325:292.

Otros tribunales

Cámara Nacional Comercial, sala C, *ASOCIACIÓN PROTECCIÓN CONSUMIDORES DEL MERCADO COMUN DEL SUR-PROCONSUMER c/COTO SA*, 06/11/2019.

Cámara Nacional Comercial, sala D, *PROCONSUMER c/LAN Argentina SA s/sumarísimo*, 12/12/2017.

Cámara Nacional Comercial, sala F, *Consumidores Financieros Asociación Civil c/Liderar Compañía de Seguros SA*, 22/08/2013.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, *Egea c/Dirección de Vías y Medios de Transporte*, 07/02/2011, LS. 422, 157.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 1, *Sosa Beatriz c/AMX Argentina*, 27/07/2012. LS 440-155.

Canadá

King & Dawson v. el Gobierno de P.E.I., 2020.

ANÁLISIS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL “ARREPENTIDO”

Gregorio José Uriburu

Ministerio Público Fiscal de la Nación

gregoriouriburu@hotmail.com

Recibido: 01/03/2021

Aceptado: 13/04/2021

Resumen

Por medio de la Ley 27304, el Congreso de la Nación Argentina sancionó un nuevo instituto de delación premiada aplicable a un amplio catálogo de delitos, en el cual el imputado arrepentido recibe el beneficio de reducción de las escalas penales a cambio de brindar información incriminante contra terceros. En el presente artículo se analizan críticamente las objeciones a la constitucionalidad de esta ley del “arrepentido” formuladas tanto por la doctrina como en la jurisprudencia, que fueron fundadas en tres postulados constitucionales: la garantía contra la autoincriminación forzada, el principio de igualdad ante la ley y la garantía contra la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa.

Palabras clave: derecho penal, delación premiada, control de constitucionalidad, autoincriminación forzada, igualdad ante la ley, irretroactividad de la ley penal.

Constitutional Review of the Law of the “Repentant Defendant”

Abstract

By the Law no. 27.304, the National Congress of Argentina enacted a new regulation of rewarded delation that can be applied to a wide range of crimes, in which the “repentant defendant” receives the benefit of the reduction of the sentencing range in exchange for providing incriminating information regarding third parties. The present article will critically analyze the objections to the constitutionality of this law of the “repentant defendant” as formulated both by the doctrine and in jurisprudence, which were grounded on three constitutional postulates: the guarantee against self-incrimination, the principle of equality under the law, and the guarantee against the exertion of more severe *ex post facto* laws.

Key words: criminal law, rewarded delation, constitutional review, forced self-incrimination, equality under the law, *ex post facto* law.

1. Introducción¹

La Ley 27304, que sancionó el instituto del “arrepentido”, “imputado colaborador” o “delación premiada” –términos que se utilizarán de forma equivalente–, trajo aparejada una álgida discusión en torno a su moralidad, su conveniencia y su adecuación a los principios del derecho penal liberal y el Estado de derecho, así como a las normas de nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales de derechos humanos.

Esta polémica doctrinal, que ya se venía desarrollando desde anteriores regulaciones del mencionado instituto para una reducida cantidad de delitos, se vio cristalizada en una minuciosa sentencia dividida de la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en la investigación conocida como la “Causa de los Cuadernos”,² a la que se hará especial referencia, resultando ineludible para la consideración del tema de este trabajo por su relevancia institucional y política. En esta causa criminal, en la que se acusa a más de cien empresarios contratistas del Estado y funcionarios públicos de haber intervenido en una de las mayores tramas de corrupción del país, ha sido fundamental para la investigación la declaración de numerosos imputados arrepentidos. Ante impugnaciones relativas a la validez de dichos acuerdos presentados por las defensas de tres imputados, incluyendo las del exministro de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y la del expresidente de la Unión Industrial Argentina, por mayoría se resolvió declarar la constitucionalidad de la Ley 27304.

El profundo debate reflejado en la sentencia citada resulta una ocasión propicia para analizar y aportar argumentos relativos a la constitucionalidad de este instituto.

2. Breve reseña de la Ley 27304

La figura del arrepentido o imputado colaborador no es novedosa en nuestra legislación a partir de nuestro período constitucional. Ya en el artículo 4 de la

1 Agradezco los comentarios de Manuel José García-Mansilla e Ignacio Abel Uriburu, quienes siempre me incentivan a escribir.

2 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, 30/11/2020, [CFP 9608/2018/100, Registro 1663/20].

Ley 49³ de 1863 se estableció que quedará exento de la pena prevista para el delito de traición y conspiración a la traición “el que revelase la conspiración a la autoridad pública antes de haber comenzado el procedimiento”. Por su parte, en el Proyecto de Código Penal presentado por Carlos Tejedor en 1868 –adoptado por ocho provincias (Zorraquín Becú, 1988)–⁴ se preveía la atenuación prudencial de la pena cuando el imputado “... revela la existencia de nuevos culpables desconocidos la justicia, ó dá de propio motu los medios y la ocasion de prenderlos”, aunque ello no implicaba la posibilidad de cambiar el tipo de pena ni alterar la escala penal.⁵

Más recientemente, dicha figura fue receptada con distintas variantes, beneficiando al imputado ya sea con la eximición de la pena o con la reducción de la escala penal. Incluso, algunas regulaciones previeron un delito para quienes proporcionen datos falsos. Así entonces, la delación premiada fue legislada para el delito de traición a la patria⁶ en el Código Penal y en las leyes de “penalidades para los que atentan contra la seguridad de la Nación”,⁷ estupefacientes,⁸ terrorismo,⁹ privación ilegal de la libertad coactiva y secuestro extorsivo,¹⁰ trata

-
- 3 Ley 49 de Delitos cuyo juzgamiento compete a los Tribunales Nacionales, sancionada el 14 de septiembre de 1863. Cfr. Registro Nacional de la República Argentina, tomo V, núm. 5968.
 - 4 Cabe destacar que la facultad de las provincias para dictar leyes penales hasta la sanción de un Código Penal por parte del Gobierno federal –lo que ocurrió en 1886 con la Ley 1920– se desprendía del artículo 108 de la Constitución Nacional (actualmente artículo 126) en tanto se establecía que: “Las provincias no ejercen el Poder delegado a la Nación. No pueden [...] dictar los códigos Civil Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado”.
 - 5 Artículos 188, 189 y 190 del Proyecto de Código Penal presentado por Carlos Tejedor. Se conserva la ortografía original.
 - 6 De manera similar a la Ley 49, el artículo 216 del Código Penal pune desde su sanción, en 1921, a la conspiración para cometer el delito de traición, es decir, adelanta la punibilidad a los actos preparatorios del delito de traición. Seguidamente, el artículo 217 del Código Penal establece que: “Quedará eximido de pena el que revelare la conspiración a la autoridad, antes de haberse comenzado el procedimiento”; norma necesaria, ya que no le es aplicable la eximición de la pena por el instituto del desistimiento de la tentativa por consumarse el delito con los actos preparatorios.
 - 7 Ley 13985, BO 16/10/1950, artículo 14, párr. 2°, que establecía que: “Podrá ser declarado exento de sanción penal todo aquel que luego de haber consumado el delito lo denuncie a las autoridades civiles o militares y procure el arresto de los coautores o cómplices”.
 - 8 Ley 23737, artículo 29 ter, conforme modificación de la Ley 24424, BO 09/01/1995, previendo la reducción a la mitad del mínimo de la pena o eximición.
 - 9 Ley 25241, BO 17/03/2000, artículos 2 a 6, reduciendo la escala penal como en la tentativa o limitándola a la mitad. Además, se previó un tipo penal por el cual se dispuso que: “Será reprimida con prisión de uno (1) a tres (3) años cualquiera de las personas que se acojan a esta ley y formulen señalamientos falsos o proporcionen datos inexactos sobre terceras personas”.
 - 10 Ley 25742, BO 20/06/2003, artículo 2, que otorgó la facultad de reducir la escala penal en un tercio del máximo y la mitad del mínimo.

de personas,¹¹ desaparición forzada de personas¹² y lavado de activos de origen delictivo.¹³ Posteriormente, se previó la posibilidad de realizar un acuerdo de colaboración eficaz para las personas jurídicas.¹⁴

Respecto al ámbito internacional, por el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁵ y el artículo 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción¹⁶ se impuso de manera similar la obligación del Estado de adoptar medidas apropiadas para alentar a las personas que participen o hayan participado en la comisión de delitos de corrupción o en grupos delictivos organizados a que proporcionen a las autoridades competentes información útil con fines investigativos y probatorios, y a que les presten ayuda efectiva y concreta que pueda contribuir a privar a los delincuentes del producto del delito, así como a recuperar ese producto. Además, se previó el deber del Estado de considerar la posibilidad de prever la mitigación de la pena e incluso la inmunidad penal de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a dichas convenciones.

Ante este panorama, y teniendo en cuenta expresamente la obligación derivada de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,¹⁷ el 2 de

-
- 11 Ley 26364, BO 30/04/2008, artículo 12, modificatorio del artículo 41 ter del Código Penal, previendo que las escalas penales previstas en los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 del Código Penal podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, y en el caso de pena de prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho a quince años.
 - 12 Ley 26679, BO 09/05/2011, que incorporó el artículo 142 ter del Código Penal, tipificando el delito de desaparición forzada de personas y previendo que podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto a los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.
 - 13 Ley 26683, BO 21/06/2011, artículo 22, incorporando el artículo 31 de la Ley 25246, BO 10/05/2000, sobre Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Ilícito, que remita al instituto del imputado colaborador previsto por los artículos 2 a 7 de la Ley 25241 de hechos de terrorismo, antes citada.
 - 14 Ley 27401 de Régimen de Responsabilidad Penal Aplicable a las Personas Jurídicas Privadas, BO 01/12/2017, artículos 16 a 21.
 - 15 Adoptada en Palermo en el año 2000 y aprobada por la Argentina en el año 2002 por la Ley 25632, BO 30/08/2002.
 - 16 Adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, aprobada por la Argentina en el año 2006 por la Ley 26097, BO 09/06/2006.
 - 17 Cfr. Dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico del Senado de la Nación, Orden del Día N° 605, 31/08/2016; y versión taquigráfica e inserciones de la Sesión Ordinaria Especial de la Cámara de Diputados de la Nación del 23/06/2016, y versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación 13ª Reunión -5ª Sesión ordinaria- 07/09/2016.

noviembre de 2016 se sancionó la Ley 27304, conocida popularmente como la “ley del arrepentido”. Entre otras disposiciones, esta ley modificó el artículo 41 ter del Código Penal e incorporó un nuevo tipo penal en el artículo 276 bis del mismo cuerpo legal.

Según esta nueva redacción del artículo 41 ter del Código Penal,¹⁸ se prevé que una persona imputada de ser autora o partícipe de un delito, que se encuentre vinculado con un catálogo de delitos taxativamente enumerados, podrá obtener como beneficio la reducción de las escalas de las penas de prisión previstas para las de la tentativa –es decir, de un tercio a la mitad–¹⁹ o quince años de prisión para las penas perpetuas de esta especie. Para ello, durante la sustanciación del proceso del que sea parte, deberá brindar información o datos precisos, comprobables y verosímiles que

contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar

18 Artículo 41 ter del Código Penal: “Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del Código Penal; g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal; i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa”.

19 A mi entender, esta forma de interpretar la norma debe regir incluso en relación con los delitos previstos por el Código Aduanero, cuyo artículo 872 establece que: “La tentativa de contrabando será reprimida con las mismas penas que correspondan al delito consumado”. De lo contrario, no habría beneficio especial alguno para los delatores premiados, atacando la razonabilidad de la norma.

la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Asimismo, respecto al objeto de la declaración del imputado colaborador, el artículo 3 de la Ley 27304 establece que “[l]a información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido”. Además, en el mismo artículo se prohíbe el acogimiento a este instituto a los “funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional” y a los “procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad”. Dentro de un plazo no superior a un año, el juez o el fiscal deberá corroborar el cumplimiento de las obligaciones que el imputado arrepentido hubiera contraído en el marco del acuerdo, especialmente la verosimilitud y utilidad, total o parcial, de la información que hubiera proporcionado.

Esta declaración, si bien no se aclara si deberá realizarse bajo juramento de decir verdad, implica un deber de decir verdad, toda vez que se prevé un delito especial para este acto en el artículo 276 bis del Código Penal. Por esta norma se establece que: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”. Es decir, no toda declaración falsa o inexacta del imputado colaborador será delictiva, sino solamente aquella que haya sido efectuado con dolo directo.

Por otro lado, de conformidad con los artículos 6 a 10 de la Ley 27304, se ordena que se guarden formas para las distintas etapas del acuerdo entre el imputado colaborador/arrepentido –con asistencia de su defensor– y el fiscal. En efecto, se establece que las declaraciones del imputado conteniendo la información objeto del acuerdo deberán “registrarse a través de cualquier medio técnico idóneo que garantice su evaluación posterior”. Asimismo, se prevé que el acuerdo de colaboración deberá celebrarse por escrito entre el fiscal y el imputado con asistencia de su defensor, para ser homologado por el juez de la causa en una audiencia convocada al efecto.

En este orden, en cuanto a los efectos de la celebración de un acuerdo de

colaboración, se prescribe, además del beneficio de reducción de la escala de pena privativa de la libertad, que el juez tiene la facultad de valorarlo “a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes” (artículo 4). En contraste, se manda al juez a que valore el acuerdo “a los fines de dictar las medidas cautelares del proceso respecto de las personas involucradas por el imputado arrepentido” (artículo 12).

Por último, se ordena de forma enfática en el artículo 15 que no se

podrá dictar sentencia condenatoria fundada únicamente en las manifestaciones efectuadas por el imputado arrepentido. Para la asignación de responsabilidad penal sobre la base de estos elementos, el órgano judicial deberá indicar de manera precisa y fundada la correlación existente entre esas manifestaciones y las restantes pruebas en que se sustenta la condena. La materialidad de un hecho delictivo no podrá probarse únicamente sobre la base de esas manifestaciones.

3. Análisis de las impugnaciones a su constitucionalidad

A efectos de analizar las pretendidas tachas de inconstitucionalidad de la Ley 27304, esbozadas en la doctrina y principalmente en el profuso voto disidente del fallo *De Vido* de la Cámara Federal de Casación Penal, se sistematizarán las distintas posiciones críticas alrededor de la garantía o principio jurídico invocado, intentando rescatar las tesis de la manera más robusta posible. A tal fin, se dejarán de lado los argumentos de posturas referidas a vicisitudes concretas de casos que no hacen al estudio constitucional de la norma sino a nulidades procesales, o de argumentos que bajo el ropaje del examen de constitucionalidad en realidad implican otro tipo de agravio o que involucran una perversión de la norma atacada, como podría ser la pretendida utilización del instituto en el caso concreto como una “persecución política” (Alén, 2018), o una “extorsión procesal supuestamente legalizada”, tal como se alegó en la citada causa.

3.1. Prohibición de la autoincriminación forzada

Ahora bien, un primer agravio constitucional contra el instituto del imputado colaborador es aquel referido a la violación a la garantía de la prohibición de la obligación a la autoincriminación.

Sin lugar a dudas, nuestra Constitución Nacional prevé dentro de las garantías penales la prohibición de la autoincriminación forzada. Ello se desprende

primeramente de la letra del artículo 18 de nuestra carta magna, que establece que: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

Además, dicha garantía se encuentra contenida en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. En efecto, el artículo 8.2.g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: “... 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”. A ello, cabe agregar que el artículo 8.3 de la misma Convención manda que: “La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena en su artículo 14.3.g) que “... Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable...”.

Esta garantía se encuentra también prevista de manera similar tanto en instrumentos específicos del derecho internacional de derechos humanos como en el artículo 40.2.iv) de la Convención sobre los Derechos del Niño -con jerarquía constitucional- y en los artículos 55.1.a) y b) y 55.2.b) del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

Por último, debe señalarse que dicho principio posee una similar recepción en el derecho internacional humanitario. Verbigracia, en el artículo 99 del Tercer Convenio de Ginebra del 12/08/1949, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, así como en el artículo 75.4.f) del Protocolo Facultativo I y el artículo 6.2.f) de su protocolo Facultativo II.

3.1.1. Críticas a la constitucionalidad del instituto

Así entonces, en base a las normas precitadas, se critica el instituto del imputado colaborador porque, tal como se encuentra regulado en la Ley 27304, su aplicación implicaría una coacción incompatible con la garantía contra la autoincriminación forzada. Así, se alegan tres fuentes de coacción moral: i) el beneficio de reducción de la escala penal para quien se “arrepienta” y colabore; ii) el beneficio para quien se acoja al instituto de obtener la libertad durante el proceso; y iii) el delito previsto por el artículo 276 bis relativo al suministro malicioso de información falsa o inexacta por parte del imputado colaborador.

Respecto al primer punto, relativo a la disminución de la pena para el imputado colaborador como violatorio de la garantía de prohibición de la autoincriminación forzada, Marcelo Sancinetti (2016) argumentó que, en tanto se estaría previendo una pena más grave para quien no confiese su delito, de ella se desprende una verdadera coacción moral que vicia la voluntad.²⁰ Sostiene el citado autor:

Es una falacia el argumentar que, en tanto el autor o partícipe de un delito concurren “voluntariamente” a reconocer su hecho, entonces no habría ninguna lesión al art. 18, CN, [...] Pero si uno realmente se atiene al principio de que, en un Estado de Derecho, nadie está obligado a penarse a sí mismo, entonces, tampoco puede sufrir un “aumento de pena” por no declararse culpable. Y ocurre que si, respecto de quien sí confiesa hay una “reducción”, ello implica necesariamente –en términos comparativos– que para el que no reconoce su culpabilidad (supóngase, en sí *merecida*) hay un *incremento* de su punición, por lo que, como saldo, se lo presiona a declarar contra sí mismo so pena de ser incrementada su punición por no declararse “voluntariamente” culpable. Por consiguiente, todo estímulo a la auto-incriminación implica una lesión al art. 18, CN (“principio *nemo tenetur*”). (p. 8)

Como se adelantó, otros no critican la reducción de la escala penal en sí, sino el supuesto beneficio inmediato relativo a la obtención de la libertad para el imputado que se encuentra en prisión preventiva, considerándola como una moneda de cambio para compeler a los imputados a declarar en su contra y de sus posibles cómplices (Rusconi, 2018). En similar sentido a Díaz Cantón (2018), esta es la tesis sostenida por la jueza Ana María Figueroa en su voto en la sentencia *De Vido*, quien entiende que la facultad del juez de valorar el acogimiento a este instituto a los fines de la excarcelación es limitadora de la voluntariedad del imputado en tal acto.

En efecto, luego de fundar la posición relativa a que la restricción de la libertad durante el proceso, de acuerdo con nuestra legislación interna y la internacional, solamente procede ante la existencia de riesgos procesales, sostuvo la citada jueza:

Resulta éticamente inaceptable en un Estado de derecho, y contrario a las disposiciones convencionales y constitucionales tal vinculación de acogerse a la figura del arrepentido para conservar la libertad durante el proceso o de lo contrario cumplir con prisión cautelar, dado que esta última, sólo puede ser fundada válidamente en una estricta valoración de la existencia de riesgos para el proceso.

20 En un sentido similar, respecto al proyecto de ley contra actividades terroristas, Neira (1997).

Extremando el razonamiento, podría decirse que la norma bajo estudio incorpora de facto un nuevo peligro procesal –o, al menos, una nueva valoración de éstos–: el de no arrepentirse y no colaborar con la investigación [...] tanto la amenaza de prisión preventiva inmediata para aquel imputado que llega en libertad a declarar, o bien la continuidad de la detención cautelar para aquel que ya se encuentra detenido preventivamente, operando como “incentivo” para acogerse a la figura del arrepentido, y en tales condiciones en última instancia en manos del juzgador, constituye una compulsión moral sobre la voluntad del imputado, una coerción inaceptable, que se encuentra reñida con la vigencia de las garantías constitucionales de prohibición de autoincriminación, presunción de inocencia y la ética que nunca debe abandonar el Estado de Derecho.²¹

En función de ello, Figueroa consideró que

... más allá de los presuntos abusos de poder denunciados, lo cierto es que la ilegítima vinculación del acogimiento a la figura del arrepentido por parte de un imputado y el impacto directo en su libertad o prisión cautelar, encuentra anclaje en las previsiones de la ley –concretamente su art. 4º–, por lo que es ésta misma –y no su eventual aplicación coyuntural en un caso concreto– la que resulta contraria a la vigencia de las garantías constitucionales de prohibición de autoincriminación y presunción de inocencia.²²

En la misma línea argumental, Luis H. Alén (2018) sostiene:

... la figura del arrepentido supone que este sufre un contenido coactivo para que reconozca algún ilícito para recibir un beneficio. Es decir que, contrariamente a la protección constitucional de que goza todo imputado de no estar obligado a declarar contra sí mismo, se vulnera su voluntad cuando se le manifiesta [...] que si no colabora puede olvidarse de recuperar su libertad. (p. 67)

Por otro lado, un grupo doctrinal²³ utiliza un tercer argumento relativo a la violación de la prohibición de autoincriminación forzada, consistente en la incorporación del artículo 276 bis del Código Penal, es decir, al delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta por parte del imputado colaborador. A este respecto, Figueroa considera que

21 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, apartado 2.3.d. del voto de Ana María Figueroa.

22 Ídem.

23 Además de los citados, véanse Abou Assali y Romero Villanueva (2019), Bernardini y Nicolás (2020) y Minoggio (2019).

... la tipificación de la conducta del imputado que, acogiendo a la figura del arrepentido, negociando su libertad, aporta información no veraz, resulta violatoria de la garantía de prohibición de la autoincriminación, además que desdecirse implica el riesgo de perder los beneficios y ser imputado por otro delito, aunque tampoco pudiera descartarse otra situación de necesidad fundante de una exclusión del injusto penal. Ello trastoca la naturaleza de la declaración del imputado, quien, por vigencia de la garantía referida, no depone bajo juramento de decir verdad, pudiendo en nuestro orden interno incluso mentir en sus expresiones, sin que ello tenga un correlato negativo para su situación procesal.²⁴

Finalmente, Gustavo Aboso (2017), haciendo referencia a la posibilidad de la exigencia de una promesa o juramento de decir verdad, dice:

La naturaleza confusa de la calidad del arrepentido, que aporta información de modo voluntario a cambio de un mejor tratamiento punitivo, pero que no alcanza para asumir la calidad de testigo y tampoco los deberes que pesan sobre este, determina que su declaración testimonial no debe ser exteriorizada bajo juramento o promesa de decir la verdad. Si el arrepentido declarase como testigo hábil y se le impusiesen los deberes de decir la verdad, ese testimonio puede ser tachado de inválido, ya que el elemento volitivo estaría seriamente condicionado por ese deber de decir la verdad, en consecuencia, corresponderá analizar en el caso concreto si ese deber impuesto de decir la verdad pudo condicionar o no su declaración, en especial, si ella fue autoincriminante debe declararse su nulidad, ya que ello afectaría la garantía del *nemo tenetur*. (s.p.)

3.1.2. La garantía contra la autoincriminación forzada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de los Estados Unidos

Sentado ello, considero que la interpretación de la garantía de la prohibición de la autoincriminación forzada realizada por quienes critican el instituto del imputado colaborador es errónea y frecuentemente se apoya en citas de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, ante un examen detallado, claramente no resulta aplicable.

En este sentido, primeramente debe resaltarse que nuestro máximo tribunal ha considerado violada dicha garantía en casos de absolución de posiciones bajo juramento en los que el imputado no podía negarse a declarar;²⁵ en una

24 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, apartado 2.3.d. del voto de Ana María Figueroa.

25 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana*,

declaración en la que se había citado al imputado sin expresarle la causa de su convocatoria, tomándosele juramento con anterioridad a darle a conocer que estaba imputado y sin advertirle del derecho a designar un defensor y a aportar prueba de descargo;²⁶ en el caso de un imputado citado como testigo obligado a declarar bajo juramento;²⁷ casos de valoración negativa por parte del juez de una declaración negando el hecho atribuido;²⁸ y casos de confesiones o datos extraídos en sede policial por ser fruto de violencia física o coacción.²⁹

Es decir, en todos estos casos en los que la Corte Suprema hizo valer la garantía de la prohibición de la autoincriminación forzada, se trató de imputados obligados a declarar, sea por imperio de la ley, sea por intromisiones indebidas de funcionarios públicos. En todo caso, solo las primeras podrían llegar a ser susceptibles de una declaración de inconstitucionalidad –al menos en el caso concreto–, mientras que las segundas son casos de nulidades o impugnación de los actos procesales.

Es que, en definitiva –y así lo entendió la Corte Suprema–, lo prohibido por la Constitución Nacional es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero no incluye los casos en los que la evidencia es de índole material³⁰ o es producto de la libre voluntad del imputado.³¹

Por su parte, resulta relevante destacar la doctrina sobre la materia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, ya que trató con mayor profundidad la cuestión específica de la garantía contra la autoincriminación forzada en institutos similares al del imputado arrepentido. Ello resulta pertinente en razón de la influencia que ejercen en nuestra jurisprudencia y la similitud entre nuestra norma constitucional con la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 –fuente de nuestra Constitución Nacional–, en tanto prevé

28/10/1864, Fallos: 1:350.

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *El Atlántico diario s/ infracción art. 23, ley 4664 –Mar del Plata–*, 22/11/1971, Fallos: 281:177.

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Raisberg de Merenzon, Claudia Ethel s/ suspensión*, 04/05/1995, Fallos: 318:963.

28 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Casas Alejandro Esteban s/ Homicidio Culposo*, 03/05/2007, Fallos: 330:1975, que se remite al dictamen del Procurador General de la Nación.

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Montenegro, Luciano Bernardino*, 10/12/1981, Fallos: 303:1938; y *Ruiz, Roque A. s/ hurtos reiterados*, 17/09/1987, Fallos: 310:1847.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Juan José Cincotta*, 13/02/1963, Fallos: 255:18.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ Infracción a la Ley 23737*, 12/08/1997, Fallos: 320:1717.

que ninguna persona será “compelida en un caso criminal a ser testigo contra sí mismo”.

Este tribunal estadounidense ha sostenido –en un caso en el que el imputado detenido y sin abogado confesó el delito– que la confesión, para no violar la garantía contra la autoincriminación forzada, debe ser “libre y voluntaria: esto es, no debe ser extraída mediante ninguna suerte de amenazas o violencia, ni obtenida mediante promesas directas o implícitas, por ligeras que sean, ni mediante el ejercicio de cualquier influencia impropia [...] En otras palabras, la persona no debe haber sido compelida a autoincriminarse”,³² teniendo el imputado la “libre elección de admitir, negar, o rehusarse a contestar”.³³ Además, ha sostenido que las enmiendas V y XIV³⁴ “prohíben a los estados recurrir al encarcelamiento, como en el caso, para compelerlo [al imputado] a contestar preguntas que pudieran incriminarlo” de modo tal que protegen “... el derecho de la persona a permanecer en silencio a menos que elija hablar en el ilimitado ejercicio de su libre voluntad, y a no sufrir pena alguna [...] por tal silencio”.³⁵

Asimismo, en el célebre fallo *Miranda v. Arizona*³⁶ se ha considerado violatoria de la mencionada garantía la declaración del imputado detenido si previamente no se le advirtieron sus derechos, entre los cuales se encuentra el de negarse a declarar y a tener un abogado defensor. Esta advertencia de los derechos del imputado tiene por doble finalidad la de proteger la capacidad del sospechoso de tomar decisiones de manera autónoma y la de garantizar la confiabilidad de la confesión (Joselow, 2019).

Por otro lado, y respecto a los beneficios que se obtienen con la confesión o el *plea bargain* (negociación de la declaración de culpabilidad), el máximo tribunal estadounidense consideró que no se viola la prohibición de la autoincriminación forzada cuando la confesión se encuentra motivada por el deseo

32 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Bram v. US*, 13/12/1897, 168 U.S. 532. Véase también respecto a la aplicación de la garantía a los estados, Suprema Corte de los Estados Unidos, *Malloy v. Hogan*, 05/06/1966, 378 U.S. 1. Todas las sentencias citadas de este tribunal se encuentran disponibles en el sitio oficial de la Biblioteca del Congreso de los Estado Unidos: <https://www.loc.gov/>. Las traducciones son propias.

33 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Lisenba v. California*, 08/12/1941, 314 U.S. 219.

34 Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, Sección 1: “[...] Ningún estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni tampoco podrá estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la protección de las leyes por igual”.

35 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Malloy v. Hogan*, 15/06/1966, 378 U.S. 1.

36 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Miranda v. Arizona*, 13/06/1966, 384 U.S. 436.

del imputado –asistido por su defensor– de aceptar la certeza o probabilidad de una pena menor, en vez de enfrentarse a un mayor número de posibilidades que van desde la absolución hasta la condena a una pena mayor que esté prevista por la ley para el delito imputado. Considerar que esas confesiones implican una autoincriminación forzada

requeriría [...] que se prohíba la declaración de culpabilidad por completo, que deba preverse una pena única invariable para cada delito previsto por las leyes, o colocar la función de determinar la pena en una autoridad distinta que no conozca el modo en que se logró una condena. A todo evento, sería necesario prohibir a los fiscales y jueces que acepten declaraciones de culpabilidad para delitos específicos, a infracciones menores, o a cargos reducidos. La Quinta Enmienda no llega tan lejos.³⁷

Para este tribunal, una confesión de culpabilidad realizada por una

persona completamente consciente de las consecuencias directas, incluyendo el valor actual de todos los compromisos hechos para con él por la corte, el fiscal, o su propio defensor, deben ser declarados válidos a menos que sean inducidos por amenazas (o promesas de cesar con un acoso indebido), una malinterpretación (incluyendo promesas incumplidas o incumplibles), o quizás por promesas que son por su naturaleza impropias por no tener relación con la incumbencia del fiscal (por ejemplo, sobornos).³⁸

Es decir, para la máxima corte estadounidense, la garantía contra la autoincriminación forzada se encuentra resguardada siempre que se cumpla con la “regla de la voluntariedad en la autoincriminación” (Godsey, 2005), lo que resulta perfectamente compatible con los incentivos relativos a las reducciones de pena.

En suma, y volviendo a la doctrina nacional, tal como se desprende de la recta interpretación de la jurisprudencia y del texto mismo de las cláusulas constitucionales y convencionales que consagran la garantía, como explicaba Badeni (2006), nuestra garantía de la prohibición contra la autoincriminación forzada significa que

... 1) una persona puede prestar declaración voluntariamente, y tendrá que atenerse a las consecuencias de sus manifestaciones o confesión; 2) ninguna persona puede ser obligada a prestar declaración en calidad de imputada o procesada cuando se le

37 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Brady v. United States*, 04/05/1970, 397 U.S. 742.

38 Ídem.

achaca la comisión de un hecho delictivo; 3) si una persona se allana a prestar declaración voluntariamente, puede abstenerse de declarar respecto de aquellos hechos, datos o circunstancias que se traduzcan en una autoincriminación; 4) la negativa a declarar no puede generar una presunción en contra de sus derechos. (p. 1151)

3.1.3. Sobre los beneficios de la Ley 27304 y la libertad en la declaración

Entonces, la cuestión es si la Ley 27304 prevé un instituto que en su aplicación logre compeler de manera general a los imputados a autoincriminarse, y la respuesta es negativa. El artículo 41 ter del Código Penal no requiere ni exige que el imputado colaborador deba autoincriminarse, sino que prevé una propuesta, una oferta que el imputado puede aceptar o rechazar sin que ello implique un perjuicio o presunción en su contra.

La ley establece que los imputados puedan acogerse al instituto del imputado colaborador, cumpliendo con las condiciones pertinentes, a cambio de un beneficio de reducción de la escala penal. Quien elige acogerse al instituto lo deberá hacer como fruto de una decisión libre, resguardándose esa libertad mediante la intervención obligatoria del abogado defensor y del juez, lo que hace al instituto compatible un instrumento válido de la política criminal del Estado.³⁹

Como bien resalta el juez Diego Barroetaveña en su voto en *De Vido*, la garantía de la prohibición de la autoincriminación forzada se resguarda mediante las formalidades que tienden a asegurar la voluntariedad de la declaración:

... estamos ante un instituto claramente reglado en el que el imputado, con conocimiento acabado del hecho que se le atribuye, asistencia letrada y en pleno ejercicio de sus derechos –entre el que se encuentra callar– decide declarar y aportar información útil a la investigación que lo involucra a él y a otras personas, las que necesariamente deben tener una responsabilidad igual o mayor a la de aquél. Además, la misma ley prevé los mecanismos para asegurar y verificar la voluntariedad de la declaración, no sólo por la presencia y asesoramiento de un defensor para celebrar el acuerdo de colaboración, sino porque el pacto arribado entre el imputado y el fiscal debe presentarse al juez para su homologación y en la audiencia que prevé el art. 10 [de la Ley 27304].⁴⁰

Frente a la crítica referida a que el beneficio de reducción de la escala penal

39 En el mismo sentido sobre la Ley 25742, Báez (2003).

40 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, voto de

implica un agravamiento de la pena para quien no confiesa, una adecuada respuesta es la brindada por Norberto Spolansky (2001), quien ha sostenido que

[c]uando se ofrece al posible arrepentido la opción de decir lo que sabe –y lo que sabe es útil y eficaz para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables– a cambio de una pena más leve, no se está planteando una alternativa en la que la modalidad más grave es un hecho prohibido (la tortura), sino la manera de mostrarle que puede tener un tratamiento más benévolo, basado en un criterio puramente utilitario si aporta datos útiles y eficaces para descubrir el hecho delictivo e identificar a los responsables del hecho. (s.p.)

Así entonces, coincidiendo con Cafferata Nores (2018),

[l]a prohibición constitucional consiste en que nadie puede ser obligado a declarar en su contra. En este caso, el arrepentido no es obligado por ninguna autoridad a declarar en su contra. Lo hace voluntariamente, solo procurando aminorar su responsabilidad penal. (p. 5)⁴¹

Del beneficio no se sigue una compulsión a autoincriminarse, porque el no acogimiento al instituto no implica una amenaza de una pena mayor en castigo al ejercicio del derecho a negarse a declarar. Primeramente, la afirmación contraria es empíricamente incorrecta, en tanto no se aumentaron las escalas penales de los delitos a los que es aplicable el instituto, sino que se previó solamente esta reducción como un premio a la delación. Asimismo, tampoco se da el caso en el que las escalas penales previstas para los delitos a los que es aplicable la Ley 27304 sean exageradamente elevadas y desproporcionadas respecto a la culpabilidad,⁴² de modo tal que la aplicación de la pena ordinariamente legislada viole el principio de proporcionalidad o la prohibición de imponer castigos crueles, inhumanos o degradantes,⁴³ mientras que el beneficio de la ley logra evadir ese castigo arbitrario.

Además, aquel razonamiento crítico del beneficio parece partir del presu-

Diego G. Barroetaveña, apartado III.b.2.

41 Seguido por Llera (2019a).

42 Sobre este punto, véase Uriburu (2019).

43 Principio receptado por el artículo 18 de la Constitución Nacional y los siguientes instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; artículo 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y artículo 16.1 de la

puesto de que al imputado siempre le va a caber una pena, cuando en realidad solamente debería aplicarse una pena cuando haya certeza objetiva de culpabilidad fundada en elementos probatorios lícitamente reunidos en el marco del proceso penal. De ello se sigue que un imputado inocente siempre podrá rechazar este beneficio y probar su inocencia en juicio y en los procedimientos recursivos previstos.

Si bien sería ingenuo creer que el funcionamiento de la administración de justicia federal y local en nuestro país es perfecto –y dista muchísimo de ello–, también lo sería legislar pensando en que estos sistemas son puramente arbitrarios y que todos los funcionarios actuarán mal y con una selectividad discriminatoria. Se debe legislar pensando tanto en el buen juez como en el mal juez. Respecto al primero, previendo reglas justas y eficaces para que pueda “administrar justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución”,⁴⁴ mientras que respecto al segundo deberán preverse garantías y controles republicanos para evitar su mal desempeño, principalmente las garantías de la Constitución.

En este punto, la Ley 27304 no afecta garantía alguna, porque no legisla un castigo para el imputado que elige no declarar de manera de sancionar su silencio y compelerlo a declarar. Al contrario, se enmarca perfectamente en el ámbito de discreción del legislador, habilitado por la Constitución en tanto representantes del pueblo que ejercen la prudencia política, y, como tal, es una cuestión política no justiciable y ajena al control de los jueces, más allá de las preferencias personales sobre su acierto o desacierto.

Por otro lado, respecto a la supuesta presión psicológica que implica tener que decidir entre arriesgarse a una pena mayor en un juicio o autoincriminarse y recibir una pena menor, debe decirse que los condicionamientos o presiones psicológicas también son susceptibles de discriminación entre presiones legítimas e ilegítimas. Por ejemplo, en el caso de un comodato, el hecho de que el propietario pida al vencimiento del plazo que se le restituya la cosa bajo apercibimiento de iniciar acciones legales y cobrar las costas no es un caso de una presión ilegítima. *Amenazar* con la aplicación lisa y llana del derecho no es una presión ilegítima⁴⁵ y, por lo tanto, jamás puede erigirse en un tipo de amenaza considerada como coacción susceptible de alterar el estado de liber-

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

44 Constitución de la Nación Argentina, artículo 112.

45 En similar sentido, respecto al delito de amenazas del artículo 149 bis del Código Penal, aunque no sea una exigencia de la letra de la ley, la doctrina ha entendido que esta debe ser “injusta”, es decir que el

tad del imputado que decide declarar. Una recta concepción de la libertad no aceptaría jamás a la *amenaza del derecho* como limitante real de la voluntariedad de los actos, al contrario, sería un presupuesto del acto voluntario conocer las implicancias legales de su desarrollo u omisión.

En suma, “la garantía constitucional contra la autoincriminación está dirigida contra los abusos de otras personas y no contra la acción de la naturaleza, las autoagresiones o incluso la fuerza ejercida dentro de la ley por los funcionarios encargados de hacerla cumplir”.⁴⁶ En caso de ejercicio de presiones ilegítimas, lo que habrá es una nulidad por abuso de un instituto legal, pero nunca se causará la inconstitucionalidad de la norma en sí que, rectamente interpretada y aplicada, se adecua perfectamente a los postulados del derecho constitucional local y al derecho internacional de los derechos humanos.

3.1.4. La libertad durante el proceso y la libertad en la declaración como imputado colaborador

Quizá las críticas más fuertes relativas a la violación de la garantía contra la autoincriminación forzada por parte de la Ley 27304 sean las referentes al uso de la libertad durante el proceso como moneda de cambio para compeler a los imputados a declarar en su contra y de sus posibles cómplices.

Ciertamente, si se demostrase en un caso concreto que un juez ha amenazado ilegítimamente a un imputado con dictarle o mantenerlo en prisión preventiva a menos que declare como imputado colaborador, dicha declaración sería nula por estar viciada su voluntad por coacción moral. Es más, considero que dicha conducta con fin investigativo podría ser equiparable a la tortura en los términos del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Pero justamente esta circunstancia no deja de ser una cuestión que en todo caso deberá discutirse en el marco de una nulidad o impugnación de los actos procesales, ya que en nada se relaciona el abuso del instituto por parte de un mal juez o fiscal con la inconstitucionalidad de la norma.

Ahora bien, resultaría discutible la constitucionalidad de la ley si el acogi-

autor no tenga derecho a ocasionarla, por lo que no es una amenaza el anuncio del legítimo ejercicio de un derecho. Véase, por ejemplo, Creus y Buompadre (2013, p. 360) y D’Alessio (2004, p. 342).

46 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Baldivieso, César Alejandro s/ causa n° 4733*, 20/04/2010, Fallos: 333:405, voto de Carmen Argibay.

miento al instituto del imputado colaborador conllevara automáticamente la liberación del arrepentido, pero esta premisa es una derivación de una interpretación equivocada de su texto. Se reitera que el artículo 4 de la Ley 27304 prevé que:

Quando la reducción de la escala penal prevista por el artículo 41 ter del Código Penal aparezca como probable, podrá ser considerada a los fines de la excarcelación o de la exención de prisión, de acuerdo a las normas procesales comunes.

Partiendo desde una interpretación sistemática del conjunto de las normas que regulan la prisión preventiva, es fundamental destacar que este artículo resulta superabundante, es decir, podría no estar y en nada cambiaría el sistema jurídico de la prisión preventiva. Es una de esas normas que funcionan como mera clarificación, no infrecuente en nuestra técnica legislativa,⁴⁷ y ello se desprende inequívocamente de su referencia a las “normas procesales comunes”. Si se consagrara una excepción a las normas comunes –léase, los códigos procesales penales aplicables–, no tendría sentido hacer esta referencia.

Por eso disiento con las posturas que sostienen que, al efecto de la evaluación de una medida coercitiva restrictiva de la libertad durante el proceso, hay un “impacto directo” entre la realización del acuerdo de colaboración y la libertad durante el proceso, o que la ley cree como riesgo procesal el “no arrepentimiento”, o que “debe ser sopesada, a su vez, la utilidad y eficacia que brinda la información que aporte el/la colaborador/a arrepentido/a” (Sebastián, 2018). Ello, por cuanto la norma no premia realización del acuerdo o la veracidad y utilidad de la información brindada en sí misma, sino que manda al juez a evaluar si dicha información veraz logra modificar, reducir o eliminar el riesgo procesal que haga pertinente el dictado de la excarcelación, de conformidad con las normas procesales comunes.

Entonces, la referencia a la consideración del acuerdo de colaboración a los efectos de la prisión preventiva provoca que el juez deba evaluar si esta actitud del imputado colaborador afecta o no la subsistencia de los riesgos procesales. Justamente, estos riesgos procesales, siguiendo la doctrina tradicional que sobrevino de manera casi uniforme tras el dictado del fallo plenario *Díaz Bessone*,⁴⁸ son actualmente los únicos motivos válidos conforme a nuestra legislación fe-

47 Por ejemplo, la primera parte del artículo 1 del Código Civil y Comercial y el artículo 1 del Código Procesal Penal Federal.

48 Cámara Nacional de Casación Penal, *Díaz Bessone, Ramón Gerardo s/Recurso de inaplicabilidad de ley*,

deral⁴⁹ y a la jurisprudencia internacional⁵⁰ para restringir la libertad del imputado sin condena durante el proceso.

Esta variación en el riesgo procesal se valorará según las reglas de la experiencia y, particularmente, según los indicadores enumerados por los artículos 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal, relativos al riesgo de fuga y de entorpecimiento de la investigación, respectivamente. Resulta patente que si la escala penal prevista para un delito es un indicador del riesgo de fuga en tanto pena en expectativa cuando una condena parezca probable, la alta probabilidad de la reducción de esta escala penal por el acuerdo de colaboración disminuye o neutraliza este riesgo. Ello cobra aún más fuerza si a raíz de este beneficio la pena puede ser dejada en suspenso, por lo que el imputado no iría a prisión en caso de ser condenado. Además, un imputado que colabora con la investigación, y que en definitiva se vio beneficiado por un instituto como el comentado, tiene menos incentivos para entorpecer la investigación,⁵¹ de hecho, la ayuda.

No obstante, de ninguna manera es automática la neutralización de los riesgos procesales con la celebración del acuerdo de colaboración. Es decir, no es un “beneficio inmediato”, ya que puede suceder que de todas formas subsistan riesgos procesales que impliquen que el imputado deba ser sometido a prisión preventiva. Más aún, podría suceder que el contenido de la declaración todavía no haya podido ser mínimamente corroborado, en cuyo caso, a pesar de haber declarado amparado en la calidad de imputado colaborador, de momento la procedencia del beneficio no puede ser juzgada como probable. La mera declaración del imputado colaborador por sí sola no tiene entidad alguna para conducir a los beneficios otorgados por la Ley 27304, sino que ello dependerá de la corroboración mediante elementos probatorios distintos.⁵²

Paralelamente, los críticos de este instituto parecerían dejar de lado la existencia de un contraincentivo a la falsa declaración del imputado al efecto de lograr la libertad durante el proceso. Es que si el imputado maliciosamente proporciona datos falsos o inexactos en su declaración como arrepentido, a la

30/10/2008, Plenario N° 13, Acuerdo nro. 1/08.

49 Zanjándose a nivel legislativo la cuestión al implementarse los artículos 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal mediante la Resolución 2/2019 de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Código Procesal Penal Federal.

50 V.gr., recientemente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Romero Feris vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, 15/10/2018; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Jenkins vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2019.

51 En igual sentido opinan Charni y Frezzini (2019).

52 En el mismo sentido, Frezzini (2020).

eventual pena que le corresponde por el delito por el cual se lo investigó originalmente se le sumará la pena fijada para el delito previsto por el artículo 276 bis del Código Penal.

Entonces, toda vez que el instituto del imputado colaborador no afecte las reglas generales del mantenimiento y la restricción de la libertad durante el proceso, bajo ningún punto de vista puede generar en sí un condicionamiento a la voluntad del imputado de modo tal que se encuentre compelido a autoincriminarse.

Más dificultoso resulta el caso en el que un fiscal negocie con el imputado la libertad durante el proceso a cambio de celebrar un acuerdo de colaboración. Ello está permitido donde rige el sistema acusatorio, por cuanto es el acusador el único facultado para pedir las medidas de coerción durante el proceso, no pudiéndolas dictar el juez de oficio. Pero siempre que la privación de la libertad se encuentre estrictamente ajustada a derecho y no se trate de un encarcelamiento arbitrario, ello no debería ser considerado un obstáculo a la libertad del imputado, puesto que esa negociación siempre será lícita, como la es la del juicio abreviado (Pérez Arias, 2006).

Los miembros de una sociedad deben soportar las cargas que lícitamente implican ser parte de ella, y una de las más gravosas es la de ser privado de la libertad sin condena cuando concurren riesgos procesales que no puedan ser salvados de otra forma. Por ende, así como no se puede ejercer la legítima defensa contra un funcionario público que cumple una orden de detención equivocada, pero legítimamente dictada, tampoco es lícito en un Estado de derecho recurrir a un delito –suministrar maliciosamente información falsa o inexacta del artículo 276 bis del Código Penal– para eludir las consecuencias negativas de un acto legítimo, aunque equivocado. A todo evento, lo que debe extremarse es el cumplimiento de la ley y los controles rápidos y eficaces sobre la recta aplicación de la prisión preventiva mediante los procedimientos recursivos.

3.1.5. El reconocimiento de participación y el delito del artículo 276 bis del Código Penal

Por último, con relación a la crítica referida a la creación del delito de suministro malicioso de información falsa o inexacta del imputado colaborador, a mi criterio no le resulta aplicable en modo alguno la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a la violación de la garantía contra la autoincriminación forzada. Es que, a diferencia del testigo o de la antigua absolución de posiciones en el proceso penal, ninguna norma de la Ley 27304 obliga al imputado a declarar

como arrepentido. Se reitera: es una oferta que deberá debidamente ponderar y elegir aceptar o rechazar. No es el juez quien obliga al imputado a declarar, es el imputado quien se acerca y decide voluntariamente hacerlo en miras a un mejoramiento de su situación frente a una probable sanción y, de negarse, ningún perjuicio le debe acarrear tal decisión.

De la misma manera, tampoco es violatoria de la garantía analizada la condena fundada en el reconocimiento de la participación en el ilícito penal –como sucede en el juicio abreviado–,⁵³ ya que no existe un derecho a “no inculparse” por el cual esté vedada la exigencia, en el marco de un instituto voluntario, de reconocer la culpabilidad.⁵⁴ Es más, para el imputado que al reconocer la culpabilidad obtiene un beneficio, oponerle dicha garantía para anular este reconocimiento transformaría su derecho a no autoincriminarse en una obligación insalvable de la cual no podría disponer y que lo puede perjudicar.

Sin perjuicio de ello, a modo de digresión, a mi criterio en el sistema de la Ley 27304 –no así en el sistema de los artículos 195 y subsiguientes del Código Procesal Penal Federal– el imputado que mantiene su inocencia también es libre de acogerse o no al instituto, interpretando en sentido amplio la norma en tanto prevé que el objeto de la declaración sean “hechos ilícitos de los que haya sido partícipe”. Este sería el caso de quienes hayan intervenido en el curso causal mediante actos cotidianos o neutros que no implican participación criminal en el sentido de los artículos 45 y 46 del Código Penal, o de quienes hayan intervenido antijurídicamente en un hecho ilícito sin ser culpables o sin ser punibles. Como corolario, cabe aclarar que incluso de darse el caso de que un imputado no culpable reconociera responsabilidad criminal, es deber del Ministerio Público Fiscal no solicitar pena y del Poder Judicial no condenarlo, lo que no debería tener implicancias de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la posible violación al artículo 276 bis del Código Penal.

Por otro lado, el hecho de que, fruto de nuestra evolución jurídica a lo largo de la historia, nuestro ordenamiento nacional y federal actual permita que el imputado mienta en su declaración indagatoria o en juicio para no restringir su derecho de defensa –en tanto no se prevé ninguna sanción para ello–, no implica que tenga un derecho constitucional a mentir en el proceso, ni mucho menos que exista un pretendido derecho a “no inculparse”.⁵⁵ No existe un

53 Artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación y artículo 323 del Código Procesal Penal Federal.

54 La existencia del derecho a no autoincriminarse es planteado, por ejemplo, por Gustavo Ariel Fernández (2016).

55 Carrió (1994, pp. 278-279) resalta la existencia de una –errada– corriente jurisprudencial que sostiene

derecho del imputado a mentir,⁵⁶ ni en el derecho positivo interno ni en el derecho internacional, así como tampoco es un derecho que surja del derecho natural ni que sea un derecho no enumerado que emane del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno del artículo 33 de la Constitución Nacional.

Lo contrario implicaría herir gravemente al instituto del imputado colaborador, por cuanto se permitiría, sin ningún fundamento normativo, que un imputado mendaz maliciosamente distraiga la investigación hacia el rumbo equivocado y sin consecuencias. Ello desnaturalizaría la esencia del instituto, que es darle un beneficio al imputado para obtener información confiable y corroborable que permita avanzar en la investigación, en la que se invierten recursos del Estado. La impunidad general de la mentira en el proceso no alcanza ni ampara las manifestaciones que efectúe el imputado colaborador, “pues allí no estará ejerciendo su derecho de defensa, sino que, pretendiendo obtener beneficio, estará brindando información a sabiendas de que esta debe contribuir con una investigación” (Ferrer, 2018, p. 54).

En definitiva, otorgarle impunemente la posibilidad de desdecirse al imputado colaborador no solo no se desprende de una aplicación de la garantía contra la autoincriminación forzada ni es una exigencia de un Estado de derecho, sino que contraría la razón de ser misma de una declaración voluntaria a cambio de un beneficio como el de la Ley 27304.

3.1.6. Consideraciones finales sobre la garantía contra la autoincriminación forzada

Una concepción de la libertad de la voluntad en la que cualquier condicionamiento, por más leve o potencial que sea, implique una coacción, en realidad importa una desnaturalización del concepto mismo de “libre albedrío”. Ciertamente, la libertad rara vez es plena porque los actos humanos no se ejercen en el abstracto, sino que están sujetos a las condiciones del entorno. Pero estas circunstancias, en tanto no eliminen la aptitud genérica de actuar de la persona (las tradicionales fuerza física irresistible, estado de inconsciencia y movimientos reflejos), no distorsionen el discernimiento (ignorancia, error, engaño) o no la condicionen gravemente (como el miedo y la coacción moral), no eliminan la voluntariedad del acto, puesto que el hombre no es un animal determinado

ne que los testigos tienen derecho a mentir bajo juramento con el fin de no autoincriminarse.

56 En el mismo sentido opinan Hairabedián (2016) y Llera (2019b).

por los impulsos, sino que con su inteligencia y libertad es capaz de dirigir su voluntad hacia los fines que escoja.

La libre voluntad y la responsabilidad por las consecuencias son las dos caras de la misma moneda de la naturaleza del comportamiento humano. Este binomio es un presupuesto básico de la moral, que sienta las bases mismas del derecho y de la posibilidad de coexistencia en una sociedad. Invocar la inexistencia de la libertad es decir que la persona no es responsable de la bondad o malicia de sus actos, y negar la responsabilidad por las consecuencias es negar la personalidad de quien ejerce la voluntad porque sus actos no le serían imputables. De ahí que no debe ligeramente alegarse la inexistencia de voluntad por cualquier causa que limite la voluntariedad de los actos, ya que tal idea termina por alterar el concepto de “persona” y torna imposible la existencia del derecho, conduciendo a la disolución de la sociedad.

En definitiva, ni el beneficio que la ley otorga al imputado colaborador, ni la probabilidad del otorgamiento de la libertad durante el proceso ni el castigo a la mentira en dicha declaración son en sí mismos condicionamientos ilegítimos que atenten contra la libertad de manera que impliquen una obligación o compulsión a la autoincriminación, eliminando la voluntariedad de la declaración. El acogimiento al instituto es una decisión que, tomada junto con su defensor y resguardada su libertad por el juez en la audiencia prevista a tal efecto, está normativamente prevista para ejercerse en plena libertad real, sin violencia o coacción. El imputado solamente deberá soportar las legítimas consecuencias que emanen de su decisión, conforme elija aceptar o rechazar la celebración del acuerdo.

3.2. Principio de igualdad ante la ley

3.2.1. Críticas a la constitucionalidad del instituto

En otro orden argumental, corresponde adentrarse en las críticas esbozadas contra la Ley 27304 relativas a una presunta violación al principio constitucional de igualdad ante la ley.

Analizando un proyecto de ley anterior relativo a la figura del arrepentido, Terragni (1998) sostuvo que la figura del arrepentido

... agravia el principio de igualdad ante la ley, ya que ésta se dicta [...] para regir *erga omnes* y sin embargo esta norma posibilitaría una reacción estatal distinta, no obstante que los hechos que se juzgan fueron cometidos por hombre semejantes, a los que sin embargo se los trata de manera distinta. También atenta contra el

principio de igualdad ante la ley pues beneficia al que primero “colabora”, pues cuando los demás se decidan a hacerlo es posible que la “cooperación” de ellos ya no sea necesaria. (s.p.)

En la misma línea crítica, Sancinetti (2016) entiende que

... bien podría ocurrir que un partícipe de muy escaso poder en la organización no tenga los conocimientos “interesantes” para el Ministerio Público que sí pudiera tener otro sujeto de “mayor envergadura” en la asociación ilícita. Éste, a pesar de su eventual mayor ilícito y culpabilidad, podría tener informaciones, que entregase a cambio de obtener la “rebaja de ocasión” por parte de la fiscalía y de los tribunales, de las que, en cambio, no dispusiera otro sujeto, cuya participación implicara un menor ilícito y culpabilidad en el hecho o hechos implicados. Entonces, ése último podría ser penado más gravemente que el otro “por no disponer de informaciones”, lo cual altera el principio de igualdad, pues el principio de igualdad se traduce, en el derecho penal, en que cada uno responda según su contenido de ilícito y culpabilidad. (p. 9)

En un segundo orden de ideas, agrega Sancinetti (2016) que el instituto del imputado colaborador admite la arbitrariedad en la persecución penal, ya que

... el gran campo de manipulabilidad que abren instituciones de esta índole permitiría que se le colgara el mote de “persona más importante para la punición” a quien el poder político quisiera perseguir en particular. [...] De modo que la apertura a la discriminación y la arbitrariedad no podrían ser evitadas en la aplicación concreta de la disposición. (p. 9)

Por otro lado, partiendo de la premisa de que la celebración del acuerdo de colaboración implica directamente la libertad durante el proceso, Figueroa sostuvo:

... la aplicación de la norma impugnada [...] resulta violatoria de las previsiones que en ese orden jurídico consagran el principio de igualdad, pues la condición de igual trato debe originarse en función de idénticas circunstancias y condiciones, [...] si todos gozan uniforme e indistintamente de la presunción de inocencia, no resulta ajustado a derecho que quienes delatan son “beneficiados” con libertad durante el proceso y quienes no lo hacen, tienen como respuesta la prisión preventiva, como sucedió en el caso sujeto a nuestro control jurisdiccional.⁵⁷

57 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, voto de

Entonces, en función de las personas que pueden o no acceder al beneficio y su forma de selección, se argumenta que la ley discrimina ilegítimamente a: i) quienes tardan más en ofrecer su declaración como imputados colaboradores; y ii) a quienes están menos implicados en una organización delictiva frente a aquellos más implicados, dado que aquellos no poseerían información relevante para aportar a un acuerdo de colaboración, mientras que estos, siendo más culpables, sí podrían ser beneficiados por el instituto analizado. Además, también podría criticarse el hecho de que: iii) el instituto estaría dejando en manos del fiscal la discreción absoluta para seleccionar a los imputados que pueden o no efectuar un acuerdo de colaboración; y que iv) las exclusiones de los procesos de crímenes de lesa humanidad y de quienes sean o hayan sido funcionarios susceptibles de juicio político es arbitraria.

Sumadas a las anteriores discriminaciones, también se argumenta que la ley resulta violatoria del principio de igualdad en tanto distingue: v) a los imputados que eligen no declarar como colaboradores, ya que tendrían una pena mayor que aquellos que sí lo hicieran, de modo tal que, a pesar de tener igual culpa, tendrían distinta pena;⁵⁸ y vi) a los imputados que eligen no acogerse al instituto del arrepentido, porque serían tratados desigualmente en relación al mantenimiento de la libertad durante el proceso.

3.2.2. La igualdad ante la ley en la Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El principio de igualdad se encuentra definido primeramente en el artículo 16 de la Constitución Nacional, en tanto establece que “[l]a Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”.

Pero al igual que con la garantía contra la autoincriminación forzada, las previsiones constitucionales relativas al principio de igualdad ante la ley no se agotan en el texto constitucional, sino que a partir de la reforma de 1994 también quedaron plasmadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

En efecto, con una clara referencia a la igualdad formal, el artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ordena que

Ana María Figueroa, apartado 2.3.d.

58 En este sentido también, Alén (2018).

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Otros instrumentos, como el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hacen referencia no solo a que todas las personas son iguales ante la ley, sino que tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley, además de proyectar este derecho a la igualdad al ejercicio de otros derechos. Luego se encuentran instrumentos que hacen referencia específicamente a la igualdad y prohibición de discriminación entre grupos de personas determinados, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁵⁹

Ahora bien, definida la normativa aplicable en general, resulta útil al efecto de analizar las críticas a la Ley 27304 precisar el alcance que se le ha otorgado a nuestra garantía de igualdad ante la ley.

En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde 1875 inveteradamente⁶⁰ se ha definido que

... la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias [...], lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas.⁶¹

59 Además de los instrumentos referidos, puede citarse, por ejemplo, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo –estas con jerarquía constitucional– y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

60 V.gr., Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Guillermo Olivari, por complicidad en el delito de rebelión; sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato*, 01/05/1895, Fallos: 16:118, remitiendo a la sentencia del juez de sección De la Torre. Asimismo, del mismo tribunal, *Geddes Hnos. y otros c/Provincia de Buenos Aires*, 17/07/1902, Fallos: 95:327; *Paz, doctor José Clemente, su testamentaria*, 20/05/1915, Fallos: 117:22; *Don Julio Sánchez Viamonte, en autos con el doctor Emilio Giustinian, sobre falsedad*, 29/04/1916, Fallos: 123:106; *Santoro, Cayetano c/Frias, Estela*, 28/09/1916, Fallos: 124:122; *Burrueco Mansilla, Rodolfo, en la causa que se le sigue ante los Tribunales Militares de la Nación, por hurto*, 13/10/1917, Fallos: 126:280.

61 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, 26/03/2019, Fallos: 342:411.

Entonces, la igualdad a la que hace referencia la Constitución no se trata de un igualitarismo estanco que eliminaría las justas diferencias que emanan de la libertad, sino que manda a que todos los habitantes de la Nación sean tratados formalmente con igualdad ante la ley, que gocen de una igual protección de la ley, prohibiendo las discriminaciones arbitrarias. Como enseña Quiroga Lavié et al. (2009):

Si la igualdad ante la ley implica diferenciar a los diferentes, entonces es constitucional que la ley realice clasificaciones o categorizaciones para atender en forma diferente a los miembros de cada clase, siempre que no se recurra a diferenciaciones arbitrarias, carentes de fundamento suficiente. Para ello, se necesita analizar dos elementos: el factor de discriminación elegido y la correlación con el tratamiento desigual (lo que se identifica con el principio de razonabilidad), puesto que no basta aducir cualquier razón para que un distinto tratamiento sea justificado. (pp. 403-404)

Ahora bien, esta facultad de realizar discriminaciones razonables en la legislación se encuentra naturalmente confiada al Congreso de la Nación, máxime en materia penal. Tal como ha expresado la Corte Suprema,

... la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas.⁶²

3.2.3. La finalidad de la Ley 27304 y la razonabilidad en la discriminación de la persona que puede obtener el beneficio y su forma de selección

Sentado ello, teniendo en cuenta que la Ley 27304 reconoce como antecedente el artículo 37 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,⁶³ y analizando el texto mismo de la ley, queda claro que el fin del instituto es dotar a los operadores de la administración de justicia penal de una herramienta para lograr avanzar en la investigación de los delitos previstos por el artículo 1 de aquella ley. En función de este objetivo, se resigna de aplicar la condena ordinaria a un imputado a cambio de que brinde

62 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano*, 14/06/1957, Fallos: 238:60; y *Fernández, Eduardo c/TA. La Estrella SA. s/despido*, 10/06/1992, Fallos: 315:1190.

63 Vid. nota al pie 17.

datos o información aportada [que] contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos...

En igual sentido, el juez Gustavo Hornos ha sostenido que

... se trata de un mecanismo procesal que aporta a satisfacer el interés general de la sociedad para alcanzar la eficacia en la investigación del delito, en tanto contribuye a la más rápida y pronta administración de justicia a la par que resguarda la eficiencia de las garantías constitucionales, en un adecuado equilibrio dentro del conflicto de intereses que representa toda causa penal.⁶⁴

Consecuentemente, dado que el fin del instituto es avanzar en la investigación de un hecho delictivo o impedir otros, que es un fin legítimo que no repugna a la Constitución, el criterio diferenciador principal del instituto para la selección de las personas que pueden ser imputados colaboradores será por el valor de la información que posean referida a sujetos de igual o mayor responsabilidad. La ley no impide que las personas con menor responsabilidad en el delito accedan al beneficio mediante la adhesión al instituto del imputado colaborador –ello sí lesionaría el principio de igualdad en tanto sería arbitraria–, sino que meramente se sujeta su procedencia al aporte de información útil en los términos antes descriptos, que es una categoría objetiva, adecuada y razonable para el fin buscado por la ley.

El mismo argumento le cabe a la crítica sobre la exclusión de quienes tardan en arrepentirse porque su información ya dejó de ser útil. A estos imputados no se los discrimina por demorarse en elegir declarar, sino que la diferenciación dependerá exclusivamente del valor de dicha información al momento de ofrecerse el aporte. Lo contrario sería manifiestamente contraproducente, ya que el imputado que se negó a declarar al principio sobre una información que luego fue conocida por el fiscal o juez por vía de otros elementos probatorios o por

64 Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV: *Legajo de arrepentido. Ferreyra, Claudio Marcelino por asociación ilícita art. 303 inc. 1, 5/6/2019*, [FCB 058814/2017/31/CFC001, Registro 1140/19.4].

la declaración de otro imputado podría luego pretender acceder a un beneficio por contarle al fiscal y juez lo que ya saben, sin que se genere avance alguno en la investigación.

Igualmente, incluso de considerarse el caso de un imputado de menor responsabilidad que no pueda acceder al beneficio de la Ley 27304 por no tener información útil para aportar, mientras que sí la tendría un imputado de responsabilidad intermedia en la organización, difícilmente pueda pensarse que estamos ante una distinción arbitraria. Ello, dado que quien comete un delito no posee el derecho a ser beneficiado por no poseer información, sino que le corresponderá la pena según las normas penales ordinarias. El beneficio es una excepción a las normas comunes, no la regla. Justamente, la nota característica para la procedencia de este beneficio es que se aporte información, y ello no constituye una distinción arbitraria de modo tal que configure una prerrogativa de sangre o que se vulnere la igualdad formal ante la ley.

Como sostuvo Diego Barroetaveña en el citado fallo *De Vido*,

... la denunciada desigualdad de trato que establecería la mencionada ley entre quienes estarían más involucrados en la organización y los que ocuparían roles menores en nada cambia el hecho de que cualesquiera de ellos podría aportar información en contra de los intereses de su defendido. A lo expuesto es dable agregar que el criterio esencial de distinción es el “aporte de información” y no el lugar que cada imputado ocupa dentro de la organización supuestamente criminal, con lo cual el reproche ético que el defensor formula en cuanto al mensaje que estaría comunicando la norma al permitir mayores beneficios a quienes estarían más implicados [...] resulta ajeno a la incumbencia del Poder Judicial.⁶⁵

En este sentido, corresponde resaltar que dado que resulta muy dificultoso determinar *ex ante* y en general qué información es relevante o irrelevante, o quién tiene mayor o menor responsabilidad en un hecho delictivo al efecto de la Ley 27304, esta aplicación de la norma queda a cargo primeramente del representante del Ministerio Público Fiscal que decide realizar o no el acuerdo. Empero, esta decisión, por la naturaleza misma de este poder del Estado, no puede ser arbitraria o discriminatoria.

Es que el Ministerio Público tiene la misión general de “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”, como establece el artículo 120 de la Constitución Nacional, y la de

65 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, voto de Diego Gustavo Barroetaveña, apartado III.b.1.

“velar por la efectiva vigencia de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte y procurar el acceso a la justicia de todos los habitantes”, como manda el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación.⁶⁶ Además, tiene el deber concreto de formular “motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones”⁶⁷ o de “motivar sus requerimientos y resoluciones”,⁶⁸ y posee como principio de actuación funcional el de la objetividad, por el cual “requerirá la aplicación justa de la ley, procurando el resguardo equilibrado de todos los valores y principios jurídicos vigentes y el ejercicio racional y ponderado del poder penal del Estado”.⁶⁹

Por consiguiente, la norma no solo prevé que el fiscal debe guiar su criterio de selección de los imputados que deseen acogerse al instituto del imputado colaborador de una manera objetiva, ecuánime y fundada, sino que incluso un rechazo arbitrario o discriminatorio podría ser eventualmente discutido por vía de un procedimiento dentro del propio Ministerio Público Fiscal o solicitándole al juez que declare la nulidad de dicho rechazo.

Por otro lado, a pesar de que en casos de delitos de lesa humanidad la conmutación parcial de penas en nada contradice la jurisprudencia internacional⁷⁰ y que solo se encuentra constitucionalmente prohibida en casos de actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático y para quienes en tal contexto usurpen las funciones previstas para las autoridades constitucionales federal y estatales,⁷¹ tampoco es arbitraria la exclusión de los beneficios de la Ley 27304 de los procesos de crímenes de lesa humanidad. Resulta legítimo que el Estado pretenda no ceder en el castigo de estos delitos aberrantes que atentan contra la dignidad misma del hombre, lo que es concordante con

66 Ley 27148 de Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, BO 18/06/2015.

67 Código Procesal Penal de la Nación, artículo 69.

68 Código Procesal Penal Federal, artículo 90.

69 Ley 27148 de Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal, BO 18/06/2015, artículo 9, inc. d).

70 La Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el caso *Barrios Altos vs. Perú* (14/03/2001) sostiene que son “inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos”. Esta doctrina fue citada por el voto de mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del año 2004 desde el precedente *Arancibia Clavel* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -Causa n° 259, 24/08/2004*, Fallos: 327:3312). Lo prohibido, según esta interpretación jurisprudencial, sería la impunidad, mas no una conmutación parcial de la pena.

71 Artículo 36 de la Constitución Nacional: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se

la prohibición de conmutación de penas previsto por el artículo 1 de la Ley 27156.⁷² Esto, más allá de que pueda resultar discutible el acierto o desacierto de exclusión de este instituto de las personas que tuvieron una pequeña responsabilidad en delitos de lesa humanidad, por cuanto se podría lograr romper con los pactos de silencio y penar a quienes tuvieron una mayor responsabilidad, evitando su impunidad.

De manera semejante, tampoco resulta irrazonable la exclusión de la Ley 27304 respecto a quienes sean o hayan sido funcionarios públicos susceptibles de juicio político, es decir, el presidente, vicepresidente, jefe de gabinete de ministros, ministros secretarios y miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷³ Los delitos cometidos por estas personas, en razón del deber especial para con la sociedad, las leyes y la Constitución, debilitan gravemente a la sociedad y su confianza en las leyes e instituciones republicanas⁷⁴ y son especialmente aberrantes y escandalosos, resultando intolerable cualquier tipo de lenidad para con ellos.

Es más, no puede dejarse de lado que por imperio del artículo 36 de la Constitución Nacional nuestro derecho considera que atenta “contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”. Ciertamente, la impunidad de los delitos cometidos por los altos funcionarios públicos socava las bases mismas del sistema democrático y rompe el vínculo que los une con el ciudadano que le confía por medio de su participación en el sufragio la administración de los intereses de la nación. Por demás, tampoco puede dejarse de lado el compromiso internacional asumido respecto a la lucha contra la corrupción en la citada Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En definitiva, si bien no todos los delitos previstos en el artículo 1 de la Ley 27304 son delitos de corrupción, las distintas características de los funcionarios antes nombrados hacen que sea razonable su exclusión, puesto que en función

interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles...”.

72 BO 31/07/2015.

73 Conf. Constitución de la Nación Argentina, artículo 53.

74 Sobre los preocupantes indicadores de desconfianza en las instituciones de la República y en el funcionamiento de la democracia, véase Observatorio de la Deuda Social Argentina (2018).

de su vínculo estrecho con el orden jurídico no se encuentran en igualdad de condiciones que un ciudadano ordinario que delinque.

3.2.4. La razonabilidad del beneficio de la Ley 27304 frente al principio de culpabilidad

En otro orden de ideas, con relación al quiebre del principio de igualdad derivado de la imposición de penas disímiles ante un similar nivel de culpabilidad, tal argumento tampoco tiene una potencia suficiente para derivar en la inconstitucionalidad de la ley.

En este sentido, cabe recordar que, tal como lo resalta la doctrina realista del derecho penal, la pena es la consecuencia de la comisión de un delito, que causa el demérito derivado de la violación de dos deberes: a) de respetar la relación del titular del bien jurídico con este, que surge de la justicia conmutativa; y b) de respetar la paz y la vida tranquila de la comunidad, derivado de la justicia general dirigida directamente a preservar el bien común (Repetto, 2007). Es decir que el delito no afecta solamente el interés de un privado, sino también “a la república, violando la seguridad de su tutela” (Tomás de Aquino, II-II, q. XLI, artículo 4), la seguridad del orden del derecho de la comunidad en tanto cohibe esas conductas consideradas negativas. Entonces, la medida del reproche penal –la culpabilidad– tiene lugar en razón del demérito objetivo (la afectación al tercero y a la comunidad) y subjetivo (la mayor o menor malicia al cometer el delito)⁷⁵ propio de su voluntad al momento de delinquir. Consecuentemente, a fin de restablecer la igualdad perturbada por el delito –es decir, hacer justicia–,⁷⁶ a ese demérito debe retribuírselo con una pena que le debe guardar proporción conmutativa o aritmética. En otros términos, la culpabilidad es la medida de “lo suyo” penal, la pena que en justicia le corresponde al delincuente por haber delinquido.

Pero sin perjuicio de ello, en nuestro ordenamiento penal existen casos en los que, ante una igual culpabilidad, se establecen excusas absolutorias relativas a la falta de necesidad de pena o fundadas en la protección de otros intereses. Ante la existencia de otros intereses sociales, muchas veces se resigna la aplicación ordinaria de la pena que en justicia le corresponde al imputado para lograr otro fin que conduce al bien común de la sociedad.

75 En este sentido, los artículos 40 y 41 del Código Penal ordenan valorar distintas circunstancias objetivas y subjetivas como atenuantes y agravantes al efecto de determinar las penas divisibles.

76 El fin retributivo de la pena es el fin esencial de esta, sin la cual dejaría de tener un real nexo con la culpabilidad del delincuente, mas no es el único fin de la pena en sus fases de conminación, aplica-

Por ejemplo, el artículo 277, inciso 4 del Código Penal exime de responsabilidad penal a ciertos encubrimientos entre parientes, mientras que el artículo 185 exime de pena a una serie de familiares de las víctimas de hurtos, defraudaciones o daños, indicando expresamente que dicha excepción no es aplicable a los extraños que participen del delito. En estos casos, ante igual o similar culpabilidad, el legislador renuncia a la imposición de una pena respecto a uno y castiga al otro, incluso cuando el impune sea el autor; y el condenado, el participe. No obstante, en estos casos no se viola el principio de igualdad ante la ley, toda vez que esta distinción se vuelve razonable por el fin que buscan estas normas, que es la protección de la familia y su preeminencia ante otros intereses patrimoniales (D’Alessio, 2004, p. 575; Donna, 2007, pp. 860-861).

Algo similar sucede con el beneficio de la Ley 27304. Si bien puede haber una similar culpabilidad, el disimil tratamiento se justifica en el comportamiento del imputado posterior a la consumación del hecho, que tiene por objeto la colaboración con el Estado en la investigación. Este acto posterior en nada cambia su culpa pasada, pero sí logra al menos reducir la necesidad de la pena por coadyuvar a reparar aquello que antes quebrantó, el bien de la comunidad traducido en la vigencia de la tutela del Estado, la vigencia del derecho.

Así como ante el delito de injuria o calumnia la retractación posterior, sin eliminar la culpabilidad pasada, hace a la reparación –al menos parcial– del daño causado a la persona injuriada o calumniada (en tanto titular del bien jurídico), lo que ha llevado al legislador a eximir de pena al delincuente,⁷⁷ también el imputado colaborador intenta reparar uno de los dos fundamentos de su lesión: la agresión a la paz y al orden de la comunidad mediante la infracción al derecho. Es decir, en función de los datos brindados por el imputado

ción y ejecución. En efecto, de manera mediata la pena puede por ejemplo tender hacia: la disuasión del delincuente, su neutralización o inoquización durante el encierro (prevención especial negativa), la disuasión al delito de otros miembros de la sociedad (prevención general negativa), resocialización y expiación de la culpa (prevención especial positiva) y fin pedagógico social (prevención general positiva).

Por su popularidad en la doctrina, es pertinente destacar que esta concepción difiere de los autores contemporáneos seguidores de Günther Jakobs, que adoptan la teoría de la “prevención general positiva” de la pena como su único fin, y hacen referencia a la función del derecho penal como solamente de aseguramiento de expectativas, de modo que no protege el contenido sino el deber formal mismo, la vigencia de las normas. Debe aclararse que, para esta concepción, el delito no lesiona a terceros, a la comunidad ni al valor justicia, sino que ataca las condiciones de vigencia de las normas, siendo esa perturbación social compensada con la pena, que contrafácticamente reafirma la vigencia de la norma atacada por el delito, reasegurando las expectativas de la generalidad de la sociedad derivadas de la norma atacada. Véase el estudio de un discípulo de Jakobs: Heiko Hartmut Lesch (2016).

77 Código Penal, artículo 117.

colaborador, a pesar de renunciarse a una parte de la pena que le corresponde, se puede llegar a un resultado global más justo, por cuanto se logra retribuir penalmente también a delincuentes cuyos actos han lesionado de igual o mayor manera la paz y el orden que da el cumplimiento del derecho de la comunidad.

De ello se sigue el fundamento por el cual el legislador, en ejercicio del diseño prudencial de su política criminal –cuya oportunidad, mérito y conveniencia es ajena al control de los jueces–, ha optado por renunciar a aplicarle la totalidad de la pena al imputado arrepentido, beneficiándolo con una reducción de la escala penal, mas no la impunidad. Este consiste en que, en tanto la colaboración ayuda a castigar a otros delincuentes de igual o mayor responsabilidad, la delación premiada conlleva en sus efectos un restablecimiento –al menos parcial– de ese orden jurídico vulnerado por el delincuente delator, que es mayor al que habría si solo se le aplicara la pena al delator y, por lo tanto, logra una mayor justicia. Entonces, independientemente de los posibles motivos egoístas, toda vez que el imputado colaborador mediante su conducta posterior al hecho tiende a colaborar con el derecho –y, de esta forma, con la comunidad–, se reduce la necesidad de la pena. Por lo tanto, este beneficio de reducción de la escala penal resulta razonable, se encuentra dentro del margen de discreción del Poder Legislativo, lo que provoca que la distinción hecha por el legislador sea adecuada al principio de igualdad ante la ley, en suma, constitucional.

3.2.5. Consideraciones finales respecto al principio de igualdad ante la ley

Por último, con relación a la crítica dirigida a la diferenciación arbitraria respecto a la libertad durante el proceso, brevemente corresponde poner de resalto que, tal como se explicó anteriormente, dicha interpretación de la ley resulta errónea, de lo que se sigue que el agravio carece de sustento. Dado que la ley no beneficia a quien declara como imputado colaborador con la libertad durante el proceso y, principalmente, tampoco penaliza a quien elige no declarar, no hay violación alguna al principio de igualdad y al igual reconocimiento de la presunción de inocencia.

En resumen, la Ley 27304 efectúa distinciones para determinar quiénes pueden declarar como imputados colaboradores y acceder al beneficio de reducción de la escala penal, siendo estas diferenciaciones razonables para el fin de la norma, esto es, avanzar en la investigación de un hecho delictivo o impedir otros. En conclusión, estas diferenciaciones son perfectamente compatibles con el principio de igualdad ante la ley.

3.3. La irretroactividad de la ley penal más gravosa

3.3.1. Críticas a la constitucionalidad del instituto

Una tercera crítica contra la aplicación del instituto del imputado colaborador no tiene que ver con su vigencia en sí, sino con su utilización en la investigación de hechos cometidos con anterioridad a su sanción, respecto a cuyas calificaciones jurídicas era inaplicable el instituto. Según esta postura, ello entraría en contradicción con la garantía de la interdicción de la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa. En este sentido, estas críticas parten de la premisa de que las normas vigentes a partir de la sanción de la Ley 27304 son más gravosas que las existentes al momento de comisión de hechos anteriores a su entrada en vigencia.

La jueza Figueroa ha argumentado que la Ley 27304 resulta más gravosa para el conjunto de los imputados, por cuanto no sería posible considerar solamente a los colaboradores, sino que también debe considerarse a los afectados por sus declaraciones. Ello se debe a que, a su criterio,

... el estudio de los parámetros que den cuenta de su mayor benignidad debe recaer, integralmente, en la totalidad de las consecuencias de la manda legal y en el conjunto de los sujetos de derecho involucrados a partir de su aplicación, no puede aplicarse retroactivamente una ley que resulta más benigna para los arrepentidos y más gravosa para los imputados que no delaten.⁷⁸

En este orden de ideas, entiende la citada jurista que

... desde un análisis centrado en las consecuencias generadas al imputado arrepentido, sin perjuicio del beneficio de reducción de la responsabilidad o de mejora de su situación procesal, cierto es que la ley 27.304 criminaliza una nueva conducta como delito, extremo que, desde este aspecto, descarta la benignidad del precepto legal a estudio [...]. Asimismo, respecto del imputado perjudicado por las manifestaciones del arrepentido, sin lugar a dudas estamos en presencia de una ley penal posterior más gravosa, pues su aplicación implica una imputación dirigida en su contra. Para quien resultare imputado producto de la delación del “arrepentido”, se advierten dos agravios: uno de ellos referidos a que la figura que lo perjudica se ha aplicado respecto de delitos no contemplados por las normas vigentes al momento de los hechos y en segundo lugar, porque si bien para el sujeto delator su aplicación podría considerarse aisladamente beneficiosa [...], para el delatado por la declaración de ese coimputado, el perjuicio es osten-

78 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, voto de Ana María Figueroa, apartado 3.3.

sible en la medida que pasa a estar denunciado en los términos de una declaración de quien tiene derecho a mentir para mejorar su situación procesal, y como resultado pasa a tener sobre sus espaldas el peso de una investigación penal que lo tiene como presunto autor, coautor o partícipe de un delito concreto.⁷⁹

En consecuencia, las críticas alrededor de esta garantía en casos en los que los hechos juzgados son anteriores a la sanción de la Ley 27304 se centran en: i) que la ley no es más benigna para el imputado colaborador porque se establece el delito de suministro malicioso de datos falsos o inexactos del imputado colaborador; ii) que el delito del artículo 276 bis viola la garantía cuando el objeto de la declaración se refiere a hechos anteriores a la fecha de su sanción; y iii) que un análisis de la aplicación integral de la norma conduce a que se aplique un método de investigación más gravoso para los señalados por los imputados colaboradores, el cual no estaba previsto al momento de comisión de los hechos delictivos que sufre una investigación penal.

3.3.2. La irretroactividad de la ley penal más gravosa en el derecho argentino

Tradicionalmente se les ha asignado a los principios de legalidad y de reserva, previstos en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, la exigencia de cuatro requisitos para que sea procedente la aplicación de una ley –en sentido formal y material– penal: que sea previa (*lex praevia*), escrita (*lex scripta*), cierta (*lex certa*) y estricta (*lex stricta*, prohibición de la analogía) (Righi, 2015, pp. 69-73). La cuestión de la irretroactividad hace referencia al primero de estos caracteres, a la necesidad de una ley anterior al hecho del proceso.

Por otro lado, una referencia clara a esta garantía surge de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, que ayudan a determinar los alcances de esta garantía.

Efectivamente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 9:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

79 Ídem.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe en su artículo 11.2 que: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Por último, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala:

... Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello...

Es decir, de la letra de la Constitución y los tratados mencionados se desprende inequívocamente que la garantía de no aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa se refiere a dos aspectos bien definidos: al hecho tipificado como delictivo y a la pena. Lo que prohíbe entonces dicha garantía es penar conductas que, al momento de su comisión, no eran consideradas delictivas y crear o agravar penas más allá de las vigentes al momento de comisión del hecho (Badeni, 2006, p. 1079).

Ese y no otro es el alcance correcto de la garantía, y así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *Gerstein*, en el que resolvió un caso de aplicación retroactiva de una multa más grave que la prevista al momento de comisión del hecho, siendo su doctrina que

... el principio de legalidad consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional nace de la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se determinen las penas a aplicar [...]. Consecuentemente, de dicha norma constitucional, que consagra el principio de *nulli crimen, nulla poena sine lege*, se desprende que la ley penal no puede ser retroactiva ni en cuanto a la descripción del tipo legal ni en cuanto a la adjudicación de la sanción. Las leyes *ex post facto* prohibidas por la Constitución Nacional -ha sostenido esta Corte- son las que se refieren a la definición de los delitos y las penas...⁸⁰

Por otro lado, y en directa relación con el tema bajo estudio, resulta aplica-

80 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gerstein*, Myriam Noemí s/infracción ley 20.771, art. 2, inc. a),

ble lo sostenido por el procurador general de la nación Juan Álvarez en el caso *Spotorno*, a cuyos fundamentos se remitió la Corte Suprema,⁸¹ en tanto opinó:

El hecho de que para la comprobación de una infracción se haya aplicado un procedimiento judicial que el infractor entiende no es el que regía en el momento de cometerse el hecho reprimido, no puede vulnerar garantía constitucional alguna, si, como en el caso de autos, no se alega que el procedimiento aplicado sea inconstitucional, en sí, por vulnerar la libertad de defensa en juicio y otra garantía de carácter federal. No puede hablarse de derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, dado que las leyes de este tipo son de orden público. Las leyes *ex post facto* inaplicables en el concepto constitucional, son las que se refieren a delitos y no las que estatuyen acerca de la manera de descubrirlos y perseguirlos.

Dicha doctrina fue posteriormente reiterada por la Corte misma frente a la creación del fuero Nacional en lo Penal Económico, sosteniendo que “no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, ya que tales leyes son de orden público, especialmente cuando se estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir los delitos”.⁸²

Por último, ha de señalarse que al efecto de evaluar si una ley penal es más gravosa o más benigna, es doctrina de la Corte –incluso sin una previsión expresa como el artículo 900 del Código Aduanero–⁸³ que cuando la ley penal sancionada con posterioridad al hecho incriminado depare un tratamiento más favorable al imputado, ella debe ser aplicada íntegramente, incluyendo aquellos aspectos que individualmente considerados resulten desventajosos con relación a la ley anterior. Este imperativo les impide a los jueces construir una norma con los aspectos más benévolos de leyes sucesivas, quienes, de lo contrario, aparecerían finalmente sustituyendo al legislador en la valoración de la conducta creando una tercera ley, en clara oposición al principio según el cual le compete al Poder Legislativo establecer las disposiciones que contemplan los hechos punibles y las respectivas sanciones tras su propia apreciación de las conductas reprobables.⁸⁴

c) y d), 20/12/1988, Fallos: 311:2721. Con cita de Fallos: 304:892 y 181:288.

81 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Spotorno*, Ángel, 22/08/1938, Fallos: 81:288.

82 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cafés, Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. S.A.*, 20/03/1961, Fallos: 249:343.

83 Código Aduanero, artículo 900: “Para establecer cuál es la norma penal más benigna se debe comparar la totalidad del contenido de las normas penales de las leyes cuya aplicación correspondiere”.

84 Cfr. Dictamen del procurador fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Eduardo

3.3.3. La aplicación en el tiempo de la Ley 27304

De las maneras que han sido señaladas por sus críticos, la Ley 27304 no es verdaderamente una ley penal que se esté aplicando retroactivamente.

Primeramente, al efecto de este análisis debe examinarse, por un lado, la posibilidad del imputado de declarar como colaborador y su beneficio –y los efectos que proyectan tanto en el imputado colaborador como en la persona señalada por este–, y, por otro lado, el delito del artículo 276 bis del Código Penal.

Así entonces, respecto a quien decide ser imputado colaborador, el régimen procesal de la declaración y el beneficio penal no es una ley penal más gravosa en el sentido de la garantía bajo estudio, en tanto no crea ni agrava una pena, ni considera delictivo un hecho que no lo era al momento de su comisión. Al contrario, esta ley meramente establece un mecanismo procesal novedoso –antes no vigente para algunos delitos– con el fin de obtener información de imputados que quieran ser colaboradores a cambio de un beneficio penal, carácter que no se ve alterado por el hecho de que este mecanismo procesal esté reforzado por la existencia de un nuevo delito. El hecho de que con anterioridad a la sanción de esta ley el imputado haya estado autorizado a colaborar con el juez en la declaración indagatoria sin consecuencias en caso de mentir en nada afecta la constitucionalidad del instituto, siendo que además dicha posibilidad sigue estando vigente, aunque naturalmente no le corresponda el beneficio de reducción de la escala penal.

Idéntica tesitura corresponde adoptar respecto a las personas señaladas por el imputado como partícipes de un hecho delictivo en el acuerdo de colaboración. Es que la creación de un instituto procesal con potencialidad probatoria –ya que en sí misma la declaración del imputado colaborador no resulta un elemento probatorio suficiente, sino un indicio a ser corroborado por otras evidencias–, no afecta en ningún sentido la prohibición de la retroactividad de la ley penal más gravosa, sencillamente porque no es una ley penal en el sentido antes señalado, sino –se reitera– una norma procesal. A este respecto, resulta plenamente aplicable la jurisprudencia de la Corte antes reseñada, según la cual no existe derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, especialmente cuando se estatuyen acerca de la manera de descubrir y perseguir los delitos. Entonces, el análisis integral para la comparación de las leyes penales que se suceden en el tiempo, tal como emana de la doctrina de la

Ezequiel Casal, al que se remitió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Revello Carlos Agustín y otros s/abuso de autoridad en los términos del art. 248 del Código Penal -Causa N° 10503, 21/11/2006*, Fallos: 329:5323, R. 1972. XLI. RHE.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, hace referencia solamente a los hechos punibles y las sanciones, mas no a cualquier tipo de efecto de la nueva ley.

En consecuencia, carece de sustento la idea de que un coimputado tiene derecho en base a esta garantía a que el imputado arrepentido no se refiera a hechos anteriores a la sanción de la Ley 27304, porque este coimputado no se ve afectado por el nuevo tipo penal, dado que no se le aplica un delito novedoso o más gravoso a una conducta propia previa. En todo caso, la circunstancia de la oportunidad procesal para que el imputado colaborador declare no tiene naturaleza penal, sino meramente instrumental, de lo que se deriva que nadie tiene derecho a que otro no brinde pruebas en su contra, con las excepciones de las prohibiciones de declarar de la ley procesal.

Es más, aun antes de la sanción de esta ley, el coimputado estuvo siempre habilitado legalmente a hacer un descargo y ofrecer pruebas que lo desincriminen o que incriminen a un tercero, y ello era susceptible de evaluación al momento de graduar la eventual pena. El hecho de que el imputado colaborador tenga un beneficio penal en todo caso servirá para evaluar la credibilidad de sus declaraciones, respecto a las cuales la ley enfáticamente ordena que no sean tomadas en cuenta como prueba suficiente de los hechos, tal como establece el estándar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸⁵

Un planteo como el de la crítica relativo a que este instituto perjudica materialmente a las personas señaladas por el colaborador importaría sostener análogamente, por ejemplo, que no se podría utilizar la prueba de ADN obtenida de manera forzosa, incorporada al Código Procesal Penal de la Nación por la Ley 26549 en el año 2009 y reforzada por el delito de desobediencia o resistencia contra una autoridad en cumplimiento de una orden a tal efecto. Según esta postura, la aplicación de este medio probatorio a un hecho delictivo cometido con anterioridad a su sanción sería violatoria de la garantía analizada, porque sería un instituto procesal probatorio novedoso respaldado por un tipo penal. Este ejemplo análogo da cuenta de lo lúbil que resulta este argumento crítico de la Ley 27304.

Por otro lado, tampoco puede ser de recepción el argumento relativo a la presunta violación de la garantía contra la irretroactividad de la ley penal más

85 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Zegarra Marín vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15/02/2017, párrs. 127 y siguientes; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/10/2015, párr. 133. Esta forma de valoración de la declaración del arrepentido salva a las críticas formuladas por quienes consideran que se lograran condenas erróneas (v.gr., Hendler, 1998).

gravosa por la aplicación del artículo 276 bis del Código Penal⁸⁶ cuando el objeto de la declaración del imputado colaborador se refiere a hechos anteriores a la fecha de su sanción, porque se asienta en una premisa errónea. El objeto del delito es la acción de brindar maliciosamente declaraciones falsas o inexactas al declarar como imputado colaborador, no el contenido de aquella declaración, que sería en todo caso el objeto mediato del delito.

Coincidiendo con Barroetaveña, en este tipo penal

... el momento de comisión del hecho sobre el que se ancla el principio de legalidad es el de prestar declaración. Y ello es así porque como en el caso del art. 275 del mismo código –en todo cuanto pueda ser tomado como parámetro–, se trata de un delito que se consume de manera instantánea al momento de producirse la deposición, cuestión sobre la que prácticamente existe unanimidad en la doctrina.⁸⁷

Por ende, no se está penando una conducta previa no delictiva al momento del desarrollo ni agravando la pena a ella aplicable. Al contrario, este tipo penal prevé una sanción para conductas posteriores a su incorporación al ordenamiento jurídico, que son las declaraciones de los imputados colaboradores.

Entonces, no se da el caso de la necesidad de comparación de normas en las que haya que evaluar si las leyes vigentes anteriores a la sanción de la Ley 27304 eran o no más benignas. Ello, simplemente porque en nada afecta esta ley a los hechos pasados, ya que era imposible la comisión de este delito por cuanto no existía uno de sus elementos típicos: la declaración en los términos del artículo 41 ter del Código Penal.

En función de lo antedicho, cabe concluir que la Ley 27304 no es verdaderamente una ley penal más gravosa susceptible de ser aplicada retroactivamente, motivo por el cual carecen de sustento las críticas referidas a la violación de la garantía tratada.

4. Conclusiones

La regulación de la delación premiada, más allá de las objeciones constitucio-

86 Código Penal, artículo 276 bis: “Será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años y con la pérdida del beneficio concedido el que, acogiéndose al beneficio del artículo 41 ter, proporcionare maliciosamente información falsa o datos inexactos”.

87 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I: *De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, voto de Diego Gustavo Barroetaveña, apartado III.b.3.

nales argüidas por los doctrinarios y jueces, se adecua perfectamente dentro del margen de discreción política del legislador. Este instituto no viola ningún principio, derecho o garantía constitucional, vistos los verdaderos alcances que tienen la garantía contra la autoincriminación forzada, el principio de igualdad ante la ley y la garantía contra la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa.

Una recta comprensión del libre albedrío como principio de la voluntad deriva en que ni el beneficio que la ley otorga al imputado colaborador, ni la probabilidad del otorgamiento de la libertad durante el proceso ni la pena en caso de suministrar información falsa en el marco de la delación son en sí mismos condicionamientos ilegítimos que atenten contra la libertad del imputado colaborador. Estos caracteres de la ley no implican verdaderamente una obligación o compulsión a la autoincriminación por eliminar la voluntariedad de la declaración, máxime cuando la decisión del imputado de rechazar el acuerdo no conlleva ninguna penalidad o presunción en su contra. Tal decisión, que es tomada junto al defensor y cuya voluntariedad es posteriormente controlada por el juez en una audiencia prevista a tal efecto, está normativamente prevista para ejercerse en plena libertad real, sin violencia o coacción, con el solo efecto para el imputado de deber hacerse responsable de las legítimas consecuencias que emanen de su elección.

Por otro lado, toda vez que el fin del instituto del imputado colaborador es avanzar en la investigación de un hecho delictivo o impedir otros, que es un fin legítimo que no repugna a la Constitución Nacional, el criterio diferenciador principal del instituto para la selección de aquellos que pueden ser delatores premiados está dado por el valor de la información que posean referida a sujetos de igual o mayor responsabilidad criminal. Esta discriminación que realiza la Ley 27304 al efecto de seleccionar a las personas que pueden acogerse al instituto y la forma de selección –que el fiscal debe realizar de manera objetiva, ecuánime y fundada–, al igual que la exclusión de los delitos de lesa humanidad y los imputados que ejerzan o hayan ejercido altos cargos de la nación, resulta jurídicamente razonable conforme a la jurisprudencia relativa al principio de igualdad ante la ley.

De igual modo, en función de la naturaleza de la conducta posdelictual del arrepentido, no es violatorio del principio de igualdad ante la ley el beneficio de reducción de la escala penal en comparación con los coimputados que tengan una similar culpabilidad que no se acogen al instituto. Ello, por cuanto –a diferencia de los otros coimputados– el imputado colaborador coadyuva a castigar a otros delincuentes de igual o mayor responsabilidad y, de esta forma,

a restaurar la paz de la comunidad perturbada por su delito, lográndose una mayor justicia, lo que torna razonable el beneficio.

Por último, dados los reales alcances de la garantía contra la aplicación retroactiva de la ley penal más gravosa, en tanto prohíbe penar conductas que al momento de su comisión no eran consideradas delictivas y crear o agravar penas más allá de las vigentes al momento de comisión del hecho, la Ley 27304 no es violatoria de esta garantía. Resulta irrelevante que el contenido de la declaración brindada en el marco del acuerdo de colaboración se refiera a hechos anteriores a la sanción de esta ley. Además, tampoco existe el derecho de los coimputados a no ser señalados por los arrepentidos ya que no existe el derecho adquirido a ser juzgado por un determinado procedimiento, toda vez que las leyes inaplicables por esta garantía constitucional son las que se refieren a delitos y penas, mas no las que estatuyen acerca de la manera de descubrirlos y perseguirlos.

Entonces, queda claro que ninguno de los argumentos críticos desarrollados en el presente trabajo logra demostrar la repugnancia clara e indudable de la Constitución con respecto al instituto del imputado colaborador de la Ley 27304. Algunos objetarán su moralidad, otros su utilidad, pero aquello es un examen de oportunidad, mérito y conveniencia política que, por tal, es extra-jurídica y reservada a la prudencia del Poder Legislativo, ya que se mantiene dentro de los límites de nuestra Constitución Nacional.

En conclusión, la ley del arrepentido es constitucional.

Bibliografía

- Aboso, G. E. (13 de octubre de 2017). La figura del arrepentido en el Derecho Penal Argentino. *El Dial*, DC2409. <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp>.
- Abou Assali, J. y Romero Villanueva, H. J. (2019). Apuntes sobre la figura del colaborador eficaz. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9, 25-46.
- Alén, L. H. (2018). La inconstitucionalidad de la ley del arrepentido 27.304 (y la nulidad de los acuerdos celebrados en función de ella). *Revista de Derecho Penal y Criminología*, VIII, 65-82.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo II). La Ley.
- Báez, J. C. (21 de agosto de 2003). El arrepentido: perfiles de la figura. Su regulación en la legislación nacional y en la Ley 25.742 para la prevención del secuestro de personas. *La Ley Suplemento Actualidad*, 21/AR/DOC/10541/2003. <https://www.thomsonreuters.com.ar/>.
- Bernardini, L. y Nicolás, M. (2020). Imputado Delator y Delatado. La lógica del camaleón en

- las estrategias de defensa. *Estudios sobre Jurisprudencia*. <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/2020.05.%20Imputado%20delator%20y%20delatado.pdf>.
- Cafferata Nores, J. I. (2018). Reflexiones iniciales. En Cafferata Nores, J. I. (Dir.), *Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes* (pp. 4-6). Instituto de Derecho Procesal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf>.
- Carrió, A. D. (1994). *Garantías constitucionales en el proceso penal*. Hammurabi.
- Charni, T. H. y Frezzini, M. A. (2019). Declaración del arrepentido: su conflicto con la garantía contra la autoincriminación. En Ale, A. S. y Beltracchi, P. (Coords.), *Medios de prueba en el proceso penal. Prueba testimonial* (Tomo 2, pp. 147-168). Hammurabi.
- Creus, C. y Buompadre, J. E. (2013). *Derecho penal. Parte especial* (Tomo I). Astrea.
- D'Alessio, A. J. (Dir.). (2004). *Código Penal: Comentado y anotado: Parte Especial (arts. 79 a 306)*. La Ley.
- Díaz Cantón, F. (2018). Breves notas críticas sobre la figura del “arrepentido”. *Pensar en Derecho*, 13, 19-29.
- Donna, E. A. (2007). *Derecho Penal: parte especial* (Tomo II-B). Rubinzal Culzoni.
- Fernández, G. A. (2016). El testimonio de un imputado como prueba de cargo. Análisis de la figura del arrepentido en los casos de corrupción. *Revista de Derecho Procesal Penal*, 2, 441-468.
- Ferrer, A. (2018). Dos dilemas procesales de la ley 27.304. En Instituto de Derecho Procesal, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, *Discusión de ideas con relación a la ley del arrepentido. Interrogantes* (pp. 46-56). <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/discusionleyarrepentido.pdf>.
- Frezzini, M. A. (2020). Información aportada en el acto de la declaración indagatoria como elemento para evaluar la falta de riesgos procesales al momento de conceder una excarcelación. Su diferencia con la información aportada por el imputado como arrepentido. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4, 189-203.
- Godsey, M. A. (2005). Rethinking the Involuntary Confession Rule: Toward a Workable Test for Identifying Compelled Self-Incrimination. *Faculty Articles and Other Publications*, 92, 465-540. http://scholarship.law.uc.edu/fac_pubs/92.
- Hairabedián, M. (15 de noviembre de 2016). Nueva legislación sobre los arrepentidos que no se arrepienten. *El Dial*, DC222D. <https://www.eldial.com/nuevo/index.asp>.
- Hendler, E. (1998). La razonabilidad de las leyes penales: La figura del arrepentido. En Oviña, G., Vitale, D. L., Bacigalupo, E., Palazzo, F., Sancinetti, M. A., Pessoa, N. R., Bustos Ramírez, J., Schünemann, B., Donna, E. A., Creus, C., De Rivacoba y Rivacoba, M., Luzón Peña, D. M., Righi, E., Maier, J. B. J., Moreno Hernández, M., Reyes Alvarado, Y., Hendler, E., Buteler (h.), J. A., Fernández, G. D.,... Malamud Goti, J., *Teorías actuales en el Derecho Penal* (pp. 393-404). Ad Hoc.
- Joselow, M. (2019). Promise-Induced False Confessions: Lessons from Promises in Another Context. *Boston College Law Review*, 60(6). <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3787&context=bclr>.
- Lesch, H. H. (2016). *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional*. Marcial Pons.
- Llera, C. E. (2019a). Arrepentido y autoincriminación compulsiva. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2, 230-238.

- Llera, C. E. (2019b). Arrepentido y la garantía que protege contra la autoincriminación compulsiva. El suministro malicioso de información falsa o inexacta acogiendo al beneficio del art. 41 ter del Cód. Penal (art. 276 bis del Cód. Penal). Su constitucionalidad. *Institutas. Revista de Derecho Procesal*, 9. <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=0cf4c4656f72601dbec67fa90bf94014>.
- Minoggio, D. (2019). La figura del “arrepentido” o imputado colaborador. Eficacia de la investigación vs. Garantías constitucionales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 107-117.
- Neira, C. (1997). El arrepentido y el agente encubierto - Reflexiones acerca del “Proyecto de ley contra las actividades terroristas”. *La Ley*, 1997-B, 1431.
- Observatorio de la Deuda Social Argentina. (2018). *Valoraciones de la Democracia y Apatía Ciudadana (2010-2018). Estudio comparado entre CABA y otras áreas urbanas*. Universidad Católica Argentina <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones%202018/2018/2018-OBSERVATORIO-INFORME-DE-AVANCE-APTIA-CIUDADANA.pdf>.
- Pérez Arias, J. (2006). Juicio abreviado: acerca de las observaciones críticas que se le dirigen. *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, (39/40). https://ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=48988&print=2#indice_7.
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. N. (2009). *Derecho Constitucional Argentino* (Tomo I). Rubinzal Culzoni.
- Repetto, A. L. (15 de junio de 2007). La importancia del derecho y del derecho penal. *El Derecho*.
- Righi, E. (2015). *Derecho Penal. Parte General*. Abeledo Perrot.
- Rusconi, M. (2018). Arrepentidos y justicia penal: ¿nuevas formas de combatir la criminalidad organizada o la Inquisición del nuevo milenio? *Pensar en Derecho*, (13), 9-18.
- Sancinetti, M. A. (2016). Dictamen sobre proyectos de leyes, así llamados, de “Arrepentido” y de “Extinción de Dominio” (Explicaciones complementarias a la intervención del 3/8/2016, a disposición del H. Senado en versión taquigráfica de esa fecha). *Revista de Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47338-dictamen-sobre-proyectos-leyes-asi-llamados-arrepentido-y-extincion-dominio>.
- Sebastián, E. (2018). La excarcelación del arrepentido. *La Ley*, 2018-A, 1-11.
- Spolansky, N. E. (2001). El llamado arrepentido en materia penal. *La Ley*, 2001-F, 1434-1437.
- Terragni, M. A. (1998). El “arrepentido” o “el testigo de la corona” y otras cuestiones conexas. *Doctrina Judicial*, XIV(16). https://www.terragnijurista.com.ar/libros/atc_o.htm.
- Tomás de Aquino. (1993). *Suma Teológica*. Club de Lectores.
- Uriburu, G. J. (2019). La perforación de los topes mínimos de las escalas penales. Análisis a partir de los casos *Guffanti* y *Ríos*. *Forum*, 7, 29-50.
- Zorraquín Becú, R. (1988). *Historia del Derecho Argentino* (Tomo II). Perrot.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Arancibia Clavel Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros -Causa n° 259, 24/08/2004, Fallos: 327:3312.*
- Baldivieso, César Alejandro s/causa n° 4733, 20/4/2010, Fallos: 333:405.*

- Burrueco Mansilla, Rodolfo, en la causa que se le sigue ante los Tribunales Militares de la Nación, por hurto*, 13/10/1917, Fallos: 126:280.
- Cafés, Chocolates Águila y Productos Saint Hnos. S.A.*, 20/3/1961, Fallos: 249:343.
- Casas Alejandro Esteban s/Homicidio Culposo*, 03/05/2007, Fallos: 330:1975.
- Don Julio Sánchez Viamonte, en autos con el doctor Emilio Giustinian, sobre falsedad*, 29/04/1916, Fallos: 123:106.
- Eduardo Mendoza, por falsificación de un manifiesto de Aduana*, 28/10/1864, Fallos: 1:350.
- El Atlántico diario s/ infracción art. 23, ley 4664 –Mar del Plata–*, 22/11/1971, Fallos: 281:177.
- Fernández, Eduardo c/TA. La Estrella S.A. s/despido*, 10/06/1992, Fallos: 315:1190.
- García, María Isabel c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, 26/03/2019, Fallos: 342:411.
- García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano*, 14/06/1957, Fallos: 238:60.
- Geddes Hnos. y otros c/Provincia de Buenos Aires*, 17/07/1902, Fallos: 95:327.
- Gerstein, Myriam Noemí s/ infracción ley 20.771, art. 2, inc. a), c) y d)*, 20/12/1988, Fallos: 311:2721.
- Guillermo Olivar, por complicidad en el delito de rebelión; sobre fianza de juzgado y sentenciado y desacato*, 01/05/1895, Fallos: 16:118.
- Juan José Cincotta*, 13/02/1963, Fallos: 255:18.
- Montenegro, Luciano Bernardino*, 10/12/1981, Fallos: 303:1938.
- Paz, doctor José Clemente, su testamentaria*, 20/05/1915, Fallos: 117:22.
- Raisberg de Merenzon, Claudia Ethel s/suspensión*, 04/05/1995, Fallos: 318:963.
- Revello Carlos Agustín y otros s/abuso de autoridad en los términos del art. 248 del Código Penal -Causa N° 10503*, 21/11/2006, Fallos: 329:5323.
- Ruiz, Roque A. s/hurtos reiterados*, 17/09/1987, Fallos: 310:1847.
- Santoro, Cayetano c/Frias, Estela*, 28/09/1916, Fallos: 124:122.
- Spotorno, Ángel*, 22/08/1938, Fallos: 81:288.
- Zambrana Daza, Norma Beatriz s/Infracción a la Ley 23737*, 12/08/1997, Fallos: 320:1717.

Cámara Federal de Casación Penal

- De Vido, Julio Miguel y otros s/recurso de casación*, Sala I, 30/11/2020, [CFP 9608/2018/100, Registro 1663/20].
- Díaz Bessone, Ramón Gerardo s/Recurso de inaplicabilidad de ley*, 30/10/2008, Plenario N° 13, Acuerdo nro. 1/08.
- Legajo de arrepentido. Ferreyra, Claudio Marcelino por asociación ilícita art. 303 inc. 1, Sala IV*, 5/6/2019, [FCB 058814/2017/31/CFC001, Registro 1140/19.4].

Suprema Corte de los Estados Unidos

- Brady v. United States*, 04/05/1970, 397 U.S. 742.
- Bram v. US*, 13/12/1897, 168 U.S. 532.
- Lisenba v. California*, 08/12/1941, 314 U.S. 219.
- Malloy v. Hogan*, 05/06/1966, 378 U.S. 1.
- Miranda v. Arizona*, 13/06/1966, 384 U.S. 436.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Barrios Altos vs. Perú, Fondo, 14/03/2001.

Jenkins vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2019.

Romero Feris vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, 15/10/2018.

Ruano Torres y otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/10/2015.

Zegarra Marín vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 15/02/2017.

Legislación citada

Código Aduanero.

Código Penal de la Nación.

Código Procesal Penal de la Nación.

Código Procesal Penal Federal.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo facultativo.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Ley 49 de Delitos cuyo juzgamiento compete a los Tribunales Nacionales, sancionada el 14 de septiembre de 1863. Registro Nacional de la República Argentina, tomo V, núm. 5968.

Ley 13985, BO 16/10/1950.

Ley 23737, BO 11/10/1989.

Ley 24424, BO 09/01/1995.

Ley 25241, BO 17/03/2000.

Ley 25246, BO 10/05/2000.

Ley 25632 BO 30/08/2002.

Ley 25742, BO 20/06/2003.

Ley 26097 BO 09/06/2006.

Ley 26364, BO 30/04/2008.

Ley 26549, BO 27/11/2009.

Ley 26679, BO 9/05/2011.

Ley 26683, BO 21/06/2011.

Ley 27148, BO 18/06/2015.

Ley 27156, BO 31/07/2015.

Ley 27304, BO 2/11/2016.

Ley 27401, BO 1/12/2017.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Proyecto de Código Penal presentado por Carlos Tejedor.

Otras fuentes

Constitución de los Estados Unidos.

Dictamen de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales y de Seguridad Interior y Narcotráfico del Senado de la Nación, Orden del Día N° 605, 31/08/2016.

Observatorio de la Deuda Social Argentina, Universidad Católica Argentina (2018). *Valoraciones de la Democracia y Apatía Ciudadana (2010-2018). Estudio comparado entre CABA y otras áreas urbanas*. <http://wadmin.uca.edu.ar/public/ckeditor/Observatorio%20Deuda%20Social/Presentaciones%202018/2018/2018-OBSERVATORIO-INFORME-DE-AVANCE-APATIA-CIUDADANA.pdf>.

Versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación 13ª Reunión, 5ª Sesión ordinaria, 07/09/2016.

Versión taquigráfica e inserciones de la Sesión Ordinaria Especial de la Cámara de Diputados de la Nación del 23/06/2016.

EQUIDAD DE GÉNERO Y TRANSFORMACIÓN: PARTICIPACIÓN Y LIDERAZGO LABORAL DE LA MUJER EN COLOMBIA

Liliana Valencia Ramos

Universidad de La Sabana

liliana.valencia1@unisabana.edu.co

Recibido: 22/03/2021

Aceptado: 19/04/2021

Resumen

En las últimas décadas, el Estado colombiano ha trabajado arduamente en la implementación de diversos mecanismos enfocados en derribar las barreras existentes para el género femenino, principalmente en lo relacionado con el reconocimiento de la mujer trabajadora, el acceso al mercado laboral y la retribución equitativa y justa, procurando acabar con diversos estereotipos que impiden que las mujeres se desarrollen en igualdad de condiciones frente al género masculino. Bajo la perspectiva de la normatividad internacional, se ha buscado mitigar aquellos actos discriminatorios que sufre la mujer, estableciendo algunos parámetros que sirven de guía a los diferentes Estados, con la finalidad principal de disminuir las brechas laborales existentes entre hombres y mujeres. A través de la adopción de medidas internas desarrolladas mediante modificaciones normativas, en Colombia se ha pretendido asegurar la participación plena y efectiva de la población femenina enfocada en el cumplimiento del objetivo de desarrollo sostenible de igualdad de género, procurando la apertura a la igualdad de oportunidades de liderazgo en los niveles laborales y sociales, promoviendo la equidad responsable en las relaciones de trabajo, permitiéndoles a las mujeres, en muchos casos, asumir el liderazgo de equipos de trabajo impulsando exitosas estrategias empresariales y alcanzando en la ocupación de altos cargos un gran impacto empresarial local y global.

Sea esta una oportunidad para abordar algunas de las causas estructurales de la desigualdad basada en el análisis planteado en este escrito, que muestra la necesidad imperiosa de una transformación estructural en la manera como se vincula la mujer en el mercado laboral al persistir las brechas diferenciales entre hombres y mujeres de décadas atrás, e invita a promover un mecanismo alternativo de cambio sustantivo en los niveles normativo y de ejecución para la transformación social y la inclusión de género.

Palabras clave: liderazgo, participación, enfoque de género, equidad, ley, política pública, discriminación de género, protección de la mujer trabajadora, paridad, igualdad, inclusión, empoderamiento.

Gender Equity and Transformation: Participation and Labor Leadership of Women in Colombia

Abstract

In recent decades, the Colombian State has worked hard to implement various mechanisms focused on breaking down existing barriers for the female gender mainly in relation to the recognition of working women, access to the labor market and equitable and fair remuneration seeking to end various stereotypes that prevent women from developing on equal terms with men. From the perspective of international regulations, the aim has been to mitigate those discriminatory acts suffered by women by establishing some parameters that serve as a guide for the different States, with the main purpose of reducing the existing labor gaps between men and women. Through the adoption of internal measures developed through regulatory modifications, Colombia has sought to ensure the full and effective participation of the female population focused on the fulfillment of the sustainable development objective of gender equality seeking the opening of equal opportunities for leadership at labor and social levels, promoting responsible equity in work relations, allowing women in many cases to assume the leadership of work teams, driving successful business strategies and achieving great local and global business impact in the occupation of high positions.

This is an opportunity to address some of the structural causes of inequality based on the analysis presented in this paper, which shows the urgent need for a structural transformation in the way women are linked to the labor market given the persistence of the differential gaps between men and women from decades ago, and invites the promotion of an alternative mechanism for substantive change at the regulatory and implementation levels for social transformation and gender inclusion.

Key words: leadership, participation, gender approach, equity, law, public policy, gender discrimination, protection of working women, parity, equality, inclusion, empowerment.

1. Introducción

En la actualidad, en Colombia y en la mayoría de los países latinoamericanos, resulta evidente la necesidad de promover la participación, el liderazgo y el empoderamiento laboral de la mujer, promoviendo mecanismos que permitan disminuir las diferencias entre la empleabilidad y la calidad del empleo de hombres y mujeres y garantizando un enfoque de género con la finalidad de mitigar la inequidad de la mujer en este país. La existencia de trabajos especialmente reservados y caracterizados por el género que los ocupa supone un criterio de diferenciación que limita la entrada equitativa al mercado laboral de hombres y mujeres, vulnerando como consecuencia derechos considerados fundamentales para el ser humano.

La lucha por alcanzar la paridad en materia de derechos continúa siendo

una problemática general actual; si bien muchos Estados han logrado reducir de manera significativa la brecha de desigualdad dirigida a la mujer brindándole oportunidades para crecer y realizarse en su ser y esencia, aún existen patrones sociales de conducta que violentan sus derechos, particularmente, y de manera significativa, sus derechos laborales.

En el presente escrito se pretende presentar un análisis en materia de empleabilidad de género en Colombia y, para esto, se presentan tres apartados desarrollados de la siguiente forma: el primero procura definir los conceptos de “enfoque de género”, “liderazgo” y “participación de la mujer”, y posteriormente se establecen las normas y otros documentos que contienen una política pública de empleo desde un enfoque de género en Colombia. En el segundo, se presentan los elementos diferenciales con enfoque de género aplicable en Colombia, la descripción de “equidad de género” e “igualdad de género” y la situación de los derechos de la mujer en Colombia. Finalmente, se identifican los sectores económicos que implementan en sus administraciones el enfoque de género como política de empleo, haciendo una breve presentación de las políticas públicas de empleo en los sectores económicos nacionales y la implementación en estos sectores del enfoque diferencial de género.

A nivel metodológico, esta investigación se realiza desde un enfoque cualitativo, como investigación de nivel descriptivo, procurando señalar las características y propiedades del enfoque de género en el diseño y ejecución de las políticas públicas de empleo en Colombia.

2. Actualidad en materia de empleo con enfoque diferencial de género

A lo largo de la historia de Colombia y de la gran mayoría de los países latinoamericanos, el empleo ha sido uno de los temas más importantes que ha acaparado el interés de los diferentes Gobiernos, y que en actualidad ha cobrado mayor relevancia por las implicaciones que ha tenido la pandemia que azota al mundo desde comienzos del año 2020, provocada por el COVID-19, y que ha conllevado una crisis sanitaria y económica en la mayoría de países, evidenciando las falencias de los modelos económicos actuales y las grandes deficiencias de los Estados en la destinación de recursos públicos para servicios básicos como la salud, poniendo de manifiesto la fragilidad de este sistema y la precarización de gran parte del sistema económico.

Como resultado de esta nueva realidad obligada, nos encontramos ante la responsabilidad de todos los habitantes del mundo de reconstruir nuestro es-

tilo de vida desde una óptica distinta, la cual nos impida volver a la anterior normalidad destacada por la emergencia climática y la precarización de las condiciones de vida, discriminatoria evidentemente frágil de nuestros sistemas económicos, sociales y ambientales.

Sin embargo, al producirse una crisis como la actual, en la que nos hemos visto obligados a confinarnos y alejarnos del contacto social mientras avanza un plan adecuado de vacunación, nos vemos enfrentados a los efectos económicos y sociales de esta pandemia, que ha repercutido de manera directa en los índices de empleo de la mayoría de los países del mundo y que nos ha obligado a repensar las normas internas, dando un alcance especialísimo a las normas internacionales del trabajo para proporcionar una base sólida que nos permita actuar a nivel político, en razón de la necesidad humanitaria y de la función primordial que desempeña el trabajo decente para procurar una recuperación equitativa y sostenida.

Durante las últimas décadas, Colombia logró importantes avances en relación con la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres en los diferentes sectores económicos y políticos, aunque existían aún brechas relevantes por reducir. Había una importante muestra de señales de crecimiento económico que vislumbraban una buena oportunidad para el progreso social y para el desarrollo humano. Si bien la participación de las mujeres en el mercado laboral venía incrementándose paulatinamente, las cifras seguían siendo muy por debajo de la paridad que hiciera justicia a la proporción de mujeres dentro de la sociedad.

Pero a raíz de la pandemia del COVID-19, la situación se hizo más complicada todavía, pues la existencia de brechas de género, en particular en la esfera económica, se ha hecho más evidente. El acceso de las mujeres al empleo formal y su participación en el mercado laboral se vio afectado, incrementando aún más la diferencia de género que había mejorado años atrás.

Este resultado, que no ha sido exclusivo de Colombia, es un claro reflejo de la situación que atraviesan muchos países latinoamericanos, donde resulta más que necesario para combatir los efectos que ha traído consigo el COVID-19. Se necesita no solo la implementación de una política clara encaminada a generar una mayor vinculación de personal al mercado laboral, sino también un mayor acceso a empleos de calidad que realmente dignifiquen la calidad de personas en cada Estado y un mayor esfuerzo para superar de manera efectiva las altas tasas de informalidad presentes en las economías latinoamericanas.

Para Colombia, en la actualidad, la situación en materia de empleo resulta

ser una de sus mayores prioridades en el en el ámbito estatal, en un marco bajo el cual se han construido y ejecutado una serie de políticas públicas que determinan la intención del Gobierno de superar la crisis que ha traído consigo la pandemia, y simultáneamente disminuir las cifras de desempleo actuales, procurando garantizar empleos dignos en el marco del desarrollo de una serie de iniciativas e instrumentos legales que concretan esa política pública disponiendo de recursos e instituciones diseñadas para esta labor.

En este sentido, resulta necesario mencionar qué se ha definido en Colombia como “política pública” y en qué consiste la estrategia de esta para garantizar el acceso a los derechos individuales, principalmente en materia de empleo, desde un enfoque de género que incluya la participación, la igualdad y equidad de género y el liderazgo de las mujeres en los diferentes escenarios.

3. Desarrollo del concepto de “igualdad de género” en el ámbito internacional

La discriminación puede entenderse como la acción dirigida a excluir o brindar un trato diferencial o desigual a un individuo o a una comunidad, con base en sus creencias, pensamientos, actitudes, condición física, sexual, entre otras. De esta forma, “discriminación” hace referencia a:

Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1958)

De acuerdo con lo manifestado por la OIT (2014) en *Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Guía para la Acción*, existen dos formas de discriminación laboral por razones de género: la primera, denominada *discriminación directa*, que se refiere a aquella que se da de manera expresa, excluyendo explícitamente a las personas que no sean parte de dicha categoría. La segunda, denominada *discriminación indirecta*, no se manifiesta de manera explícita, pero puede darse al establecer condiciones que imposibilitan el acceso de la mujer, en cuanto a que esta cumple tradicionalmente un rol específico en la sociedad (madre, esposa, hija, cuidadora, entre otros) que la sitúa en una posición de desventaja con respecto a los hombres, quienes, a su vez, tradicionalmente no ocupan estos roles. Muestra de esto es cuando la oferta laboral exige disponibilidad horaria completa o cuando, aun sin manifestarlo expresamente, se presupone que la mujer, por el hecho de ser mujer, no podría desempeñar una u otra labor.

Desde la década de 1990, muchos países han decidido ser parte de convenios internacionales, cuya finalidad es promover la igualdad de género y erradicar la desigualdad hacia la mujer. Prueba de esto es que la mayoría de los países del mundo han ratificado el Convenio 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. Asimismo, en el año 2007, Colombia y Argentina ratificaron el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1999 (CEPAL, 2019).

La lucha por alcanzar la paridad en materia de derechos sigue siendo una problemática actual. Si bien muchos Estados han logrado reducir de manera significativa la brecha de desigualdad dirigida a la mujer brindándole oportunidades para crecer y realizarse en su ser y esencia, aún existen patrones sociales de conducta que vulneran sus derechos, particularmente los laborales de manera significativa. Países como Islandia, que de acuerdo con el índice del Foro Económico Mundial ha ocupado en los últimos años el primer lugar en igualdad de género, como lo mencionó la OIT (2019), han logrado reducir la brecha de género en el ambiente laboral gracias a la creación de medidas legislativas que obligan a las empresas e instituciones con 25 o más empleados a obtener un “certificado de *igualdad salarial* que demuestre la aplicación del principio *igual salario a igual trabajo*.”

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979), ratificada por Colombia a través de la Ley 51 de 1981, establece específicamente respecto al ámbito laboral el derecho a igual remuneración, a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, a la protección de la mujer durante el embarazo y el derecho a las mismas oportunidades de empleo en relación con el reconocimiento de las mismas capacidades que tienen frente al hombre. Garantías estas que, a pesar de generar obligaciones de carácter internacional para los Estados parte, todavía resultan ser vulneradas en la cotidianidad empresarial e institucional.

Asimismo, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Organización de los Estados Americanos, 1994), ratificada por Colombia a través de la Ley 248 de 1995, además de reconocer el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, determina que el acoso sexual en el lugar de trabajo –que tiene como principales víctimas a las mujeres– debe entenderse como violencia hacia la mujer, instando dicha normatividad a los Estados parte para que, dentro de muchas otras obligaciones,

actúen con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar todo tipo de violencia contra la mujer a través de normas de cualquier naturaleza.

En el mismo sentido, con miras hacia la protección de los derechos laborales de las mujeres, el Convenio 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración (1951), ratificado por Colombia a través de la Ley 54 de 1962 (al cual nos remitiremos en profundidad más adelante), establece “el derecho fundamental a la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor” (OIT, 2014, p. 62). Esta disposición se aplica a todos los trabajadores, indistintamente de su género, nacionalidad o labor realizada.

3.1. Acercamiento al concepto de “políticas públicas”

El término “políticas públicas” hace referencia principalmente a la concreción de los fines del Estado en acciones que determinen el bienestar general de sus asociados. En este sentido, Ruiz y Cárdenas (2005) han definido este concepto como un comportamiento propositivo, intencional, planeado, no simplemente reactivo, casual. Se pone en movimiento con la decisión de alcanzar ciertos objetivos a través de ciertos medios: es una acción con sentido. Es un proceso, un curso de acción que involucra a todo un conjunto complejo de decisiones y operadores, por lo tanto, la política pública implica un ejercicio de acción por parte del Estado y genera la instauración de un diálogo permanente con los asociados, que, en últimas, es lo que va a determinar en gran medida cómo la administración realizará su manifestación pública.

De esta manera, la política también implica una actividad de comunicación pública, por tanto, el papel que juega la política pública al interior de una sociedad supone legitimar al Estado no solo por su carácter instrumental en la provisión de servicios básicos o la administración de bienes públicos, sino que determina una apuesta socio-política para resolver problemas públicos concretos y necesidades individuales y colectivas que son definidas por la misma sociedad (Maurizio, 2010). Además, las políticas públicas de un país se encuentran determinadas en gran medida por la manera en que este concibe al Estado y por los valores sobre los cuales se encuentra fundado.

De esta forma, en Colombia, la política pública resulta ser un instrumento en el cual participa la comunidad y el Gobierno, encaminada a dar soluciones a situaciones específicas y frente a las cuales todas las personas deben regirse. Es un elemento que pone en marcha el ejercicio de la democracia que está en constante construcción y lleva implícito un sistema de evaluación, por consiguiente,

no se trata de un ejercicio exclusivamente gubernamental, sino de construcción colectiva y conjunta, en el que la sociedad establece su postura frente a las necesidades que tiene y el Gobierno propone salidas acordes a la manera en cómo la sociedad interpreta cada situación, procurando establecer la ruta necesaria para contar con políticas públicas que respondan a las necesidades de los ciudadanos colombianos.

3.2. Políticas públicas de empleabilidad en Colombia

Bajo el concepto de “políticas públicas de empleo”, en Colombia, el diseño de estas se encuentra bajo la gestión del Ministerio del Trabajo, entidad del orden nacional que ha dirigido su actividad hacia cuatro pilares fundamentales que cimientan las acciones que se emprenden en esta materia y que ha presentado modificaciones debido a la crisis actual por la pandemia del COVID-19: a) la disminución de la tasa de desempleo; b) el incremento de la tasa general de participación; c) el incremento en la calidad del empleo mediante la aplicación de políticas activas y pasivas; y d) el aumento de la productividad.

Frente a estas tareas, el Ministerio realiza su labor institucional en tres niveles de gestión. En primer lugar, está la estructura de trabajo, compuesta por las instituciones que tienen competencias para la generación de empleo y para el desarrollo de la política de mercado de trabajo. Es decir, se encarga de la administración y gestión política. El segundo nivel compromete a la gestión de las políticas que inciden directamente en la generación de empleo y en la participación laboral del país y las políticas pasivas, que se limitan a mantener o distribuir el ingreso del mercado de trabajo. El tercer nivel corresponde a la coordinación, que implica la interrelación con los sistemas que permiten el aseguramiento de los trabajadores, como el de seguridad social y el de promoción social, además de la estrategia de gestión del recurso humano (Observatorio del Servicio Público de Empleo, 2020).

Bajo esta estructuración de labor institucional, el Ministerio del Trabajo materializa a través del documento de planeación nacional –el cual tiene carácter de ley de la república– denominado Plan Nacional de Desarrollo (PND), construido cada cuatro años y que sirve de ruta para cada Gobierno, coincidiendo con el período presidencial nacional.

El PND suele complementarse con documentos del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), que incluyen recursos para la implementación de las políticas que contienen, y entre los dos se trabaja en la búsqueda

de los objetivos trazados por las políticas macroeconómicas, armonizando las acciones para que los objetivos en materia de empleo no vayan en contravía de las apuestas económicas y sociales que ha realizado el país.

El último cuatrienio ha sido el escenario para la implementación de una política pública en materia de empleo que tiene un marco macroeconómico favorable al empleo decente, pleno, productivo, libremente elegido y al desarrollo de las empresas sostenibles, las cuales propenden al crecimiento económico y la inclusión social.

La política del PND contiene los propósitos y objetivos nacionales a largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas de inmediato. Todo esto, modificado a través de algunos decretos sancionados durante la emergencia sanitaria declarada por la pandemia del COVID-19.

En la actualidad, en este documento se incluyen los lineamientos relativos a:

Política Nacional de Trabajo Decente y Formalización; control a la tercerización ilegal; fortalecimiento del diálogo social; mejoramiento continuo del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control Laboral y cobro de multas; metas claras para la reducción de la tasa de desempleo; protección eficaz al trabajador cesante; protección eficaz a la vejez; y fortalecimiento del régimen y sistema de seguridad y salud en el trabajo. (Departamento Nacional de Planeación, 2014)

La Política de Trabajo Decente está orientada a promover la generación de empleo, la formalización laboral y la protección de los trabajadores de los sectores público y privado. Igualmente, a la aplicación de los estándares laborales internacionales que se desprenden de los compromisos asumidos por Colombia en escenarios bilaterales, multilaterales e internacionales, muy especialmente los que tienen origen en la OIT.

3.3. Desarrollo normativo y alcance general

Colombia, atendiendo a las necesidades de generar políticas claras que garanticen un enfoque diferencial de género, ha ratificado todos los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos y derechos de las mujeres, y ha demostrando un avance significativo en el desarrollo de un ordenamiento interno que garantice la promoción de la igualdad de género y el respeto por los derechos humanos de las mujeres.

Algunas claras muestras de este trabajo se reflejan en la Ley 1257 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres” del año 2008; la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, aprobada en 2011 con disposiciones importantes sobre la igualdad de género; los Lineamientos de la Política Pública para la Equidad de Género para las Mujeres y el Plan Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencias, aprobados en el año 2012; así como la Ley 1719 por la cual se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual con ocasión del conflicto armado, del año 2014, entre otras.

Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo

Este convenio aborda la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, cuya entrada en vigor fue el 23 mayo de 1953. A pesar de los años transcurridos desde su promulgación, todo su contenido sigue vigente y pertinente en el escenario colombiano (y en el escenario latinoamericano en general), razón por la cual constituye un elemento esencial a la hora de establecer posibles violaciones a los derechos de las mujeres y para enmarcar iniciativas de planes y proyectos encaminados al trabajo y empleo de las mujeres en condiciones igualitarias.

Este convenio sugiere la promoción para garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, promoviendo la evaluación objetiva del empleo.

Este instrumento de carácter internacional establece que sus miembros deberán adoptar métodos que les permitan establecer las tasas de remuneración que respondan a métodos necesarios para construir estándares de pago que atiendan criterios de igualdad entre el género femenino y el masculino, para lo cual determina que, adicionalmente, se establece la necesidad de utilizar la legislación nacional como medio para este fin o directamente de manera contractual a partir de los modelos de contratos colectivo o la utilización de estos mecanismos de manera conjunta; permitiendo de esta forma una flexibilidad que garantice a los Estados miembros de la OIT valerse del instrumento que mejor se acomode a sus políticas y a su entorno económico y social, procurando así el mantenimiento de un equilibrio salarial.

Por otra parte, este convenio representa una base fundamental en el proceso de lucha por la igualdad entre hombres y mujeres en materia laboral y represen-

ta un camino al respaldo internacional para sus iniciativas de igualdad salarial dentro de su territorio. Sin embargo, su aplicación no se ha dado de una manera equitativa y justa, pues en la actualidad se presentan diferencias salariales entre hombres y mujeres, situación que responde más a un patrón cultural por la falta de denuncia de estas situaciones. De igual manera, hay una ausencia de mecanismos judiciales en nuestro ordenamiento jurídico que realmente procuran garantizar su cumplimiento, especialmente en el sector privado.

Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo

Convenio sobre la discriminación relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación implementado el 15 junio 1960. Define el término “discriminación” desde dos perspectivas, indicando que este concepto se refiere, por una parte, a cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; y, por otra parte, a cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Además de esta definición, el Convenio compromete a sus miembros a formular y a llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto. En este sentido, el artículo 2 de este instrumento determina

Todo Estado Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto.

Así las cosas, pese a que este instrumento no define cuáles son los “métodos adecuados”, pone en cabeza de los Estados la definición, según su realidad particular, de la forma en cómo darle cumplimiento. Este documento no se refiere concretamente a la mujer como sujeto de especial protección, pero resulta importante toda vez que se pronuncia contra cualquier forma de discriminación.

Con este convenio, la comunidad internacional avanza en la protección del derecho a la igualdad desde el ámbito laboral, estableciendo a la discriminación como una situación anómala frente a la que se deben unir fuerzas para su erradicación, y esboza lo que posteriormente se desarrollará en varios instrumentos de carácter internacional respecto a la protección de los derechos de la mujer, pero abordándolos desde un enfoque de género en el que se marca una diferencia entre hombre y mujer y se reconocen las necesidades particulares de cada uno.

Constitución Política de Colombia

La Corte Constitucional de Colombia ha logrado identificar vulneraciones al derecho a la igualdad y, para el tema que compete en particular, discriminaciones basadas en género. En el ordenamiento jurídico nacional, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, que consigna el Derecho a la Igualdad, establece que:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Este artículo representa el principal referente para el posterior desarrollo de diferentes instrumentos legales para la protección de los derechos de la mujer y la concreción de políticas públicas desde enfoques diferenciales, reconociendo las diferencias que coexisten en una sociedad caracterizada por su diversidad.

Por su parte, la primera referencia constitucional de protección específica a la mujer se encuentra en el artículo 40, en el cual se establece la obligación para el Estado de garantizar el acceso de la mujer a los niveles decisorios de la Administración Pública, evidenciando con ello un tratamiento especial en el que se confirma un derecho que, en principio, es de todos los ciudadanos, pero que por la circunstancia cultural debe ser reforzado para las mujeres.

La Constitución Política de Colombia también determina la facultad del Congreso Nacional de promover medidas de acción positiva en relación con las mujeres que garanticen la igualdad de oportunidades y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales (artículo 75, inciso 23). Por su parte, el artículo 43 consagra que: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.

Con la constitución de 1991 y en el marco del Estado social de derecho,

Colombia establece una nueva forma de asumir el Estado y la protección de los derechos de sus ciudadanos, en la que la igualdad entre hombres y mujeres representa la concreción de una serie de medidas legales que desde décadas anteriores venían introduciéndose al ordenamiento jurídico nacional, con la finalidad de garantizar el acceso de la mujer a espacios que históricamente se le habían cerrado.

En términos generales, la Constitución Política y su nuevo enfoque de derechos representa un respaldo fundamental en el desarrollo posterior de la legislación y de la política pública en torno a la equidad de género y al empoderamiento femenino en Colombia, toda vez que, al tener el rango de constitucional, estas normas son susceptibles de ser reclamadas por vía de tutela, la cual representa un gran avance en términos de defensa de derechos por su efectiva e inmediata acción.

Código Sustantivo del Trabajo

Desde la legislación laboral nacional se concretó este derecho a la igualdad en el marco de las relaciones obrero-patronales, estableciendo en el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo la igualdad de los trabajadores y las trabajadoras:

Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley.

A partir de este concepto, se empezó a vislumbrar la línea de protección de las mujeres en términos laborales, lo que años más tarde le daría paso a la política pública, que hoy se está implementando en el territorio colombiano.

El Código Sustantivo del Trabajo representa la norma más importante en materia laboral en Colombia, de ahí la importancia de que en esta norma se haga referencia al tema específico de la igualdad de la mujer frente a su calidad de trabajadora, situación que le permite gozar de las mismas protecciones que un trabajador (hombre); por tanto, pone de manifiesto al empleador la obligación de un tratamiento en igualdad de condiciones a ambos sexos.

Esta norma también contempla una protección especial a la trabajadora embarazada sobre la prohibición de despedirla:

Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia,

cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente [...].

Igualmente, el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo expresa:

Permiso para despedir. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el patrono necesita la autorización del inspector de trabajo, o del alcalde municipal en los lugares donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con fundamento en alguna de las causas que tiene el patrono para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumera en los artículos 62 y 63. Antes de resolver el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un alcalde municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el inspector del trabajo residente en el lugar más cercano.

Este artículo contenido en la norma en cuestión representa la materialización de la concepción de la aplicación de un trato diferenciado, situación conocida como “acciones de diferenciación afirmativa”, concepto definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha manifestado:

Al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por este Tribunal en el sentido que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos.

Es así como la norma utiliza esta figura materializando una situación en la que se privilegia a la mujer, teniendo en cuenta las necesidades que son propias de su género, presentando con ello una línea de trabajo en la que se le otorga a la mujer consideraciones especiales en aras de garantizar su ejercicio de derechos y, como el caso de la norma analizada, reivindicar la labor que realizan dentro de la sociedad, adicional a su condición de trabajadora.

Ley 51 de 1981

Por medio de esta ley se ratifica la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW para

Colombia. Fue desarrollada posteriormente mediante el Decreto 1398 del 3 de julio de 1990. Con esta normatividad, la expresión *discriminación contra la mujer* denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra.

Esta ley reconoce que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer, es necesario modificar el papel de cada uno en la sociedad y en la familia, por lo que busca reivindicar los derechos del género femenino en una declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, adoptando las medidas necesarias a fin de suprimir cualquier tipo de discriminación en todas sus formas y manifestaciones.

La norma es desarrollada por el Decreto 1398 de 1990, en el que se define la discriminación contra la mujer como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra.

Ley 248 de 1995

Con esta ley se convierte en legislación nacional la Convención Belem do Pará (contra la violencia hacia las mujeres) y se afirma el deber de “fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concienciar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda” (artículo 8). Esta convención fue diseñada para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, convirtiéndose en un instrumento de protección de los derechos de la mujer. En esta línea, se destaca:

ARTÍCULO 8o. Los Estados Partes convienen en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas para:

- a) Fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos;
- b) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres,

- incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer;
- c) Fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley, así como del personal a cuyo cargo esté la aplicación de las políticas de prevención, sanción y eliminación de la violencia contra la mujer;
 - d) Suministrar los servicios especializados apropiados para la atención necesaria a la mujer objeto de violencia, por medio de entidades de los sectores público y privado, inclusive refugios, servicios de orientación para toda la familia, cuando sea del caso, y cuidado y custodia de los menores afectados;
 - e) Fomentar y apoyar programas de educación gubernamentales y del sector privado destinados a concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer, los recursos legales y la reparación que corresponda;
 - f) Ofrecer a la mujer objeto de violencia acceso a programas eficaces de rehabilitación y capacitación que le permitan participar plenamente en la vida pública, privada y social;
 - g) Alentar a los medios de comunicación a elaborar directrices adecuadas de difusión que contribuyan a erradicar la violencia contra la mujer en todas sus formas y a realzar el respeto a la dignidad de la mujer;
 - h) Garantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios, y
 - i) Promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias y la ejecución de programas encaminados a proteger a la mujer objeto de violencia.

La Convención de Belém do Pará (1995) reconoce por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, razón por la cual establece las medidas descritas anteriormente como fórmula para que los Estados les garanticen una existencia segura libre de cualquier manifestación de violencia.

Con esta ley, el Estado colombiano integra a la legislación nacional un compromiso regional frente a la protección de la mujer y la reivindicación de su papel en la sociedad. Esta Ley sigue la línea de los convenios de la OIT ratificados por Colombia, sin embargo, para la fecha de su expedición, todavía no representaba un antecedente para la concreción de una política pública con enfoque de género.

Decreto 1182 de 1999

Este Decreto establece la transformación de la Dirección Nacional para la Equidad de las Mujeres en Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer, asumiendo como misión

diseñar, promover, coordinar e implementar una política para las mujeres adultas, jóvenes y niñas, que Mujeres y sus derechos contribuya al logro de relaciones de equidad y de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, eleve la calidad de vida de las mujeres, el respeto de los derechos humanos, la participación ciudadana, e impulse el fortalecimiento de los procesos organizativos y de las organizaciones de mujeres

Así, busca estructurar la política nacional para las mujeres, transversalizar dicha política en la Administración Pública y fortalecer su institucionalización.

Con la creación de esta consejería, el tema de género se ubica en la escena nacional y se empiezan a desarrollar investigaciones e iniciativas desde lo gubernamental para reivindicar al género femenino en la sociedad, teniendo en cuenta que una de sus principales tareas consistía en impulsar la incorporación de la perspectiva de género en la formulación y gestión de las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo por parte de todas las entidades públicas, sectoriales y territoriales.

Con este decreto se abrió paso a una nueva forma de asumir la igualdad entre hombres y mujeres y se incorpora la necesidad de políticas públicas construidas desde un enfoque de género, convirtiéndose esta consejería en un ente rector en la materia; y el tema, en una realidad a concretar en los niveles nacional, departamental y local.

Ley 581 de 2000

Esta ley reglamenta la adecuada y efectiva participación de las mujeres en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. Se expidió en desarrollo de los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Política, que les garantizan derechos fundamentales a las mujeres. Es una ley estatutaria que busca crear mecanismos para que las autoridades, en cumplimiento de los mandatos constitucionales, les otorguen a las mujeres la adecuada y efectiva participación a la que tienen derecho en todos los niveles de las ramas y órganos del poder público.

La ley tiene como fundamento darle mayor representatividad a la mujer en la política, en un contexto en el que esta se ve discriminada por la cultura

y los distintos códigos que las relegan de los roles de autoridad. Se pretende generar nuevas formas de liderazgo a través de la participación de la mujer en el ámbito político.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la postura de Ley de cuotas implica también un ejercicio de desigualdad, la Corte Constitucional, en Sentencia C-371 de 2000, debió pronunciarse acerca de dicha postura, indicando que “si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos inequitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2º de la Carta, de perseguir un orden justo”; presentándose entonces como instrumento que destruye la igualdad como método para garantizar participación.

De los apartes más relevantes de esta norma se encuentra el artículo 4, en el que se define el porcentaje de participación femenina en los cargos de carácter estatal. La norma reza:

ARTÍCULO 4o. Participación efectiva de la mujer. La participación adecuada de la mujer en los niveles del poder público definidos en los artículos 2o. y 3o. de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras las siguientes reglas:

- a) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2o., serán desempeñados por mujeres;
- b) Mínimo el treinta por ciento (30%) de los cargos de otros niveles decisivos, de que trata el artículo 3o., serán desempeñados por mujeres.

PARÁGRAFO. El incumplimiento de lo ordenado en este artículo constituye causal de mala conducta, que será sancionada con suspensión hasta de treinta (30) días en el ejercicio del cargo, y con la destitución del mismo en caso de persistir en la conducta, de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

En este sentido, cuando la norma indica que un mínimo del treinta por ciento (30%) de los cargos del máximo nivel decisorio serán desempeñados por mujeres, se refiere a los cargos de mayor jerarquía en las entidades de las tres ramas y órganos del poder público, en los niveles nacional, departamental, regional, provincial, distrital y municipal. Asimismo, se aplica dicho porcentaje a los cargos de otro nivel decisorio, es decir, cargos de libre nombramiento y remoción, de la Rama Ejecutiva, del personal administrativo de la Rama Legislativa y de los demás Órganos del Poder Público en todos los niveles.

Para el cumplimiento de la ley, los nominadores deben tener en cuenta que la cuota aplica a cada categoría de cargos, es decir, un mínimo del treinta por ciento (30%) de cada uno de los cargos del máximo nivel decisorio deben ser

ocupados por mujeres. Pese a que mediante esta norma se garantiza un porcentaje de participación, alrededor de esta surgen posiciones encontradas, teniendo en cuenta que el 30% no corresponde a una cifra equilibrada, permitiendo con ello que el género masculino siga asumiendo una hegemonía respaldada por la misma norma.

Las leyes de cuotas pertenecen a las denominadas “leyes de acción positiva” y se sustentan en el reconocimiento de la existencia de diversas formas de discriminación y en la voluntad para superarlas. Es un esfuerzo para hacer efectiva la igualdad, puesto que la conquista formal de un derecho no es suficiente para que este se aplique y, por consiguiente, son necesarias intervenciones que reparen la desigualdad. Esta ley ha sido duramente criticada debido a que el ejercicio de discriminación positiva implica para muchos sectores un reconocimiento tácito de imposibilidad o incapacidad por parte del género femenino, además del hecho de que en muchos casos la ley no ha servido como mínimo, sino como un techo, limitando en gran medida la participación de muchas mujeres en ejercicios políticos importantes.

Ley 731 de 2002

Esta norma tiene por objeto mejorar la calidad de vida de las mujeres rurales –priorizando las de bajos recursos– y consagrar medidas específicas encaminadas a acelerar la equidad entre el hombre y la mujer rural, entendiendo por esta toda aquella que, sin distingo de ninguna naturaleza e independientemente del lugar donde viva, su actividad productiva está relacionada directamente con lo rural, incluso si dicha actividad no es reconocida por los sistemas de información y medición del Estado o no es remunerada.

Con esta norma se da una marcada presencia de medidas a favor de la mujer rural, entendiéndola como un universo diferente por su condición de mujer y por su forma de vida rural. Por esta razón, procura facilitar accesos a líneas de crédito especializadas, posibilidades de educación y además genera espacios para la participación de estas mujeres en el desarrollo político del país, logrando con ello una nueva visión más integral de la mujer, aunque en esta oportunidad se encuentre sesgada por el criterio de la ruralidad.

Resulta importante el hecho de que la misma ley defina las líneas de trabajo y las fuentes de financiación, lo que le da una vocación de ejecución un tanto más amplia que otras que se quedan en lo abstracto y a las que les cuesta desarrollar medidas de impacto para la comunidad.

Esta ley se fundamenta en el reconocimiento constitucional de la igualdad

jurídica, real y efectiva de derechos y oportunidades de mujeres y hombres, en el respeto de la dignidad humana y en los principios consagrados en los acuerdos internacionales sobre esta materia. La igualdad de oportunidades para las mujeres, y especialmente para las niñas, es parte inalienable, imprescriptible e indivisible de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Para el cumplimiento de su objetivo, las acciones del Gobierno orientadas a ejecutar el plan de igualdad de oportunidades deberán: a) promover y garantizarles a las mujeres el ejercicio pleno de sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales y el desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades que les permitan participar activamente en todos los campos de la vida nacional y el progreso de la nación; b) eliminar los obstáculos que les impiden a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos ciudadanos y el acceso a los bienes que sustentan el desarrollo democrático y pluricultural de la nación; c) incorporar las políticas y acciones de equidad de género e igualdad de oportunidades de las mujeres en todas las instancias y acciones del Estado, a nivel nacional y territorial.

Ley 1009 de 2006

Esta ley crea con carácter permanente el Observatorio de Asuntos de Género, organismo que tiene por objeto identificar y seleccionar un sistema de indicadores de género, categorías de análisis y mecanismos de seguimiento para hacer reflexiones críticas sobre las políticas, los planes, los programas, las normas y la jurisprudencia para el mejoramiento de la situación de las mujeres y de la equidad de género en Colombia. Su principal tarea es actuar como órgano permanente de recolección y sistematización de información cuantitativa y cualitativa de las diferentes fuentes nacionales e internacionales sobre la situación de las mujeres en Colombia y la equidad de género, teniendo en cuenta aspectos estadísticos, normativos, jurisprudenciales y administrativos (políticas, planes, proyectos y programas).

Decreto 4463 de 2011

Este decreto reglamenta la Ley 1257 de 2008 en cuanto a lo laboral, teniendo por objeto definir las acciones necesarias para promover el reconocimiento social y económico del trabajo de las mujeres, implementar mecanismos para hacer efectivo el derecho a la igualdad salarial y desarrollar campañas de erradicación de todo acto de discriminación y violencia contra las mujeres en el ámbito laboral.

Con este decreto, el Gobierno nacional ordenó el diseño del Programa de Equidad Laboral con Enfoque Diferencial y de Género para las Mujeres por parte del Ministerio del Trabajo, el cual se concretó con la entrada en vigencia del CONPES 161 2013, contando con un marco normativo claro y con recursos para implementar las acciones diseñadas desde el Gobierno central.

Por otra parte, elimina la discriminación salarial y laboral contra las mujeres, promueve una cultura de igualdad de condiciones y la participación de la mujer en comisiones tripartitas de gobierno, empleadores y trabajadores, estableciendo así el Sello de Compromiso Social con las Mujeres como un estímulo a los empleadores del cumplimiento de estas disposiciones.

Pese a que tiene vigencia desde 2011, este sello de compromiso social solo se está poniendo en práctica desde 2016 con el programa EQUIPARES, que se encuentra en una etapa incipiente, poniendo de manifiesto el hecho de que el Gobierno nacional emitió leyes y decretos sin el respectivo soporte técnico para concretarlas, razón por la cual, cuatro años después, se inició una acción cuya ejecución debió ser inmediata.

Ley 1450 de 2011

Esta ley estableció el Plan Nacional de Desarrollo, denominado “Prosperidad para todos”, el cual contemplaba garantizar el funcionamiento del Sistema de Protección Social, que recoge, en términos generales, tres grandes componentes: la seguridad social integral –salud, riesgos profesionales y protección al cesante–, la promoción social y las políticas y programas de formación del capital humano. Uno de sus grandes objetivos es garantizar la igualdad de oportunidades a toda la población. Esto implica, entre otros, normas y políticas públicas para consolidar sistemas de salud y educación con cobertura universal, sostenibles y de calidad.

Entre los lineamientos estratégicos para generar un entorno de igualdad de oportunidades para la prosperidad social se encuentran: acceso y calidad en salud universal y sostenible, revisar, actualizar y unificar gradualmente los planes de beneficios y regular los servicios excluidos del plan de beneficios mediante una instancia de evaluación de tecnología, entre otros.

El PND establece en su artículo 177 la necesidad que desde el Gobierno central se adopte una política de equidad de género. Sobre el particular, el artículo establece:

Artículo 177. Equidad de género. El Gobierno Nacional adoptará una política pública nacional de Equidad de Género para garantizar los derechos humanos integrales e interdependientes de las mujeres y la igualdad de género, teniendo en cuenta las particularidades que afectan a los grupos de población urbana y rural, afrocolombiana, indígena, campesina y Rom. La política desarrollará planes específicos que garanticen los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Esta política pública será construida de manera participativa bajo la coordinación de la Alta Consejería para la Equidad de la Mujer (ACPEM), la cual será fortalecida institucional y presupuestalmente para el cumplimiento efectivo de sus responsabilidades y funciones.

Parágrafo. La política pública asegurará el cumplimiento del Estado colombiano de los estándares internacionales y nacionales en materia de Derechos Humanos de las Mujeres con un enfoque multisectorial y transversal.

Así las cosas, este artículo enmarca la posterior construcción de la política pública de género, sin embargo, en él se reconocen unas líneas de trabajo priorizadas, como son el tema de la violencia y las mujeres en situación de desplazamiento, desconociendo al empleo como posibilitador de la realización personal en muchos ámbitos.

Ley 1496 de 2011

Esta ley “garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones”. Esta norma establece que tanto hombres como mujeres tendrán garantizada la igualdad salarial y la retribución salarial, estableciendo mecanismos que permitirán que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado, y determinando los lineamientos generales que permiten erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral.

En el marco de esta norma, el empleador deberá tener en cuenta los siguientes factores de valoración salarial: la naturaleza de la actividad a realizar, el acceso a los medios de formación profesional, las condiciones en la admisión en el empleo, las condiciones de trabajo, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación y complementos salariales. Debe tenerse en cuenta que el incumplimiento por parte del empleador dará lugar a multas de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes imputables a la empresa. El Ministerio del Trabajo, por medio de la autoridad que delegue, fijará la sanción

a imponerse, la cual se hará efectiva a través del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA).

Para garantizar la igualdad salarial o de remuneración, las empresas –tanto del sector público como del privado– tendrán la obligación de llevar un registro de perfil y asignación de cargos por sexo, funciones y remuneración discriminando clase o tipo y forma contractual.

Así las cosas, esta norma comparte el espíritu de las convenciones de la OIT ya presentadas, pero dota al Estado de la posibilidad de asegurar el cumplimiento de los criterios de igualdad en términos de salarios, por lo tanto, de presentarse incumplimiento, se generarán multas de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El Ministerio del Trabajo, por medio de la autoridad que delegue, fijará la sanción a imponerse, la cual se hará efectiva a través del SENA.

Lineamientos de la Política Pública de Equidad de Género para las Mujeres de 2012

Este documento fue elaborado por el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos para definir el marco sobre el que se deben desarrollar los planes específicos que garanticen los derechos de las mujeres en situación de desplazamiento y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, asegurando el cumplimiento por parte del Estado colombiano de los estándares internacionales y nacionales en materia de derechos humanos de las mujeres con un enfoque multisectorial y transversal.

Este lineamiento se encuentra soportado en once estrategias y cuatro ejes fundamentales: lineamientos en prevención de las violencias, lineamientos en atención integral y diferenciada, lineamientos en articulación y coordinación interinstitucional y lineamientos de seguimiento y monitoreo, sobre los que se organiza la visión que se mantiene en Colombia sobre lo que debe desarrollarse en una política pública con enfoque de género.

Esto resulta de suma importancia en el desarrollo de un enfoque de género para las políticas públicas en Colombia, teniendo en cuenta estrategias de intervención sectorial y multisectorial, de fortalecimiento institucional y de transformación cultural que permitan en conjunto la superación de las inequidades de género que afectan a las mujeres y les garanticen igualdad de oportunidades.

CONPES 161 de 2013

Este documento presenta la Política Pública Nacional de Equidad de Género y precisa el plan de acción indicativo para el período 2013-2016, el cual inclu-

ye el Plan integral para garantizar una vida libre de violencias. Las problemáticas abordadas y priorizadas en este documento reflejan aspectos centrales de las desigualdades que afectan a las mujeres en nuestro país, evidenciando la pertinencia de su tratamiento intersectorial en forma articulada por parte del Estado.

Este CONPES propone, entre otras cosas, la transformación cultural y la construcción de paz a partir de la eliminación de las prácticas que construyen, reproducen y refuerzan la violencia y la intolerancia y vulneran derechos de las mujeres. Este eje se centra en tres vertientes. La primera, en fortalecer los espacios, mecanismos, sistemas y herramientas institucionales. La segunda, en el reconocimiento social de las violencias que afectaron a las mujeres en el marco del conflicto; y la tercera, en una estrategia de comunicaciones asertivas y pedagógicas que sirvan como herramientas de promoción e interiorización del tema de género en el accionar de la sociedad en general.

Plantea, además, la autonomía económica y el acceso a activos, fomentando y potenciando la autonomía económica de las mujeres –tanto a nivel de ingresos como de acceso y control a bienes y servicios– y la participación de las mujeres en escenarios de poder y toma de decisiones a partir de acciones, a través de las cuales se avance en el fortalecimiento de la participación social, cultural y política de las mujeres, de manera que sus aportes logren incidir activamente en la construcción de paz y desarrollo del país.

Incluye también directrices respecto a la salud y los derechos sexuales y reproductivos, estableciendo la necesidad de precisar acciones dirigidas a elaborar y poner en funcionamiento herramientas, programas y procesos para fortalecer el enfoque diferencial de derechos en las condiciones de acceso y la calidad de la atención en los diferentes niveles del sistema de salud y en el ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en todo su ciclo vital.

Por último, este documento le otorga gran importancia a los procesos educativos, para lo que pone en funcionamiento herramientas, programas y procesos para fortalecer el enfoque diferencial de derechos y adelantar acciones dirigidas a disminuir las barreras de permanencia de las mujeres por razones de género en el sistema educativo colombiano.

Ley 1753 de 2015

Por medio de esta Ley se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Su Artículo 129, de evaluación de la política pública nacional de equidad de género para las mujeres y de la política pública para la

prevención de riesgos, la protección y garantía de los derechos de las mujeres víctimas del conflicto armado, establece:

El Gobierno Nacional realizará una evaluación participativa de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres y de la Política Pública para la Prevención de Riesgos, la Protección y Garantía de los Derechos de las Mujeres Víctimas del conflicto armado. El diseño de estas evaluaciones iniciará en el primer semestre de 2016 y a partir de sus hallazgos se ajustarán las acciones, metas y presupuestos de estas políticas para el presente cuatrienio donde se incluirán las acciones que permitan avanzar en la protección y garantía de los derechos de las mujeres rurales, afrocolombianas, negras, raizales, palanqueras e indígenas, que contribuyan a su estabilización social y económica, con un enfoque territorial, etario y de justicia.

El Departamento Nacional de Planeación y la Consejería para la Equidad de la Mujer propondrán a la Comisión Intersectorial para la Implementación de la Política Pública Nacional de Equidad de Género el mecanismo para la participación de las organizaciones de mujeres y de mujeres víctimas en la evaluación y seguimiento de las políticas a las que hace referencia el presente artículo.

La Consejería para la Equidad de la Mujer, con el apoyo de las entidades que hacen parte de la Comisión Intersectorial para la Implementación de la Política Pública Nacional de Equidad de Género, adoptará acciones concretas para la armonización de las políticas a las que hace referencia el presente artículo, con los planes de desarrollo territorial.

El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público diseñarán un mecanismo que permita a las entidades del Gobierno Nacional incluir el enfoque diferencial de género en sus procesos de planeación y presupuesto.

Con esta determinación, el Gobierno nacional prioriza como línea de trabajo el enfoque de género y especialmente el empoderamiento femenino en temas laborales, en el que afianza el concepto de “equidad”. Además, abre espacios de fortalecimiento para mujeres víctimas del conflicto armado, transversalizando el enfoque diferencial de género e incluyéndolo en la política pública más importante para el país en los últimos años, determinada por las acciones encaminadas a la reparación integral a víctimas, direccionándolas a los demás niveles territoriales, logrando así que el tema también se incluya en la agenda gubernamental departamental y local a lo largo y ancho del país.

Ley 1822 de 2017

Esta ley modifica los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo, con-

siderando la necesidad de iniciar la licencia de maternidad una semana antes del parto, tiempo que se disminuye, pues antes era de dos semanas. La licencia de maternidad en total es de dieciocho semanas, incluida la semana de licencia preparto, pero se puede incrementar si el bebé es prematuro o si es un parto múltiple.

El artículo 236 del Código Sustantivo establece: Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. [...]

En materia laboral, la ampliación de la licencia de maternidad representa una de las grandes y más recientes conquistas de la lucha por la verdadera implementación de un enfoque diferencial, toda vez que entiende a la mujer trabajadora de una manera distinta, reconociendo la importancia del vínculo inicial que se construye en esos primeros días entre madre e hijo y destacando la función y papel fundamental que desarrollan las mujeres en la sociedad.

4. Realidad y alcance del enfoque de género frente a las políticas de Estado

El género femenino, a lo largo de la historia, ha estado expuesto a un sinnúmero de vulneraciones, situándose en reiteradas ocasiones en una posición de considerable desventaja frente al género masculino (Brunet, 2009; CEPAL, 1996; Luján, 2013). Esta realidad sigue vigente en toda Latinoamérica y Colombia no escapa a ella, encontrándonos con un panorama en el que la brecha en términos de igualdad entre hombres y mujeres permanece abierta, soportándose principalmente en las dificultades del género femenino en temas como acceso a la educación y, especialmente, al empleo.

Por una parte, debe considerarse que, desde la perspectiva de Amartya Sen (2000), el desarrollo de las naciones se mide desde las posibilidades de desarrollo que tengan cada uno de los individuos dentro de la sociedad. Por esta razón, el desarrollo integral del ser humano debe ser una prioridad.

Sin embargo, en Latinoamérica, y especialmente en Colombia, las posibilidades de desarrollo resultan ser más escasas, especialmente para las mujeres cuya participación en el mercado nacional es considerablemente menor a la de los hombres, alcanzando apenas un 33% (OIT, 2019).

De acuerdo con la OIT (Organización Internacional del Trabajo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres, 2013), el trabajo, además de proveer el sustento, también es un eje de la vida de las personas y debería ser fuente de autonomía y satisfacción para todos. Pese a ello, las mujeres enfrentan mayores dificultades para ingresar al mercado del trabajo y, cuando lo hacen, experimentan peores condiciones, que se traducen en diferentes formas de discriminación y segregación.

Lo anterior, sustentado en circunstancias como las que plantea Brunet (2009):

La distribución igualitaria da cuenta de la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo en condiciones cualitativas muy específicas, esto es, mayoritariamente como trabajadores mal pagados por la falta de equidad entre los géneros para la relación trabajo-salario (no se cumple, entre varones y mujeres, que a igual trabajo se reciba igual salario); 2) como trabajadores de servicios “feminizados” y en ocasiones sexualizados: secretarías, trabajadoras domésticas, prostitutas, azafatas, etc.; 3) en trabajos derivados de la cualidad “maternal” concebida como innata por el biologicismo ideológico: enfermeras, asistentes sociales, maestras; 4) como blancos del acoso sexual (basado en la relación de dependencia respecto del acosado); 5) como trabajadoras a media jornada debido a la necesidad de cumplir con la crianza de los hijos, y como trabajadoras de doble jornada (doméstica no remunerada y pública remunerada); 6) como “esposas que trabajan” y “madres que trabajan”; 7) como esposas y madres en primera instancia que, en segunda, también “salen a trabajar”; 8) como las que ganan un ingreso extra. (p. 20)

Frente a la realidad del género femenino en el mundo, Colombia ha venido realizando avances en materia de generación de políticas públicas tendientes a reconocer y mitigar las diferencias, generando espacios que permitan concretar la equidad de género. Colombia no ha sido ajena a esta tendencia mundial, por lo que en la actualidad cuenta con una serie de medidas legislativas y administrativas que responden a este criterio e imperiosa necesidad.

4.1. Desarrollo del concepto de “enfoque de género”

La idea general de un enfoque de género irrumpió en la escena mundial hace ya varias décadas, encontrándose con los primeros instrumentos que reivindican la igualdad entre hombres y mujeres basados en los movimientos sociales, tales como el de las Sufragistas en Estados Unidos o los movimientos feministas europeos de la primera mitad del siglo XX.

Los primeros elementos que dan muestra de esta transformación se encuentran en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, para luego presentarse en instrumentos internacionales como la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), en la que se renovó el compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, y se invitó a los Gobiernos y a los demás agentes a “[...] integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias en mujeres y hombres respectivamente, antes de tomar decisiones”.

El estudio del género como factor determinante en las relaciones sociales tiene un contenido político importante, toda vez que la reivindicación femenina se realiza basada en un concepto político de “democracia”, régimen bajo el cual la igualdad entre los hombres representa una premisa que podría considerarse exclusivamente teórica, pues en la práctica no funciona así (Cazés, 2004). Para su estructuración, el enfoque de género se discute alrededor del reconocimiento de la diversidad que se presenta entre los dos géneros reconocidos desde la biología, admitiendo el hecho de la diversidad como una línea importante para la construcción de la humanidad diversa, por lo que acepta que la opresión de un género sobre el otro va en contravía de la construcción de humanidad, que encuentra en su diversidad la más importante de sus características.

Continuando con Cazés (2004), su idea de género planteó esta perspectiva como un *paradigma ético* inédito, como *visión filosófica* contemporánea, como *óptica renovada para comprender el desarrollo de la historia* y como *acción política democratizadora*. Por tanto, encuentra en la *teoría de género* un referente para el estudio de la humanidad, que le permite interpretar la totalidad de las cosas.

En términos generales, la perspectiva de género se constituye hoy como una herramienta que permite enfocar, analizar y comprender las características que definen a mujeres y hombres de manera específica, así como sus semejanzas y diferencias Cazés (2004).

La perspectiva de género explora cuestiones relacionadas con la organización patriarcal que tiene el mundo, la manera como se desarrolla la mujer en este espacio, cómo el Estado satisface las necesidades de las mujeres en este

entorno hostil y la diferencia entre el desarrollo personal y social de mujeres y hombres. Pero sobre todo cuestiona la organización social estructurada por la inequidad, la injusticia y la jerarquización, basadas en la diferencia sexual transformada en desigualdad genérica Cazés (2004). La perspectiva de género materializa y enriquece teóricamente el movimiento feminista en la medida en que este se reconozca como la lucha por la equidad de género y la reivindicación de la mujer en la sociedad, en la que se reconoce su diferencia y, desde allí, se toman medidas para ejercer sus derechos.

Frente al proceso que viene viviendo el mundo, en el que la tendencia hacia la generación de instrumentos que protejan a la mujer se concreta en cada vez más países –por lo menos en el hemisferio occidental–, la organización multilateral más importante también asumió una posición de protección y de asesoría técnica frente a los desafíos que la aplicación de este enfoque determina para los gobiernos. En este sentido, en julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas creó ONU Mujeres, una entidad para la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. Así, dio un paso hacia el reconocimiento de este tema como prioritario en la agenda mundial.

La incorporación de una perspectiva de género integra la igualdad de género en las organizaciones públicas y privadas de un país, en políticas centrales o locales y en programas de servicios y sectoriales. Por tanto, esta nueva línea de trabajo de la ONU propone convertir el tema de género en una prioridad no solamente a nivel gobierno, sino también introduciendo un cambio social estructural en el que las escuelas, universidades, empresas y en general todos los espacios de desarrollo de una sociedad trabajen por la consolidación de medidas que erradiquen las prácticas discriminatorias y se comprometan con el desarrollo integral de sus individuos, especialmente de las mujeres.

4.2. Equidad laboral de género

“La equidad de género permite brindar a las mujeres y a los hombres las mismas oportunidades, condiciones y formas de trato, sin dejar de lado las particularidades de cada uno de ellos”. Para alcanzar la equidad, resulta necesario incorporar medidas que compensen las desventajas que históricamente han arrastrado las mujeres, tal como lo explica la definición de la UNESCO (1998) en la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo.

En cualquier organización, ámbito o esfera, la igualdad de oportunidades resulta parte integral de la inclusión laboral, que, a su vez, es indispensable

para lograr un sentido de pertenencia y alineación con los valores de cualquier empresa.

La imperiosa necesidad de salvaguardar la igualdad de las mujeres y los hombres en Colombia ha tomado cada vez más fuerza, poniendo en evidencia la necesidad de construir un diálogo de equidad de género común, abierto, consecuente y frecuente. Asimismo, se ha procurado la implementación de políticas laborales con enfoque de género en las diferentes fases de la relación laboral a través de los procesos de selección para ocupar cargos vacantes desde su reclutamiento y contratación de personal, la ejecución de la relación laboral e incluso hasta la terminación de los contratos de trabajo, procurando y promoviendo la implementación de mejores prácticas desde el punto de vista del capital humano. Esto, con la finalidad única de aprovechar la diversidad como una ventaja competitiva y no como una desventaja desde el punto de vista laboral o empresarial, mejorando así el clima laboral, la productividad e incluso la imagen de los representantes del mercado laboral.

4.3. Igualdad de género laboral

Desde hace muchos años, la OIT se ha propuesto promover la igualdad de oportunidades para que las mujeres y los hombres accedan a un trabajo decente, a través de la expedición de los Convenios 100, 111, 156 y 183 y la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Para la OIT, la igualdad de oportunidades reúne una serie de elementos que la caracterizan consistentes en “un trabajo bien remunerado, productivo y realizado en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”. Asimismo, estima que

la igualdad de género constituye un elemento decisivo de las actividades encaminadas a la consecución de sus cuatro objetivos estratégicos: (i) Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, (ii) Generar mayores oportunidades para que las mujeres y los hombres puedan tener un empleo e ingresos dignos, (iii) Mejorar la cobertura y la eficacia de una seguridad social para todos, y (iv) Fortalecer el tripartismo y el diálogo social.

El Programa de Trabajo Decente propuesto por la OIT es de carácter transversal, cuya ejecución resulta efectiva mediante la aplicación de una política e intervenciones institucionales integradas y coordinadas.

Lo anterior implica la presencia de lo que la OIT ha denominado “objetivos

estratégicos”, los cuales comprenden: la promoción de los derechos fundamentales, la creación de empleo, la protección social y el diálogo social. Así las cosas, la aplicación del enfoque de igualdad de género y de trabajo decente es parte del proceso propuesto por esta institución, cuyo objetivo principal es

lograr una mayor igualdad en las oportunidades de empleo mediante la adopción de medidas, que también apuntan a mejorar el acceso de la mujer a la educación, la formación profesional y la atención de salud, a la vez que se toma debidamente en cuenta el rol femenino de la economía de la prestación de cuidados, por ejemplo, mediante medidas para armonizar la vida laboral y familiar e incentivos en el ámbito laboral para la prestación de servicios de guardería y las licencias parentales.

4.4. Enfoque de género en Colombia

El Ministerio del Trabajo, en ejercicio de lo ordenado por la Ley 1257 de 2008 y el Decreto Reglamentario del Sector Trabajo 4463 de 2011, tiene entre sus obligaciones la promoción de los derechos humanos de las mujeres en el mundo del trabajo. En este punto, resulta importante destacar que la misma entidad manifiesta la

existencia de profundas brechas entre hombres y mujeres que generan una extendida discriminación por razones de sexo, brecha salarial y ocupacional, y que desconoce los derechos humanos de las mujeres. La presencia de factores culturales ligados a la estructura patriarcal, limita el ejercicio de estos derechos.

Es así como resulta que el enfoque de género, en su más amplia definición, está orientado a observar, estudiar y transformar las diferencias culturales, económicas y políticas en la construcción de la condición y posición de hombres y mujeres, que generan desigualdades y se expresan en situaciones de discriminación y exclusión social. La incorporación progresiva de este concepto en el ámbito empresarial y laboral resulta indispensable cuando observamos la necesidad de apreciar y valorar la realidad desde una perspectiva de justicia e igualdad. (UNPA, PNUD, UNICEF y ONU Mujeres, 2012).

De esta forma, lo que se pretende principalmente es la promoción de la igualdad de oportunidades, con especial énfasis en el fortalecimiento de las capacidades y competencias de las mujeres a través de su empoderamiento como titulares de derechos (UNPA, PNUD, UNICEF y ONU Mujeres, 2012).

Colombia ha tenido un desarrollo progresivo alrededor del concepto de “en-

foque de género”, tanto académicamente como desde la perspectiva política, y se han adelantado esfuerzos por concretar medidas, programas y proyectos que permitan el empoderamiento femenino.

Todas las políticas implementadas por los diferentes Gobiernos colombianos se convirtieron en el marco para la estructuración de planes, programas y proyectos en todo el territorio nacional, sobre todo en los últimos diez años, en el que el enfoque de género se convirtió en una de las líneas de tareas más importantes en el trabajo social en Colombia, no solamente desde la institucionalidad gubernamental, sino también desde la sociedad civil y la comunidad internacional.

La totalidad de los documentos de política pública formulados en Colombia han respondido a las mismas problemáticas que en la actualidad aquejan a esta población, situación que da cuenta de su poca efectividad, lo que lleva a afirmar que los avances en materia de género en Colombia se han dado especialmente en la legislación. Sin embargo, eso no ha repercutido en una verdadera transformación de la realidad de las mujeres colombianas. Las dificultades para la generación de ingresos y empleo decente, la baja participación política, los altos niveles de violencias basadas en género, los problemas para el acceso a la salud sexual y reproductiva y a la educación, o las demoras injustificadas en la protección de sus derechos al interior de las instancias competentes son reconocidos por el Gobierno nacional. Incluso, las líneas de política y las acciones formuladas han sido similares, por lo que resulta necesario retomarlas en las diversas políticas que se están ejecutando en la actualidad.

El poco éxito de las políticas públicas de género en Colombia ha sido el resultado de la confluencia de diversos factores, entre ellos, la situación propia del país y el conflicto armado, pero pese a lo difícil del camino, Colombia hoy cuenta con una política pública de género que se soporta en la consideración de la mujer como la fuerza social más grande del país y no una minoría. Pero se enfrenta en la realidad al hecho de que, pese a ser mayoría, su participación en todos los aspectos de la vida social sigue siendo mínima, especialmente en temas laborales, en los que la discriminación sigue dejando una huella.

La Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres, en sus lineamientos, incorpora como herramientas conceptuales el principio de igualdad y no discriminación, el análisis de género y el enfoque diferencial de derechos. En este desarrollo amplio del concepto de “equidad”, adopta las nociones de “igualdad”, “no discriminación” y “diversidad”.

4.5. La brecha salarial en Colombia

Uno de los principales escenarios dentro del contexto laboral que evidencia mayor desigualdad de género es que “las mujeres tienen salarios menores que los hombres pese al aumento en su participación laboral, al mayor número de horas trabajadas y a la equivalencia entre hombres y mujeres de ciertas características observables, tales como la educación” (Sabogal, 2012, p. 54).

En este sentido, cifras presentadas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE, 2019) determinaron que en Colombia la brecha salarial existente entre hombres y mujeres, según la media, es del 12,9% para el año 2019, demostrando que por cada 100 pesos que recibe un hombre como contraprestación a su servicio personal, una mujer gana 87 pesos. Brecha que se agudiza aún más en el sector informal de la economía, en el que las mujeres devengan un 29% menos que los hombres en el ingreso laboral mensual y un 2,9% menos en el ingreso por hora.

A través del Convenio 100, la OIT busca garantizar y promover el principio de igual remuneración para hombres y mujeres frente a un trabajo valorado en las mismas condiciones y características, ofreciendo algunas directrices a los Estados y estableciendo medidas enfocadas a los empleadores para que procuren disminuir la brecha existente. Con el transcurrir del tiempo ha alcanzado una baja, pero no la suficiente, estando lejos de su absoluta erradicación.

Los mecanismos propuestos por la OIT (2019) para garantizar una igualdad en la remuneración se materializan a través de evaluaciones del empleo, en las que se fijan tasas de remuneración salarial justas que no contemplan al género como un criterio determinante para fijar la contraprestación y pretendiendo establecer una media en el mercado laboral con el fin de garantizar la equidad. El artículo 2.1 de la Convención resulta ser el eje central, mediante el cual se establece que las mujeres tienen derecho a recibir el mismo salario que los hombres cuando realizan un trabajo del mismo valor.

En este orden de ideas, subsisten razonamientos erróneos como “las mujeres trabajan menos respecto a los hombres porque deben ser quienes se ocupan de las labores del hogar”, o que determinadas labores son propias de un género u otro. Estos falsos ideales impiden en la práctica que hombres y mujeres desarrollen su proyecto de vida como desean. Se puntualiza que dichos estereotipos propician conductas que subvaloran el trabajo de la mujer y, de la misma forma, su remuneración.

El ordenamiento jurídico colombiano ha procurado enfocarse en garantizar la protección del derecho a la igualdad laboral y a la disminución de las brechas

existentes entre hombres y mujeres. Sin embargo, la aplicación real y efectiva del derecho a la igualdad se ve en un sentido difuso, si se tiene en cuenta que muchas de las actividades llevadas a cabo “tradicionalmente” por hombres y mujeres en la sociedad son diferentes, así como sus retribuciones salariales:

[...] el problema es que los puestos que ocupan los hombres y las mujeres en el mercado de trabajo son muy diferentes y, por lo tanto, siguen existiendo diferencias, porque las categorías que mayoritariamente ocupan hombres tienen mayores salarios según la regulación de las cláusulas convencionales. (Rodríguez, 2008, p. 9)

La anterior circunstancia derivada de los estereotipos de género aún persistentes en la sociedad, que agudizan la brecha salarial existente en Colombia y en el mundo, son un claro indicativo de la necesidad de establecer políticas de inclusión de hombres y mujeres en todos los sectores de la economía y bajo las mismas condiciones laborales y salariales. En este sentido, la adopción de este tipo de medidas afirmativas serviría de instrumento jurídico para garantizar la ampliación sin limitaciones del género femenino al mercado laboral.

Con anterioridad a la adopción del Convenio 100 de la OIT, las Naciones Unidas, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, estableció el principio de “Igual salario por trabajo igual”. La adopción de dicho principio constituyó un avance fundamental en términos de igualdad en la retribución económica y salarial del género femenino, y dejó en evidencia la situación de desigualdad existente entre los salarios de hombres y mujeres.

El artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo en la legislación colombiana establece el principio de “Igual salario por trabajo igual”, en el siguiente sentido:

El primer numeral del artículo 143 establece los tres elementos que constituyen “igual trabajo”: (i) igual cargo o posición, (ii) igual jornada (iii) e iguales condiciones de eficiencia en el desempeño de la labor. La concurrencia de estos tres elementos da lugar a la nivelación salarial entre trabajadores que desempeñan un mismo trabajo, pero no devengan una remuneración equivalente. (Díaz y Dimaté, 2016, p. 2)

De esta forma, en el año 2011 se expidió la Ley 1496, que trajo consigo un relevante cambio al Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo que “Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”.¹

1 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 143 (1950).

La Corte Constitucional, con base en el principio “a trabajo igual, salario igual” que establece “la obligación para el empleador de proporcionarles a sus trabajadores una remuneración acorde con las condiciones reales *del trabajo*. *Es decir, una que provenga de la observación de elementos objetivos y no de consideraciones subjetivas, caprichosas o arbitrarias*”,² ha decidido amparar el derecho a la igualdad mediante el mecanismo especialísimo de la acción de tutela, aunque este no resulta ser el medio idóneo para proteger el principio de “Igual salario por trabajo igual”. Se ha considerado viable si se cumplen los requisitos existentes para su procedencia, específicamente que: (i) se trate de un asunto de importancia constitucional; y (ii) que sea evidente la existencia de elementos que deriven en desigualdad salarial potencialmente injustificada, concediendo así la protección de este derecho.

Respecto a la igualdad salarial en estricto sentido, se logran evidenciar en la actualidad diferencias salariales entre hombres y mujeres con funciones idénticas, que resultan de la aplicación de cláusulas contractuales en las que se establece una mayor remuneración para trabajadores que tenían más formación (que solían ser los trabajadores del sexo masculino). En este caso,

el tribunal estimó correcta esta diferencia salarial por esa distinción en la formación, pero lo cierto es que no explicó la forma en que la diferencia en la formación profesional podría justificar una distinción de retribución cuando realizan el mismo trabajo. (Rodríguez, 2008, p. 9)

Si bien resulta inadmisibles la discriminación o diferenciación en razón a criterios subjetivos, tales como la raza, el sexo, el color, la orientación sexual, la opinión política o la religión, el idioma, el lugar de origen o el estatus social, entre otros, cuando se trata de diferenciación basada en factores como la “distinción en la formación”, la “experiencia profesional” o “la titulación académica” también pone en evidencia una forma de inequidad y desprotección de género.

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que pueda establecerse como no discriminatorio un trato diferencial en materia salarial y prestacional, resulta necesario demostrar que este trato es de carácter objetivo, por lo que no debe estar fundamentado en argumentos irrelevantes que constituyen criterios sospechosos.³

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia estableció que:

2 Corte Constitucional de Colombia. (12 de julio de 2016). Sentencia T 369 de 2016, p. 2.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala. Lab, *SL16217-2014*, p. 15, 2014.

Si ambos trabajadores realizan el mismo trabajo; y si bien uno de ellos acredita los títulos académicos últimamente exigidos, esos títulos no se traducen en hacer más eficientemente el trabajo, o en realizar funciones adicionales con respecto a las desempeñadas por el otro trabajador. La respuesta al interrogante la encontramos en el artículo 143 CST: si dos trabajadores hacen el mismo trabajo, en condiciones de puesto, jornada y eficiencia iguales, deben recibir el mismo salario. Las condiciones adicionales, diferentes a las enunciadas, que exhiba uno de los trabajadores -se insiste: haciendo éstos el mismo trabajo-, no deberán repercutir en una mejor asignación salarial.⁴

En este orden de ideas, queda claro que no puede justificarse una diferenciación salarial entre dos trabajadores de género distinto que realizan las mismas funciones, aun cuando uno de estos tenga mayor experiencia y formación académica que el otro, debido a que se encuentran realizando las mismas actividades y tienen a su cargo las mismas responsabilidades. La diferencia estaría claramente plasmada si se le asignaran funciones adicionales o especializadas a uno de ellos, lo que daría a entender que sus trabajos no son iguales y sería admisible, en este caso, la asignación de un salario diferenciado para cada uno.

4.6. Enfoque de género en las políticas públicas de empleo en Colombia

La política de género aplicada en Colombia se ha construido basada en un diagnóstico de la situación de las mujeres y el poco avance logrado con los instrumentos previamente diseñados, por lo que se ha trazado como objetivo atacar los principales problemas que requieren atención para así garantizar el pleno goce de sus derechos, teniendo en cuenta las particularidades regionales, urbanas y rurales y las diversidades culturales propias de nuestro país, tales como las afrocolombianas, negras, palenqueras y raizal, indígenas, entre otros, además de otras subcategorías, como la ocupación de estas mujeres, entendiendo que las realidades de las campesinas, artesanas, pescadoras, trabajadoras agrícolas y profesionales, entre otras, son potencialmente diferentes entre sí, razón por la cual requieren ser reconocidas y analizadas en su particularidad.

Gracias a la concreción de la perspectiva de género como una unidad de análisis dentro del proceso de construcción de políticas públicas, el país puso su mirada sobre las mujeres y sus necesidades, y entendió el hecho de que, además de las labores históricas de cuidado a las que ha sido relegada, repre-

4 Corte Suprema de Justicia, Sala. Lab, SL16217-2014, p. 19, 2014.

sentan una fuerza laboral mayúscula contenida no solamente en el hecho de representar la mayoría de la población, sino también en el potencial que hasta ahora no se ha explotado.

De esta forma, en materia de empleo, la política pública de género en Colombia busca la plena participación de las mujeres en el mercado laboral con igualdad de oportunidades, superando los obstáculos que impiden su incorporación al mercado laboral, imprescindible para fortalecer su autonomía. Asimismo, se promueve el reconocimiento de la contribución de las mujeres al desarrollo del país, desde un análisis que privilegia su situación y posición específica en la sociedad.

Con miras a alcanzar la garantía constitucional al ejercicio del derecho a la igualdad y a la equidad de género, se orientan las relaciones laborales hacia la construcción de alternativas de trabajo decente y libre de discriminación laboral de cualquier índole. Esta situación se enmarca en el ejercicio pleno y efectivo de los derechos económicos y laborales de las mujeres desde un enfoque diferencial orientado a brindar igualdad de oportunidades, en el que la función principal del Estado es convertirse en el actor principal para el cumplimiento de estos derechos.

A través de diferentes mecanismos e instrumentos, se procura privilegiar la participación de la mujer en escenarios de poder y toma de decisiones, planteándose así el fortalecimiento de su participación social, cultural y política, de manera que sus aportes incidan activamente en la construcción de una sociedad más equitativa y justa. Por todo lo anterior, se plantean como iniciativas: (i) diseñar y ejecutar programas orientados a fortalecer la participación de las mujeres, teniendo en cuenta sus condiciones especiales en los distintos escenarios sociales, culturales y políticos; y (ii) hacer seguimiento y monitoreo a las normas establecidas para aumentar la participación de las mujeres en los escenarios de poder y toma de decisiones.

Desde lo laboral también se destaca la búsqueda de una conciliación de la vida familiar y laboral, situación que representa un reconocimiento a la labor fundamental que realiza la mujer en la sociedad como eje de la familia y responsable del cuidado de su hogar. Este trabajo se realiza bajo la consigna de que las labores de cuidado no son exclusivamente femeninas. Sin embargo, esta representa quizá la lucha más importante a la hora de materializar los conceptos de equidad e igualdad, toda vez que la cultura machista imperante dificulta las acciones en este sentido.

Reivindicando el derecho al trabajo como pilar fundamental para el ejer-

cicio de otros derechos y como fórmula para la eliminación de las brechas de desigualdad entre hombres y mujeres, se reconoce la necesidad de redirigir acciones para que las empresas adopten esquemas más flexibles, los cuales faciliten a sus trabajadores –hombres y mujeres– cumplir con su trabajo y también con sus obligaciones familiares.

Pese a los avances logrados, resulta muy preocupante la situación actual del país originada por la pandemia del COVID-19. Debido a esto, muchos objetivos planteados en la política pública de género en materia de empleo no se están materializando, y se registra un desafortunado incremento de los índices de desempleo que ha afectado principalmente a las mujeres en nuestro país, sumado a la falta de recursos. Este hecho es aún más preocupante porque determina la perpetuidad de la situación de marginación de la mujer.

Finalmente, y pese a todo lo anterior, a la fecha no se evidencian acciones encaminadas a garantizar el desarrollo integral de la mujer trabajadora, toda vez que se limitan las acciones a trabajar por el problema del acceso a las oportunidades laborales sin ahondar en la necesidad de garantizar las condiciones que requiere una mujer para su desarrollo integral, teniendo en cuenta que estas condiciones, en la actualidad, están siendo más gravosas por los efectos sanitarios, contrastando así con las condiciones propias del enfoque de género.

5. Recomendaciones para la generación de políticas públicas con enfoque de género

El empleo no es solamente la materialización de un derecho fundamental reconocido en la Carta Política como derecho al trabajo y plasmado en el ordenamiento jurídico; por el contrario, esta situación trasciende la individualidad y garantiza la posibilidad de acceder a otros derechos, no solamente por parte del individuo que entrega su fuerza de trabajo, sino también para todo aquel que depende de él para garantizar su mínimo vital y una calidad de vida digna.

Frente a la situación de empleo de la mujer, el mercado de trabajo en América Latina continúa evidenciando fuertes desequilibrios que se manifiestan a través de las elevadas tasas de desempleo y de la baja calidad de las ofertas de empleo, situaciones estas que no garantizan una posición digna de la mujer en las relaciones laborales.

En este contexto, las mujeres enfrentan mayores dificultades para incorporarse al mercado laboral, experimentando diversas formas de discriminación y segmentación (Maurizio, 2010). Tanto en Colombia como en la mayoría de los países latinoamericanos, la brecha de género en materia de empleo sigue

siendo muy amplia, condicionando negativamente a las mujeres en el acceso y la calidad del empleo.

A continuación se presenta una serie de recomendaciones para la implementación de una política pública en Colombia, encaminadas a promover el eventual desarrollo de iniciativas para la concreción del enfoque de género en materia laboral.

Frente a la construcción y aplicación de una política pública de empleo desde un enfoque de género comparada con la realidad en materia de acceso y oportunidades laborales para las mujeres, se hace indispensable tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. La política pública de género debe ser concretada en acciones tangibles, efectivas, y, sobre todo, consecuentes y permanentes. Por tanto, la implementación de programas y proyectos del orden nacional y local tendientes al empoderamiento femenino se hacen necesarios y urgentes, siempre y cuando estos garanticen una continuidad y no sean un proyecto del Gobierno de turno, que se queda sin ejecutarlo en su totalidad por la falta de gestión, de presupuesto y por el vencimiento del período gubernamental.

2. Para que exista una sociedad coherente, cohesionada e inclusiva se requiere generar políticas económicas que promuevan realmente el desarrollo social, principalmente en aquellas áreas que se consideran prioritarias, como es el caso de la salud, educación, rural y manufacturero, todas ellas en las que la mujer juega un papel fundamental.

3. Procurar la creación de políticas que hagan la vida realmente sostenible. Se requiere adoptar políticas que conlleven a la sostenibilidad de la vida a través de medidas de corresponsabilidad, que comprometan con actuaciones específicas inclusivas y responsables a todos los agentes que participan del bienestar de la comunidad en el marco de un modelo económico ajustado al desarrollo y cuidado de la vida de las personas, de su salud y de su entorno en un contexto de creciente escasez de recursos.

4. Promover una actividad económica que garantice de manera sostenible la satisfacción de las necesidades de todas las personas, en un escenario en el que la economía social juegue un papel fundamental a través de un comercio justo, que impulse las iniciativas locales y nacionales y que logre aportar al crecimiento del país, incentivando la participación de la mujer en el desarrollo de estas actividades.

5. Resulta indispensable incentivar la conformación de oficinas para asuntos de género en el orden departamental y municipal que sirvan como enlace efectivo y eficiente de protección y garantías para la equidad de género.

6. Los trabajos relacionados con el cuidado de la familia y el hogar deben transformarse a una actividad especialísima que no distingue género, razón por la cual la consolidación de programas de concientización y formación en este sentido deben privilegiarse, abriendo un espacio para ello en la educación básica.

7. La política pública de empleo debe soportarse en elementos legales que permitan realmente poner en práctica la exigibilidad a las empresas de las medidas recomendadas en materia de género, como por ejemplo la obligatoriedad de la certificación de cumplimiento en la ejecución de dicha política en el ejercicio de su actividad.

8. La política pública de género no debe basarse en elementos de discriminación positiva, sino que, por el contrario, debe ajustarse a los conceptos de “igualdad” y “equidad”, en los que se reconozcan las características que hacen especial a la mujer y sus diferencias, pero que se la trate como a un par en el ejercicio de la igualdad y equidad, capaz de desempeñarse con éxito en cualquier sector de la sociedad.

9. Se deben proteger los derechos de la mujer y el apoyo económico en todas las etapas de su vida, con el fin de permitirle alcanzar los grados de escolarización que le abran las puertas al campo laboral y al entorno social y económico del momento.

10. Se deberá velar por la protección de la salud de la mujer sin razones de discriminación por su capacidad de dar vida durante la mayor parte de su vida, ofreciendo un apoyo económico que le permita garantizar su cuidado.

11. Fomentar la actividad económica y de mano de obra mediante políticas económicas y de empleo que contribuyan a estabilizar la actividad económica, a través de políticas fiscales, medidas de protección social en la realidad actual (pandemia), transferencias y prestaciones especiales por condiciones de desempleo, inversión pública y reducciones fiscales para personas de bajos ingresos, incluyendo la pequeña y mediana empresa.

12. Establecimiento de políticas monetarias flexibles, otorgamiento de apoyo financiero y concesión de préstamos a las empresas, especialmente las pymes, en sectores específicos para fomentar la resiliencia y la recuperación frente a la crisis originada por el COVID-19, y crear empleo decente principalmente para las mujeres como parte del mercado laboral más afectado.

13. Apoyo al empleo y al mantenimiento de ingresos de las empresas y los trabajadores que se han visto afectados adversamente de forma indirecta, mediante medidas de protección social basadas en mecanismos existentes y/o la remuneración específica de trabajadores, en particular los trabajadores infor-

males, ocasionales, temporeros y migrantes, así como los que desarrollan su labor por cuenta propia y a la mujer cabeza de hogar.

14. Crear disposiciones sobre conservación del empleo, en particular acuerdos sobre reducción de la jornada laboral o prestaciones parciales por desempleo para trabajadores por un período de tiempo determinado.

15. Generar políticas para el bien común en procura de aumentar las condiciones y oportunidades para la ciudadanía, y promover el desarrollo humano desde los principios de igualdad de oportunidades, sostenibilidad, participación, empoderamiento y garantía de derechos humanos, garantizando la protección de los bienes y recursos naturales, urbanos y digitales.

6. Conclusiones

Luego de realizar este recorrido por las diferentes definiciones, conceptos y propuestas de viabilidad de políticas de empleo desde un enfoque de género en Colombia, es posible afirmar que la tarea más grande que tiene el Estado colombiano en esta materia se encuentra en proporcionar las bases para un crecimiento con inclusión social. Este concepto implica el reconocimiento de la mujer como pilar fundamental en la fuerza laboral nacional, entendiéndola no solamente bajo un criterio de igualdad con el hombre, sino también como un sujeto de necesidades especiales, por lo tanto, su protección desde el Estado también debe darse de manera especial, a partir de políticas integradas que promuevan el trabajo decente y sus derechos mínimos.

Asimismo, resulta imprescindible la inversión por parte del Estado en la creación de empleos decentes ante esta nueva realidad que azota al país, y que resulta crucial para reducir la desigualdad y la precariedad laboral. En este sentido, el Estado colombiano, durante varios años, ha venido trabajando de manera continua y comprometida con la formulación y ejecución de una política pública que permita transformar la realidad de las mujeres en términos generales, dotándola de las herramientas necesarias para el efectivo goce de sus derechos en términos de igualdad de condiciones en todos los espacios de la vida social, política y económica del país, resultando indispensable formular políticas públicas en materia de empleo con enfoque diferencial de género, las cuales reivindiquen a la mujer trabajadora y se enfoquen en garantizar mejores condiciones de vida.

Bajo el concepto de “políticas públicas de empleo” se pueden agrupar todas las acciones e instrumentos diseñados desde el Gobierno central para atender

una de las problemáticas más importantes que aqueja no solamente a Colombia, sino también a muchos países latinoamericanos: la falta de empleo. En Colombia, la política pública se encuentra diseminada en varios instrumentos y/o documentos que, en su conjunto, orientan esta actividad y dan directrices para la ejecución de planes, programas y proyectos para enfrentar esta problemática.

A través de este documento, se plantea una propuesta encaminada a fomentar y potenciar la autonomía económica de las mujeres, a nivel de ingresos y como fórmula para garantizar su participación en las actividades productivas y en el mercado laboral. A su vez, privilegia su inclusión en escenarios de poder y toma de decisiones, por lo que plantea el fortalecimiento de la participación social, cultural y política de las mujeres, de manera que sus aportes logren incidir activamente en la construcción de paz y desarrollo del país. Asimismo, destaca la búsqueda de una conciliación de la vida familiar y laboral, situación que representa un reconocimiento a la labor fundamental que realiza la mujer en la sociedad como eje de la familia y responsable del cuidado.

Para lograr concretar estos tres pilares fundamentales, se enfoca principalmente en las siguientes estrategias: (i) plena participación de las mujeres en el mercado laboral con igualdad de oportunidades; (ii) conciliación de la vida familiar y laboral; (iii) protección de los derechos de las mujeres en riesgo o víctimas de desplazamiento forzado y otras violencias contra las mujeres en el marco del conflicto armado; (iv) reconocimiento y fortalecimiento de las mujeres y sus diferentes formas organizativas en la construcción de la paz; (v) fomento a la participación de las mujeres en instancias de poder y toma de decisiones; (vi) garantías a las mujeres en todo su ciclo vital del enfoque diferencial en el sistema de salud y en los derechos sexuales y reproductivos; (vii) garantías a las mujeres en todo su ciclo vital del derecho a la educación con enfoque diferencial; (viii) promoción y fortalecimiento del acceso a la propiedad y a los recursos productivos; (ix) disminución de los factores de riesgo y/o vulnerabilidad de las mujeres frente al hábitat y al ambiente; (x) movilización y comunicación para la transformación cultural; y (xi) fortalecimiento institucional.

Bibliografía

- Acosta, P. (2007). La protección de los derechos de las mujeres en la Constitución colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (20), 49-60. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/703>.
- Alonso, E. F. (2013). El derecho fundamental a la igualdad laboral. Jurisprudencia constitucional. *Forum*, (4), 37-58. <https://core.ac.uk/download/pdf/77269089.pdf>.
- Alta Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer. (2012). *Lineamientos de la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres*. https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_colombia_0446.pdf.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1996). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://www.refworld.org/es/docid/4c0f50bc2.html>.
- Bonardo, D. (2007). ¿Mujeres sin trabajo? Desafíos y cuestiones pendientes en las políticas públicas de formación y/o capacitación para el empleo en perspectiva de género. *Revista Pilquen*, 9(1), 1-8. http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-31232007000100001.
- Brunet, I. (2009). Pobreza y exclusión social desde la perspectiva de género. *Revista Internacional de las Organizaciones*, (3), 13-27. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3342227.pdf>.
- Carreño, Y. (2018). El giro constitucional de la protección a las mujeres gestantes en Colombia. Entre la inserción laboral y la protección de los derechos. *Femeris*, 4(1), 58-79. <https://e-vistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/4568>.
- Cazés, M. (2004). *Perspectiva o enfoque de género, análisis de género y teoría de género. Paradigma ético, visión filosófica y de la historia, acción democratizadora*. http://www.europrofem.org/contri/2_05_es/cazes/03_cazes.htm.
- CEPAL. (1996). *Violencia de género: un problema de derechos humanos*. Unidad Mujer y Desarrollo. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5855-violencia-genero-un-problema-derechos-humanos>.
- CEPAL. (2019). *Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1999. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcedaw.aspx>.
- Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia. (2013). *Documento CONPES Social. Equidad de género para las mujeres*. Departamento Nacional de Planeación. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/161.pdf>.
- Cook, R. y Cusack, S. (2009). *Estereótipos de género. Perspectivas Legales Transnacionales*. University of Pennsylvania Press. https://www.law.utoronto.ca/utfl_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1984). *Opinión Consultiva OC4/84 de 19 de enero de 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1>.

- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2014). *Concepto 104251 de 2014*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6360>.
- Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Plan Nacional de desarrollo “Todos por un nuevo país” de Colombia (2014-2018)*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/PND/PND%202014-2018%20Tomo%201%20internet.pdf>.
- Díaz, J. y Dimaté, J. D. (2016). *A trabajo igual, salario igual: la carga de la prueba en procesos de nivelación salarial según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Universidad de los Andes. <https://una.uniandes.edu.co/index.php/ediciones/volumen-1/54-diaz-j-dimate-j-d>.
- Edo, M. (2002). *Amartya Sen y el desarrollo como libertad. La viabilidad de una alternativa a las estrategias de promoción del desarrollo*. <https://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/417>.
- El sector financiero emplea a más mujeres que hombres en Colombia*. (2015). *Revista Dinero*. <https://www.semana.com/economia/articulo/el-sector-financiero-emplea-mas-mujeres-hombres-colombia/215814/>.
- Espino, A., y Salvador, S. (2014). *Un análisis de género de los costos laborales en Colombia*. Ministerio del Trabajo de Colombia. Mimeo.
- Esquivel, V. (Ed.). (2013). *La economía feminista desde América Latina: Una hoja de ruta sobre los debates actuales en la región*. ONU Mujeres. <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/la-economia-feminista-desde-america-latina-es.pdf?la=es&vs=4841>.
- Farah, I., Sánchez, C. y Wanderley, F. (2009). *Políticas para la inserción laboral de mujeres y jóvenes en el Estado Plurinacional de Bolivia*. CEPAL/ASDI. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3715/S2009225_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Galvis, L. A. (2010). Diferenciales salariales por género y región en Colombia. Una aproximación con regresión por cuantiles. *Revista de Economía del Rosario*, 13(2), 235-277. https://www.urosario.edu.co/urossario_files/f7/f74319db-9912-4878-a819-2eddf54663e2.pdf.
- García Rojas, K., Ordoñez Herrera, J. S., García, S., Díaz, D. A. y Crespo Martín, D. (2020). *Brecha salarial de género en Colombia*. Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Gobierno de Colombia. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/notas-estadisticas/nov-2020-brecha-salarial-de-genero-colombia.pdf>.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill. https://investigar1.files.wordpress.com/2010/05/1033525612-mtis_sampieri_unidad_1-1.pdf.
- Lahera, E. (2004). *Política y políticas públicas*. División de Desarrollo Social, CEPAL. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6085/S047600_es.pdf.
- Luján, M. (2013). *Violencia contra las mujeres y alguien más...* Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política, Facultad de Derecho, Universidad de Valencia. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/29006/Tesis%20completa.pdf?sequence=1>.
- Marrugo-Salas, L. (2016). El acceso de la mujer a cargos de toma de decisiones en las empresas colombianas que cotizan en bolsa. *Entramado*, 12(1), 108-120. <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a08.pdf>.
- Maurizio, R. (2010). *Enfoque de género en las instituciones laborales y las políticas del mercado de trabajo en América Latina*. CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/5333-enfoque-genero-instituciones-laborales-politicas-mercado-trabajo-america-latina>.

- Moine, M. B. (2013). Factores que inciden en el acceso de las mujeres a cargos de responsabilidad en la estructura organizacional. *Ciencias Económicas*, 1(10), 21-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5522966>.
- Morán G. Alvarado, D. (2010). *Métodos de investigación*. Pearson Educación. <https://mitrabajodegrado.files.wordpress.com/2014/11/moran-y-alvarado-metodos-de-investigacion-1ra.pdf>
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.
- Observatorio del Servicio Público de Empleo. (2020). *Mujeres en el Mercado Laboral Colombiano*. <http://filco.mintrabajo.gov.co/FILCO/faces/inicio.jsf>.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO). (s.f.). *Vocabulario referido a género*. <http://www.fao.org/docrep/x0220s/x0220s01.htm>.
- Organización de los Estados Americanos. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convencion De Belem Do Para”*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>.
- Organización Internacional del Trabajo. (1951). *C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)*. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009a). *Empoderamiento de las mujeres: ¡90 años de la OIT en acción!* https://www.ilo.org/gender/Events/Campaign2008-2009/WCMS_104931/lang-es/index.htm.
- Organización Internacional del Trabajo. (2009b). *Mujeres en el trabajo, pasado y presente: como la noche y el día*. https://www.ilo.org/global/publications/world-of-work-magazine/articles/ilo-in-history/WCMS_110118/lang-es/index.htm.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Igualdad de género y no discriminación en la gestión del empleo. Guía para la Acción*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/~/americas/~/ro-lima/~/sro-san_jose/documents/publication/wcms_326274.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo. (2019). *La brecha salarial entre hombres y mujeres en América Latina: En el camino hacia la igualdad salarial*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/~/americas/~/ro-lima/documents/publication/wcms_697670.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2009). *Trabajo y Familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/~/dgreports/~/gender/documents/publication/wcms_111376.pdf.
- Organización Internacional del Trabajo, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y ONU Mujeres. (2013). *Trabajo decente e igualdad de género. Políticas para mejorar el acceso y la calidad del empleo de las mujeres en América Latina y el Caribe*. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/~/americas/~/ro-lima/~/sro-santiago/documents/publication/wcms_233161.pdf.
- Osborne, R. (2005). Desigualdad y relaciones de género en las organizaciones: Diferencias numéricas, acción positiva y paridad. *Política y Sociedad*, 42(2), 163-180. <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/POSO0505230163A>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia. (2014). *Empoderamiento de la mujer*.

- Enfoque*. <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjX2oLGNbbwAhXWHjQIHceAD6cQFjAAegQIAxAD&url=http%3A%2F%2Fwww.undp.org%2Fcontent%2Fdam%2Fcolombia%2Fdocs%2FODM%2Fundp-co-odmcolombia2014-2014.pdf&usg=AOvVaw38wzvDXz-rzrmC42XTyiVz>.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Colombia. (2017). *Sello de Equidad Laboral EQUIPARES*. <https://www.co.undp.org/content/colombia/es/home/projects/sello-de-equidad-laboral-equipares.html>.
- Rodríguez, E. (2008). La regulación de la igualdad entre hombres y mujeres en la normativa laboral de los países nórdicos. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, (23), 6-15. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2871997>.
- Ruiz, D. y Cádenas, C. (2005). ¿Qué es una política pública? *IUS Revista Jurídica*, (18).
- Sabogal, A. (2012). Brecha salarial entre hombres y mujeres y ciclo económico en Colombia. *Coyuntura Económica: Investigación Económica y Social*, XLII(1), 53-91. <https://www.repositorio.fedesarrollo.org.co/handle/11445/272>.
- Sen, A. (2000). El desarrollo como libertad. *Gaceta Ecológica*, (55), 14-20. <https://www.redalyc.org/pdf/539/53905501.pdf>.
- UNESCO. (1998). *Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Culturales para el Desarrollo. Informe final*. http://www.lacult.unesco.org/docc/1998_Conf_Intergub_sobre_pol_cult_para_des.pdf.
- Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo. (2016). *Informe sobre brechas de género en el mercado laboral*. https://info.undp.org/docs/pdc/Documents/COL/Informe%20UAESPE_Ene-mar2016.pdf.
- Valcárcel A. (1997). La política de las mujeres. *Política y Sociedad*, (32). https://www.researchgate.net/publication/27585544_La_Politica_de_las_Mujeres_de_A_Valcarcel.

Legislación citada

- Organización Internacional del Trabajo. C111 - Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960). Adopción: Ginebra, 42ª reunión CIT (25 junio 1958) - Estatus: Instrumento actualizado (Convenios Fundamentales). El Convenio puede ser denunciado: 15 junio 2020 - 15 junio 2021. Constitución Política de Colombia. Código Sustantivo del Trabajo.
- Código Sustantivo de Trabajo [Código]. (1950). (3ª ed.). Legis.
- Congreso de Colombia, Código Sustantivo del Trabajo por el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950 “Sobre Código Sustantivo del Trabajo”, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950, en virtud del Estado de Sitio promulgado por el Decreto Extraordinario No 3518 de 1949.
- Congreso de Colombia, Ley 51 de 1981. (Junio 2). Reglamentada por el Decreto Nacional 1398 de 1990. “Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer’, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980”.
- Congreso de Colombia, Ley 1009 de 2006. (Enero 23). Diario Oficial No. 46.160, de 23 de enero de 2006.
- Congreso de Colombia, Ley 1450 de 2011. (Junio 16). Reglamentada por el Decreto Nacional

- 734 de 2012, Reglamentado Parcialmente por el Decreto Nacional 2693 de 2012. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
- Congreso de Colombia, Ley 1496 de 2011. (Diciembre 29). Por medio de la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre mujeres y hombres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia, Ley 1753 de 2015. (Junio 9) Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país.
- Congreso de Colombia, Ley 1822 de 2017. (Enero 4). Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia, Ley 248 de 1995. (Diciembre 29). Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994.
- Congreso de Colombia, Ley 581 de 2000. (Mayo 31). Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de Colombia, Ley 731 de 2002. (Enero 14). Diario Oficial No. 44.678, de 16 de enero de 2002. Por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales.
- Congreso de Colombia, Ley 823 de 2003. (Julio 7). Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.
- Congreso de Colombia. (14 de julio de 2011). Ley por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones. [Ley 1475 de 2011].
- Congreso de Colombia. (31 de mayo de 2000). Ley por la cual se reglamenta la participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público. [Ley 581 de 2000].
- Congreso de Colombia. (4 de enero de 2017). Ley por medio de la se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del código sustantivo del trabajo y se dictan otras disposiciones. [Ley 1822 de 2017].
- Constitución política colombiana. (1991). Asamblea Nacional Constituyente, Bogotá, Colombia, 6 de julio de 1991.
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 13 [Título II]. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Constitución política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 43 [Título II]. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Decreto 1182 de 1999. Diario Oficial No 43.626, de 29 de junio de 1999. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por el cual se modifica la estructura orgánica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Resumen de Notas de Vigencia.
- Decreto 1930 de 2013. 6 de septiembre de 2013. Diario Oficial No. 48.910 de 11 de septiembre de 2013. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por el cual se adopta la Política Pública Nacional de Equidad de Género y se crea una Comisión Intersectorial para su implementación. Resumen de Notas de Vigencia.

Decreto 4463 de 2011. 25 noviembre de 2011. Por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 1257 de 2008.

Jurisprudencia citada

Corte Constitucional de Colombia. (12 de agosto de 1992). Sentencia T 494 de 1992 [MP Ciro Angarita Varón].

Corte Constitucional de Colombia. (12 de julio de 2016). Sentencia T 369 de 2016 [MP María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional de Colombia. (13 de febrero 2013). Sentencia SU 070 de 2013 [MP Alex Julio Estrada].

Corte Constitucional de Colombia. (15 de septiembre de 1994). Sentencia C 410 de 1994. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (21 de octubre de 2003). Sentencia C 964 de 2003. [MP Álvaro Tafur Galvis].

Corte Constitucional de Colombia. (25 de junio de 1992). Sentencia T 432 de 1992 [MP Ciro Angarita Varón].

Corte Constitucional de Colombia. (26 de octubre de 2016). Sentencia C 586 de 2016. [MP Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia. (29 de marzo de 2000). Sentencia C 371 de 2000. [MP Carlos Gaviria Díaz].

Corte Constitucional de Colombia. (9 de septiembre 1998). Sentencia C 481 de 1998. [MP Alejandro Martínez Caballero].

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (08 de mayo de 2019). Sentencia SL1682-2019. [MP Rigoberto Echeverri].

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral. (26 de noviembre de 2014). Sentencia SL1682-2019. [MP Carlos García Monsalve].

IMPUESTO A LAS GANANCIAS SOBRE JUBILACIONES Y PENSIONES. *CORSI E RECORSI* DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

Mauricio Goldfarb

Universidad Nacional del Nordeste

estudiogoldfarb@hotmail.com

Recibido: 02/02/2021

Aceptado: 30/04/2021

Resumen

El presente artículo analiza la aplicación del impuesto a las ganancias a los haberes de jubilados y pensionados en la República Argentina. En tal sentido, se pasa revista al sistema previsional argentino y a las principales características del tributo, incluyendo también referencias a la regulación de la materia en otros países. En el objeto principal de la investigación se analizan los vaivenes del más alto tribunal argentino respecto a la constitucionalidad de gravar los haberes previsionales con el impuesto. Para ello, se examinan las principales decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación entre 2013 y 2020, con el desarrollo de los argumentos centrales expuestos por los magistrados y las partes del proceso.

Palabras clave: jubilaciones, pensiones, vulnerabilidad, tributos, impuesto a la renta.

Income Tax on Retirement. *Corsi e Recorsi* of the Jurisprudence of the Argentine Supreme Court

Abstract

This paper analyzes the application of income tax to the assets of retirees and pensioners in the Argentine Republic. In this sense, its take review the Argentine pension system and the main characteristics of the income tax, including references to the regulation in other countries. In the main object of the investigation, the ups and downs of the highest Argentine court regarding the constitutionality of taxing pension assets with the income tax. For this, it exposes the main judicial decisions of the Supreme Court of Justice of the Nation between

2013 and 2020, with the development of the central arguments of the magistrates and the parties of the process.

Key words: retirement, pensions, vulnerability, taxes, income tax.

1. Introducción

A lo largo de la última década, ha existido un importante debate en la República Argentina respecto a la constitucionalidad de la aplicación del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios. La discusión se ha visto incrementada por el cada vez mayor número de personas alcanzadas por este tributo. Este aumento en el padrón de sujetos obligados a tributar –que antes incluía a muy pocos jubilados y pensionados– obedeció a dos razones principales: en primer lugar, a que luego del piso alcanzado durante la gravísima crisis social, política y económica de 2001/2002,¹ los beneficios previsionales tuvieron un fuerte incremento, tanto en términos nominales como reales. En segundo término, y especialmente a partir de 2005, porque este aumento en los valores nominales no se vio acompañado de las necesarias actualizaciones de los mínimos no imponibles (exentos del tributo) y de las escalas tributarias. De tal modo, año tras año, más y más jubilados y pensionados pasaron a ser sujetos pasivos del impuesto, originariamente previsto para los beneficios más altos, generando un aumento de la conflictividad y la litigiosidad (Corral y Wyczykier, 2021, p. 341).

¿Es posible gravar los beneficios previsionales con el impuesto a las ganancias? ¿Existen verdaderos obstáculos constitucionales al respecto o se trata, en cambio, de una cuestión de ponderación y oportunidad, delegada al criterio de los legisladores? El propósito de este trabajo es analizar cuáles han sido las respuestas a estas cuestiones, considerando especialmente las oscilaciones jurisprudenciales del máximo tribunal de la República Argentina. El tema es relevante y de actualidad no solo por la cantidad de sujetos alcanzados por los términos de la ley tributaria vigente, sino por la acentuada litigiosidad de la materia, los distintos criterios jurisprudenciales adoptados y lo reciente de los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para el desarrollo del tema, estructuramos el trabajo con el siguiente esquema: en primer lugar, una sumaria descripción de los rasgos distintivos del sistema previsional argentino y una breve revista sobre las características y evolución

1 La crisis derivó en el estallido del sistema de convertibilidad del peso argentino con el dólar estadounidense vigente durante más de una década, e incluyó la renuncia del presidente Fernando de la Rúa y la sucesión de cinco presidentes en once días, todo en medio de una gravísima convulsión social.

del impuesto a las ganancias en nuestro país. También se incluye –a título comparativo– una breve referencia a la regulación de la materia en otros Estados de Iberoamérica para examinar alternativas posibles de solución al problema. Luego de contextualizar la cuestión en este marco teórico e histórico, desarrollamos el objeto principal de la investigación con una reseña cronológica de los principales fallos de la Corte Suprema acerca de la aplicación del impuesto a las ganancias a los haberes de jubilados y pensionados. Finalmente, planteamos algunas reflexiones e interrogantes sobre el tema, que, por otra parte, de ningún modo pretenden clausurar el debate sobre la materia.

2. Metodología

La presente investigación combinó procedimientos cuantitativos y cualitativos para lograr una mejor comprensión del objeto de estudio. Los datos de campo han sido extraídos de la página web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina;² los aspectos teóricos, consultando la bibliografía de referencia y las publicaciones más actualizadas en el tema.

La unidad de análisis estudiada comprende los fallos dictados sobre esta materia durante el período que va de diciembre de 2013 a diciembre de 2020. Al tratarse del máximo tribunal nacional, la doctrina que emana de su jurisprudencia posee un impacto directo en todo el territorio argentino.

Aunque la unidad de análisis se circunscribe al ámbito geográfico nacional y a los procesos tramitados en la última década, las conclusiones son extensibles a otras jurisdicciones nacionales por la semejanza de los marcos normativos aplicables, especialmente en aquellos otros países que gravan los ingresos provenientes del trabajo y de los haberes de retiro.

3. El sistema previsional argentino

Si bien se registran antecedentes de beneficios de retiro para militares y algunos funcionarios públicos desde fines del siglo XIX, recién en 1904 se dictó la Ley 4349, la primera que estableció el descuento obligatorio a los trabajadores activos para financiar el sistema jubilatorio. La ley creó la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles, a la que le siguieron, ya en la década de 1920, las cajas de jubilaciones y pensiones para los trabajadores de empresas de servicios

2 Disponible en: <https://www.csjn.gov.ar/>.

públicos y para los empleados bancarios. En 1939 se sumaron las cajas de los trabajadores gráficos, los de la marina mercante y los de la aeronáutica civil.

Es a partir de la segunda mitad de la década de 1940 –en un movimiento no solo local, sino de escala global– que se produce el aumento y masificación de la seguridad social en la Argentina, que de cubrir a solo una pequeña porción de los trabajadores activos pasó a ser mayoritaria, cubriendo tanto a trabajadores en relación de dependencia como independientes.

El respaldo normativo del sistema previsional argentino se modificó en 1957,³ cuando la reforma de la Constitución Nacional de ese año incorporó el artículo 14bis, que, en su último párrafo establece:

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*⁴

Como se advierte en la lectura del texto constitucional, existe una obligación en cabeza del Estado de proveer un sistema de seguridad social, en el que los beneficios de jubilación y pensión deben ser móviles. La movilidad reconocida constitucionalmente debe ser interpretada de modo que el monto del beneficio previsional signifique una proporción de los salarios de los trabajadores activos, en relación con los aportes realizados y de manera que, al menos, se mantenga el nivel de vida previo al cese (carácter sustitutivo de la jubilación). En palabras de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema: “La jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que percibía el beneficiario como contraprestación de su actividad laboral una vez cesada ésta y como débito de la comunidad por dicho servicio”.⁵

Sin embargo, la movilidad y proporcionalidad jubilatorias pocas veces se

3 También debe recordarse que la Constitución de 1949 (derogada en 1956) reconocía expresamente entre los derechos del trabajador, la familia y la ancianidad al derecho a la seguridad social, entre otros derechos de segunda generación.

4 Énfasis agregado.

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Berçaitz, Miguel Ángel s/Jubilación*, sentencia del 13/09/1974; *Maestre, Guillermo Bernardino s/Jubilación*, sentencia del 21/05/1987; *Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios*, del 28/07/2005; y *Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios*, del 08/08/2006, entre muchas otras sentencias.

han cumplido en nuestro país (Gelli, 2013, p. 218). En un reciente trabajo, Justo (2021) recuerda que la garantía constitucional de la movilidad jubilatoria reconoce el derecho del titular de un beneficio a conservar una situación patrimonial proporcional a la que le correspondería de haber seguido en actividad, pero que no equivale a la intangibilidad del haber ni le impide al legislador establecer restricciones en cuanto a su monto, siempre y cuando se funden en razones de interés general y no se tornen confiscatorias.

En 1958 se dictó la Ley 14499, que estableció el haber jubilatorio como equivalente al 82% móvil de la remuneración mensual del cargo desempeñado al momento de obtener el beneficio.

En 1968, el sistema adquirió un carácter más integral cuando se dictaron las leyes jubilatorias 18037 (para todos los trabajadores en relación de dependencia) y 18038 (para trabajadores autónomos e independientes).⁶ Solo subsistieron como sistemas especiales los correspondientes a las Fuerzas Armadas, jueces y personal de las administraciones públicas provinciales y municipales, que siguieron contando con sus propios organismos otorgantes y sus propias condiciones de acceso a los beneficios.

Con muchas modificaciones y complementos, las leyes 18037 y 18038 mantuvieron su vigencia hasta la crisis casi terminal del sistema, que derivó en el dictado en 1993 de la Ley 23241.⁷ Esta última ley creó el Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP), un sistema único (para autónomos y en relación de dependencia) de cobertura de las contingencias de vejez, invalidez y muerte.

El régimen modificó sustancialmente el sistema previsional vigente hasta entonces y significó un verdadero cambio de paradigma. En su origen, se hallaba conformado por un régimen mixto: por un lado, un sistema previsional público (financiado a través de un sistema de reparto) y de modo concurrente un régimen previsional basado en la capitalización individual, que resultaba fuertemente promocionado y que constituía el motor principal de la reforma (Corte et al., 1993).

Este sistema mixto duró hasta 2008, cuando se dictó la Ley 26425 que dispuso la unificación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones en un único régimen previsional público y estatal denominado Sistema Integrado

6 Los textos ordenados de ambos regímenes se hallan disponibles en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/28127/norma.htm> y <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/31924/norma.htm>, respectivamente.

7 Texto actualizado de la norma disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/639/texact.htm>.

Previsional Argentino (SIPA). El manejo de todos los fondos pasó a un sistema solidario de reparto, otorgándoles a los afiliados y beneficiarios del régimen de capitalización vigente hasta la fecha idéntica cobertura y tratamiento que la brindada por el régimen previsional público. Así, se eliminó completamente el régimen de capitalización individual creado en el sistema anterior, que fue absorbido y sustituido por un régimen de reparto completamente público. Este sistema de reparto, además de los aportes de los empleadores, se financia con un mecanismo de *solidaridad intergeneracional*: los trabajadores activos aportan parte de su salario para financiar parte del pago de los beneficios de los trabajadores ya jubilados; luego, los futuros trabajadores aportarán para los que aportaron en años anteriores, y así sucesivamente.

La diferencia entre el total de los aportes efectivos y los recursos del sistema para hacer frente al pago de los beneficios son soportados por el Estado. Sin embargo, el aumento de beneficios otorgados sin la cantidad de aportes exigidos por la ley y la existencia de alrededor de un 40% de trabajadores informales que no realizan ningún tipo de aportes al sistema (Bertranou y Casanova, 2014, p. 29) actúan como una fuente de desfinanciamiento de todo el sistema. La garantía estatal de fondos públicos disponibles para garantizar el pago de las prestaciones generó un histórico, grave y permanente problema de déficit previsional, agudizado en el último lustro, en el que llegó a representar el 2,6% del producto bruto interno (PBI) (Calcagno, 2020).

A nivel nacional, el organismo encargado de la administración de los fondos destinados al pago de los beneficios es la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES), un ente descentralizado creado en 1991 para tal fin, como sucesor del anterior Instituto Nacional de Previsión Social.⁸

Las prestaciones básicas del sistema son la jubilación y la pensión. El beneficio jubilatorio se obtiene cuando se cumplen los requisitos legales de edad (60 y 65 años, según se trate de mujeres o de hombres) y de años de aportes (normalmente 30 años); o cuando se produce una situación invalidante en el desempeño de un cargo activo o se alcanza una edad muy avanzada aun sin los aportes totales.⁹

El beneficio de pensión deriva de una jubilación concedida, o que le hubiera correspondido, a un trabajador activo ya fallecido. Son beneficiarios sus familiares, sucesores o convivientes más directos, en algunos casos de manera

8 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/10000-14999/12368/norma.htm>.

9 Ley 24241, artículos 46 y 47.

automática, y en otros bajo ciertas condiciones de vulnerabilidad (minoridad, discapacidad, etc.).¹⁰

Todos los beneficios previsionales establecidos por la ley son personalísimos, no pueden ser enajenados ni embargados (salvo por alimentos y *litis expensas*) y son imprescriptibles.¹¹

4. Breve historia del impuesto a las ganancias en la Argentina

El impuesto a las ganancias nació en la República Argentina en 1932 –durante el primer Gobierno de facto surgido del golpe de Estado de septiembre de 1930– con el nombre de “impuesto a los réditos”. En su origen, fue presentado como un remedio extraordinario para paliar el déficit fiscal de la época, tanto, que la norma original de creación del tributo establecía que la imposición caducaba en diciembre de 1934.¹² Sin embargo, sucesivas prórrogas y transformaciones lo fueron extendiendo sin solución de continuidad, tanto en el tiempo como en los hechos imponible alcanzados.¹³

En 1973, la Ley 20628 modificó el régimen general, sustituyó la expresión *réditos* por la de *ganancias* y estableció la cuarta categoría de ingresos (correspondiente a los trabajadores en relación de dependencia, hasta entonces exentos del tributo). Según el texto ordenado de la ley,¹⁴ el impuesto comprende entonces cuatro categorías divididas según la fuente de las ganancias:

- Primera categoría: ganancias generadas por el usufructo de los inmuebles urbanos y rurales.
- Segunda categoría: ingresos obtenidos por acciones, intereses, dividendos y participaciones societarias.
- Tercera categoría: ganancias de las sociedades y empresas unipersonales.
- Cuarta categoría: ganancias obtenidas por el trabajo personal, sean provenientes del ejercicio de profesiones liberales o del desempeño de cargos públicos nacionales, provinciales, municipales o cualquier clase de relación de dependencia.

10 Ley 24241, artículo 53. Los requisitos particulares para los beneficios, así como los trámites necesarios para obtenerlos, pueden consultarse en: <https://www.argentina.gob.ar/anses/jubilados>.

11 Ley 24241, artículo 14.

12 Texto de la Ley 11856 disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=293614>.

13 Todavía hoy, el artículo 1 de Ley 20628 subraya el carácter transitorio del impuesto, cuando determina que: “Todas las ganancias obtenidas por personas humanas, jurídicas o demás sujetos indicados en esta ley, quedan alcanzados por el impuesto *de emergencia* previsto en esta norma”.

14 Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/332890/texact.htm>.

En lo que es el objeto de nuestro estudio, el inciso c) del artículo 79 (82 en el t.o. de 2019) prevé expresamente como fuentes de ganancia, y, como tales, sujetas al impuesto, a “las jubilaciones, pensiones, retiros o subsidios de cualquier especie en cuanto tengan su origen en el trabajo personal”.

La cuarta categoría fue originariamente prevista para alcanzar a salarios muy altos (cargos directivos o de conducción) tanto para trabajadores activos como jubilados. A través de la determinación de mínimos no imponibles importantes, la cantidad efectiva de sujetos alcanzados por este tributo fue históricamente muy baja.

Sin embargo, como ya hicimos notar, especialmente a partir de 2005, con el aumento de los índices inflacionarios y la falta de actualización de las escalas y montos del impuesto, esta situación comenzó a modificarse de manera sostenida, incluyendo cada vez a más jubilados y pensionados como sujetos obligados a tributar el impuesto. Y es que no actualizar en forma suficiente las bases del impuesto en períodos de alta inflación provoca un doble efecto distorsivo: que más personas queden alcanzadas y que quienes ya tributaban pasen a estar obligados con alícuotas más elevadas; en ambos casos, aun cuando sus ingresos sean iguales o menores en términos de poder adquisitivo real.

La distorsión que se experimentó fue tan notoria que, en 2013, el impuesto alcanzaba ya a casi el 30% de los trabajadores en relación de dependencia (Basualdo, 2014), una situación que, con algunos altibajos, se mantiene a la fecha con más de un 25% del total de los empleados dependientes. Justamente, la retención directa por los propios entes encargados de pagar los salarios y jubilaciones, realizada de modo automático sobre los pagos mensuales, es una de las que mayores controversias y resistencias ha suscitado en materia tributaria (Litvin, 2011), política y social en los últimos años

Como se trata de un impuesto no solo directo (que tiene en cuenta a la persona), sino también progresivo, la incorporación o no como sujeto alcanzado no es un tema menor: las alícuotas arrancan desde el 5% y pueden alcanzar hasta el 35% del salario bruto.¹⁵ Esta situación ubicaba en 2013 a la Argentina como el país latinoamericano de mayor costo impositivo sobre salarios brutos, con una cuña fiscal del 34,6% del total del salario (personas solteras) y del 33% (personas casadas), según datos publicados por el la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).¹⁶

15 Ley 20628, artículo 90.

16 Dponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Impuestos-sobre-los-salarios-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe-Resumen.pdf>.

Además, al ser el impuesto a las ganancias un tributo de cálculo anual, las retenciones mensuales se van acumulando, no tienen un porcentaje fijo mensual y quedan sujetas a la determinación final, que surge de la declaración jurada que debe presentar el obligado, en la que puede incluir algunas deducciones (cargas de familia, un porcentaje de gastos médicos, pago de servicio de casas particulares, entre otros).¹⁷

El impuesto a las ganancias no solo es el más importante impuesto directo de la Argentina, sino que –desde hace décadas– es el segundo tributo por cantidad de recaudación, con una participación del 32% sobre el total de la recaudación de impuestos nacionales;¹⁸ solo es superado en cantidad por el impuesto al valor agregado (IVA).¹⁹ Además, y por su complejidad, es uno de los impuestos que mayor número de normas complementarias y modificatorias ha tenido a lo largo de toda su historia.²⁰

5. El impuesto a la renta sobre las jubilaciones y pensiones en los sistemas tributarios de otros Estados

¿Qué ocurre con los ingresos de jubilados y pensionados en otros países? ¿Se encuentran también alcanzados por impuestos análogos al que aquí consideramos? Si bien la descripción y el juicio de compatibilidad de cada sistema tributario nacional sobre las rentas con sus propias normas constitucionales excede largamente el marco de este trabajo, una comparación de las principales reglas de otros países de Iberoamérica resulta útil para poner en contexto y pensar posibles soluciones alternativas a la cuestión.

La importancia del tema a nivel regional es creciente, ya que, como lo destaca la doctrina, el impuesto a la renta sobre personas físicas –como se denomina en todos estos países– ha experimentado también un crecimiento como recurso fiscal en las últimas décadas. Sin embargo, este aumento no se relaciona en forma directa con una mayor tributación de las personas con ingresos más altos, sino con el crecimiento de las bases imponibles y con aumentos no de-

17 Ley 20628, artículo 23 y concordantes.

18 Este porcentaje comprende tanto la recaudación de ganancias sobre personas físicas como personas jurídicas.

19 Puede cotejarse en la serie de 1997 a 2021, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/economia/ingresospublicos/pormes>.

20 El texto ordenado y actualizado de la ley puede consultarse en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/330000-334999/332890/texact.htm>.

bidamente actualizados de los montos exentos mínimos (Rossignolo, 2015) y registra todavía muchas posibilidades de crecimiento en la cantidad de sujetos alcanzados y en la eficacia de la recaudación (Sabaini y Rossignolo, 2014, p. 98).

En Latinoamérica, de acuerdo a la información publicada en un estudio conjunto del BID, la OCDE y el Banco Mundial (BM),²¹ las jubilaciones y pensiones tienen un tratamiento impositivo muy diverso según el país del que se trate. Así, de los 26 países latinoamericanos incluidos en el estudio,²² en 19 no se grava la renta proveniente de jubilaciones y pensiones o se ofrecen exenciones o ventajas adicionales para las personas adultas mayores. En general, la mayoría de los sistemas impositivos otorgan un tratamiento preferencial a los ingresos de los jubilados y pensionados por sobre los que perciben los trabajadores activos. Únicamente en 7 países –entre los que se incluía a la Argentina a la fecha del informe–²³ el tratamiento fiscal de las pensiones es igual que para las personas en edad de trabajar.

Este tratamiento diferenciado –más favorable– para los jubilados y pensionados ya había sido referido en el excelente trabajo comparativo de González (1997). En su investigación, el autor detalló cómo, a esa fecha, los países latinoamericanos en su mayoría o eximían completamente del pago del impuesto a la renta a las pensiones en general (México, Venezuela, Nicaragua, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Perú, Surinam, Guyana), o establecían exenciones para algunos tipos especiales de beneficios previsionales (Barbados, Brasil, Panamá, República Dominicana, Trinidad y Tobago) o bien establecían montos no imponibles o alícuotas diferenciadas más favorables para los retirados.

Otro caso interesante es el de España. Allí, la Ley 35/2006 del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)²⁴ considera, al igual que en Argentina, a las jubilaciones y pensiones como ingresos que deben ser considerados a los fines del impuesto a la renta. Así lo establece expresamente el artículo 17.2.a. de la norma, que abarca a “las pensiones y haberes pasivos percibidos de

21 Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Panorama-de-las-Pensiones-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>.

22 Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

23 En la actualidad, esta situación es distinta en nuestro país, donde se establecen algunas deducciones especiales a favor de los jubilados y pensionados según el texto vigente desde 2019. La última reforma –Ley 27617, sancionada en abril de 2021– también incluye algunas leves mejoras para el caso de los trabajadores jubilados en relación con los activos, como veremos más adelante.

24 Texto íntegro disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20764>.

los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, o similares”.

De todos modos, como actualmente el mínimo no imponible –siempre que no se tengan ingresos de otra fuente– es de 22000 euros anuales (artículo 96 de la Ley 35/2006) y la pensión media en España asciende a 14500 euros anuales, se calcula que, a la fecha, 7 de cada 10 pensionados españoles no pagan el impuesto a la renta.²⁵

Sin embargo –y esto es muy trascendente en el marco de esta investigación, como se verá más adelante–, la ley española establece en su artículo 7 importantes casos de exención al impuesto, discriminando supuestos en atención a la especial situación de vulnerabilidad de quien lo recibe. Así, se encuentran también exentos del impuesto a la renta

las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez [artículo 7, inciso f]; Las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas, siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de aquéllas inhabilitara por completo al receptor de la pensión para toda profesión u oficio [artículo 7, inciso g].

Igualmente están exentas

las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento o mayores de 65 años para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del indicador público de renta de efectos múltiples [artículo 7, inciso i].²⁶

Por último, la ley española contiene otra nota a favor de sujetos especialmente vulnerables, al permitir reducciones especiales del monto a tributar por aportaciones y contribuciones a los sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad (artículo 53).

25 Disponible en: <https://www.tuprojectodevida.es/irpf-pensiones-jubilacion/>.

26 También se encuentran exentos otros supuestos, como las pensiones derivadas de actos de terrorismo, de la guerra civil española o por privación ilegítima de la libertad, entre otras situaciones ya menos frecuentes (artículo 7 de la Ley de IRPF).

6. Resultados de la investigación

A continuación, pasaremos revista a la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la aplicación del impuesto a las ganancias a los haberes previsionales desde 2013 hasta 2020. Al considerar estas sentencias, también se incluyen referencias –por su relevancia– a los fundamentos de los fallos de las cámaras federales como instancia inferior a la Corte.

6.1. La jurisprudencia de los tribunales inferiores a la Corte Suprema hasta 2013

Como referimos más arriba, el proceso inflacionario y la falta de actualización de los mínimos no imponibles generó un incremento muy significativo de la cantidad de personas alcanzadas por el impuesto. El hecho de gravar a más personas con este tributo –que, además, percibían sumas que lejos estaban de ser exorbitantes– produjo un brusco aumento de los cuestionamientos a la constitucionalidad y a la razonabilidad del impuesto.

De acuerdo a la estructura judicial de la República Argentina,²⁷ los procesos de impugnación de la constitucionalidad se iniciaron ante los juzgados federales de primera instancia de todo el país. Un número cada vez más importante de jubilados y pensionados obtuvo medidas cautelares y sentencias favorables, muchas de las cuales incluso fueron confirmadas por las cámaras federales de apelaciones, todo ello con gran trascendencia en los medios especializados y los de alcance general.

La inmensa mayoría de estos procesos –iniciados entre 2005 y 2013– tramitó bajo la forma de amparo, la vía más expedita y sencilla prevista para la tutela de derechos constitucionales afectados por actos u omisiones manifiestamente arbitrarios o ilegales, tanto del poder público como de particulares.²⁸

6.2. *Dejeanne* (2013)

El 10 de diciembre de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso *Dejeanne, Oscar Alfredo y otro c/Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/amparo*. Se trataba de una causa en la que el actor había impugnado la

27 Artículos 116 y siguientes de la Constitución Nacional.

28 Constitución Nacional, artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Cons-

constitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre sus haberes jubilatorios. En primera instancia, el Juzgado Federal Nº1 de Corrientes dictó sentencia rechazando la acción, con el argumento de que no existía ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

Apelada la decisión por el actor, la Cámara Federal de Corrientes hizo lugar al recurso y declaró la inconstitucionalidad del artículo 79 inciso c) de la Ley 20628, en cuanto alcanzaba con el impuesto a las ganancias a los haberes jubilatorios del actor, por ser violatorio de los artículos 16, 17 y 18 de la Constitución Nacional.²⁹

Al analizar la vía utilizada para impugnar la constitucionalidad, la Cámara Federal consideró que el amparo era idóneo, en virtud de que la cuestión era de puro derecho y que no exigía mayor debate y prueba. Además, y en relación con el fondo de la cuestión, la Cámara sostuvo que los haberes jubilatorios “no son una ganancia” ni el fruto de una actividad humana (el hecho imponible previsto en la ley), sino una prestación que constituye “el pago de un débito que la sociedad tiene con el jubilado, no pasible de tributo alguno debido a su carácter alimentario”.

Llegada la causa a su conocimiento, la Corte Suprema de Justicia hizo lugar al recurso extraordinario federal interpuesto por la demandada AFIP y revocó la sentencia, para así rechazar el amparo. El fallo se compone de un voto conjunto que conforma la mayoría, suscripto por los doctores Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni y Fayt y un voto en disidencia de la doctora Argibay. La mayoría sostuvo:

Que la cuestión relativa a la vía del amparo planteada por la recurrente ha sido adecuadamente tratada en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos

titución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

29 Sentencia del 27/09/10.

fundamentos son compartidos por el Tribunal y a los que corresponde remitir en razón de brevedad.

En su dictamen –al que el fallo remitió–, la procuradora Dra. Laura Monti subrayó que el actor no había acreditado la supuesta confiscatoriedad del impuesto y que, al menos en el limitado examen de una acción de amparo –un proceso constitucional de naturaleza excepcional–, no se evidenciaba ni la arbitrariedad ni la ilegalidad manifiesta de las retenciones. La procuradora sostuvo también que la ley era muy clara en el sentido de considerar a las jubilaciones como una fuente de renta gravada, lo cual, por tratarse de atribuciones que la Constitución Nacional ponía en cabeza del Congreso de la Nación, excluía el supuesto de ilegalidad manifiesta. Además, a diferencia de lo que sostuvo la Cámara Federal, la procuradora entendió que la discusión acerca de la constitucionalidad o no del tributo exigía un mayor debate y prueba, excediendo el acotado margen del amparo.³⁰

Con este fallo, la Corte Suprema fijó claramente el criterio de que la vía del amparo no era apta para cuestionar la legitimidad del impuesto a las ganancias a los jubilados y pensionados. Al mismo tiempo, y aun cuando omitió expedirse sobre el fondo de la cuestión, emitió una clara señal favorable a la validez constitucional del impuesto sobre los haberes previsionales. En especial, por la circunstancia muy conocida de que la inmensa mayoría de los cuestionamientos había utilizado la acción de amparo como vía procesal.

6.3. Acciones de amparo falladas con posterioridad (2014/2015)

A tenor de lo resuelto por la Corte Federal en *Dejeanne*, la mayoría de los juzgados federales de primera instancia y las cámaras federales de apelación adaptaron su criterio al del máximo tribunal, aun cuando muchos de ellos solo lo hicieron por razones de economía procesal.

Como consecuencia de ello, los reclamos de los jubilados empezaron a ser desestimados, con el argumento de que la acotada vía del amparo no era idónea para discutir la constitucionalidad del tributo. A pesar de ello, muchos expedientes siguieron llegando a la Corte por la vía del recurso extraordinario, especialmente en aquellos casos cuyo trámite se hallaba ya muy avanzado. El tribunal supremo se ocupó de estos recursos. En algunos casos, con una mera

30 El dictamen completo de la doctora Laura Monti puede consultarse en: https://www.mpf.gov.ar/Dictámenes/2011/LMonti/octubre/Dejeanne_Oscar_D_248_L_XLVII.pdf.

remisión a *Dejeanne* (16 sentencias en total; 11 en 2014, 5 en 2015 para resolver un total de 104 acciones de amparo rechazadas).³¹ En muchos otros casos, el tribunal acudió directamente a la vía del *certiorari* (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial) para desestimar el recurso extraordinario interpuesto por los actores y así confirmar los fallos de instancias anteriores.³²

6.4. *García* (2019)

Los términos del rechazo de la acción en la causa *Dejeanne*, al estar referidos exclusivamente a la vía procesal de impugnación, dejaron subsistente la discusión de fondo: ¿es constitucional la aplicación del impuesto a las ganancias a los haberes previsionales? Y si así fuera, ¿lo es en todos los casos o deben considerarse las circunstancias particulares de la persona involucrada?

La controversia se vio reforzada por un desajuste entre los índices inflacio-

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cadenas, Miguel c/Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) s/amparo*; Cáceres, Juan Rito c/Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) s/amparo; Carbone, Antonio c/Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) -suc. Corrientes- s/amparo, todos del 01/04/14; Carnevale, Carlos Horacio c/Adm. Federal de Ingresos Públicos (AFIP) suc. Corrientes s/amparo, del 5/08/14; Encina, Alberto c/AFIP s/amparo, del 09/09/14; Boichuk, Margarita Gladys c/AFIP s/amparo, del 30/09/14; Bacigalupe, María Esther c/AFIP s/amparo y Chauveaux, Julia Esther c/A.F.I.P. s/amparo ley 16986, ambas del 14/10/14; Cantadori, Delia María c/AFIP s/amparo ley 16986, del 28/10/14; Gramajo, Rosa Sara c/A.F.I.P. s/Amparo Ley 16.986, del 19/02/15; Berrastro, Carolina c/Afip s/Amparo, del 13/05/15; Añasco, Nicolas Taciano c/Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) - Suc. Ctes. s/Amparo, del 4/05/2015; Santiago Delia Beatriz c/Afip - Dgi s/Amparo Ley 16.986, del 14/04/2015; y Lagomarsino Pinedo, Alicia Angélica c/Afip s/Amparo Ley 16.986, del 7/04/2015. Disponibles en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=710037&cache=1619132726616>; <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=711450&cache=1619132849519>; <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=715574&cache=1619132923650>; <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=719016&cache=1619133022017>; <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=721087&cache=1619133095768>; <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=720563&cache=1619133214593>.

32 Y ello sin necesidad de expresar las razones del rechazo. Así lo autoriza de manera explícita el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación luego de la reforma de la Ley 23774 (1990): “Artículo 280. Llamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia” (el destacado me pertenece). Aunque excede el objeto de este trabajo e importantes sectores de la doctrina han defendido el instituto del *certiorari*, no podemos dejar de señalar que la subsistencia de la potestad de la Corte Suprema de rechazar un recurso extraordinario sin dar razón alguna no parece compatible con el sistema republicano ni con el derecho a obtener una decisión fundada.

narios y la falta o el ínfimo ajuste del mínimo que –nuevamente– provocó un ascenso en el número de personas alcanzadas por el impuesto: de casi 62000 jubilados que pagaban el tributo en 2015 se pasó a más de 163000 en 2019 (Universidad Nacional de Avellaneda, 2021, p. 9).

Como el agua que busca su cauce, muchas de las pretensiones de los jubilados y pensionados se volcaron a otras vías procesales distintas del amparo: las acciones declarativas de inconstitucionalidad³³ o los juicios contenciosos ordinarios. Y, nuevamente, los tribunales inferiores comenzaron a dictar medidas cautelares y sentencias favorables a los actores, ya sin que se pudiera cuestionar la vía utilizada para la impugnación (argumento a contrario de *Dejeanne*).

Finalmente, uno de estas causas arribó por la vía del recurso extraordinario federal y fue resuelta por el máximo tribunal nacional. En marzo de 2019, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tuvo una modificación trascendente con el dictado de la sentencia en *García, María Isabel c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/acción declarativa de inconstitucionalidad*.³⁴ En su fallo, el tribunal confirmó la resolución de la Cámara Federal de Paraná que declaró la inconstitucionalidad del artículo 79 inciso c) de la Ley 20628 de Impuesto a las Ganancias. La Cámara Federal había ordenado a la demandada reintegrarle a la actora –una jubilada de 79 años de edad que había trabajado como diputada y docente y sufría de varios problemas de salud– los montos que se le habían retenido por aplicación de la normativa descalificada en términos constitucionales. El argumento principal de la sentencia de Cámara era que “la jubilación no es una ganancia”, sino un débito que la sociedad posee para con quien realizó aportes durante su vida laboral.³⁵

La sentencia de la Corte Suprema se compone de un voto común de la mayoría, integrada por los doctores Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco y Rosatti.³⁶ Los fundamentos más importantes del fallo se exponen a partir del

33 Este tipo de acciones se encuentran previstas en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Artículo 322. 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 dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente”.

34 El fallo completo se halla disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJP.html?idDocumento=7511573&cache=1565361026977>.

35 Se trata del mismo argumento que sostuvo la Cámara Federal de Corrientes en la ya referida causa *Dejeanne*.

36 El doctor Carlos Rozenkrantz votó en disidencia. El presidente de la Corte auspició el rechazo de la demanda en un extenso voto, en el que comparte y amplía la fundamentación del dictamen de la procuradora Laura Monti en la causa *Cuesta, Jorge Antonio c/AFIP s/acción de inconstitucionalidad*,

considerando 8° del voto de la mayoría. Allí, el tribunal se pregunta a sí mismo si todos los jubilados y pensionados se encuentran en las mismas circunstancias –como para recibir un tratamiento fiscal igualitario– o si existen condiciones especiales, basadas en un estado de mayor vulnerabilidad (producto de la avanzada edad u otras situaciones particulares como la discapacidad, que justifiquen un tratamiento diferenciado). La respuesta es negativa y constituye el fundamento central de la decisión.

El voto de la mayoría recuerda que la garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias y:

Que, en materia impositiva, el principio de igualdad no solo exige la creación de categorías tributarias razonables (Fallos: 150:189; 160:247) sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en la realidad son distintas (Fallos: 149:417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568). En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma contribución a quienes están en desigual situación. (Considerando 10°)

Profundizando el análisis de este principio, el voto mayoritario destacó la diferencia entre la igualdad formal del artículo 16 de la redacción originaria de la Constitución Nacional respecto a la igualdad real de oportunidades promovida por el artículo 75 inciso 23 de la reforma de 1994, que ordena al Congreso de la Nación: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.

Y es que el reconocimiento de la necesidad de tutela diferenciada a los grupos históricamente más vulnerables implica, según el alto tribunal, un imperativo constitucional que:

Resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico, proyectándose concretamente a la materia tributaria, ya que no es dable postular que el Estado actúe con una mirada humanista en ámbitos carentes de contenido económico inmediato (libertades de expresión, ambulatoria o tránsito, etc.) y sea insensible al momento de definir su política fiscal. Es que, en definitiva, el sistema tributa-

también fallado el 26/03/2019.

rio no puede desentenderse del resto del ordenamiento jurídico y operar como un compartimento estanco, destinado a ser autosuficiente “a cualquier precio”, pues ello lo dejaría al margen de las mandas constitucionales. (Considerando 15° *in fine*)

En su sentencia, la Corte Suprema no deja de recordar el tradicional estándar cuantitativo de la confiscatoriedad, utilizado históricamente para invalidar tributos por la afectación al derecho de propiedad, pero subraya que el principio:

Resulta insuficiente si no se pondera la vulnerabilidad vital del colectivo concernido. La falta de consideración de esta circunstancia como pauta de diferenciación tributaria supone igualar a los vulnerables con quienes no lo son, desconociendo la incidencia económica que la carga fiscal genera en la formulación del presupuesto de gastos que la fragilidad irroga, colocando al colectivo considerado en una situación de notoria e injusta desventaja. En esas condiciones el estándar de revisión judicial históricamente adoptado por esta Corte, según el cual los términos cuantitativos de la pretensión fiscal solo deben ser invalidados en caso de confiscación, no permite dar una adecuada respuesta a la protección constitucional de contribuyentes como los anteriormente descriptos. (Considerando 17°)

Por todo ello, el voto de la mayoría concluyó que la consideración legislativa del universo de contribuyentes (jubilados y pensionados) como un todo homogéneo responde a un modelo constitucional de corte previo a la reforma de 1994, pero actualmente incompatible con el texto de la Constitución Nacional. Este diseño legal, que no toma razón de que se trata de un colectivo heterogéneo en razón de los distintos grados de vulnerabilidad de sus integrantes, ha devenido por ello inconstitucional (considerando 18°). Para dejar clara su postura, los ministros que conforman la mayoría aclararon que tampoco se pretendía establecer, a los efectos del pago del impuesto, cuál debe ser la capacidad “de cada jubilado concreto”, pues ello equivaldría a “consagrar la insensatez de promover tantas categorías como beneficiarios existan en el sistema” (considerando 20° del voto de la mayoría).

Es importante subrayar que el fallo de la Corte, aun cuando concluye en la eximición del impuesto a la reclamante, no abre juicio respecto al razonamiento de la instancia anterior (los beneficios previsionales no son ganancias) al que soslaya, fundando su decisorio exclusivamente en la falta de diferenciación en el universo de jubilados y pensionados.

La sentencia incluye también *–obiter dictum–* una reflexión sobre la causa

probable de esta falta de subcategorizaciones dentro del colectivo de jubilados y pensionados, así como una posible manera en la que el Estado puede salvarla con los medios tecnológicos que tiene hoy a su alcance:

Es probable que la falta de percepción fina respecto de la subcategorización de los jubilados, incorporando los elementos relevantes de la vulnerabilidad a la capacidad económica inicial, se explique por la reiteración de un standard patrimonial escogido varias décadas atrás en las que era tecnológicamente imposible distinguir –dentro del universo rotulado como “jubilados”– entre quienes son vulnerables en mayor o menor medida. Hoy esta diferenciación puede extraerse –cuanto menos en sus trazos más notorios, que es lo que busca el legislador– a partir de la propia información registral en poder del Estado. Bastaría con cruzar los datos de los departamentos previsionales y asistenciales estatales competentes para generar sub clasificaciones que conformaran estándares impregnados de justicia y simplificaran la tarea revisora de los tribunales. (Considerando 19°)

Por último, el fallo contiene una exhortación al Congreso de la Nación a que realice las modificaciones legislativas que brinden un tratamiento diferenciado para aquellos “beneficiarios en situación de mayor vulnerabilidad que se encuentran afectados por el tributo, en especial los más ancianos, enfermos y discapacitados” (considerando 23°).

6.5. Otras acciones declarativas de certeza (2019)

El precedente *García* tuvo un impacto tan profundo que si bien no tuvo efectos *erga omnes* por las características del sistema judicial argentino, se proyectó al universo de todas las prestaciones jubilatorias que tengan su origen en el trabajo personal (Spisso, 2019, p. 13).

La Corte simplemente remitió a lo resuelto en *García* para confirmar un número importante de sentencias de instancias inferiores, que también habían declarado la inconstitucionalidad del tributo. Así, durante 2019/2020 dictó 19 fallos en las que se resolvió con la mera remisión al precedente.³⁷ En 12 de ellos

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Godoy, Ramón Esteban c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad*, del 28/05/2019; *Montefiori, Sonia Haydée c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad*, del 25/06/2019; *Chichizola, Norberto Hernán c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad*, del 02/07/2019; *Mazzola de Marsico, Ana María c/AFIP s/Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, también del 02/07/2019; *Piccoli, Alfredo Victorio c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad y otros*, del 16/07/2019; *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Federik, Emma Stella Maris c/AFIP s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, del 29/08/2019; *Fornari, Silvia Cristina y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otros s/acción meramente declarativa*

se trataba de sentencias múltiples, en las que se resolvían varias causas a la vez (de 3 y hasta 32 expedientes en una misma resolución).

Utilizando este procedimiento, con las 17 sentencias que remitieron a *García* se resolvieron 176 expedientes, todos ellos, casos que tramitaban como acciones meramente declarativas. Además, se dictaron otros 2 fallos en causas tramitadas como de conocimiento (contencioso administrativo), en las que también se utilizó la remisión a *García* para acoger el planteo de los actores.³⁸

Sin embargo, y esto es muy relevante a tenor de los pronunciamientos que consideraremos *a posteriori*, la Corte Suprema dejó de incluir (especialmente en las sentencias que abarcaban más de un expediente o varios actores) referencias a las especiales situaciones de discapacidad, edad muy avanzada o de salud que pudieran afectar a los demandantes.

6.6. Los expedientes sobre reajustes de haberes contra la Administración Nacional de Seguridad Social (2020)

Es un hecho muy conocido que el sistema previsional argentino posee un alto grado de litigiosidad.³⁹ Con acierto, Gelli (2013, p. 221) señala que ello obedece a dos falencias estructurales del sistema previsional: la concesión arbitraria de beneficios a quienes nunca aportaron al sistema –con el consiguiente desfinanciamiento– y la nivelación hacia abajo de las retribuciones a quienes sí aportaron. Y es que todo sistema previsional requiere un equilibrio entre los aportantes y los beneficiarios: a menor proporción de aportantes sobre beneficiarios, es evidente que el porcentaje de aporte deberá ser mayor, o los beneficios disminuidos o generarse un déficit crónico del sistema. Lamentablemente, nuestra experiencia histórica demuestra que todos estos efectos negativos han ocurrido sucesiva o simultáneamente.

En ese contexto, el viraje hacia un mayor reconocimiento de la invalidez del tributo fue parcialmente confirmado –al menos de un modo tácito– por otras seis sentencias de la Corte Suprema dictadas durante 2020. Estos fallos

de inconstitucionalidad, también del 29/08/2019; Villegas, Raquel Nora y otros *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción meramente declarativa de derecho*, del 17/09/2019; entre otras.

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, Castro, Beatriz Marina *c/ EN - AFIP s/ Proceso de conocimiento*; Rodríguez, Eladio Antonio *c/ EN - AFIP s/ Proceso de Conocimiento*; Ordóñez Graciela Mabel *c/ AFIP - DGI s/ contencioso administrativo*, todos del 02/07/2019.

39 Véase el llamado de la Corte a evitar los planteos jurisdiccionales evitables, en un reciente fallo, referido a la ejecución de deudas contra el Estado nacional: Martínez, Gabriel Rubén *c/ Estado Nacional Ministerio del Interior Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios*, del 03/12/2020.

se referían –en todos estos casos– a la aplicación del impuesto a las ganancias sobre los retroactivos reconocidos a jubilados por juicios contra la ANSES por el incorrecto pago de sus haberes.⁴⁰

Al ratificar las decisiones de la Cámara Federal de la Seguridad Social sobre la improcedencia de la retención del impuesto, la Corte Suprema extendió *de hecho* los efectos de *García*, al menos de un modo tácito.

Basta recordar que, en varios de los fallos confirmados, la Cámara Federal de la Seguridad Social sostuvo que:

No corresponde afectar impositivamente el saldo retroactivo percibido en concepto de diferencias por prestaciones previsionales mal abonadas. Ello así, pues ninguna duda cabe que la percepción de las acreencias de esta naturaleza no puede constituir nunca un hecho imponible, y menos todavía ser pasibles de gravamen alguno, sin colocar en serio riesgo el principio de integridad del que gozan las prestaciones previsionales.

6.7. *Rodas, Ferreyra y Frette, ¿el regreso del amparo? (diciembre de 2020)*

La confirmación definitiva del cambio de rumbo del máximo tribunal tuvo lugar el 17 de diciembre de 2020. Ese día, la Corte Suprema dictó tres sentencias en juicios tramitados como acciones de amparo,⁴¹ en las cuales remitió a lo resuelto en *García*. Casualmente, y al igual que en *Dejeanne*, se trataba de procesos de amparo tramitados ante la Justicia Federal de la provincia de Corrientes. En todos estos casos, la Cámara Federal de Corrientes había rechazado la demanda por estricta aplicación de la doctrina emanada de la Corte Suprema sobre la improcedencia de la vía del amparo (*Dejeanne*, de 2013).

40 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Datorre, Manuel Victor c/ANSeS s/ reajustes varios*; *García, Marta Susana c/ANSeS s/ reajustes varios*, ambos del 10/09/20; *Villamayor, Homero Jorge c/ANSeS s/ reajustes varios*, del 17/09/20; *Bonatti, Carlos Alberto c/ANSeS s/ reajustes varios*, del 08/10/20; *Bayón, María c/ANSES y otros s/Reajustes y otros*, del 03/12/2020; *Moreno, José Manuel c/ANSES s/ reajustes varios*, del 10/12/2020; entre otras causas.

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rodas, Jorge Ernesto c/AFIP s/ amparo ley 16.986*; *Albornoz, María Teresa c/AFIP s/ amparo ley 16.986*; *Ali, Rosa Teresita c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo ley 16.986*; *Chamorro, Eduardo Alberto c/AFIP s/ amparo ley 16.986*; *Ferreyra, Fermín Casto c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo ley 16.986*; *D'Amico, Agustín Bibiano c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo ley 16.986*; *Frette, Roberto Antonio c/AFIP s/ amparo ley 16.986*; todos resueltos el 17/12/2020. Las sentencias completas se hallan disponibles en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=763157&cache=1612016605909>; <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=763159&cache=1612016594479>; <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=763154&cache=1612016578508>.

En los tres casos resueltos en 2020, y dejando de lado el precedente de 2013 sobre la improcedencia de la vía del amparo, la Corte Suprema hizo lugar a los recursos extraordinarios de los actores, con el fundamento de: “Que las cuestiones planteadas por la recurrente encuentran adecuada respuesta en el precedente de esta Corte ‘García, María Isabel’ (Fallos: 342:411), cuyos fundamentos y conclusiones, en lo pertinente, se dan por reproducidos por razón de brevedad”.

De esta manera, el máximo tribunal abandonó el criterio de la improcedencia de la vía del amparo para cuestionar la constitucionalidad del impuesto a las ganancias. Las razones para un cambio de criterio tan radical –sin perjuicio de los antecedentes que detallamos en el apartado 6.6.– solo pueden deducirse de los considerandos de *García*, ya que en los fallos de diciembre de 2020 solo se hace una remisión a dicho precedente. La respuesta más plausible puede encontrarse en la afirmación de una inconstitucionalidad *evidente* del tributo subrayada en *García* por la no consideración de las distintas categorías de vulnerabilidad que pueden afectar a los jubilados y pensionados.⁴² Así, la norma que establece la aplicación del impuesto sobre los haberes de jubilados y pensionados devendría *manifiestamente* inconstitucional por ser incompatible con el mandato de protección preferencial del artículo 75 inciso 23, por afectar el principio de igualdad en sentido amplio (al tratar del mismo modo a situaciones desiguales) y como consecuencia de ello irrazonable (y contraria al principio del artículo 28 de la Constitución Nacional).

Pero esta conclusión deja sin una respuesta coherente a la cuestión del momento en el que “la tipología originaria del legislador, carente de matices” se convirtió en “una manifestación estatal incoherente e irrazonable, violatoria de la Constitución Nacional” (considerando 18° de *García*). Si la *inconstitucionalidad sobreviniente* tuvo lugar a partir de la sanción de la reforma de 1994, la postura no se compadece con la propia jurisprudencia de la Corte Federal, en especial con lo resuelto en *Dejeanne*.

Estas consideraciones no aparecen abordadas –ni de modo expreso ni de modo tácito– en ninguno de los fallos dictados en 2020. En el mismo sentido, no parece una cuestión menor que en el dictamen de la procuradora en *Dejeanne* (que la Corte hizo suyo) no solo se sostuvo la improcedencia del amparo por inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sino que además se subrayó la plena potestad constitucional del Congreso de la Nación de imponer tributos y, en especial referencia a la procedencia de la vía del amparo, la necesidad un mayor debate y prueba para discutir la eventual confiscatoriedad.

42 *García*, considerando 18° del voto de la mayoría.

Por ello, hubiera sido mucho más conveniente que la Corte Suprema hiciera explícitas las razones del cambio jurisprudencial, sobre todo considerando que varios de los ministros del tribunal (Highton y Maqueda) suscribieron tanto los fallos que rechazaban como los que admitían la procedencia del amparo sin que parecieran advertir contradicción alguna en sostener un cambio de 180 grados en la solución jurídica. Además, no puede soslayarse el hecho de que, en muchos de los casos a los que se amplió la solución de *García* (por ejemplo, los que sostuvieron la inaplicabilidad del impuesto a los retroactivos reconocidos judicialmente), no se hicieron referencias –ni siquiera mínimas– a situaciones de salud o de alguna otra condición especial de vulnerabilidad, lo que no permite determinar una línea de fundamentación clara del máximo tribunal para la impugnación constitucional del tributo.

7. Conclusiones

De la revisión incluida en los apartados anteriores resulta claro que la cuestión de la constitucionalidad de la aplicación del impuesto a las ganancias a los ingresos provenientes de jubilaciones y pensiones es no solo un tema altamente controvertido, sino que ha merecido respuestas jurisdiccionales muy distintas a lo largo de los últimos años. Se trata de una cuestión especialmente sensible no solo por el colectivo afectado (integrado por muchos sujetos especialmente vulnerables), sino también porque se traduce en la intersección de distintos subsistemas jurídicos –el derecho tributario, el de la seguridad social y el de la ancianidad– que postulan principios y soluciones muy diferentes para un mismo problema (Soria, 2020). Es evidente que encontrar el punto de equilibrio entre el interés público por dotar de más recursos al Fisco y el interés individual de un beneficio jubilatorio más justo y digno será siempre conflictivo, cualquiera sea la solución que se adopte desde el punto de vista legislativo o fiscal.

Hemos visto también que el argumento principal de la Corte en *García* –ahora aplicado a los procesos de amparo– fue la falta de diferenciación entre los distintos grados de vulnerabilidad que pueden presentar los integrantes de esa categoría tributaria. Así, la conducta estatal de cobrar el tributo a todos los jubilados y pensionados por igual devendría incoherente e irrazonable y, como tal, violatoria de la Constitución Nacional (Carnota, 2019). Por estas razones, parece claro que mientras subsista el déficit legislativo de diferenciación en el heterogéneo colectivo de los jubilados y pensionados indicado por la Corte Suprema, la inconstitucionalidad seguiría siendo palmaria.

En este sentido, la última reforma a la Ley 20628, sancionada el 8 de abril de 2021 bajo el número de Ley 27617 y actualmente vigente con efecto retroactivo al 1 de enero, tampoco se hace cargo del vicio señalado por la Corte, ya que no incorpora distinciones basadas en la mayor o menor vulnerabilidad de la persona. En la única referencia diferenciada a favor de los beneficios previsionales, el artículo 7 de la ley aumentó la suma no imponible, que pasó de 6 a 8 veces del total de los haberes mínimos jubilatorios garantizados.⁴³ Este incremento del mínimo no imponible hace que, en los hechos, todos los jubilados y pensionados que perciben hasta \$164000 de ingresos mensuales –y que no tengan otros ingresos– dejen de estar alcanzados por el impuesto, excluyendo así aproximadamente al 80% de los que venían sufriendo retenciones (Universidad Nacional de Avellaneda, 2021).

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurriría si el Congreso de la Nación estableciera nuevas y diversas categorías o, de algún otro modo, diferenciara especialmente las situaciones de mayor o menor vulnerabilidad de los jubilados y pensionados, como hemos visto que sucede en otros países (por ejemplo, en España). En este sentido, es importante tener en cuenta que la Corte Suprema no ha adherido –al menos hasta la fecha– al criterio sostenido de manera constante por varias de las Cámaras Federales (de la Seguridad Social, de Corrientes, de Paraná, entre otras) respecto a la inconstitucionalidad *de raíz y ab initio* del impuesto.

Esta cuestión puede advertirse con claridad en el propio fallo *García*, en el que la Corte incluyó una referencia a los fundamentos de la Cámara Federal de Paraná. En su sentencia, la Cámara –como muchos otros tribunales inferiores a la Corte– sostuvo la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre los haberes jubilatorios por la afectación de la integralidad del haber y por la doble imposición que resultaría de gravar la actividad laboral y luego el beneficio previsional. En este razonamiento, la Cámara Federal admitió en todas sus partes la pretensión del actor, y en sus considerandos sostuvo que:

La jubilación no es una ganancia, sino un débito que tiene la sociedad con el jubilado que le permite gozar de un beneficio cuando la capacidad laborativa disminuye o desaparece y que por lo tanto no es pasible de ningún tipo de imposición tributaria posterior.

43 Ley publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina del 21/04/21. Texto completo de la norma disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/243262/20210421>.

Del cotejo de las estas dos líneas argumentativas –aun cuando ambas concluyan declarando la inconstitucionalidad del tributo– resulta claro que es muy distinto sostener que “la jubilación no es ganancia” (como lo hacen las cámaras federales y otros tribunales inferiores) que afirmar que el tributo deviene irrazonable, solo por no diferenciar las distintas condiciones de vulnerabilidad dentro del conjunto heterogéneo de los jubilados y pensionados (como lo sostiene la mayoría de la Corte).

Sin perjuicio de la posibilidad –siempre válida– de un cambio de la jurisprudencia, el derecho a una decisión fundada, como derivación de la tutela judicial efectiva, y especialmente cuando emana del máximo tribunal judicial de la nación y resuelve sobre temas de tanta trascendencia social, requiere que se expliquen con toda claridad las razones de una mudanza de criterio tan importante, como el que resulta de comparar *Dejeanne* (2013) con los casos *Rodas*, *Ferreira* y *Frette* (2020).

Es evidente que no solo los jubilados y pensionados, sino también toda la sociedad, se merecen una respuesta clara y coherente de parte del Poder Judicial y del resto de los poderes públicos respecto a esta cuestión, que ha merecido respuestas tan disímiles en el breve lapso de siete años en fallos que incluso llevan, en varios casos, la firma de los mismos jueces (Nieto, 2019). Elementales razones de orden y seguridad jurídica así lo exigen.

El debate parece lejos de estar cerrado, como resulta de la discusión y sanción de una nueva ley de reforma del impuesto en 2021. Seguramente, con el dictado de nuevos fallos de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores, y con las previsibles modificaciones normativas a los que nos tiene acostumbrado este tributo en particular, asistiremos a nuevos capítulos de esta ya larga discusión sobre la constitucionalidad de este impuesto y su aplicación a los haberes previsionales.

Bibliografía

- Basualdo, E. (Coord.). (2014). *Impuesto a las ganancias cuarta categoría*. Centro de Investigación y Formación de la República Argentina. <http://www.centrocifra.org.ar/docs/IC%20Nro%2016%20%28segundo%20adelanto%29.pdf>.
- Bertranou, F. y Casanova, L. (2014). *Informalidad laboral en Argentina. Segmentos críticos y políticas para la formalización*. Oficina de País de la OIT para Argentina. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@ilo-buenos_aires/documents/publication/wcms_248462.pdf.

- Calcagno, L. (2020). La sustentabilidad de la seguridad social argentina: cómo medir el déficit de la ANSES (1993-2019). *Realidad Económica*, 49(333), 39-62. <https://ojs.iade.org.ar/index.php/re/article/view/113>.
- Carnota, W. (2019). Hacia una jurisprudencia de la vulnerabilidad: cuando los jubilados no pagan impuesto a las ganancias (En el centenario de la Constitución de Weimar de 1919). *Revista Derechos de las Minorías*, (1), 30-39.
- Corral, D. y Wyczykier, G. (2021). La politización de la cuarta categoría. El conflicto en torno al Impuesto a las ganancias en la Argentina (2012-2016). *Trabajo y Sociedad*, XXII(36), 333-360.
- Corte, N., De Virgilis, M. y Taberner, R. (1993). *Nuevo sistema previsional argentino*. Rubinzal Culzoni.
- Gelli, M. (2013). *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada* (Tomo I). La Ley.
- González, D. (1997). *Estudio Comparado del Impuesto sobre la Renta de los Países Miembros del CIAT*. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.
- Justo, J. (2021). La movilidad jubilatoria en la jurisprudencia de la Corte Federal argentina. Principios generales. *Diario Administrativo*, (312). https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-administrativo-nro-312-04-03-2021/.
- Litvin, C. (2011). *Impuesto a las Ganancias*. La Ley.
- Nieto, M. (2019). La Corte Federal y el Poder Impositivo. Un nuevo caso: Los ingresos por jubilación ¿son renta gravada? ¿quién lo dice? ¿cuáles son los límites? *DECONOMI*, II(1), 80-99.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Banco Interamericano de Desarrollo y Banco Mundial. (2015). *Panorama de las pensiones: América Latina y el Caribe*. <https://publications.iadb.org/es/panorama-de-las-pensiones-america-latina-y-el-caribe>.
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Centro Interamericano de Administraciones Tributarias y Banco Interamericano de Desarrollo. (2016). *Impuestos sobre los salarios en América Latina y el Caribe*. https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/taxing-wages-in-latin-america-and-the-caribbean-2016_9789264262607-en.
- Rosignolo, D. (2015). El Impuesto sobre la Renta Personal y los altos ingresos en América Latina. *Hacienda Pública Española / Review of Public Economics*, (214), 115-148.
- Sabaini, J. y Rosignolo, D. (2014). *La tributación sobre las altas rentas en América Latina*. Naciones Unidas/CEPAL. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/35896-la-tributacion-altas-rentas-america-latina>.
- Soria, G. (2020). El caso “García contra AFIP”: La transversalidad del Derecho de la Ancianidad. *Revista Cartapacio de Derecho*, 37.
- Spisso, R. (2019). *Inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias sobre prestaciones jubilatorias. Control abstracto de constitucionalidad*. La Ley.
- Universidad Nacional de Avellaneda. (2021). *Haberes Jubilatorios. Informe*. Observatorio de Políticas Públicas. <https://www.undav.edu.ar/general/recursos/adjuntos/28830.pdf>.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Albornoz, María Teresa c/AFIP s/amparo ley 16986, 17/12/2020.

Alí, Rosa Teresita c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/amparo ley 16986, 17/12/2020.

- Añasco, Nicolás Taciano *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) - Suc. Ctes. s/ Amparo*, 04/05/2015.
- Bacigalupe, María Esther *c/ AFIP s/ amparo*, 14/10/2014.
- Badaro, Adolfo Valentín *c/ ANSeS s/ reajustes varios*, 08/08/2006.
- Bayón, María *c/ ANSES y otros s/ Reajustes y otros*, 03/12/2020
- Berçaitz, Miguel Ángel *s/ Jubilación*, 13/09/1974.
- Berrastro, Carolina *c/ Afip s/ Amparo*, 13/05/2015.
- Boichuk, Margarita Gladys *c/ AFIP s/ amparo*, 30/09/2014.
- Bonatti, Carlos Alberto *c/ ANSeS s/ reajustes varios*, 08/10/2020.
- Cáceres, Juan Rito *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) s/ amparo*, 01/04/2014.
- Cadenas, Miguel *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) s/ amparo*, 01/04/2014.
- Cantadori, María *c/ AFIP s/ amparo ley 16986*, 28/10/2014.
- Carbone, Antonio *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) suc. Corrientes s/ amparo*, 01/04/2014
- Carnevale, Carlos Horacio *c/ Adm. Federal de Ingresos Públicos (AFIP) suc. Corrientes s/ amparo*, 05/08/2014.
- Castro, Beatriz Marina *c/ EN - AFIP s/ Proceso de conocimiento*, 02/07/2019.
- Chamorro, Eduardo Alberto *c/ AFIP s/ amparo ley 16986*, 17/12/2020.
- Chauveaux, Julia Esther *c/ A.F.I.P. s/ amparo ley 16986*, 14/10/2014.
- Chichizola, Norberto Hernán *c/ AFIP s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad*, 02/07/2019.
- Cuesta, Jorge Antonio *c/ AFIP s/ acción de inconstitucionalidad*, 26/03/2019.
- D'Amico, Agustín Bibiano *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo ley 16986*, 17/12/2020.
- Datorre, Manuel Víctor *c/ ANSeS s/ reajustes varios*, 10/09/2020.
- Dejeanne, Oscar Alfredo y otro *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) s/ amparo*, 10/12/2013.
- Encina, Alberto *c/ AFIP s/ amparo*, 09/09/2014.
- Ferreira, Fermín Casto *c/ Administración Federal de Ingresos Públicos s/ amparo ley 16986*, 17/12/2020.
- Fornari, Silvia Cristina y otros *c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, 29/08/2019.
- Frette, Roberto Antonio *c/ AFIP s/ amparo ley 16986*, 17/12/2020.
- García, María Isabel *contra Administración Federal de Ingresos Públicos s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, 26/03/2019.
- García, Marta Susana *c/ ANSeS s/ reajustes varios*, 10/09/2020.
- Godoy, Ramón Esteban *c/ AFIP s/ Acción Meramente Declarativa de Inconstitucionalidad*, 28/05/2019.
- Gramajo, Rosa Sara *c/ AFIP s/ Amparo Ley 16986*, 19/02/2015.
- Lagomarsino Pinedo, Alicia Angélica *c/ Afip s/ Amparo Ley 16986*, 07/04/2015.
- Maestre, Guillermo Bernardino *s/ Jubilación*, 21/05/1987.
- Martínez, Gabriel Rubén *c/ Estado Nacional Ministerio del Interior Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios*, 03/12/2020.
- Mazzola de Marsico, Ana María *c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, 02/07/2019.

Montefiori, Sonia Haydée c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad, 25/06/2019.

Moreno, José Manuel c/ANSES s/reajustes varios, 10/12/2020.

Ordóñez Graciela Mabel c/AFIP - DGI s/contencioso administrativo, 02/07/2019.

Piccoli, Alfredo Victorio c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad, 16/07/2019.

Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Federik, Emma Stella Maris c/AFIP s/Acción meramente declarativa de Inconstitucionalidad, 29/08/2019.

Rodas, Jorge Ernesto c/AFIP s/amparo ley 16986, 17/12/2020.

Rodríguez, Eladio Antonio c/EN - AFIP s/Proceso de conocimiento, 02/07/2019.

Sánchez, María del Carmen c/ANSeS s/reajustes varios, 28/07/2005.

Santiago, Beatriz c/Afip - DGI s/Amparo Ley 16986, 14/04/2015.

Villamayor, Homero Jorge c/ANSeS s/reajustes varios, 17/09/2020.

Villegas, Raquel Nora c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/acción meramente declarativa de derecho, 17/09/2019.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

IDENTIDAD DE GÉNERO Y LIBERTAD DE CULTO

Rodolfo Barra

Universidad Católica Argentina

rcbarra47@gmail.com

1. Introducción

Las disposiciones de la Ley 26743, llamada “de identidad de género”, no dejan de plantear dificultades de aplicación. Una de las más serias, aunque probablemente poco frecuentes (dentro de la, supongo, poca frecuencia del “cambio de género”), es la que expresa el caso que ahora comento, resuelto por la Sala C de la Cámara Nacional Civil en los autos *R., A. c/A.D.S. s/Habeas Data*, C 061637, sentencia del 13 de noviembre de 2019,¹ en el que se resolvió desfavorablemente para el actor una acción de *habeas data* del artículo 14, Ley 25326, acción por la que se perseguía la modificación del registro bautismal (católico) y de confirmación a los efectos de que en estos quedase solo constancia de su nuevo nombre y, con él, su nuevo “género” de elección.

Considero conveniente, antes de analizar las singularidades del caso, abordarlo desde la perspectiva de las vinculaciones entre el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica y el de los Estados nacionales, como veremos seguidamente.

2. Ordenamiento jurídico nacional y ordenamiento jurídico de la Iglesia católica

Ya tuve ocasión de estudiar la relación entre el ordenamiento jurídico estatal y el ordenamiento jurídico de la Iglesia.² Resumiendo mucho aquel estudio anterior, sostengo, apoyado en Romano (1945), que los Estados nacionales son “ordenamiento jurídico”, esto es, organizaciones dotadas de juridicidad compleja: sujetos, sub-ordenamientos jurídicos, relaciones jurídicas entre todos ellos (intersubjetivas, comprendiendo a los sub-ordenamientos dotados de personalidad), centro de poder o gobierno, normas jurídicas creadas por el

1 Ver: <https://www.pjn.gov.ar/>.

2 Ver *Derecho Público Canónico. La organización de la Iglesia Católica* (2011, caps. I-III).

centro de poder (heterónomas) y otras creadas por las relaciones jurídicas intersubjetivas (autónomas y siempre particulares), y una idea directriz que es la realización del bien común conforme a una determinada concepción nacional (cultural) de este. Así, el ordenamiento jurídico se confunde con la misma polis o comunidad políticamente organizada, considerada desde una perspectiva predominantemente jurídica (*ubi societas ibi ius*).

También la Iglesia católica es “ordenamiento jurídico”, por su propia definición (así se otorga a sí misma la “potestad de régimen, jurisdicción o gobierno”) (Código de Derecho Canónico, 1989, c. 129)³ y por el mismo derecho internacional, que reconoce en la Santa Sede a un sujeto del derecho internacional. La Santa Sede es cabeza de la Iglesia universal y de las iglesias particulares (c. 333, & 1). El concepto de “Iglesia particular” alcanza principalmente (en lo que aquí interesa) a la “Diócesis” (c. 368), que es una “porción del pueblo de Dios” (es decir, de la Iglesia universal) de base territorial gobernada por el “Obispo diocesano” (cc. 369 y 381, & 1). Por ser de base territorial, las diócesis coexisten con los Estados nacionales.

Ahora bien, el ordenamiento nacional (el que coincide con el Estado-nación) se integra con una pluralidad de sub-ordenamientos jurídicos dotados de autonomía parcial, nunca absoluta sino relativa, con respecto al ordenamiento nacional. No ocurre lo mismo en el caso de los ordenamientos jurídicos de subjetividad internacional, que actúan en paridad recíproca (son mayormente Estado-nación). La Iglesia católica, a través de su cabeza (el cuerpo sigue a la cabeza), es ordenamiento jurídico con subjetividad internacional (para simplicidad, “ordenamiento internacional” o “sujeto internacional”), con la característica agregada de actuar también dentro de los ordenamientos nacionales. Es decir, la mayor parte del “cuerpo” que corresponde a la “cabeza” pontificia (ordenamiento internacional) actúa dentro de los ordenamientos nacionales.

La calidad de “ordenamiento internacional” le es reconocida a la Iglesia por el artículo 75.22 de la Constitución Nacional, cuando encomienda al Congreso “[A]probar o desechar [...] los concordatos con la Santa Sede [...]” reconociendo en ellos “jerarquía superior a las leyes”. De la misma manera, el artículo 146 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) reconoce personalidad jurídica pública a la Iglesia católica, en paridad tanto con los Estados extranjeros y otros sujetos del derecho internacional público como con las personas públicas nacionales. Es importante la diferenciación hecha por el legislador

3 Cfr. c. 129, Código de Derecho Canónico (1989).

civil con otros sujetos de base religiosa, a los que se les reconoce “personalidad jurídica *privada*” (artículo 148, e) del CCC).⁴

3. La relación ordenamiento eclesiástico-ordenamientos nacionales.

Los caracteres del ordenamiento eclesiástico

La teoría de las relaciones entre los diversos ordenamientos jurídicos ocupa un lugar central en la ciencia del derecho, por lo menos para los que entendemos que el ordenamiento jurídico no es un fenómeno exclusivamente estatal, si bien en el Estado y por el Estado alcanza su plenitud y su dimensión unitaria dentro de la pluralidad admitida por la comunidad organizada.

En la relación entre los distintos Estados nacionales importa, entonces, el fenómeno de la relación entre ordenamientos que son soberanos e independientes entre sí. Esta realidad jurídica requiere de un “derecho de coordinación”⁵ tanto para el ámbito interno como internacional, que Boggiano (1998) denomina “derecho de las relaciones exteriores de los ordenamientos o *ius inter iura*”, al que puede llegarse por inducción a través de “los casos” y su “realista localización” (pp. 8 y ss.).

En el caso de la relación del ordenamiento eclesiástico con los ordenamientos estatales nacionales, la situación es de una especial singularidad, sin por ello dejar de ser comprendido en el supuesto del *ius inter iura*.

Como ocurre con los ordenamientos integrantes del sistema internacional, el eclesiástico se encuentra frente al ordenamiento estatal en la misma condición de soberanía e independencia. Pero, a diferencia de lo que sucede en la relación entre ordenamientos estatales, el eclesiástico es, a la vez, un ordenamiento que *actúa en el interior* del estatal sin sometimiento al ordenamiento general, o sin el mismo tipo de sometimiento al que se encuentran obligados los ordinarios ordenamientos menores o sub-ordenamientos.⁶

Para comprender la especialidad de la relación ordenamiento estatal-orde-

4 Destacado agregado.

5 Este derecho es fruto de lo que Bobbio (1993) denomina “relación de coordinación” (p. 279); sobre las otras categorías que este autor identifica, ver pp. 279-282. También Boggiano (1998: pp. 8 y ss).

6 Bobbio (1993, pp. 285-292) distingue tres categorías de relaciones entre ordenamientos, según su confluencia o coincidencia sobre los ámbitos temporal, espacial y material. Si dos ordenamientos no coinciden en ninguno de estos ámbitos, no existe interferencia entre ellos y, por tanto, no hay problema de coordinación. Si coinciden en los tres, hay confusión de ordenamientos, de manera que uno desaparecería ante el otro. La cuestión de la coordinación nace cuando coinciden en dos de los tres ámbitos. Así, pueden tener en común los ámbitos espacial y material, pero no el temporal:

namiento eclesiástico debemos partir de afirmar la originalidad –en cuanto *originario* o *primario*– del ordenamiento eclesiástico, es decir, su nacimiento fuera y de manera independiente del estatal (lo que no ocurre, naturalmente, con los sub-ordenamientos insertos en el estatal). Esto es así sin dejar de considerar –por el contrario, afirmar– al eclesiástico como ordenamiento verdaderamente jurídico, pero cuyos caracteres de tal naturaleza –es decir, caracteres jurídicos– no derivan de ningún ordenamiento estatal, sino que son originariamente propios. Por eso destaca Romano (1945, p. 95) que la juridicidad del ordenamiento eclesiástico no precisa de ningún tipo de atribución de tal cualidad por el ordenamiento estatal. El derecho matrimonial, el derecho penal, el derecho sacramental, etc., siempre como institutos del ordenamiento eclesiástico, guardan la calidad de verdaderas instituciones jurídicas, aunque no sean receptadas, o aun sean irrelevantes, para el Estado. Es derecho para los fieles, para quienes también son jurídicas, por ejemplo, las sanciones que el ordenamiento eclesiástico puede imponer en determinados casos. Lo que el Estado –por lo menos en un régimen pluralista y democrático– no puede hacer es desconocer su existencia, y mucho menos prohibirlo, ya que aun así seguiría existiendo, como lo demuestra la experiencia histórica, incluso la más reciente.

El ordenamiento eclesiástico es: 1) *autónomo*, porque se da sus propias normas sin depender ni someterse –salvo voluntariamente, conforme, normalmente, a los términos *concordados* (Código de Derecho Canónico, 1989, cfr. c. 3), o por propia remisión (por ejemplo, c. 1290 en materia de contratos)– a las normas estatales; 2) *autojudiciable*, ya que resuelve los conflictos entre o con sujetos sometidos a su ordenamiento con sus propios tribunales judiciales (cfr. c. 1401); 3) *autosustentable*, es decir, se sustenta en sí mismo y no en el ordenamiento estatal; 4) *autosuficiente*, ya que no requiere de ningún auxilio estatal para obtener y mantener su juridicidad. Por ello, para el eclesiástico no basta con hablar de autonomía. Esta puede ser atribuida o reconocida por el ordenamiento estatal a determinados sujetos que actúan dentro de este. Así, la reconoce a los sujetos físicos al consagrar el principio de la autonomía de la voluntad –aplicable,

tal es el caso de dos ordenamientos estatales que se suceden, con distinción prácticamente absoluta, en el tiempo, por ejemplo, como consecuencia de una revolución. Otro supuesto es cuando los dos ordenamientos tienen en común el ámbito temporal y el material, pero no el espacial, como ocurre con dos Estados contemporáneos que naturalmente tienen poder sobre las mismas materias, pero no en el mismo territorio. El tercero es cuando los dos ordenamientos coinciden en el tiempo y en el espacio, pero no en las materias. Este sería el caso de los Estados y la Iglesia, cuyas materias son diferentes: en lo temporal y en lo espiritual, respectivamente. De todas formas, existen muchas materias en particular en las que los dos ordenamientos coinciden, lo que torna a la coordinación en especialmente delicada.

analógicamente, también a las personas jurídicas-, pero este no es autosuficiente -requiere del marco jurídico estatal-, aunque debemos afirmar sin lugar a dudas que es autosustentable ya que se funda en la dignidad de la persona humana. El ordenamiento estatal atribuye la calidad autónoma también a ciertas organizaciones de su propia creación y para servir a los fines de su propia organización estatal. Pero en este caso, entonces, la autonomía no es ni autosuficiente ni autosustentable. En estas condiciones, entre el ordenamiento eclesiástico y el estatal no existe relación de subsidiariedad en sentido propio, ya que entre ellos no se da una “relación de mayor a menor”, y sus áreas de competencia son cualitativamente diversas y no comunicables. Esto no obsta, naturalmente, a que entre los dos ordenamientos exista, o deba existir, una verdadera relación de cooperación, como veremos más adelante.

En consecuencia, el ordenamiento eclesiástico es más que “autónomo”, o bien podemos decir que posee una autonomía fortificada -pero como un verdadero salto cualitativo- con aquellas dos notas de la suficiencia y la sustentabilidad.

4. Principios que gobiernan la relación entre ambos ordenamientos

Teniendo en cuenta las precisiones anteriores podemos comprender mejor el juego de relaciones que se produce entre los dos ordenamientos jurídicos: el estatal y el eclesiástico, tomando como “tipo” a un modelo de Estado no confesional ni tampoco “prohibicionista” (como era, por ejemplo, el soviético).

Lo primero que debemos tener en cuenta, entonces, es que ambos -los ordenamientos estatales y el de la Iglesia- son igualmente originarios, autónomos, autosuficientes y autosustentables. Se encuentran así en una *relación de igualdad*, con la particularidad de que el ordenamiento eclesiástico exige ser respetado, en tal condición de igualdad, por los ordenamientos estatales *incluso dentro del propio ámbito de “soberanía” de estos últimos*, es decir, *en el mismo interior de la comunidad estatal*. La igualdad debe ser predicada, entonces, tanto con una validez externa -como si fuesen ordenamientos de dos Estados- como interna, aunque en este punto no existen otras situaciones exactamente comparables.

Pero la relación de igualdad no basta. Esta debe ser complementada por el *mutuo reconocimiento de la juridicidad* de cada uno de los ordenamientos, reconocimiento que, al mismo tiempo, es una exigencia destinada a hacer posible la relación de igualdad. Esta no existiría de no tener, ambos ordenamientos, la cualidad de jurídicos.

Tal reconocimiento mutuo se refleja en *la relación de relevancia jurídica*, por

la cual un ordenamiento se obliga a sí mismo a admitir la *juridicidad* –siempre originaria, autosuficiente y autosustentable– del otro, sin otro título para ello que el de su mera existencia y posibilidad de comprobación de su contenido.⁷

Así, la Iglesia no puede sino reconocer que sus fieles son, a la vez, súbditos de Estados concretos. No existe, ni es posible que exista, un fiel que no sea, a la vez, súbdito estatal, es decir, sometido al ordenamiento jurídico de un Estado (incluso los ciudadanos del Estado del Vaticano, que es un ordenamiento jurídico vinculado, pero diverso de la Iglesia). Asimismo, el Estado –siempre nos referimos al pluralista y democrático– no puede sino reconocer no solo sus obligaciones con relación a la Iglesia, impuestas por el derecho internacional, sino la realidad de que sus súbditos –no importa si muchos o pocos– se sientan y actúen como sujetos de otro ordenamiento, el que jurídicamente también los obliga en plenitud, sin depender –siquiera supletoriamente (como ocurre con los restantes ordenamientos internos al estatal)– del ordenamiento estatal. Tampoco esto es solo una realidad fáctica, sino especialmente jurídica, normalmente reconocida por los tratados o concordatos celebrados por la Iglesia y el Estado,⁸ sin perjuicio de resultar también del mismo “derecho de gentes”.

7 Romano (1945, pp. 118 y ss.) destaca que la “relevancia jurídica” no debe confundirse con el otorgamiento de una “importancia de hecho”, lo que sería solo una relevancia de conveniencia o de oportunidad, podemos decir, política. Para Romano, para que se presente tal “relevancia jurídica” es necesario que la existencia, el contenido o la eficacia de un ordenamiento se encuentre condicionado con respecto a otro en base a un “título jurídico”. Dejando de lado las distintas especies de título que el autor enumera y que son inaplicables a nuestro caso –supremacía, presupuesto, compenetración–, para el caso de la relación entre Estados, Romano indica que el título reside en la existencia de un ordenamiento superior, como el derecho internacional, que se sobrepone a –y justifica la– relación de relevancia entre los dos ordenamientos estatales. Aunque también este principio sea aplicable a la relación Iglesia-Estados, pensamos que no es suficiente. El título de la “relevancia jurídica” en la relación ordenamiento eclesiástico-ordenamientos estatales debe encontrarse en un lugar diverso, en definitiva, en la existencia misma de la Iglesia como institución supranacional, con fines diversos a los de los Estados. Es decir, la Iglesia –a través de la Santa Sede– es un sujeto no estatal del derecho internacional, con una actuación supraestatal y supranacional cuyo ordenamiento es jurídicamente relevante, originario e igualitario al de los Estados, tanto en el ámbito interno o nacional –donde, por aquellas notas, no puede ser equiparado a los ordenamientos menores que existen dentro del ordenamiento inclusivo general– de cada uno de ellos como en el campo de sus relaciones jurídicas de ordenamiento general a ordenamiento general.

8 Sobre los orígenes históricos y su evolución hasta la actualidad de la práctica concordataria, y sobre el tema en general, ver Busso (2000, cap. VI).

5. El caso argentino

A pesar de la extrema parquedad del acuerdo celebrado el 10 de octubre de 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina, el ordenamiento argentino contiene normas de la máxima jerarquía (en este caso, unilaterales) que garantizan la correcta relación entre ambos ordenamientos. Así, en el régimen constitucional federal argentino, las normas fundamentales se encuentran en el juego armónico de los artículos 2, 14 y 16 de la Constitución Nacional. El primero de ellos afirma que “El Gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano”, mientras que el segundo, en lo que nos interesa, garantiza el derecho de “todos los habitantes de la Nación” –con lo cual la norma es vinculante para las provincias y municipios–⁹ a “profesar libremente su culto”, además de “asociarse con fines útiles”. El artículo 16 complementa estas garantías al consagrar la absoluta igualdad ante la ley de todos los habitantes de la nación.

Así, dentro de un régimen de *plena libertad de culto*, que supone la actuación asociada institucional para profesarlo y difundirlo,¹⁰ la Iglesia recibe una situación particularizada (que no es lo mismo que “privilegiada”), en la medida en que ella profesa y difunde el culto *sostenido* por el Gobierno federal, aunque esta declaración constitucional debe interpretarse de manera armónica con los derechos a la libertad de culto y al trato igualitario y no discriminatorio de los artículos 14, 16 y 18 (debido proceso sustantivo), respectivamente, de la Constitución. También esto puede expresarse de otra manera complementaria: el Gobierno federal “sostiene”¹¹ el culto católico sin afectar la libertad religiosa de los habitantes de la nación, de manera que tal sostenimiento o apoyo encuentra su límite en la libertad de los demás. Desde otro punto de vista, el juego armónico de aquellas normas constitucionales establece que el sostenimiento del culto católico por parte del Gobierno federal no puede afectar la libertad de la Iglesia ni la libertad de los católicos, lo que prohíbe cualquier actitud de carácter “regalista”.

9 Cfr. artículo 5 de la Constitución Nacional.

10 Esto último tiene como complementos necesarios los derechos de publicar las ideas “por la prensa” (se entiende que a través de cualquier medio apto para la difusión de las ideas) sin censura previa y el de “enseñar y aprender”. Obviamente, todos estos derechos deben ejercerse “conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio”, como dispone el artículo 14 de la Constitución Nacional, reglamentación que debe atender a la protección del “orden y a la moral pública” y de los derechos de terceros (artículo 19), aunque sin alterar la sustancia del derecho (cfr. artículo 28).

11 “Sostener”, como “sustentar”, indica tanto la acción de defender o “mantener firme” una proposición o idea como también “auxiliar” –de cualquier forma– o asistir a la manutención de alguien. Aun cuando en el debate constituyente se concluyó en que la expresión se refería al sustento económico, el texto constitucional no precisa el sentido de la palabra, con lo cual cabe entender que la utiliza en forma amplia.

El culto “católico apostólico romano” al que se refiere el artículo 2 de la Constitución argentina no es otro que el que le otorga sentido y fundamento a la Iglesia como institución, es su “idea rectora”.

No se puede sostener la “idea rectora” sin sustentar, a la vez, los restantes elementos organizativos que la misma idea rectora ha desarrollado. El mismo “culto católico” exige la existencia de la Iglesia, de su constitución jerárquica, de su organización y de su conformación como ordenamiento. No puede “sostenerse” el culto católico sin reconocer las notas de la juridicidad, originalidad, autosuficiencia y autosustentabilidad del ordenamiento jurídico eclesiástico. Tampoco puede darse tal sostenimiento si no se reconoce al mismo tiempo el estatus jurídico de “fiel” y, por tanto, el estatuto jurídico de la Iglesia-institución y de los fieles dentro del mismo ordenamiento eclesiástico, estatuto jurídico que no puede sino ser, asimismo, calificado por las mismas notas que califican al ordenamiento de procedencia.

Se enuncian así, constitucionalmente, los principios de “relevancia jurídica” –en un sentido muy especialmente subrayado, en nuestro caso, ya que el Estado declara que el ordenamiento eclesiástico es por él sostenido, o defendido, apoyado y auxiliado, lo que sería imposible, o al menos absurdo, sin mediar el reconocimiento de tal relevancia– y de “colaboración”, el que también se encuentra contenido en el término “sostiene”.

En congruencia con tal principio constitucional, ya el artículo 33 del antiguo Código Civil había calificado a la Iglesia católica como “persona jurídica pública”, junto con el Estado nacional, las provincias, los municipios y las entidades autárquicas, criterio que, como hemos mencionado, se encuentra reiterado en artículo 146, c) del nuevo Código Civil y Comercial.

Así, la Iglesia es reconocida por el legislador civil como *persona pública*, junto con aquellas que son “estatales”, a pesar de no tener esta última cualidad, también, y precisamente, porque tiene su propio ordenamiento, independiente y autónomo. Es decir, nuestra legislación reconoce la existencia y valor, con todos sus efectos jurídicos, de la Iglesia-ordenamiento. Pero, en este caso, porque posee para el ordenamiento nacional *la misma razón de bien común* –aunque sobre materias en general distintas– que las personas jurídicas también calificadas como públicas.

6. El deslinde entre ordenamientos

También en el ordenamiento eclesiástico se encuentran normas de “reenvío” a favor de la legislación civil, como el caso del c. 1286 para los contratos de trabajo y el c. 1290 para los contratos en general, sin perjuicio de la vigencia de los concordatos y otros acuerdos con sociedades políticas por encima de las mismas normas canónicas, como lo establece el c. 3 del *Código de Derecho Canónico* (CIC) (1989).

El ya citado principio de “colaboración”, por su parte, posee igualmente naturaleza “constitucional” para la Iglesia.¹² La colaboración o cooperación entre los ordenamientos eclesiástico y laico tiene su conveniente, aunque no excluyente, expresión en los “concordatos” o convenios, sin tener una distinción sustancial con los “tratados” del derecho internacional.

Conforme a los principios que rápidamente hemos mencionado en los párrafos anteriores, se efectiviza la adecuada relación entre los ordenamientos civiles y el eclesiástico, mediando siempre el reconocimiento de la relevancia jurídica –reiteremos, originaria, autosuficiente y autosustentable– del ordenamiento canónico. Ahora bien, ¿cómo se produce el *deslinde*, es decir, la decisión acerca de la aplicación de la norma pertinente en un caso concreto?

Boggiano (2001, pp. 64-66) cita, entre otros, tres criterios que se encuentran, en nuestro caso, conectados. El primero de ellos es el de *las normas de primacía*, cuando el propio ordenamiento, al reconocer la primacía de las normas de coordinación y colaboración contenidas en los convenios entre ordenamientos “soberanos”, también *reconoce la primacía de las normas a las que tales convenios reenvían*. Estas normas, dice Boggiano (2001), “*eligen* el ordenamiento aplicable en caso de colisión por lo que bien pueden ser llamadas normas de *colisión* o de *conflicto* a semejanza de las normas de colisión del derecho privado” (p. 64).¹³ En este supuesto, para posibilitar el reenvío, debería estar expresamente identificada o elegida la norma a aplicar (la reenviada), o bien resultar de la integración del texto de la norma de reenvío, de la reenviada y de las circunstancias del caso.

Lo anterior también puede conducirnos al segundo criterio expuesto por Boggiano (2001), el de *la conexión más próxima* o el *genuine link*. Este consiste en

12 Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, Concilio Vaticano II: “La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo”. Ver también, n° 42.

13 Énfasis en el original.

la elección de las normas pertenecientes al ordenamiento “más próximo o con lazos más estrechos con el asunto o la causa o la relación jurídica” (p. 65). El autor lo denomina también método de “inmanentización del caso transordenamiento”, ya que si “el caso trasciende a un ordenamiento y se conecta con varios, habrá que elegir el ordenamiento que guarde los vínculos o contactos más estrechos con el asunto” (p. 65).

Aunque en sí mismo independiente, el tercer criterio, el de las *diversas esferas de competencias* –de aplicación habitual en la relación entre los ordenamientos de integración y los integrados, v.gr., el caso del derecho comunitario europeo en su vinculación con los respectivos derechos nacionales– también puede ser un complemento del anterior. Se debe aplicar la norma perteneciente al ordenamiento con competencia específica para el caso, la que si no está determinada expresa o implícitamente o no resulta de un principio de atracción también expresamente establecido, será identificable –en definitiva, será una forma de descubrir la competencia implícita– por la conexión del caso con la norma.

7. El Concordato de 1966 y la jurisdicción de la Iglesia

Volviendo al caso argentino, recordemos el texto del artículo I del Concordato entre la Santa Sede y la República Argentina, del 10 de octubre de 1966 (Ley 17032):

El Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos.

El Concordato enumera así tres “garantías” u obligaciones del Estado Argentino con relación a la Iglesia, que identifica como “poder espiritual”, culto público y libre y jurisdicción. Esta enumeración no ha sido, seguramente, ocasional, ya que sustancialmente coincide con las tres *potestades* que el ordenamiento eclesiástico le otorga a su “centro de poder” o “gobierno”, en el caso, la Santa Sede (el papa y, en ocasiones, la curia vaticana), los obispos con el papa y los obispos en sus propias diócesis.¹⁴

14 Es también así en los ordenamientos estatales. El Estado –en nuestro caso, en realidad, el Gobierno, ya que el Estado nacional es la personificación jurídica del “Gobierno federal”– ejerce la “autoridad” a través de tres órganos superiores dotados de potestad (poder) para cumplir con determinadas competencias. En el caso de la Iglesia, donde no existe la “división de poderes”, el poder o potestad de

Tales tres potestades son: la de orden o de santificar, la de magisterio y la de régimen. Cada una de estas, desde el punto de vista jurídico, habilita el ejercicio –aunque no de manera igual en cada caso– de un conjunto de competencias confiadas a oficios eclesiásticos determinados, conforme a lo regulado por el CIC.¹⁵

En el ordenamiento eclesiástico, la “potestad” tiene naturaleza especial. El fin del ordenamiento eclesiástico es la salvación de las almas, esto es, un fin sobrenatural, aunque deba comenzar a ser transitado ya en el tiempo, todo lo cual es voluntariamente aceptado por los fieles como, precisamente, materia de fe. Así, mientras en el ordenamiento estatal el poder y su atributo propio –la potestad– son políticos, e.d., para el gobierno de la polis o comunidad política, en el ordenamiento eclesiástico el poder y la potestad que le es inherente son “sagrados”, en cuanto dedicados a unir a las criaturas con el Creador. La potestad en la Iglesia es “sacra”, porque la misma Iglesia es sacramento que expresa sensible y eficazmente la gracia de Dios para la salud de las almas (*salus animarum*), siempre, cabe insistir, quien voluntariamente acepte someterse a tal ordenamiento.

La potestad de la Iglesia es esencialmente una –la de santificar–, aunque también se exprese en tres distinguibles por su fin inmediato (el fin mediato es siempre la *salus animarum*): como vimos, la potestad de orden, la de magisterio y la de jurisdicción o gobierno. Estas tres potestades son, cabe reiterar, “sacras”, pues han sido establecidas por el Fundador, Jesús, para “apacentar el Pueblo de Dios”. Las “tres potestades” se encuentran, sin confundirse, íntimamente ligadas. Así, aunque conceptual y materialmente deban distinguirse, todas emanan del propio “sacro orden” instituido por Cristo.

Por consiguiente, existe una correlación necesaria entre el “orden” y el “régimen”, como también el “magisterio”, sin perjuicio de la distinción que las tres admiten como potencias que se especifican por sus actos y los objetos propios de tales actos.

Así, entonces, “la gestión gubernamental” propiamente dicha en la Iglesia es ejercida mediante la *potestad de régimen*, sin perjuicio de que el *magisterio* es, a la vez que transmisión de la verdad, conducción (se “apacenta” el Pueblo conduciéndolo hacia el Reino). El gobierno y el magisterio, por su parte, son actuaciones propias, en sentido pleno, de la potestad de *orden*. Precisamente,

santificar (salud de las almas) se ejerce mediante tres actividades sustanciales (las “potestades sacras”).

15 Cfr. cc. 129 y 145 para la “potestad de régimen”.

solo los dotados de potestad de orden –los “ordenados”– pueden ejercer plenamente, aunque según el oficio y órgano de que se trate, la potestad de régimen¹⁶ y la potestad magisterial.

El Concordato garantiza, antes que nada, el ejercicio, por la Iglesia, de una potestad central para su autonomía, que reside en el ejercicio de la potestad ministerial sacerdotal por quienes han recibido el denominado “orden sagrado”.

8. La potestad de orden

El acceso al orden clerical, al sacerdocio ministerial, se realiza a través del *sacramento del orden*, tal como lo declara y, “por institución divina”, establece el c. 1008. Esta es una definición de gran importancia para el ordenamiento, ya que este, como sabemos, tiene una finalidad salvífica que se expresa fundamentalmente a través de la palabra, la liturgia y los sacramentos, es decir, una *potestad espiritual* ejercida, en sentido amplio, a través del *culto*, ambos aspectos de una misma realidad garantizados por el Concordato.

En derredor a la potestad de *orden* o *sacra* gira la totalidad del ordenamiento de la Iglesia, esto es, en torno a los sacramentos: por el *bautismo*, que introduce al sujeto en la Iglesia; por la *confirmación*, que lo ratifica en la fe adulta; por el *matrimonio*, que consagra el amor entre el hombre y la mujer y los hace continuadores de la obra de la Creación; por la *eucaristía*, que realiza la participación de los fieles en el misterio salvífico de la pasión, muerte y resurrección de Cristo; por la *penitencia* y *reconciliación*, que reintegra en la comunidad; por la *unción de los enfermos*, que nos ayuda a sobrellevar los dolores de la enfermedad y nos prepara para la vida eterna; y, finalmente, por el *orden sagrado*, que continúa, ministerialmente, el sacerdocio sagrado de Cristo.¹⁷

Las condiciones –subjetivas y objetivas– de acceso a los sacramentos se encuentran reguladas por el derecho propio de la Iglesia. Teniendo en cuenta que la vida sacramental es la esencia del culto y del ordenamiento eclesiástico, la li-

16 Cfr. c. 129.

17 De estos siete sacramentos, cinco son calificados como “sacramentos al servicio de la comunidad” por el Capítulo Tercero del Catecismo de la Iglesia Católica (Conferencia Episcopal Argentina, 1998, n° 1533). El bautismo, la confirmación y la eucaristía son los sacramentos de la iniciación cristiana. Fundamentan la vocación común de todos los discípulos de Cristo, que es vocación a la santidad y a la misión de evangelizar el mundo. Confiere las gracias necesarias para vivir según el espíritu en esta vida de peregrinos en marcha hacia la patria (n° 1534). Otros dos sacramentos, el orden y el matrimonio, están ordenados a la salvación de los demás. Contribuyen ciertamente a la propia salvación, pero esto lo hacen mediante el servicio que prestan a los demás. Confiere una misión particular en la Iglesia y sirven a la edificación del Pueblo de Dios”.

bertad de regular y administrar los sacramentos es central tanto para el ejercicio del culto como para la autonomía “ordinamental”, garantizadas, cabe reiterar, por el Concordato y por el mismo artículo 2 de la Constitución Nacional.

9. La potestad magisterial

La Iglesia, depositaria de la fe por expresa encomienda de su Fundador, “[...] tiene el deber y el derecho originario, independiente de cualquier poder humano, de predicar el Evangelio a todas las gentes [...]” (c. 747). Enseñar y difundir el Evangelio es una misión connatural de la Iglesia –es el fin propio de la organización, que incluye la definición de su doctrina, el que se encuentra directamente enderezado a la santificación o salud de las almas–, de manera que sin ella no existiría como organización, como ordenamiento propio e independiente de los ordenamientos civiles. Esta independencia es exigida como *condición misma de libertad* para la Iglesia, como lo plantea la norma arriba citada.

Pero aquella misión de la Iglesia no es lo mismo que la “potestad de magisterio”, aunque esta última se encuentre sustentada en aquella. La misión evangelizadora de la Iglesia –que supone la difusión y enseñanza de la palabra de Dios y la administración de los medios salvíficos– se ejerce con relación a “todas las gentes”, dice el c. 747. Aquella es una obligación de todos los fieles,¹⁸ incluyendo, naturalmente, a los laicos.¹⁹

En cambio, *la potestad de magisterio, en sentido estricto, se ejerce con relación a los fieles*, ya que supone una situación jurídica de derecho-deber²⁰ que solo puede predicarse en la relación autoridad-súbdito, entre los dotados por el ordenamiento de tal autoridad y quienes se encuentran obligados a recibir la enseñanza, a acatarla y, también, el derecho a exigirla en las condiciones fijadas por el mismo ordenamiento.

La “magisterial” es potestad en tanto que es un acto propio del ejercicio de la autoridad, del poder de conducción de la organización, y, por tanto, de acatamiento obligatorio por parte de todos sus miembros (clérigos y laicos, es decir, todos los fieles).

En un sentido propio, la potestad magisterial se encuentra confiada al papa

18 Cfr. c. 211.

19 Cfr. c. 225.1.

20 Cfr. cc. 212.1 y 213.

y al Colegio Episcopal en comunión con el pontífice²¹ tanto en lo que respecta al *magisterio extraordinario o infalible* (ver nota anterior) como al *magisterio ordinario*, que también obliga a los fieles a “[...] prestar un asentimiento religioso del entendimiento y de la voluntad, sin que llegue a ser de fe [...]”, como lo dispone el c. 752. Siempre dentro del magisterio ordinario, también cabe el mismo tipo de “asentimiento religioso” a las enseñanzas de los obispos “en comunión con la Cabeza y los miembros del Colegio”, aunque actúen individualmente o en conjunto en Conferencias Episcopales o Concilios particulares, es decir, fuera del Colegio Episcopal (c. 753). También el libre ejercicio de la potestad magisterial es, entonces, requisito del libre ejercicio de la autoridad en la Iglesia.

10. La potestad de “régimen, jurisdicción o gobierno”

Sin perjuicio de la íntima unidad de las tres “potestades sacras”, la denominada “potestad de régimen” es la que expresa más específicamente el fenómeno del gobierno en la Iglesia, en una dimensión funcional semejante a la de los ordenamientos civiles y en la que se actualiza la conducción del conjunto a través de las tres actividades de creación jurídica: legislar, administrar y juzgar.

En el ordenamiento eclesiástico, la potestad de régimen compete siempre al “orden”, a los “sellados con el orden sagrado”,²² es decir, al conjunto de personas de la organización que, salvo excepciones, dedican la totalidad de su actividad al servicio de esta y cuya principal misión es ayudar a la salud de las almas, mediante la enseñanza de la verdad revelada, la administración de los sacramentos y la liturgia –es decir, las otras dos potestades sacras–, para lo cual la jurisdicción o gobierno es siempre instrumental, pero, a la vez, indispensable.

Esta potestad se encuentra en el núcleo de la consideración de la Iglesia como ordenamiento, el que no puede existir sin un “centro de poder”. Este, mediante la acción de gobierno –que supone la *concepción doctrinaria previa*, que en la Iglesia es el denominado “depósito de la revelación” y el magisterio, y la *conducción posterior*– emite órdenes de cumplimiento obligatorio y, por tanto, de naturaleza normativa, con fuerza vinculante –por principio general– en el fuero externo y –por excepción– en el fuero interno. Se trata siempre de una potestad plena de gobierno, por lo que encierra en sí misma las tres competencias materiales con relación a la norma jurídica: legislativa, ejecutiva y judicial. Es

21 Constitución Lumen Gentium, n° 25, Concilio Vaticano II.

22 Cfr., c. 129, & 1.

decir, la libertad de *jurisdicción* garantizada a la Iglesia por el Concordato y por el artículo 2 de la Constitución Nacional (sin ella no hay culto católico) supone el propio y exclusivo ejercicio de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, con los medios aportados por el mismo ordenamiento.

A diferencia de lo que ocurre en las sociedades civiles, la potestad de régimen o gobierno en la Iglesia se encuentra divinamente fundada y conferida al Sumo Pontífice y no al pueblo o conjunto de fieles. Es al papa a quien le compete distribuirla, coordinarla, delimitarla y revocarla. Así lo prescribe el c. 331:

El Obispo de la Iglesia Romana, en quien permanece la función que el Señor encomendó singularmente a Pedro, primero entre los Apóstoles, y que había de transmitirse a sus sucesores, es cabeza del Colegio de los Obispos, Vicario de Cristo y Pastor de la Iglesia universal en la tierra; el cual, por tanto, tiene, en virtud de su función, potestad ordinaria, que es suprema, plena, inmediata y universal en la Iglesia y que puede siempre ejercer libremente.

La potestad pontificia de régimen es: *ordinaria*, es decir, aneja al oficio (c. 131); *suprema*, pues no reconoce sobre sí ninguna otra autoridad superior, y así, por ejemplo, no puede someterse al juzgamiento de tribunal alguno (c. 1404) y sus decisiones son irrecurribles, incluso ante el Concilio Ecuménico, ante cualquier otra forma de actuación del Colegio Episcopal (c. 1372 y 333, & 3) y ante cualquier otra autoridad eclesiástica o, naturalmente, civil; *plena*, pues colma en sí misma toda la autoridad posible, tanto, y en cada caso, judicial, ejecutiva y legislativa; *inmediata*, de manera que ninguna otra autoridad puede interponerse –no existen intermediarios– entre el papa y los fieles, ordenados o no, y entre los primeros, cualquiera sea el orden. Así, el pontífice tiene potestad ordinaria no solo sobre la Iglesia universal, sino primacía de aquella potestad “sobre todas las Iglesias particulares y sobre sus agrupaciones” (c. 333, & 1) y sobre todos los institutos religiosos. Es también *libre en su ejercicio*, tanto en el interior de la Iglesia como, naturalmente también, frente a cualquier poder o autoridad externa, por lo cual el poder pontificio es de una naturaleza discrecional absolutamente libre.

La potestad de régimen se asienta también y con los mismos caracteres en el Colegio Episcopal, siempre que se encuentre en comunión con el papa (“en unión con su cabeza y nunca sin esa cabeza”, reza el c. 336) que así es “sujeto de la potestad suprema y plena sobre toda la Iglesia” (c. 336), y luego en los obispos individualmente en cada una de las respectivas Iglesias particulares confiadas a su cuidado. Pero aún la autoridad colegial se encuentra condicionada a la volun-

tad del pontífice, a quien le corresponde exclusivamente convocar al Colegio, presidirlo (aunque puede delegar esta función), trasladarlo, suspenderlo o disolverlo, aprobar sus decretos, determinar las cuestiones de competencia conciliar y aprobar otras que sean agregadas por los padres conciliares (c. 338, && 1 y 2).

La potestad de régimen posee el contenido que de manera propia le corresponde al oficio eclesiástico de que se trate, lo que exige la existencia previa de la “misión apostólica o canónica” o, en su caso, para los párrocos en la medida de su competencia, de la previa “incardinación” (ambas, misión e incardinación, instituciones propias del derecho canónico).

11. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Nuestra Corte Suprema de Justicia tuvo ocasión de aplicar el ya citado acuerdo de 1966, con evidente empleo de los principios mencionados.

En *Juan Lastra c/Obispado de Venado Tuerto*,²³ el Tribunal se enfrentó con un caso de embargo, con orden de subasta, de un inmueble de propiedad de la diócesis demandada, donde funcionaba la sede y vivienda del obispo diocesano. La Corte advirtió que se trataba de un bien encuadrado en la definición “de bienes temporales” instrumentales para alcanzar la satisfacción de los fines propios de la Iglesia, que resulta del c. 1254, & 2 del CIC²⁴ y concordantes, entre ellos, la caracterización de “bienes eclesiásticos” establecida por el c. 1257, & 1. Esta es la conexión más próxima entre la norma y el caso, posible de aplicación en virtud de la relevancia jurídica reconocida al ordenamiento eclesiástico por el artículo I del Concordato. “Tal reconocimiento de jurisdicción –sostuvo la Corte– implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines [...]” (considerando 4º), sin perjuicio de la aplicación del entonces artículo 2345 del Código Civil. Y así concluye el Tribunal que

en tales condiciones, perteneciendo el bien embargado a la diócesis demandada, toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad solo puede decretarse o reconocerse en la República de conformidad con el ordenamiento canónico en virtud de sus disposiciones aplicables, a las que reenvía el derecho argentino (cánones 1291 a 1293 y 1295, en relación con los cánones 124.1, 127.1 y 127.2 del Código antes citado). (considerando 6º)

23 Fallos: 314:1324, del 22 de octubre de 1991.

24 Cfr. considerando 5º.

Esta es una clara aplicación del principio o criterio de “la esfera de competencia”, en este caso, la correspondiente al ordenamiento eclesiástico.

En la causa *Antonio Rybar c/Rómulo García*²⁵ se llevó a conocimiento de la Corte una impugnación de constitucionalidad contra el celibato sacerdotal. Si bien la mayoría del Tribunal consideró que se trataba de una cuestión “no justiciable” por tratarse de una materia propia de la Iglesia católica en el ámbito de su competencia, es decir, una reafirmación de la doctrina “Lastra”, los votos concurrentes de Boggiano y Barra, aun coincidiendo en la no justiciabilidad de las sanciones que habían sido impuestas por la autoridad eclesiástica al sacerdote que había contrariado la regla del celibato, amplió las consideraciones de “Lastra”, indicando que el “reconocimiento de jurisdicción” (relevancia jurídica) hecho por el Concordato de 1966 “implica la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir las faltas y sanciones disciplinarias previstas en el mismo [...]” (considerando 3º). En los considerandos 4º y 5º, los jueces citados desestimaron la alegación del impugnante en el sentido de que la regla del celibato era contraria a garantías constitucionales y legales, ya que las normas invocadas en tal sentido no representaban la “conexión más próxima al caso”, habida cuenta del sometimiento voluntario que el impugnante había efectuado con relación al ordenamiento eclesiástico al consentir su ordenación sacerdotal (competencia), y considerando también que el celibato sacerdotal de ninguna manera es contrario al orden público argentino, lo que por lo demás sería imposible de invocar ante la clara y enfática disposición del artículo 2 de la Constitución Nacional.

12. El caso R.A.

En R.A., la parte actora había sido bautizada como varón, conforme con su sexo biológico. Con el tiempo, la actora cambió de género y nombre, mutando al femenino. Con deseo de ser madrina (femenino) de la hija de una amiga, solicitó la modificación de los registros de bautismo y confirmación, que son llevados en jurisdicción de la Iglesia conforme con los cc. 877 y 895, respectivamente, del CIC. La petición fue denegada, lo que llevó a la actora a demandar por vía de la acción de *habeas data* (artículo 14 de la Ley 25326).

La sentencia de la Sala C de la Cámara Civil, confirmatoria de la decisión de Primera Instancia, hace una correcta aplicación de los principios arriba desarrollados, especialmente de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que también

25 Fallos: 315:1294, del 16 de junio de 1992.

hemos ya citado. Así, concluye resolviendo la no “justiciabilidad”, en sede civil, de la cuestión, la que, podemos precisar, por tratarse de una materia sacramental de la Iglesia católica, debe resolverse por las normas de ese ordenamiento y, en su caso, por los propios tribunales eclesiásticos, lo que, por encontrarse en juego el libre ejercicio de la potestad de orden y la potestad de jurisdicción, fue garantizado por el Concordato de 1966.

La anotación de la administración de los sacramentos del bautismo y de la confirmación en los registros mandados por el CIC es importante porque ambos habilitan la recepción de otros sacramentos, sin perjuicio de otras hipótesis previstas por el mismo CIC. Obviamente, la anotación indica el sexo biológico del receptor del sacramento (el derecho de la Iglesia se guía por el principio de la identidad de sexo, no de “género”, sin perjuicio por el respeto y amor por todos los seres humanos), teniendo en cuenta que aquel es el único admitido en la Iglesia con valor de verdad revelada, es decir, de *contenido de la misma fe*, cuya libre profesión garantiza el Concordato: “Y creó Dios al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó” (Génesis 1.27).

El sexo del fiel –es decir, la *identidad de sexo*– es uno de los requisitos que el ordenamiento eclesiástico considera para la recepción de importantes sacramentos: el del “orden sagrado” y el del “matrimonio”.

Con respecto al primero de ellos, el c. 1024 prescribe: “Solo el varón bautizado recibe válidamente la sagrada ordenación”, esto es, el “varón” conforme fue creado por Dios y en las condiciones en las que fue bautizado, en el caso, como varón. El matrimonio, por su parte, también exige la “identidad de sexo” (es decir, la identificación del sexo biológico, sin consideración del denominado “género”): “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí [...]”, reza el c. 1055, & 1, principio reiterado en el c. 1057, & 2. El sacramento del matrimonio no puede celebrarse entre personas del mismo sexo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, haya sido este vicio conocido o no por los contrayentes y/o del ministro celebrante.

Si se modificasen los registros de bautismo y confirmación, se estaría modificando también la *identidad sexual* de la persona y, por tanto, alterando los requisitos para la válida administración de otros sacramentos, por ejemplo, admitir la ordenación sacerdotal de una persona sexualmente mujer devenida en, según el género adoptado, varón, condición que ni siquiera sería definitiva conforme con la Ley 26743 (artículo 8), la que admite renovadas opciones. Nótese que de esta manera una persona sexualmente mujer, pero varón según su género (en los términos de la Ley 26743), podría ser ordenada sacerdote, para, incluso, después

retornar a la condición original de mujer, continuando en su calidad de sacerdote, de manera que en virtud de una ley del Estado y de la decisión de un magistrado del mismo Estado se estaría alterando el ejercicio del poder espiritual, libre ejercicio del culto y la jurisdicción de la Iglesia, en contradicción con la garantía *pactada* en el Concordato de 1966. También se conduciría así a la modificación de los requisitos de validez del sacramento matrimonial con efectos importantes, entre otros, sobre su régimen de nulidades, también teniendo en cuenta la mutabilidad legal de la opción por género. También se estarían alterando las condiciones para la admisibilidad de los institutos de vida consagrada (por ejemplo, las denominadas órdenes religiosas, masculinas y femeninas), reguladas por sus propios estatutos aprobados por las autoridades eclesiásticas.

13. La aplicabilidad de la Ley 26743 al caso

La pretensión de la actora en R.A. no podía ser sino rechazada, en tanto que la aplicación de la Ley 26743 al caso hubiese sido manifiestamente inconstitucional. Se presentó en R.A., como en el legendario *Marbury*, la cuestión de la aplicación de dos normas contradictorias: las del Concordato con su necesaria remisión al ordenamiento de la Iglesia, en especial el CIC, y el régimen de la ley citada, en cuanto obliga a tomar en consideración la última opción de género hecha por el interesado. El artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional prescribe expresamente la supremacía jerárquica del Concordato sobre cualquier norma, incluso legal, del ordenamiento nacional.

No podría sostenerse una suerte de “inconstitucionalidad sobreviniente” del Concordato de cara a la Ley 26743. La “Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados”, ratificada por Ley 19865 y, por tanto, también de jerarquía superior a la Ley 26743, establece en su artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Es decir, ninguna norma, ni siquiera constitucional, puede impedir o justificar la no aplicación de un tratado, salvo el supuesto del citado artículo 46: cuando el Estado se obliga, en el tratado, en *manifiesta* violación de “una norma de importancia fundamental de su derecho interno”. Discutir si la Ley 26743 es de importancia fundamental para nuestro derecho, aun sin ser de jerarquía constitucional, sería ocioso en tanto no existía a la fecha de celebración del Concordato y, fundamentalmente, no ha conducido a que el Estado argentino pretendiese la modificación o denuncia del mismo Concordato. Es

decir, el Estado argentino ha interpretado que ambas normas pueden coexistir, en tanto no se pretenda la aplicación de la ley en contradicción con las obligaciones asumidas por la República en el citado Concordato.

Por otra parte, el texto mismo de la ley de “identidad de género” indica que ella impone obligaciones a las autoridades nacionales (Gobierno federal y provinciales). La “oponibilidad a terceros” que predica el artículo 7, sin perjuicio de no ser invocable al caso por las razones expuestas hasta el presente, se encuentra limitada por la misma ley, que expresamente dispone: “La rectificación registral no alterará la titularidad de los derechos y obligaciones que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral [...]”, es decir, el cambio registral no puede alterar los términos de la relación jurídica preexistente al cambio, en el caso, la relación jurídica que hace que la actora en R.A. sea “persona en la Iglesia” (cc. 96 y 849) en las condiciones en las que recibió su bautismo, sacramento *indeleble* de iniciación y condicionante de los posteriores sacramentos.

14. Conclusión

Quizás el caso R.A., en su trasfondo, no importe tanto una disputa jurídica sino un claro intento de imponer, aun en el seno de la Iglesia y desde fuera de ella, una determinada agenda ideológica, la denominada “agenda de género”, o *imposición en todos los ámbitos de la vida social de la prohibición de diferenciación e identificación personal en razón del sexo natural* para ser suplantada por una postura individual de elección del “género”, que puede ser masculino, femenino u otros (?), diversos del sexo biológico. Es parte -una batalla- de la denominada -por el fallecido juez de la Corte Suprema de Justicia estadounidense Antonio Scalia- “guerra cultural”, mediante la cual el “progresismo” intenta imponer autoritariamente sus valores con vocación totalizadora.

Claro que esto tampoco quiere decir que sea “justa” la guerra contraria, de persecución y condena de quienes piensen distinto o se sientan distintos. Lo importante, por lo que sin duda vale la pena “hacer la guerra” (siempre pacífica), es la defensa de la propia esfera de libertad de individuos y sectores, de la libertad de elegir, que también implica la libertad de elegir una determinada confesión religiosa (para los católicos, en razón de la fe, ayudada por la Gracia de Dios) y así someterse voluntariamente a sus reglas.

Es de esperar que los sostenedores de la ideología de género acepten respetar la libertad de culto consagrada por el artículo 14 de la Constitución Nacional.

Bibliografía

- Bobbio, N. (1993). *Teoria Generale del Diritto*. Giappichelli.
- Boggiano, A. (1998). *Derecho Internacional público y privado y Derecho del MERCOSUR*. La Ley.
- Boggiano, A. (2001). *Derecho Internacional. Derecho de las relaciones entre ordenamientos jurídicos y derechos humanos*. La Ley.
- Busso, A. D. (2000). *La Iglesia y la Comunidad Política*. Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Católica Argentina, EDUCA.
- Catecismo de la Iglesia Católica*. (1998). Conferencia Episcopal Argentina.
- Código de Derecho Canónico*. (1989). Biblioteca de Autores Cristianos.
- Derecho Público Canónico. La organización de la Iglesia Católica*. (2011). (Tomo I). Marcial Pons.
- Romano, S. (1945). *L'Ordinamento Giuridico* (2ª ed.). Sansoni.

LA TUTELA DELLA VITA E DELL'INTEGRITÀ PERSONALE NEL SISTEMA PENALE ITALIANO

Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

1. Rilevanza costituzionale del diritto alla vita ed alla incolumità individuale

La Costituzione italiana, a carattere personalistico-solidaristico, pone, al proprio centro, la persona umana, nella sua unitarietà fisico-psichica e nella sua dimensione individuale-sociale (artt. 2 e 3). Essa riconosce i diritti inviolabili della persona umana ed è tesa a favorirne il pieno sviluppo mediante l'imposizione: alla Repubblica, della rimozione degli ostacoli, limitativi, di ordine economico e sociale; e, ai singoli, dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

In un ordinamento, così caratterizzato, il diritto alla vita costituisce il bene-fine primario.¹

Per un apparente paradosso, il diritto alla vita non è espressamente riconosciuto dalla Carta costituzionale italiana, contrariamente a quanto avviene in altre Costituzioni (ad es., tedesca, spagnola e portoghese), nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Tuttavia, nel sistema costituzionale italiano il diritto alla vita si desume in-

1 Si ricorderà che il primo grande scrittore politico che formulò la tesi del contratto sociale, Tommaso Hobbes, riteneva che il diritto alla vita è l'unico diritto cui i contraenti, entrando in società, non rinunciano. Secondo Hobbes, i cittadini rinunciano a difendersi da soli, prevedono la soppressione delle bande armate e degli eserciti locali, attribuiscono allo Stato il monopolio dell'uso della forza, affinché quest'ultimo svolga un ruolo pacificatore soprattutto a difesa della vita e dell'integrità personale di ciascuno di fronte ad aggressioni, esterne ed interne. Dunque, il desiderio di garantire la protezione della vita è la ragione d'essere del patto politico. E lo Stato nasce per l'appunto per garantire beni come la vita, la libertà, l'uguaglianza, la proprietà e la salute. E si ricorderà altresì che Sant'Agostino affermava che, se nella comunità pubblica prevale la corruzione, sarebbe impossibile distinguerla da una banda di ladri.

equivocabilmente: dagli artt. 13 comma 4 e 32 Cost., che tutelano la vita e l'integrità fisica e psichica della persona; dall'art. 27 comma 4, che pone il divieto di uccidere anche ai pubblici poteri ed anche nei confronti degli autori dei delitti più gravi; dalle diverse norme della legislazione, penale e civile, che tutelano il diritto alla vita come interesse individuale alla propria sopravvivenza (artt. 575 c.p., nonché artt. 5, 443, 2043, 2087 c.c.).

Il fatto è che il diritto alla vita rientra nei beni-presupposto della Costituzione: senza il riconoscimento e la tutela del diritto alla vita sarebbero privi di significato il riconoscimento e la tutela di tutti gli altri diritti individuali e sociali della persona umana, come pure l'imposizione della rimozione dei suddetti ostacoli e dell'adempimento dei suddetti doveri.

Il diritto alla vita, anzi, tramite il disposto dell'art. 2 Cost., è il diritto inviolabile per eccellenza.

Bene fine primario, anche se di rango inferiore al bene della vita, è poi il diritto alla incolumità individuale, cioè il diritto a godere del proprio stato di salute, della propria funzionalità psico-fisica e della propria funzionalità estetica, a prescindere dal grado in cui detti beni si manifestino in concreto nella vita di ciascuna persona umana.

In tale accezione ampia l'incolumità individuale è costituzionalmente tutelata: dall'art. 32, che eleva la salute a diritto fondamentale dell'individuo; dall'art. 13, che tutela la disponibilità dell'essere corporeo da ogni intervento coercitivo statale; nonché dagli artt. 3 comma 1, 27 comma 2, 32 comma 2 e 42 comma 2, che consentono di enucleare la dignità umana come valore costituzionale (elevato, anch'esso, tramite l'art. 2, alla categoria di diritto inviolabile).

Oggetto delle presenti note è la disamina comparativa delle tre fattispecie criminose, che sono di per sé dirette alla tutela del bene dell'integrità personale e della vita: il reato di percosse, il reato di lesioni ed il reato di omicidio.

Tra le suddette tre fattispecie criminose è ravvisabile una inquietante progressione criminosa. Il soggetto passivo: nel primo, viene percosso; nel secondo, viene leso; nel terzo, viene privato della vita.

2. Percosse e lesioni personali

2.1. Il delitto di percosse

Il delitto di percosse, previsto dall'art. 581 c.p., consiste nel fatto di chiunque "percuote" taluno, "se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente".

La condotta del percuotere comprende non soltanto il battere ed il colpire

il corpo altrui, ma anche l'assoggettamento del corpo altrui ad una qualsiasi azione violenta, idonea a cagionare una sensazione dolorosa: l'atto di percuotere può realizzarsi attraverso qualsiasi forma (ad es., schiaffo, sculacciata, pugno, calcio, bastonata, urto, spinta, afferramento, scuotimento violenti; getto di cosa, trascinamento per i capelli; puntura con un ago o siringa, ecc.) e con mezzi di offesa naturali (mani, testa, piedi, ecc.) o artificiali (sassi, bastoni, libri, ecc.).

2.2. Percosse e lesioni volontarie

Il delitto di percosse si distingue dal delitto di lesione volontarie, che è previsto dagli artt. 582 e 590 c.p. e che consiste nel fatto di chiunque cagioni ad altri una lesione dalla quale derivi "una malattia nel corpo o nella mente".

I due delitti hanno in comune il fatto di essere delitti contro l'incolumità individuale (e, quindi, di tutelare entrambi l'integrità della persona contro qualsiasi aggressione che si traduca in una violenza sul corpo).

Tuttavia, si differenziano sotto plurimi profili. In primo luogo, sul piano oggettivo, in quanto il delitto di cui all'art. 581 c.p. è configurabile allorquando la violenza produce al soggetto passivo soltanto una sensazione fisica di dolore,² senza postumi di alcun genere; mentre il delitto di cui all'art. 582 c.p., che pure può essere commesso con qualsiasi mezzo, sussiste quando il soggetto attivo cagioni al soggetto passivo una lesione, dalla quale derivi una malattia nel corpo o nella mente.³ Inoltre, sempre sul piano oggettivo, soltanto il delitto di percosse è reato necessariamente commissivo, in quanto una condotta omissiva non sarebbe comunque idonea a concretare un atto violento contro l'altrui persona.⁴ Infine, soltanto il delitto di percosse può essere reato di mera condotta, in quanto, per la sua sussistenza, non è necessaria la verificazione dell'evento della sensazione fisica dolorosa (anche se normalmente questa ricorre), ma è sufficiente che la condotta sia obiettivamente idonea (per il suo con-

2 La sensazione di dolore può anche non ricorrere (come nel caso di chi è stato percosso mentre si trovava in uno stato di anestesia o di insensibilità della parte del corpo attinta dalle percosse: cfr. Cass. pen., Sez. I, sent. n. 7388 del 11/06/1985). Può essere utile ricordare che in passato, l'atto di percuotere, se idoneo (non a provocare dolore, ma soltanto) a umiliare o a mortificare la vittima, era astrattamente riconducibile all'oggi abrogato reato di ingiuria (si pensi al buffetto dato in pubblico soltanto per scherno).

3 Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 714 del 15/10/1998 (in fattispecie, nella quale la Corte ha ritenuto sussistenti le lesioni per difficoltà respiratorie, durate alcuni minuti, a seguito di stretta al collo e scuotimento della vittima).

4 E' configurabile il tentativo qualora si dimostri che gli atti, in concreto posti in essere dal soggetto agente, erano diretti a realizzare una percossa dalla quale non sarebbe derivata una malattia.

tenuto apprezzabile di violenza), secondo l'*id quod plerumque accidit* a produrre una siffatta sensazione.

I due reati si distinguono anche sotto il profilo soggettivo: il delitto di percosse è punibile soltanto a titolo di dolo,⁵ mentre il delitto di lesioni è punibile anche a titolo di colpa.

Altre differenze concernono il profilo processuale: il delitto di percosse è punibile soltanto a querela della persona offesa; l'arresto, il fermo e le misure cautelari non sono consentiti; la competenza, a seconda dei casi,⁶ è del giudice di pace o del tribunale monocratico.

2.3. Rapporti con altri reati

Quanto infine ai rapporti con altri reati commessi con violenza, l'art. 581 comma 2 stabilisce che la norma sulle percosse "non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di altro reato": si tratta cioè dei reati che prevedono la violenza come elemento costitutivo necessario (come la violenza privata, la rapina e l'estorsione) ovvero meramente eventuale (come l'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, i maltrattamenti contro familiari o conviventi e l'omicidio).

Ciò si giustifica con il fatto che in tali casi ci si trova di fronte ad ipotesi di reato complesso, che già contiene le percosse. Lo stesso può, altresì, accadere quando ci si trovi di fronte ad un altro delitto, che non può essere commesso se non attraverso delle percosse, le quali, pertanto, risultano assorbite.

5 Il soggetto agente deve cioè agire con la coscienza e la volontà di tenere una condotta violenta, astrattamente idonea a provocare una sensazione dolorosa al soggetto passivo. Nessuno, quindi, può essere chiamato a rispondere del reato di percosse per il fatto di aver accidentalmente colpito altri: si pensi a chi ha alzato di scatto il braccio per fornire un'indicazione e, così facendo, ha colpito in pieno volto un passante; oppure a colui che, facendo jogging per strada, urta un pedone, facendolo rovinare a terra. In tali ipotesi non è ravvisabile la volontarietà della condotta, ragion per cui il soggetto agente non potrà essere chiamato a rispondere del reato di percosse.

6 A partire dal 2 gennaio 2002, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 274/2000, il **delitto di percosse è passato alla competenza del Giudice di Pace**, il quale applica la pena della **sola multa da 258 a 2.582 euro** (ex art. 52 comma 2 lett. a), d.lgs. n. 274/2000), salvo che non ricorrano le **circostanze aggravanti indicate dall'art. 4** del decreto, poiché in tal caso il reato rientra nella competenza penale del tribunale monocratico e trova applicazione la cornice edittale (reclusione fino a 6 mesi o multa fino a 309 euro) prevista dall'art. 581 c.p.

3. Lesioni personali ed omicidio

3.1. Il delitto di lesioni personali ed il concetto di malattia

Il delitto di lesioni personali, si diceva, consiste nel fatto di chiunque cagioni in altri una lesione dalla quale derivi “una malattia nel corpo o nella mente”.

Ma che cosa è la malattia, richiesta per la sussistenza del reato di lesioni?

Secondo la Relazione ministeriale dei lavori preparatori del c.p., è malattia qualsiasi alterazione, anatomica o funzionale, dell’organismo, ancorchè localizzata e non influente sulle condizioni organiche generali.

Tale nozione tecnico giuridica del concetto di malattia non è stata condivisa dalla prevalente dottrina, in quanto il codice penale, nel distinguere le fattispecie di lesioni soprattutto in base alla durata della malattia, dimostra di accogliere la nozione di malattia non come “stato”, ma come “processo morboso”, cioè come una successione di fenomeni, che ha un inizio e, prima o poi, un esito (che può essere la guarigione perfetta, l’adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte). Pertanto, ai fini della sussistenza del reato di lesioni, non è sufficiente una qualsiasi alterazione anatomica o funzionale, se irrilevante (come ad es. per le ecchimosi o contusioni, per le abrasioni, per svenimenti di brevissima durata).

D’altra parte, secondo la giurisprudenza di legittimità,⁷ ai fini della configurabilità del delitto di lesioni personali, la nozione di malattia non comprende tutte le alterazioni di natura anatomica (che possono anche mancare), bensì solo quelle da cui deriva una limitazione funzionale o un significativo processo patologico (o un suo aggravamento) ovvero una compromissione delle funzioni dell’organismo, anche non definitiva, ma comunque significativa. Dunque, il concetto clinico di malattia richiede il concorso di un duplice requisito: da un lato, una riduzione apprezzabile di funzionalità, a cui può anche non corrispondere una lesione anatomica, e, dall’altro, un fatto morboso in evoluzione (a breve o lunga scadenza, verso un esito che potrà essere la guarigione perfetta, l’adattamento a nuove condizioni di vita oppure la morte). Ne consegue che non costituiscono malattia (e, quindi, non possono integrare il reato di lesioni personali), le alterazioni anatomiche, a cui non si accompagni una riduzione apprezzabile della funzionalità.⁸

7 Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 33492 del 14/05/2019 (fattispecie relativa ad aggressione consistita in una “tirata di capelli”, nella quale la Corte ha annullato con rinvio la decisione di merito che si era limitata a dar conto del referto medico che riportava, quale conseguenza a carico della vittima, “dolore in regione occipitale guaribile in giorni due”).

8 In questi termini, ad es., la già citata sent. n. 714/1998.

Si ritiene comunemente che la durata della malattia persista fino a quando permane il processo patologico di difesa o restaurazione dell'organismo, cioè fino alla data della guarigione clinica, che va determinata secondo rigorosi accertamenti medico-legali. Conseguentemente, nella durata della malattia, vengono tradizionalmente compresi anche il periodo di convalescenza o di riposo, dipendente dalla malattia stessa, e le varie manifestazioni terminali.⁹

I postumi sono le eventuali conseguenze della malattia, clinicamente guarita. I postumi temporanei rientrano nella malattia, ogni qualvolta determinino rilevanti disturbi funzionali (ad es., l'indebolimento temporaneo di un organo). Al contrario, i postumi permanenti (ad es., la perdita di un arto) non rientrano nella malattia, ma sono previsti come lesioni gravi o gravissime.

3.2. Lesioni personali dolose e lesioni personali colpose

Il delitto di lesioni personali è previsto: dall'art. 582, nella forma dolosa; e dall'art. 590 c.p., nella forma colposa.

Giova premettere che il vigente codice penale italiano prevede quattro forme di lesioni personali dolose, mentre prevede tre forme di lesioni personali colpose. Invero, le lesioni dolose possono essere lievissime,¹⁰ lievi,¹¹ gravi¹² e gravissime;¹³

9 Ad es. manifestazione terminale è, nel caso di frattura, il consolidamento del calleo osseo e, nel caso di ferita, il venir meno della crosta ematica.

10 La lesione dolosa lievissima, prevista dall'art. 582 comma 2 (e procedibile a querela di parte), consiste nell'aver cagionato una malattia di durata non superiore a 20 giorni, in assenza di qualunque degli eventi previsti dall'art. 583, nonché di qualsiasi circostanza aggravante, prevista negli artt. 576 e 577 (ad eccezione di quelle indicate nel n. 1 nell'ultima parte dell'art. 577: delitti commessi contro l'ascendente o il discendente, il coniuge, il fratello o la sorella, il padre, la madre o il figlio adottivi o contro un affine in linea retta).

11 La lesione dolosa lieve, desumibile dal combinato disposto degli artt. 582 comma 1 e 583 comma 1 numero 1, consiste nell'aver cagionato una malattia di durata superiore ai 20 giorni ma non superiore a 40 giorni.

12 La lesione dolosa grave, prevista dall'art. 583 comma 1 e comma 2, consiste nell'aver cagionato una malattia (o una incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni) che abbia durata superiore ai 40 giorni ovvero che metta in pericolo la vita della persona ovvero determini l'indebolimento permanente di un senso o di un organo.

13 La lesione dolosa gravissima, prevista dall'art. 583 comma 2, consiste nell'aver cagionato: una malattia certamente o probabilmente insanabile; la perdita di un senso; la perdita di un arto (o la mutilazione che renda l'arto inservibile); la perdita dell'uso di un organo o della capacità di procreare; una permanente e grave difficoltà della favella; la deformazione ovvero lo sfregio permanente del viso.

mentre le lesioni colpose possono essere lievi,¹⁴ gravi¹⁵ e gravissime.¹⁶

Le suddette 7 figure di reato si distinguono tra loro:

a) in base alla durata della malattia (si considerino i disposti degli artt. 582 comma 2 e 583 comma 1 numero 1);

b) in base all'alterazione anatomico-funzionale (si consideri il disposto dell'art. 583 comma 2 numeri 2, 3 e 4).¹⁷

Orbene, le lesioni personali dolose (art. 582) e le lesioni personali colpose (art. 590) hanno in comune, sotto il profilo oggettivo, il cagionare in altri una lesione, dalla quale derivi una malattia nel corpo o nella mente. Non è richiesta la violenza fisica, in quanto il delitto può essere realizzato anche con un'azione non violenta (quale l'esposizione del neonato al freddo ovvero la somministrazione di cibi insalubri) o financo con mezzi psichici (quale una grave minaccia, che abbia l'efficacia di perturbare la mente del soggetto passivo).

Tuttavia, si distinguono sotto diversi profili. In primo luogo, l'elemento soggettivo richiesto nelle lesioni personali dolose è per l'appunto il dolo (cioè la consapevolezza da parte del soggetto agente che la propria condotta è astrattamente idonea a provocare danni fisici alla vittima), anche in forma eventuale; mentre l'elemento soggettivo nelle lesioni personali colpose è rappresentato dalla colpa dell'agente, anche in forma cosciente,¹⁸ nella verifica dell'evento.

14 La lesione colposa lieve consiste nell'aver cagionato una malattia di durata non superiore a 40 giorni (dunque, la lesione colposa lieve corrisponde, quanto a durata, alle lesioni dolose lievissime ed alle lesioni colpose lievi).

15 La lesione colposa grave consiste in uno degli eventi previsti dall'art. 583 comma 1 (sopra indicati).

16 La lesione colposa gravissima è quella che consiste in uno degli eventi previsti dall'art. 583 comma 2 (sopra indicati).

17 Le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (cioè quelle pratiche che comportano la rimozione, parziale o totale, dei genitali esterni femminili, compiute per motivazioni culturali o per altre motivazioni non terapeutiche) costituiscono condotte criminose, che in passato erano punibili come lesioni dolose gravi o gravissime e che oggi integrano invece autonomi reati, previsti dagli artt. 583 bis comma 1 e comma 2. Detti reati – che sono stati introdotti dalla legge 9 gennaio 2006, n. 1 – consistono nel cagionare una mutilazione degli organi genitali femminili, in assenza di esigenze terapeutiche (comma 1); e nel provocare, sempre in assenza delle suddette esigenze, al fine di menomare le funzioni sessuali, lesioni agli organi genitali femminili diverse da quelle indicate nel primo comma, da cui derivi una malattia nel corpo o nella mente (comma 2). Il legislatore italiano ha voluto rendere oggetto di una autonoma previsione, più severamente sanzionata, le suddette pratiche al fine di sottolinearne il disvalore e di precludere al giudice la possibilità di operare il bilanciamento con le circostanze attenuanti. Per analoghe considerazioni con legge 23 marzo 2016 n. 41 è stato introdotto l'art. 590 bis, che prevede le lesioni stradale come autonomo reato colposo.

18 Il soggetto agente, sia nel caso del dolo eventuale che nel caso della colpa cosciente, si rappresenta la possibilità della realizzazione del fatto. Tuttavia, egli, nel caso di dolo eventuale, accetta il rischio della realizzazione del fatto (che dunque vuole), mentre, nel caso della colpa cosciente, agisce con la sicura fiducia che il fatto (che dunque non vuole) non si realizzerà.

Inoltre, la lesione dolosa, in tutte le sue forme, conosce le stesse circostanze aggravanti speciali previste per l'omicidio preterintenzionale; mentre la lesione colposa, se grave o gravissima, conosce le stesse circostanze aggravanti speciali previste per l'omicidio colposo.

Infine, le circostanze aggravanti, previste dagli artt. 583 e 585, sono circostanze aggravanti speciali del reato di lesione dolosa (e non figure autonome di reato), con conseguente applicabilità del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69. Al contrario, le tre figure di lesioni personali colpose, previste dall'art. 590, costituiscono fattispecie autonome di reato, che si differenziano tra loro in base alla gravità delle lesioni prodotte ed alla diversa intensità dell'elemento soggettivo.

3.3. Lesioni personali ed omicidio

Il reato di lesioni personali, al pari dell'omicidio, è reato a forma libera, in quanto è integrato da qualsiasi comportamento (attivo od omissivo, anche non violento) idoneo a cagionare l'evento della malattia, rispetto al quale oggetto materiale è sempre e soltanto la persona umana. Inoltre, entrambi ammettono il tentativo.¹⁹

Il reato di lesioni personali ed il reato di omicidio si distinguono perché offendono beni giuridici diversi: l'omicidio offende il bene della vita, mentre le lesioni personali offendono il bene della incolumità individuale. Inoltre, diverso è l'evento, che, nel caso dell'omicidio, è la morte, mentre, nel caso delle lesioni, è la malattia nel corpo o nella mente.

3.4. Lesioni personali dolose e tentato omicidio

Delicati sono infine i confini tra le lesioni personali dolose ed il tentativo di omicidio.²⁰

19 La giurisprudenza di legittimità è ormai da anni consolidata nel ritenere che il dolo eventuale non è compatibile con il delitto tentato (Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 25114 del 31/03/2010), ma deve qualificarsi come dolo diretto, e non meramente eventuale, quella particolare manifestazione di volontà dolosa definita dolo alternativo, che sussiste quando il soggetto attivo prevede e vuole, con scelta sostanzialmente equipollente, l'uno o l'altro degli eventi (nella specie, morte o grave ferimento della vittima) causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, con la conseguenza che esso ha natura di dolo diretto ed è compatibile con il tentativo (Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 27620 del 24/05/2007).

20 Trattasi di questione di grande rilievo pratico, in quanto, nel caso di lesioni aggravate (art. 583 comma 1°), la pena astrattamente irrogabile va da tre a sette anni di reclusione; mentre, nel caso di

Per giurisprudenza costante della Corte di legittimità,²¹ ai fini della diversa definizione del fatto materiale nel reato di lesione personale dolose e in quello di tentato omicidio –così come avviene in genere per tutti i casi di reato progressivo– deve aversi riguardo:

- a) al diverso atteggiamento psicologico dell'agente;
- b) alla differente potenzialità dell'azione lesiva.

Sotto detto ultimo profilo, nel reato di lesione personale dolosa l'azione esaurisce la sua carica offensiva nell'evento prodotto, mentre nel tentato omicidio vi si aggiunge un *quid pluris* che, andando al di là dell'evento realizzato, tende ed è idoneo a causarne uno più grave in danno dello stesso bene giuridico o di un bene giuridico superiore, riguardanti il medesimo soggetto passivo, non riuscendo tuttavia a cagionarlo per ragioni estranee alla volontà dell'agente.

Quanto invece all'atteggiamento psicologico dell'agente, l'operazione logica, diretta a trarre l'atteggiamento psichico del ricorrente dalle modalità dell'azione e dal mezzo impiegato, è la metodica comunemente utilizzata per verificare l'intenzionalità omicidiaria nel tentativo, ricerca da condurre secondo il criterio della prognosi postuma *ex ante*.

In tali termini è il consolidato orientamento della Corte di legittimità,²² secondo la quale, in tema di omicidio tentato, la prova del dolo, in assenza di esplicite ammissioni da parte dell'imputato, ha natura indiretta, sicché deve essere desunta da elementi esterni e, in particolare, da quei dati della condotta che, per la loro inequivoca potenzialità offensiva, siano i più idonei ad esprimere il fine perseguito dall'agente (quali i mezzi usati; la direzione e l'intensità dei colpi; la distanza del bersaglio; la parte del corpo attinta; le situazioni di tempo e di luogo che favoriscano l'azione cruenta).

4. L'omicidio nelle sue diverse forme

4.1. Tre figure di omicidio comune

Il codice penale prevede tre figure di omicidio comune:

tentato omicidio (art. 56 comma 2), la pena non è inferiore a dodici anni, se la pena stabilita per il delitto è l'ergastolo, ovvero, negli altri casi, la pena è quella stabilita per il delitto, diminuita da un terzo a due terzi.

21 Cfr., tra le altre, Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 35174 del 23/06/2009; sent. n. 37516 del 22/09/2010; sent. n. 51056 del 27/11/2013.

22 Cfr., tra le tante, Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 35006 del 18/4/2013; sent. n. 51056 del 27/11/2013; Sez. 5, sent. n. 23618 del 11/04/2016; Sez. 1, sent. n. 11928 del 18/3/2019.

a) l'*omicidio doloso* (art. 575),²³ che ricorre quando è commesso con volontà omicida (nelle gradazioni del dolo diretto e del dolo eventuale); l'*omicidio doloso* ammette il tentativo e può essere anche plurimo;²⁴

b) l'*omicidio colposo* (art. 589), che ricorre quando la morte di una persona si verifica come conseguenza non voluta di una condotta negligente,²⁵ imprudente²⁶ o inesperta,²⁷ oppure inosservante di leggi, regolamenti, ordini o discipline;

c) l'*omicidio preterintenzionale* (art. 584), che ricorre quando il soggetto agente vuole soltanto percuotere o ferire altri, ma alla sua condotta segue la morte

23 L'omicidio è doloso quando è commesso con volontà omicida, ossia con dolo intenzionale (nelle gradazioni del dolo diretto o eventuale).

Nella stragrande maggioranza dei casi, l'accertamento della volontà omicida, essendo quest'ultima il risultato di un intimo processo volitivo, si sottrae alla possibilità dell'accertamento obiettivo e diretto da parte del giudice, ma costituisce il risultato di un'indagine di fatto.

Vari possono essere gli elementi indiziati di carattere oggettivo: la natura dell'arma usata, la distanza del bersaglio dall'arma, la direzione di mira, la violenza nel colpire, la reiterazione dei colpi, la parte del corpo colpita. Se vi sono dubbi sulle modalità oggettive dell'azione, la confessione ed il movente possono acquistare rilievo come elemento secondario. In ogni caso la confessione non è di per sé prova dell'omicidio, così come l'assenza di movente non esclude senz'altro la sussistenza della volontà omicida.

24 L'omicidio volontario plurimo va tenuto distinto dal delitto di strage.

In quest'ultimo, il dolo consiste nella coscienza e volontà di porre in essere atti idonei a determinare pericolo per la vita e l'integrità fisica della collettività mediante violenza (evento di pericolo), con la possibilità che dal fatto derivi la morte di una o più persone (evento di danno), al fine (dolo specifico) di cagionare la morte di un numero indeterminato di persone, e va desunto dalla natura del mezzo usato e da tutte le modalità dell'azione (così Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 42990 del 18/09/2008, in fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto corretta la qualificazione di strage dell'omicidio del giudice Giovanni Falcone e della sua scorta, realizzato mediante impiego di un'enorme quantità d'esplosivo, in luogo pubblico, con effetti distruttivi di straordinaria portata).

Pertanto, al fine di stabilire se l'uccisione di più soggetti integri il delitto di strage ovvero quello d'omicidio volontario plurimo, l'indagine deve essere globale, con speciale riguardo ai mezzi usati, alle modalità esecutive del reato e alle circostanze ambientali che lo caratterizzano.

Alla stregua di detto principio (Cass. pen., Sez. 6, sent. n. 3333 del 20/11/1998), è stato ritenuto sussistente il delitto di strage (e non di omicidio volontario plurimo) nel comportamento di appartenenti a un'associazione criminosa che, dopo avere fatto irruzione in un luogo aperto al pubblico, situato nel centro cittadino e frequentato da molte persone, abbiano aperto il fuoco in maniera indiscriminata sia contro avversari non preventivamente designati sia contro persone estranee alla cosca avversaria, non rilevando che non fosse stato fatto ricorso a mezzi di natura tale (bombe o esplosivi) da cagionare la morte di un numero indeterminato di persone.

25 Si ha negligenza quando il soggetto agente compie una certa attività senza la dovuta attenzione.

26 Si ha imprudenza quando il soggetto agente tenga una condotta contraria ai generali doveri di prudenza ed accortezza.

27 Si ha imperizia quando il soggetto agente tiene un comportamento che presuppone la conoscenza di determinate regole tecniche, che tuttavia non rispetta per incapacità ovvero per inettitudine tecnica o professionale.

della persona aggredita come conseguenza non voluta (neppure nella forma eventuale ed indiretta della previsione e del rischio).

Le suddette tre figure criminose, sotto il profilo oggettivo, sono accomunate dal fatto di consistere in un qualunque comportamento idoneo a “*cagionare la morte di un uomo*”.²⁸

Tuttavia, esse si distinguono tra loro, oltre che per l'elemento soggettivo, perché possono essere caratterizzate da diverse circostanze aggravanti speciali.²⁹

28 La morte clinica è stata a lungo identificata con l'interruzione irreversibile della respirazione e della circolazione sanguigna.

Tuttavia, i progressi della medicina, e in particolare delle tecniche di rianimazione, hanno consigliato di rivedere questa concezione ed hanno portato a spostare l'attenzione della medicina dal cuore al cervello, formulando un criterio neurologico per l'accertamento della morte. In sintesi, si sostiene che l'essere umano è morto solo quando si è avuta la cessazione irreversibile del funzionamento dell'intero encefalo: cervello, cervelletto e tronco encefalico (“morte cerebrale totale”), perché solo allora si può parlare della cessazione del funzionamento dell'organismo come un tutto.

Pertanto, l'operatore sanitario, che abbia la responsabilità professionale di accertare la morte, può basarsi sul suddetto criterio neurologico per raggiungere, caso per caso, la certezza morale, necessaria e sufficiente per attivare le procedure tecniche dirette all'espianto degli organi da trapiantare (ovviamente, previo consenso informato del donatore o dei suoi legittimi rappresentanti).

29 Ed invero:

A) Secondo gli artt. 576 e 577, le circostanze aggravanti speciali, per l'omicidio volontario, possono essere:

a) personali (la premeditazione ed i motivi abietti e futili);

b) concernenti le modalità della condotta ed i mezzi usati (l'aver adoperato sevizie o l'aver agito con crudeltà verso le persone; l'aver commesso il fatto con il mezzo di sostanze venefiche ovvero con altro mezzo insidioso);

c) concernenti la connessione tra reati (l'aver commesso il fatto per eseguire od occultare altro reato, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il profitto o il prodotto o il prezzo ovvero l'impunità di altro reato; l'aver commesso il fatto nell'atto di compiere taluno dei delitti previsti dagli artt. 609 bis e 609 octies della legge n. 66/1996);

d) concernenti la qualità del soggetto attivo (omicidio commesso dal latitante, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione ovvero per procurarsi i mezzi di sussistenza durante la latitanza; dall'associato per delinquere, per sottrarsi all'arresto, alla cattura o alla carcerazione; da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione);

e) concernenti i rapporti tra il colpevole e l'offeso (omicidio commesso: contro l'ascendente o il discendente; contro il coniuge, il fratello o la sorella, il padre o la madre adottivi, o il figlio adottivo, o contro un affine in linea retta).

Ai sensi dell'art. 1 della legge n. 107/1985 è omicidio aggravato anche quello commesso in danno di soggetto internazionalmente protetto.

B) D'altra parte, anche l'art. 589 c.p. prevede due aggravanti speciali per l'omicidio colposo. Invero quest'ultimo risulta aggravato:

a) qualora sia commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro (comma 2): al riguardo si ricorda che il datore di lavoro è titolare di una posizione di garanzia nei confronti del lavoratore e, in quanto tale, è tenuto ad adottare tutti gli strumenti idonei a garantire la sicurezza dei propri lavoratori;

b) qualora sia commesso nell'esercizio abusivo di una professione per la quale sia richiesta una spe-

Inoltre, l'omicidio preterintenzionale, sotto il profilo oggettivo, presenta, rispetto all'omicidio comune (doloso o colposo), quale elemento specializzante della condotta, il compimento di atti diretti a percuotere o procurare una lesione (ragion per cui, se la morte viene cagionata con atti diversi, potranno ricorrere, a seconda dei casi, i delitti previsti dagli artt. 586 e 589).

Infine, l'omicidio preterintenzionale –contrariamente all'omicidio doloso, ma al pari dell'omicidio colposo– non può sussistere nella forma tentata.³⁰

4.2. Due fattispecie autonome di omicidio doloso

Il codice penale prevede altresì due fattispecie autonome, attenuate, di omicidio doloso: l'*infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale* (art. 578) e l'*omicidio del consenziente* (art. 579).

L'*infanticidio* consiste nel fatto della madre “che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto (infanticidio) o del feto durante il parto (feticidio),³¹ quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto”.³²

ciale abilitazione dello Stato oppure di un'arte sanitaria (comma 3).

Non costituisce invece una circostanza aggravante la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 589, in base al quale –qualora si verifichi la morte di più persone oppure la morte di una o più persone contestualmente alla lesione di una o più persone– si applica la disciplina del concorso formale di reati (di cui all'art. 81 c.p.), ma la pena complessiva non può comunque superare i 15 anni di reclusione (cfr. tra le tante, Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 20340 del 7/3/2017; sent. n. 3127 del 27/01/1999).

C) Infine, secondo l'art. 585 c.p., l'omicidio preterintenzionale è aggravato:

a) se concorre una delle circostanze previste dagli artt. 576 e 577 c.p. per l'omicidio doloso;
b) se il fatto è commesso con armi o con sostanze corrosive.

30 Il tentativo non è configurabile nell'omicidio preterintenzionale per la semplice ragione che in quest'ultimo deve mancare la volontà dell'evento morte, ragion per cui l'agente, se tenta di percuotere e di ferire e cagiona la morte, risponde di omicidio; mentre, se la morte non si verifica, risponde soltanto di lesioni o percosse tentate (sempre che sia da escludere la volontà omicida).

31 Nel sistema penale italiano, il feticidio e l'infanticidio sono equiparati, ai fini dell'art. 578, ma anche ai fini degli artt. 575 e 589, in quanto nel concetto di uomo rientra sia l'infante che il feto durante il parto; ma divergono tra loro sotto il profilo temporale: il compimento della condotta feticida deve avvenire durante il parto (cioè tra il momento del distacco del feto dall'alvo materno ed il momento in cui il frutto del concepimento acquista vita autonoma), mentre il compimento della condotta infanticida deve avvenire immediatamente dopo il parto.

32 La giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 7756 del 26/05/1993) ha da tempo chiarito che le condizioni di abbandono materiale e morale possono ritenersi sussistenti solo quando la madre sia lasciata in balia di se stessa e venga a trovarsi al momento del parto, o subito prima o dopo di esso, in uno stato di derelizione ovvero di isolamento tale che non consente l'intervento o l'aiuto di terzi, né un qualsiasi soccorso fisico o morale; e che quando, invece, lo stato di abbandono materiale e morale viene volontariamente creato e mantenuto, se la morte interviene ed è collegata

L'infanticidio si distingue dall'omicidio doloso:³³

- sia per l'oggetto materiale, che non è l'uomo, ma l'uomo infante o neonato (cioè il frutto del concepimento e della gestazione, già uscito dal ventre materno, vivente e maturo per la vita extra corporea a prescindere che sia normale o deforme) ovvero l'uomo feto (cioè il frutto del concepimento e della gestazione, pervenuto alla fase del parto, vivente e maturo per la vita corporea, a prescindere che sia normale o deforme);
- sia perché è reato proprio, che può essere commesso solo dalla madre e nel quale si può al più concorrere (mentre l'omicidio è reato che può essere commesso da chiunque);
- sia per il movente, in quanto il fatto dell'infanticidio o del feticidio deve essere determinato dalle condizioni di abbandono materiale e morale, connesse al parto (altrimenti, sarebbe ravvisabile l'omicidio doloso).

D'altra parte, è responsabile di *omicidio del consenziente* chiunque "cagiona la morte di un uomo col consenso di lui".³⁴ La fattispecie criminosa si distingue

causalmente a tali condizioni che hanno a loro volta determinato l'evento letale, il fatto è riconducibile all'ipotesi legislativa dell'omicidio volontario.

- 33 L'infanticidio si distingue altresì dall'aborto illegale sulla base del momento in cui avviene l'azione criminosa.

L'art. 19 della legge n. 194/1978 sanziona penalmente l'interruzione volontaria della gravidanza avvenuta: a) senza l'osservanza delle modalità di cui agli artt. 5 e 8 della legge in esame (fuori dalle strutture sanitarie autorizzate); b) senza l'accertamento del medico dei casi previsti dalle lettere a) e b) dell'art. 6 (interruzione dopo i 90 giorni) o senza gli accertamenti richiesti dall'art. 7 in caso di processi patologici; c) senza l'osservanza delle particolari procedure previste in caso di donne minori di anni diciotto o interdette (artt. 12 e 13).

Orbene, la condotta di colui che cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza, prevista dall'art. 19 della legge n. 194/1978, si realizza in un momento precedente il distacco del feto dall'utero materno; mentre la condotta, prevista dall'art. 578, si realizza dal momento del distacco del feto dall'utero materno (durante il parto, se si tratta di un feto, o, immediatamente dopo il parto, se si tratta di un neonato).

Conseguentemente -è stato precisato nella giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. 1, sent. n. 46945 del 18/10/2004)- qualora la condotta diretta a sopprimere il prodotto del concepimento sia posta in essere dopo il distacco, naturale o indotto, del feto dall'utero materno, il fatto, in assenza dell'elemento specializzante delle condizioni di abbandono materiale e morale della madre, previsto dall'art. 578, configura il delitto di omicidio volontario di cui agli artt. 575 e 577 n.1.

- 34 Va tuttavia precisato che non è sufficiente un qualsiasi consenso perché sia integrato l'omicidio del consenziente (in luogo del più grave omicidio comune).

Il consenso, per svolgere la sua funzione attenuatrice, deve essere: a) personale, nel senso che non è ammessa rappresentanza volontaria o legale; b) reale, nel senso che deve essere stato inequivocabilmente prestato, a prescindere dalle modalità, e non può essere presunto, anche se sottoponibile a condizione (ad es., alla condizione che venga usato mezzo indolore) ovvero a termine; c) specifico, nel senso che deve avere ad oggetto la propria uccisione; d) ed attuale, nel senso che deve essere stato prestato o comunque deve persistere al momento della condotta omicida, senza essere stato revocato.

dall'omicidio volontario, in quanto in quest'ultimo il consenso della vittima non è elemento costitutivo del reato.³⁵ Più precisamente: l'omicidio comune offende due beni della vittima: il bene dell'indisponibilità della vita ed il bene della libera volontà; l'omicidio del consenziente, invece, offende soltanto il bene dell'indisponibilità della vita, in quanto la volontà del fatto (anche se non necessariamente l'iniziativa) è riconducibile alla stessa vittima (nel senso che il consenso deve essere stato il fattore determinante della condotta dell'agente, che, senza di esso, non avrebbe cagionato la morte). In considerazione del fatto che il consenso della vittima rileva non soltanto ai fini della colpevolezza e della capacità a delinquere ma anche ai fini della stessa offensività del fatto, l'omicidio del consenziente è ritenuto di minore gravità, oggettiva e soggettiva, rispetto all'omicidio doloso; e, pertanto, è meno gravemente punito.³⁶

A sua volta l'omicidio del consenziente si distingue dal *delitto di istigazione o aiuto al suicidio*³⁷ che è previsto dall'art. 580³⁸ e che si realizza: nel determi-

Inoltre, l'art. 579 comma 3, per la rilevanza del consenso, richiede che: a) il consenziente, al momento di consentire, sia persona: non minore degli anni 18; non inferma di mente; non in condizioni di deficienza psichica per altra infermità o per abuso di sostanze alcoliche e stupefacenti; b) il consenso sia determinato da motivazioni interne e, quindi, non sia estorto con violenza, minaccia o suggestione e non sia carpito con inganno.

Dunque, la richiesta di essere aiutato a morire comporta un'attenuazione della pena, soltanto nel caso in cui provenga da persona pienamente capace e libera. Al contrario, la richiesta di un minore, di un infermo di mente, di un soggetto in stato di deficienza psichica o ancora di chi è minacciato, ingannato o suggestionato, non ha alcun valore: chi ne ha cagionato la morte è chiamato a rispondere di omicidio volontario.

- 35 Rispetto a qualsiasi forma di omicidio, anche del consenziente, è sempre irrilevante il motivo, compreso quello di pietà nei confronti del soggetto passivo consenziente. Pertanto, l'eutanasia pietosa costituisce omicidio, comune o del consenziente, sempre che sia accertata l'esistenza del consenso, con i requisiti indicati nel testo.
- 36 Diverso è il trattamento sanzionatorio previsto: il delitto di omicidio volontario è punito con la reclusione non inferiore a 21 anni (art. 575) e, in presenza di aggravanti, anche con l'ergastolo, l'omicidio del consenziente (art. 579) è punito con la reclusione da sei a quindici anni, e l'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580) con la reclusione da cinque a quindici anni.
- 37 Il suicidio, nel sistema penale italiano, viene in considerazione: a) come elemento costitutivo nei reati previsti dagli artt. 579, 580 c.p., dagli artt. 14 e 15 della legge n. 47/1948 sulla stampa e dell'art. 30 della legge n. 223/1990 sulla radiotelevisione; b) come conseguenza eventuale in altri reati (cfr. artt. 572 comma 2 e 586 c.p.); c) come eventuale mezzo per commettere il reato previsto dall'art. 640 c.p.; d) come oggetto materiale della contravvenzione di cui agli artt. 114-117 T.U. leggi p.s. Nell'ordinamento giuridico italiano, come in quello della maggior parte dei Paesi moderni, vengono punite le attività che favoriscono il suicidio (l'istigazione e l'aiuto per l'appunto), ma non è punito il suicidio. Quest'ultimo, se consumato, non viene punito per la semplice ragione che *mors omnia solvit*; mentre il suicidio tentato, non è punito soprattutto per motivi di opportunità pratica (la pena potrebbe agire come spinta alla programmazione del piano suicida in modo da assicurarne il successo, a non desistere o a ritentare il suicidio).
- 38 La Corte costituzionale con sentenza 25 settembre 2019 n. 242, emessa a seguito dell'entrata in

nare altri al suicidio ovvero nel rafforzare l'altrui proposito al suicidio ovvero nell'agevolare in qualsiasi modo l'esecuzione dell'altrui suicidio.³⁹ Orbene, il discrimine tra il reato di omicidio del consenziente e quello di istigazione o aiuto al suicidio va individuato –secondo la giurisprudenza di legittimità–⁴⁰ nel modo in cui viene ad atteggiarsi la condotta e la volontà della vittima in rapporto alla condotta dell'agente:

- è configurabile il reato di omicidio del consenziente nel caso in cui colui che provoca la morte si sostituisca in pratica all'aspirante suicida, pur se con il consenso di questi, assumendone in proprio l'iniziativa, oltre che sul piano della causazione materiale, anche su quello della generica determinazione volitiva;
- al contrario, è configurabile il reato di istigazione o agevolazione al suicidio tutte le volte in cui la vittima abbia conservato il dominio della propria azione, nonostante la presenza di una condotta estranea di determinazione o di aiuto alla realizzazione del suo proposito, e lo abbia realizzato, anche materialmente, di mano propria.

4.3. Due fattispecie autonome di omicidio colposo

Due fattispecie autonome di omicidio colposo sono invece previste dalla legislazione speciale: sono l'*aborto colposo* e l'*omicidio stradale*.

L'art. 17 comma 1° della legge n. 194/1978 prevede come reato la condotta di chiunque, per colpa, cagiona ad una donna l'interruzione della gravidanza (si consideri il caso del sanitario che incorra in negligenza, imprudenza o im-

vigore della legge 22 dicembre 2017 n. 219, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della suddetta legge "agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente".

39 L'art. 580 comma 1 parte seconda incrimina tali condotte anche se il suicidio non si verifica, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima. L'evento, dunque, consiste alternativamente: a) nel suicidio (cioè nella autosoppressione cosciente e volontaria della propria vita mediante azione o mediante inerzia, ad es. per omessa terapia o inedia); b) nel tentativo di suicidio, con conseguente lesione personale grave o gravissima. La condotta del soggetto agente, per integrare il reato, deve costituire un contributo necessario (*condicio sine qua non*) o agevolatore (facilitante), a livello psichico o materiale, di uno dei suddetti eventi.

40 Cass. pen., Sez. I, sent. n. 3147 del 06/02/1998.

perizia nella prospettazione della diagnosi o nell'esecuzione di una operazione chirurgica).

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che l'aborto colposo si distingue dall'omicidio colposo per il fatto che la condotta criminosa interviene prima dell'inizio del travaglio e, dunque, prima che il feto raggiunga la propria autonomia (lasciando la vita intrauterina per iniziare quella extrauterina).⁴¹

Peraltro, può essere utile ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità formatasi in tema di concorso colposo del danneggiato,⁴² la condotta imprudente della paziente, che abbia richiesto con ritardo le cure non esclude il concorso di cause, ai sensi dell'art. 41 c.p., ove il sanitario, anziché contrastare il processo patologico in atto, differisca l'intervento terapeutico che si prospetti come necessario ed urgente alla luce di un evidente quadro clinico.

D'altra parte, l'*omicidio stradale* (cioè l'omicidio commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale) – che costituiva in passato un omicidio colposo aggravato – a seguito dell'entrata in vigore della legge 23 marzo 2016 n. 41,⁴³ che ha introdotto l'art. 589 *bis*,⁴⁴ è diventato un

41 Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 27539 del 30/01/2019 (in motivazione la Corte, richiamando le sentenze Corte cost. n. 229 del 2015 e Corte EDU, Perrillo c. Italia del 27 agosto 2015, ha precisato che deve ritenersi legittima l'inclusione dell'uccisione del feto nell'ambito dell'omicidio in considerazione dell'intervenuto ampliamento della tutela della persona e della nozione di soggetto meritevole di tutela, che dal nascituro e al concepito si è estesa fino all'embrione e che, altresì, tale inclusione non comporta una non consentita analogia in "*malam partem*" bensì una mera interpretazione estensiva, legittima anche in relazione alle norme penali incriminatrici).
Cfr. altresì Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 21592 del 21/04/2016; Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 44155 del 21/10/2008.

In particolare, tale principio è stato affermato (cfr. Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 7967 del 29/01/2013) in fattispecie nella quale, ai fini dell'integrazione del reato di omicidio colposo, era stato ritenuto che la morte era sopraggiunta a travaglio iniziato quando il feto, benché ancora nell'utero, aveva raggiunto una propria autonomia con la rottura del sacco contenente il liquido amniotico.

42 Cass. Pen., Sez. 5, sent. n. 10482 del 14/07/2000 (in fattispecie nella quale la Corte ha ritenuto che correttamente i giudici di merito avessero affermato l'efficacia causale della condotta del medico il quale aveva avviato a diverso nosocomio una paziente che, sia pur con ritardo, aveva richiesto le cure per il distacco della placenta, così omettendo un immediato intervento che avrebbe potuto salvare la vita del feto).

43 Il legislatore italiano ha ritenuto di prevedere per l'**omicidio stradale** una disciplina differenziata rispetto alle altre tipologie di omicidio, in considerazione del gran numero di incidenti mortali che si verificano in Italia, causati soprattutto dalla disattenzione e dalla guida sotto effetto di **sostanze alcoliche e droganti**.

44 Il legislatore italiano, introducendo l'art. 589 *bis* c.p., da un lato, ha voluto sottrarre la precedente disposizione normativa (ovvero la previsione dell'omicidio colposo stradale come mera aggravante dell'omicidio colposo ex art. 589) al giudizio di bilanciamento di cui all'art. 69 c.p.; e, dall'altro, ha inteso ovviare all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la condotta di chi guidi in stato

reato autonomo rispetto all'omicidio colposo, con pene più severe e diverse circostanze aggravanti.

Invero, l'art. 589-bis punisce oggi chi cagiona "per colpa" la morte di una persona, a seguito di violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale. Trattasi, pertanto, di una fattispecie qualificata di omicidio colposo, che prevede una pena edittale più alta (da due a sette anni) rispetto a quella di cui al primo comma dell'art. 589 (da sei mesi a cinque anni).⁴⁵

Sono previste, inoltre, delle circostanze aggravanti speciali (quali, ad esempio, la commissione del fatto sotto l'effetto di sostanze alcoliche o stupefacenti o con violazioni particolarmente gravi del codice della strada: elevata velocità all'interno delle aree urbane, guida contromano, attraversamento con il semaforo rosso ecc.).

Ulteriore aumento di pena è previsto dall'art. 589-ter, nel caso in cui il responsabile dell'incidente mortale si dia alla fuga.

Inoltre, al fine di responsabilizzare maggiormente chi si mette alla guida, l'art. 590-quater statuisce che, ove ricorrano le citate circostanze aggravanti, eventuali circostanze attenuanti non possono mai essere ritenute, nel giudizio di bilanciamento, equivalenti o prevalenti.

4.4. Omicidio preterintenzionale e morte come conseguenza di altro delitto

L'omicidio preterintenzionale costituisce fattispecie speciale rispetto al reato

di ebbrezza non può essere sussunta in una ipotesi di omicidio volontario nella forma del dolo eventuale. Infatti, aderendo alle recenti teorie volitive, si era negato che l'agente potesse rispondere a titolo di dolo, dato che, pur essendo la sua condotta riprovevole, non può certo dirsi che egli avesse in qualche modo accettato l'evento morte. Tutt'al più, in tali casi, poteva configurarsi l'accettazione del rischio dell'evento, in seguito alla mera previsione di esso, ma questa ipotesi rientra nel concetto di colpa aggravata dalla previsione dell'evento (art. 61, n. 3 c.p.).

La giurisprudenza di legittimità è da anni consolidata nel ritenere che linea di demarcazione tra dolo eventuale e colpa con previsione va individuata nel diverso atteggiamento psicologico dell'agente che, nel primo caso, accetta il rischio che si realizzi un evento diverso non direttamente voluto mentre nella seconda ipotesi nonostante l'identità di prospettazione, respinge il rischio, confidando nella propria capacità di controllare l'azione (Cass. pen., Sez. 4, sent. n. 11024 del 10/10/1996). Comune è, pertanto, la previsione dell'evento diverso da quello voluto mentre ciò che diverge è l'accettazione o l'esclusione del rischio relativo. Trattasi di atteggiamenti psicologici che vanno ricostruiti affidandosi agli elementi sintomatici evidenziati dal comportamento del soggetto.

45 Peralto, il tenore letterale dell'art. 589-bis non consente di applicare tale norma in caso di omicidio stradale avvenuto a seguito di azione dolosa, con la conseguenza che -ove l'elemento psicologico dell'autore di un incidente stradale con esito mortale sia qualificabile come dolo, sia pure eventuale- la fattispecie realizzata non potrà essere ricondotta a quella di omicidio stradale, bensì alla diversa ipotesi dell'omicidio volontario, punito ai sensi degli artt. 575 ss.

previsto dall'art. 586 (*morte come conseguenza di altro delitto*), che ricorre quando da un fatto, preveduto come delitto doloso, deriva, quale conseguenza non voluta dal soggetto agente, la morte o la lesione di una persona:⁴⁶ invero, nell'art. 586, la morte deve essere conseguenza non voluta di un qualsiasi delitto doloso (tentato o consumato); mentre, nell'art. 584, la morte deve essere conseguenza non voluta di un delitto di percosse o di lesione (tentato o consumato).

In altri termini, nel delitto previsto dall'art. 586, l'attività del colpevole è diretta a realizzare un delitto doloso diverso dalle percosse o dalle lesioni personali, mentre, nell'omicidio preterintenzionale, il soggetto agente pone in essere una condotta finalizzata a realizzare un evento che, ove non si verificasse la morte, costituirebbe un reato di percosse o lesioni.⁴⁷ Dunque, nell'omicidio preterintenzionale, l'agente vuole ledere un bene giuridico (quello della incolumità personale) che appartiene allo stesso genere del bene protetto dall'omicidio (quello della vita), dal quale si distingue per la progressione dell'offesa; mentre, nel delitto previsto dall'art. 586, l'agente finisce con l'offendere un bene giuridico completamente diverso e, quindi, pone in essere un delitto di "specie" diversa.

4.5. Considerazioni di sintesi

Tutti i suddetti delitti sono *a condotta libera*:⁴⁸ ai fini della loro sussistenza, la legge non richiede il compimento di specifiche condotte, ma solo che esista un *nesso di causalità* tra la condotta e la morte, oltre alla volontà di procurarla

46 Dunque, il reato previsto dall'art. 586 c.p. integra una ipotesi di concorso formale di un delitto doloso e di un delitto di omicidio colposo (o di lesioni colpose), che va considerato nei requisiti costitutivi e negli effetti come una qualsiasi ipotesi di concorso formale. Per questa ragione, si tratta di una disposizione sostanzialmente inutile, che, per esigenze di semplificazione, dovrebbe essere soppressa in una prospettiva *de iure condendo*.

47 Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 23606 del 04/04/2018.

48 In conformità a detto principio, è stato ravvisato l'omicidio preterintenzionale in relazione ad un decesso causato da un'azione violenta consistita nell'immobilizzare ed imbavagliare la vittima e dalla quale era derivato un fenomeno di asfissia da soffocamento (Cass. pen., Sez. 5, sent. n. 21002 del 20/04/2015); mentre, in tema di morte o lesioni come conseguenza di altro delitto (Cass. pen., Sez. 6, sent. n. 49573 del 19/09/2018), è stato affermato che "la morte dell'assuntore di sostanza stupefacente è imputabile alla responsabilità del cedente sempre che, oltre al nesso di causalità materiale, sussista la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale (diversa dalla norma che incrimina la condotta di cessione) e con prevedibilità ed evitabilità dell'evento, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale, tenuto conto delle circostanze del caso concreto conosciute o conoscibili dall'agente reale".

Anche l'omicidio preterintenzionale è un reato a forma libera, ma postula comunque il verificarsi di una condotta di percosse o di lesioni.

(si può uccidere cioè un'altra persona con un veleno, oppure con un'arma, o spingendola giù da un precipizio).

Sono punite anche le omissioni: quando il soggetto provoca la morte di un uomo non effettuando determinate azioni che ne avrebbero salvato la vita. Tuttavia, per non allargare enormemente il numero dei potenziali responsabili di una morte, è penalmente responsabile soltanto chi era giuridicamente obbligato ad un certo comportamento attivo (in forza di una legge o di un altro atto che crea un obbligo giuridico) e non l'ha messo in atto (art. 40 c.p. "Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo"): ad esempio, i genitori, che hanno il dovere di mantenere i figli (articolo 147 c.c., articolo 30 Cost.), sono responsabili se un figlio, non nutrito o non curato dalle malattie da cui è affetto, muore; così come il medico, obbligato in forza del rapporto contrattuale con il paziente o comunque del suo ruolo (ad esempio all'interno di un ospedale), se omette volontariamente terapie o forme di sostegno vitale, è responsabile per omicidio volontario del paziente che muore; così come, ancora, l'infermiere, limitatamente ai suoi obblighi, o chi ha la cura e la custodia di una persona incapace di provvedere alle proprie necessità.

Le cause di non punibilità (cd. scriminanti) delle condotte di omicidio volontario sono quelle generali: in particolare la legittima difesa (ad es., non è punibile chi uccide un rapinatore che lo sta assalendo) e lo stato di necessità (ad es., non è punibile chi, trovandosi con altra persona in un luogo isolato e con pochissimo cibo, lascia morire di fame quest'ultima per potersi nutrire soltanto lui e potersi, quindi, così salvare). Non sono, invece, applicabili altre cause di giustificazione della condotta. In particolare non è applicabile la causa di giustificazione del consenso dell'avente diritto (art. 50 c.p.): il divieto di omicidio del consenziente dimostra che la vita umana è un diritto indisponibile e, quindi, la richiesta di essere ucciso non rende lecito l'atto. D'altra parte, nell'ordinamento giuridico italiano, non viene riconosciuto a nessuno il diritto ad uccidere un uomo:⁴⁹ ad esempio, la famiglia di una persona uccisa non ha il diritto di vendicarsi, uccidendo a sua volta il colpevole, né il coniuge tradito ha il diritto di uccidere l'altro coniuge e il suo amante. Tanto meno è configurabile un obbligo giuridico di uccidere in tempo di pace; questo obbligo grava soltanto sui soldati in guerra, ma l'ordinamento italiano ormai da vari anni riconosce

49 Salvo gli agenti di polizia che agiscano per impedire la consumazione di gravi reati: a scriminare il loro operato valgono le cause di giustificazione della legittima difesa -che vale anche per difendere diritti altrui- o dell'uso legittimo delle armi (cf. art. 53).

l'obiezione di coscienza al servizio militare obbligatorio e, quindi, permette di esserne esentati.⁵⁰

In definitiva, l'ordinamento giuridico italiano, civile e penale: vieta di cagionare la morte di un uomo, anche se con il suo consenso; attribuisce rilevanza penale alla condotta di chi determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, oppure ne agevola in qualche modo l'esecuzione; non permette che i neonati –a prescindere che siano sani o malati– vengano lasciati morire; non gradua il diritto a vivere a seconda delle condizioni di salute delle persone; aborra ogni forma di uccisione motivata su base genetica o razziale o etnica; riconosce uguale natura umana ad ogni persona.

5. La dimensione relazionale dei diritti individuali della persona

La storia del costituzionalismo moderno insegna che il diritto alla vita ed alla incolumità personale sono stati riconosciuti ed affermati fin dalle prime carte dei diritti del secolo XVIII per proteggere la persona umana dall'arbitrio e dagli abusi dei potenti. D'altronde, lo *jus* della tradizione giuridica dell'Europa occidentale è essenzialmente regolamentazione di un rapporto: è noto il *suum cuique tribuere* che il giurista romano Eneo Domizio Ulpiano ha lasciato scritto nelle sue Regole ormai molti secoli fa.

Con ciò intendo dire che ogni diritto individuale (e, tra tutti, il diritto alla vita) non riguarda soltanto la persona umana, che ne è il titolare, ma riguarda necessariamente il complessivo intreccio relazionale, nel quale ciascuna persona umana è inserita, con la conseguenza che in ogni singolo rapporto deve essere tenuto in considerazione anche il soggetto passivo, a sua volta portatore della dignità propria di tutti gli esseri umani.

La dimensione relazionale dei diritti della persona umana è generalmente sottesa nell'ordinamento giuridico italiano (dalla disciplina dei rapporti patrimoniali a quella dei rapporti successori; dalla disciplina dell'impresa a quella del lavoro, pubblico e privato, ecc.).

50 Per poliziotti e carabinieri, vige la scriminante dell'ordine dell'Autorità (art. 51): "Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'Autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto, abbia ritenuto di obbedire ad un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine". La legge n. 121 del 1° aprile 1981, in tema di "Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza", prevede che il poliziotto "al quale venga impartito un ordine la cui esecuzione costituisce manifestamente reato, non lo esegua e informi immediatamente i superiori".

Eppure non sempre ricorre nel delicato settore del diritto delle persone.

Tale dimensione è sì presente nel settore del diritto minorile: i minori d'età, per la nostra come per tutte le legislazioni contemporanee, sono privi del potere dispositivo sui propri beni e della pienezza di riconoscimento dei loro atti di libertà (e non solo in campo patrimoniale). Come è stato acutamente osservato,⁵¹ l'assetto giuridico della minore età è la prova più convincente della preferibilità della dottrina (oggettiva) dell'interesse rispetto alla dottrina (soggettiva) della volontà, nel riconoscimento dei diritti individuali. Il criterio del “*best interests*” –assunto a rango di norma internazionale con la Convenzione ONU sui Diritti del Fanciullo del 1989, e tradotto in molte lingue come “*superiore interesse del minore*” –⁵² allude proprio al fatto (curioso e provocatorio per le dottrine soggettiviste e libertarie) che l'interesse del minore non coincide di per sé: né con quanto vogliono i genitori del minore (spesso, peraltro, in disaccordo tra loro) o comunque i soggetti che sul minore esercitano la potestà genitoriale; né con quanto il minore stesso ritiene suo superiore interesse; ma va ricercato nel concreto intreccio relazionale nel quale il minore vive: incombenza questa rimessa alla competenza professionale ed alla capacità di introspezione psicologica del giudice minorile (che deve poi dar conto in motivazione delle argomentazioni, logiche e giuridiche, poste a base della decisione).⁵³

51 Nel celebre saggio di MacCormick (1976, pp. 305-317).

52 Il principio della tutela del “superiore interesse del fanciullo” trova solenne proclamazione nell’art. 3 dalla Convenzione sui Diritti del fanciullo, approvata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York (ratificata dall’Italia con Legge 27.05.1991, n. 176), in base al quale: “In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l’interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”.

Tale disposizione è stata ribadita anche da altre normative (e, in particolare, dall’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea; e negli artt. 1 comma 2, 6 lett. a), e 10 della Convenzione EDU) e dalla giurisprudenza a livello internazionale, fino a diventare un principio generale ormai consolidato all’interno dell’ordinamento giuridico di numerosi Stati.

All’interno dell’ordinamento giuridico del nostro Paese, la Consulta riconosce pacificamente al principio del “superiore interesse del bambino” rilievo costituzionale (cfr., tra le tante, le sentenze nn. 76/2017, 308/2008, 61/2006, 425/2005 e 341/1990). Tale principio viene inquadrato alla stregua di vera e propria clausola generale che, alla luce degli artt. 2 e 31 Cost., costituisce parametro di valutazione della costituzionalità delle leggi.

Il principio del “superiore interesse del bambino” viene tra l’altro ribadito anche a livello di legislazione ordinaria: in special modo – ma non solo – nel codice civile (artt. 158, comma 2, 250, commi 4 e 5, 251, comma 1, 252, commi 2 e 5, 317 bis, comma 2, 336 bis, comma 1, 337 ter, comma 2, 337 quater, comma 2, 337 sexies, comma 1, 337 octies, comma 1) e nella disciplina dell’adozione (artt. 4, commi 5 e 5 ter, 11, comma 1, 14, comma 2, 25, commi 3, 4 e 5, 32, comma 1, 33, comma 4, 35, commi 3 e 4, 43, comma 3, 46, comma 2, 57, comma 1, n. 2, l. 4 maggio 1983, n. 184).

53 Uno dei punti più delicati della trattazione del concetto di “*best interest of the child*” riguarda la tradu-

Ma la dimensione relazionale dei diritti individuali non sembra affatto presente nel particolare settore dell'inizio vita, dove parte della cultura contemporanea è riuscita ad oscurare la percezione, personale e collettiva, del valore della vita umana: in questo particolare settore, la legislazione italiana, come molte altre legislazioni contemporanee, consente alla donna di richiedere l'interruzione volontaria di gravidanza (IVG) entro i primi 90 giorni di gestazione per motivi di salute, economici, sociali o familiari, senza farsi carico di considerare che al c.d. diritto della donna ad autodeterminarsi⁵⁴ (e, in particolare, a prendere decisioni riguardo al proprio corpo) fa fronte il diritto alla vita dell'embrione.

La biologia dimostra che la vita di un nuovo essere umano inizia nel momento della fecondazione,⁵⁵ ossia nella fusione tra lo spermatozoo maschile e l'ovulo femminile. L'unione di 23 cromosomi del gamete maschile con 23

zione della locuzione in lingua italiana. La traduzione dell'art. 3 della Convenzione ONU relativo alla legge di ratifica parla di "protezione del miglior interesse del minore", mentre in altri casi si preferisce utilizzare il termine "superiore", ovvero "preminente", piuttosto che il termine "prevalente", sempre in riferimento alla tutela dell'interesse del fanciullo. Il punto fondamentale concerne la valenza che si desidera conferire al concetto nel bilanciamento con gli altri interessi in gioco, nel senso che attraverso questo termine il giudice decide che l'interesse del fanciullo debba prevalere sempre oppure possa essere commisurato con altri valori di pari dignità costituzionale, almeno in via astratta.

La Suprema Corte italiana ha da anni chiarito che "le indagini e le valutazioni del giudice del merito non debbono svolgersi sul piano astratto e generale, ma, in ossequio al principio di rilevanza costituzionale della tutela del prevalente interesse del minore, debbono avere ad oggetto la fattispecie concreta" (Cass. Civ., Sez. I, 16.02.2002, n. 2303); mentre, più di recente, ha richiamato il suo "costante orientamento... in merito alla necessità di un accertamento in concreto dell'interesse del minore nelle vicende che lo riguardano, con particolare riferimento agli effetti del provvedimento richiesto in relazione all'esigenza di uno sviluppo armonico dal punto di vista psicologico, affettivo, educativo e sociale" (Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26767).

54 A mio avviso, il diritto all'autodeterminazione della donna è evocato a sproposito. In materia, l'autodeterminazione della donna e dell'uomo consiste nel prendere liberamente la scelta di concepire oppure di non concepire, ma non nella possibilità di sopprimere il concepito, perché in questo caso c'è di mezzo la vita di un terzo essere umano. Purtroppo, dietro il sostegno in favore dell'autodeterminazione della donna, si nasconde spesso il tornaconto di coloro che nei confronti della donna non vogliono assumersi le proprie responsabilità.

D'altronde, come può esistere il diritto di non riconoscere che qualsiasi altro essere umano, altro rispetto a noi, in quanto essere umano, è uguale a noi in tutto ciò che riguarda il diritto alla vita? Il fatto è che non può esistere un diritto al non riconoscimento dell'altro come uguale a noi, perché tale riconoscimento è la regola fondamentale del diritto e della giustizia. Al contrario, riconoscere che essere umano, per il semplice fatto di essere tale, è uguale a noi è principio sotteso al divieto di ogni forma di discriminazione: razziale, religiosa, economica, eugenetica, ecc.

55 Al riguardo, è illuminante la relazione resa nel 1989 dal Prof. Jérôme Lejeune, nella sua qualità di genetista, ad un processo a Maryville (Tennessee, USA), e successivamente raccolta nel volume *L'embrione segno di contraddizione. Dai verbali del processo di Maryville*, edito nel 1992 dalle Edizioni Orizzonte Medico. E già il mondo pagano vedeva nel nascituro un soggetto giuridico (è di Tertulliano il felice aforisma: *Homo est et qui est futurus: etiam fructus omnis iam in semine est*: Apologeticum IX, 8).

cromosomi del gamete femminile produce una nuova cellula di 46 cromosomi. Questa nuova cellula, detta zigote, contiene un nuovo codice genetico, che produce un individuo umano differente dal padre, dalla madre e da ogni altra persona del mondo. Sul piano biologico, lo zigote è, sia pure in miniatura, un essere umano nuovo, unico e completo,⁵⁶ che inizia a vivere, anche se con potenzialità ancora inattuate ed anche se incapace di vita indipendente.⁵⁷

Confesso che più volte mi sono chiesto come mai nella nostra società è diffusa la consapevolezza che non è giusto operare discriminazioni sulla base del colore della pelle ovvero sulla base di convinzioni politiche o religiose, mentre è assai debole la consapevolezza che non è giusto discriminare il diritto fondamentale alla vita di alcuni esseri umani già concepiti per il semplice fatto che non sono nati, che non sono desiderati o che non possiedono la capacità di rivendicare i loro diritti.

Oltretutto, il principio dell'inviolabilità assoluta della vita umana innocente risponde ad uno dei valori sostanziali (la vita) e ad uno dei principi fondamentali (il principio di uguaglianza) che stanno alla base dello Stato democratico e costituzionale moderno.⁵⁸ Ed il diritto alla vita è uno dei pochi diritti della persona umana che, secondo il sistema realizzato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dovrebbe non poter essere derogato da alcun altro diritto (e, pertanto, dovrebbe sfuggire a qualsiasi operazione di bilanciamento).⁵⁹

56 Lo zigote è un essere umano unico, in quanto non è mai esistito in passato e non esisterà mai in futuro un essere umano identico a lui. Ed è un essere umano completo, in quanto il codice genetico (genotipo) dello zigote contiene l'informazione su tutte le sue caratteristiche (statura, colore degli occhi, dei capelli e della pelle, ecc.).

57 Si consideri che non solo i nati, ma anche i neonati sono incapaci di vita indipendente: senza la costante cura da parte della madre o di altre persone che lo assistono, il neonato non sopravvive e muore ben presto.

58 Norberto Bobbio rispondeva, a chi si richiamava al patto sociale, "che il primo grande scrittore politico che formulò la tesi del contratto sociale, Tommaso Hobbes, riteneva che l'unico diritto cui i contraenti entrando in società non avevano rinunciato era il diritto alla vita" (intervista rilasciata da N. Bobbio a "La Stampa" del 15-V-1981 e richiamata da Palini, 1992, p. 74)

59 La circostanza si spiega per la seguente semplice ragione: il diritto alla vita è un diritto primario, anzi, è il diritto primario per eccellenza, senza il quale non è possibile esercitare nessun altro diritto; esso, dunque, va difeso più e prima di ogni altro diritto. Una madre, che vuole abortire, pretende di esercitare un proprio diritto secondario e derivato -quale per l'appunto quello di "gestire il proprio corpo" o di liberarsi da un "problema"- sacrificando il diritto, primario e originario, che il figlio ha di vivere. Non si tratta di colpevolizzare la donna partoriente -che anzi il più delle volte va difesa, perché subisce l'aborto sotto le pressioni del partner, della famiglia o dell'ambiente sociale in cui vive- ma non si può pretendere di ottenere un proprio (discutibile) vantaggio, facendolo pagare ad altri, peraltro al carissimo prezzo della vita. Non si tratta neppure di costringere la madre ad accettare un figlio non desiderato, ma non si può pretendere che il proprio rifiuto si traduca in una uccisione legalizzata.

D'altronde, la posta in gioco è così alta che, quand'anche fosse soltanto dubbio che l'embrione umano sia una presenza personale, non dovrebbe comunque potersi consentire un intervento volto a sopprimerlo (giacché *in dubio, pro vita*).

Il fatto è che sulla legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza si è formato oggi un consenso sociale così largo che neppure le giurisdizioni, nazionali e sovranazionali, che dovrebbero essere deputate alla tutela dei diritti della persona umana (e, tra questi, ribadisco, i diritti dell'essere umano nascituro) riescono a contrastare la tirannide della maggioranza (di cui non di rado le stesse giurisdizioni superiori sono espressione).⁶⁰

Considerazioni analoghe valgono per il trattamento che molte legislazioni nazionali riservano al fine vita.⁶¹

Si dimentica o si ignora che, come insegnava Norberto Bobbio (1983),⁶² “la regola della maggioranza non è applicabile a tutte le situazioni” (p. 18).

I legislatori nazionali, piuttosto che intervenire sull'interruzione della gravidanza (per legalizzarla o per criminalizzarla), dovrebbero rafforzare le diverse forme di assistenza di minori abbandonati, l'adozione e l'affido. Peraltro, così operando, verrebbero incontro al desiderio di molte coppie che fanno ricorso (talvolta ripetutamente e inutilmente) alla fecondazione artificiale, sostenendo anche spese impegnative, pur di riuscire ad avere un figlio. In ogni caso, la soppressione di un essere umano non può essere un modo per risolvere problemi, che devono trovare altrove la loro soluzione.

60 Il ragionamento che suole farsi è per lo più il seguente: se tu non sei d'accordo, non agire così, ma non imporre agli altri la tua opinione.

Senonché, occorre convincersi che quanto avviene nell'intimità dell'utero materno non è una faccenda privata della donna, ma è la formazione e lo sviluppo di un essere umano, che ha pieno diritto alla protezione legale.

Può aggiungersi che una società, che non conosca limiti, finisce con il tradire l'uomo, perché, se non ci sono limiti, deve intendersi permessa ogni cosa (e, seguendo questo tipo di argomentare, si potrebbe giungere a giustificare anche le inique condizioni lavorative o sociali, spesso tanto diffuse anche ai giorni nostri).

61 Nella società occidentale contemporanea si sta diffondendo sempre di più la convinzione che: le persone con *handicap*, soprattutto se mentale, sono *inutili*, se non dannose alla società; il cosiddetto *stato vegetativo* non costituisce una condizione degna di essere chiamata vita ed, anzi, è doveroso, per il bene della società, impedire la diffusione delle patologie genetiche mediante l'eliminazione dei portatori; uccidere un neonato *sfortunato* o che rischia di vivere con un *handicap* sia un *bene per lo stesso neonato*; soggetti in totale stato di demenza -privi di autocoscienza- non possono essere chiamati e comunque non hanno il diritto di essere definiti *persone*; la condizione di sofferenza derivante da una malattia inguaribile non può essere sopportata; gli anziani (soprattutto se poveri) sono un costo, se non uno *spreco* per la società (in termini di occupazioni di posti-letto, costi delle terapie ecc.), ecc. Il punto problematico è che, essendo venuto meno nel contesto sociale un quadro antropologico di riferimento, non può più ritenersi pacifico che la dignità è una caratteristica *intrinseca* di ogni vita umana, essendo da molti sostenuto che essa sia una qualità che può anche non ricorrere in alcune forme di esistenza umana.

62 Secondo Bobbio (1983) -comunemente considerato uno dei massimi teorici del diritto e nel contempo uno dei massimi filosofi della politica nella seconda metà del Novecento- non possono essere sottoposti a un voto della maggioranza “il diritto alla vita, alla libertà, alle varie forme di libertà personale, civile e sociale”, in quanto detti diritti costituiscono le condizioni necessarie per l'applicabilità stessa del principio maggioritario.

Ecco dunque che, per non trasformare in diritto ogni interesse individuale, occorre mantenere una visione globale del reale; e non dimenticare che il diritto regola rapporti intersoggettivi (*jus hominum causa constitutum est*).⁶³

Solo recuperando l'idea del *diritto come rapporto*, propria della tradizione giuridica dell'Europa occidentale, si può comprendere il carattere ideologico di una certa "logica dei diritti individuali" e convincersi che, rispetto ad ogni nuovo preteso diritto individuale, occorre comprendere se l'interesse, che esso sottende, assume una rilevanza che *giustifichi* la sua attrazione nella sfera della *giuridicità*, cioè nella dimensione relativa alla disciplina dei rapporti all'interno di un gruppo socialmente organizzato.⁶⁴ In altri termini, occorre cercare di com-

In una prospettiva di etica politica, occorre domandarsi sulla base di quale fondamento razionale lo Stato moderno - che è sorto proprio per garantire beni, come la vita e la salute - possa porre obblighi, limitativi di tali beni, a carico delle strutture sanitarie pubbliche.

63 Va altresì considerato che trasformare in diritto pretese soggettive individuali implica necessariamente prevedere obblighi a carico di altri. Ciò è imposto dalla realtà delle cose: ogni diritto ha un costo per la società, in termini di risorse necessarie per la sua attuazione e per la sua tutela nonché in termini di sacrificio di altri interessi con esso confliggenti. Ragion per cui, se io, ad es., affermo il mio diritto a guidare la moto senza casco, come diritto a muovermi come voglio, anche a costo, nel caso di incidente stradale, di subire gravi lesioni o di mettere a repentaglio la mia stessa vita, affermo la preminenza di tale mio desiderio sull'interesse dello Stato a prevenire le ingenti spese sanitarie connesse agli incidenti stradali e sull'interesse che altri hanno all'adempimento dei miei doveri, in quanto membro di una comunità di persone legate da reciproci rapporti di solidarietà. E' questo un aspetto che la completezza di un'argomentazione giuridica non può eludere, mentre la c.d. "argomentazione per diritti" tende a non far emergere: la logica individualista dei "diritti-desiderio" occulta il fatto che trasformare in diritto una pretesa soggettiva, in ipotesi anche apprezzabile, implica sempre affermare obblighi a carico di altri.

64 Sulla necessità di "*prestare attenzione per non cadere in alcuni equivoci che possono nascere da un fraintendimento del concetto di diritti umani e da un loro paradossale abuso*", Papa Francesco, nel discorso al Parlamento europeo, pronunciato a Strasburgo il 25 novembre 2014 (disponibile sul sito istituzionale www.vatican.va), si è così espresso:

"Vi è oggi la tendenza verso una rivendicazione sempre più ampia di diritti individuali -sono tentato di dire individualistici- che cela una concezione di persona umana staccata da ogni contesto sociale e antropologico, quasi come una 'monade' (*μονάδα*), sempre più insensibile alle altre 'monadi' intorno a sé. Al concetto di diritto non sembra più associato quello altrettanto essenziale e complementare di dovere, così che si finisce per affermare i diritti del singolo senza tenere conto che ogni essere umano è legato a un contesto sociale, in cui i suoi diritti e doveri sono connessi a quelli degli altri e al bene comune della società stessa.

Ritengo perciò che sia quanto mai vitale approfondire oggi una cultura dei diritti umani che possa sapientemente legare la dimensione individuale, o, meglio, personale, a quella del bene comune, a quel 'noi-tutti' formato da individui, famiglie e gruppi intermedi che si uniscono in comunità sociale. Infatti, se il diritto di ciascuno non è armonicamente ordinato al bene più grande, finisce per concepirsi senza limitazioni e dunque per diventare sorgente di conflitti e di violenze. Parlare della dignità trascendente dell'uomo, significa dunque fare appello alla sua natura, alla sua innata capacità di distinguere il bene dal male, a quella 'bussola' inscritta nei nostri cuori e che Dio ha impresso nell'universo creato; soprattutto significa guardare all'uomo non come a un assoluto, ma come a un essere relazionale".

prendere se il preteso nuovo diritto individuale si collochi, secondo ragione, madre di ogni diritto, entro gli argini di una “esperienza elementare universale”,⁶⁵ riconoscibile per ogni persona umana.

Bibliografía

- Bobbio, N. (1983). La regola della maggioranza e i suoi limiti. En Bobbio N., Bodei, R., Marra-mao, G., Rella, F., Rovatti, P. A., Schiera, P. y Stame, F. (eds.), *Soggetti e potere. Un dibattito su società civile e crisi della politica*. Bibliopolis.
- Cartabia, M. (2008). *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*. Informe presentado en la conferencia Istituzioni Pubbliche e Garanzie del Cittadino. Milán, Italia, 3 y 4 de julio.
- MacCormick, N. (1976). Children's Rights: A Test-Case for Theories of Right. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 62(3), 305-317.
- Palini, A. (1992). *Aborto. Dibattito sempre aperto da Ippocrate ai nostri giorni*. Città Nuova Editrice.

65 La felice espressione è di Marta Cartabia (2008) (già Presidente della Corte costituzionale italiana).

LA DESIGNACIÓN DE FUNCIONARIOS EN COMISIÓN POR EL PODER EJECUTIVO

Pablo Luis Manili

Universidad de Buenos Aires

pablo.manili@gmail.com

1. Introducción

El artículo 99, inciso 19 de la Constitución Nacional (CN) establece que el presidente “puede llenar las vacantes de los empleos que requieren acuerdo del Senado y que ocurran durante su receso por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura”. Este inciso fue modificado en 1860, agregándose la parte referida a la expiración de esos nombramientos, que antes no existía. En la Constitución de 1853 era el artículo 83, inciso 23, y entre 1860 y 1994 fue el 86, inciso 22.

La norma fue incluida bajo la inspiración de la Constitución de los Estados Unidos, cuyo artículo II, Sección 2, párrafo 3 reza: “El Presidente tendrá el derecho de cubrir todas las vacantes que ocurran durante el receso del Senado, extendiendo nombramientos provisionales que terminarán al final del siguiente período de sesiones”. La palabra “nombramientos” también puede ser traducida como “comisiones” y de allí se tomó el término “nombramientos en comisión”, que debe ser interpretado como un nombramiento interino, provisorio, hasta tanto el Senado preste o no el acuerdo, o pase el tiempo con el que cuenta para prestarlo. Interpretando esta norma, Hamilton, en *El Federalista* N° 67, sostenía que:

La competencia ordinaria de designación está conferida al Presidente y al Senado conjuntamente por lo tanto sólo puede ser ejercida mientras el Senado esté en sesiones; pero sería impropio obligar a este cuerpo a estar permanentemente en sesión para la designación de funcionarios, como las vacantes pueden producirse durante el receso puede ser necesario para el servicio público cubrirlas sin dilación.

Haciendo uso de esta atribución, el presidente Eisenhower, después de la Segunda Guerra Mundial, designó en comisión al presidente de la Corte Earl Warren en 1953 y a los ministros William Brennan, en 1956, y Potter Stewart, en 1958, durante recesos del Congreso (Sola Juan, 2015).

La norma de la Constitución nacional parece de sencilla interpretación a primera vista, pero tiene sus dificultades y ha generado debates doctrinarios. Nuestro análisis de ella es el que se describe a continuación.

2. Interpretación restrictiva

Entendemos que la interpretación de esta atribución presidencial debe ser muy restrictiva por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, porque –por el principio de *especificidad*– las normas que establecen facultades en cabeza de los poderes del Estado deben ser interpretadas en forma estricta, a diferencia de las normas constitucionales que consagran derechos para las personas, que deben serlo en forma extensiva.

b) En segundo lugar, porque es una norma *facultativa*, dado que el inciso bajo estudio no obliga al presidente a hacerlo ni le marca un programa o proyecto como hacen otras normas, sino que tan solo lo faculta para cubrir vacantes en los cargos que requieran de urgente cobertura. Si no quiere hacerlo y prefiere esperar a que concluya el receso del Senado, es válido y consideramos que es más republicano.

c) A ello se le agrega que se trata de una norma *excepcional*, porque prevé un mecanismo de emergencia para cubrir vacantes que no admiten demora. Nótese que cuando el presidente ejerce esta atribución altera el orden lógico de las cosas y genera un hecho consumado que violenta la voluntad, tanto de los funcionarios así nombrados (especialmente si son jueces) como de los senadores que deben considerar sus pliegos. El funcionario designado asume y ejerce el cargo sin tener acuerdo del Senado, cuando normalmente ocurre lo contrario. Ello genera que, en estos casos, el Senado deba considerar y evaluar pliegos de personas que están en ejercicio del cargo y, si son jueces, podría darse el caso de que esos jueces estén conociendo en causas en las que están interesados los senadores, o incluso el presidente, y ello privará de independencia al juez (para tramitar la causa) y a los senadores (para evaluar su pliego). En ese entorno, esos jueces podrían sentirse compelidos a fallar de modo tal que agrade (o que al menos no moleste) a las bancadas que forman la mayoría del Senado para obtener ese acuerdo, y ello claramente afecta su independencia. La estabilidad en el cargo es la mayor garantía

para la independencia de criterio de quienes tienen en sus manos decidir sobre el honor, la libertad y la fortuna de todos los argentinos.

En síntesis, se trata de una facultad que debe ser ejercida con la máxima prudencia por parte del presidente, solo en casos de extrema necesidad de cubrir cargos que requieran el acuerdo del Senado. Por todo ello, debe ser interpretada de manera muy restrictiva.

3. ¿A qué empleos se refiere?

A todos los que requieran acuerdo del Senado, dado que la norma no hace distinción entre algunos u otros, por lo cual no hay que distinguir (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Cabe aclarar que la palabra “empleo” es utilizada en la Constitución en muchos casos, aludiendo a distintos tipos de funcionarios, integrantes de los tres poderes del Estado. Por ejemplo: en el artículo 16, al referirse a la idoneidad como único requisito para el acceso a cargos públicos; en el artículo 34, cuando prohíbe a los jueces federales serlo de provincia simultáneamente; en el artículo 36, cuando alude a la inhabilitación para quienes cometan delitos dolosos contra la administración pública; en el artículo 60, referido a los funcionarios destituidos por juicio político; en el artículo 75, inciso 20, al referirse a los tribunales inferiores y empleos judiciales que puede crear el Congreso, etc. Por ello, tampoco cabe hacer distingos a partir de la utilización de ese vocablo y debemos interpretar que se refiere a todo empleo público, de cualquier jerarquía, cuyo nombramiento esté dentro de la competencia del presidente con acuerdo del Senado. Ello implica que se refiere a los siguientes nombramientos, previstos en el artículo 99 de la CN:

a) Embajadores, ministros plenipotenciarios, encargados de negocios y agentes consulares (inciso 7).

b) Oficiales superiores de las Fuerzas Armadas (inciso 13).

c) El caso de los jueces de la Corte Suprema (inciso 4) requiere cierto análisis por la vigencia del Decreto 222/2003, que regula el procedimiento de selección de jueces y establece ciertas etapas cuyo cumplimiento debe ser previo a la elevación del pliego al Senado (y no solo previo al tratamiento por el Senado). La norma establece lo siguiente:

- Producida una vacante, en un plazo máximo de treinta días se publicará en el Boletín Oficial y en por lo menos dos diarios de circulación nacional, durante tres días, el nombre y los antecedentes curriculares de los candidatos a cubrir la vacante.

- Esos candidatos deberán presentar una declaración jurada con la nómina de todos los bienes propios y de su grupo familiar (en los términos del artículo 6 de la Ley 25188 de Ética de la Función Pública). Deberán informar las asociaciones civiles y sociedades comerciales que integren o hayan integrado, los estudios de abogados a los que pertenecieron o pertenecen, la nómina de clientes o contratistas y, en general, cualquier tipo de compromiso que pueda afectar la imparcialidad de su criterio por actividades propias o de sus familiares directos, con la finalidad de “permitir la evaluación objetiva de la existencia de incompatibilidades o conflictos de intereses”.
- Los ciudadanos en general, las organizaciones no gubernamentales, los colegios y asociaciones profesionales, las entidades académicas y de derechos humanos podrán en el plazo de quince días a contar desde la última publicación en el Boletín Oficial presentar por escrito y de modo fundado y documentado las posturas, observaciones y circunstancias que consideren de interés expresar respecto a los incluidos en el proceso de preselección, con declaración jurada respecto a su propia objetividad sobre los propuestos.
- Se recabará de la Administración Federal de Ingresos Públicos, preservando el secreto fiscal, un informe relativo a la situación patrimonial y al cumplimiento de las obligaciones impositivas y previsionales de las personas eventualmente propuestas.

Luego de cumplido ese proceso, el artículo 9 del decreto establece que

En un plazo que no deberá superar los quince días a contar desde el vencimiento del establecido para la presentación de las posturas u observaciones, haciendo mérito de las razones que abonaron la decisión tomada, el Poder Ejecutivo Nacional *dispondrá sobre la elevación o no de la propuesta respectiva*.¹

Frente a ello, debemos dilucidar si la designación en comisión puede tener efecto y el funcionario puede asumir el cargo, en comisión, antes de cumplido ese proceso o si este es previo a la asunción del cargo en comisión. En otras palabras, ¿la designación en comisión solo posterga el acuerdo del Senado o dilata también los pasos establecidos por el decreto? Entendemos que solo retrasa el acuerdo del Senado y que no puede soslayarse el cumplimiento de los pasos establecidos por el Decreto 222/2003 por los siguientes motivos:

- Porque lo único que habilita a realizar designaciones en comisión, según la

1 Énfasis agregado.

Constitución, es la circunstancia de que el Senado esté en receso y, por lo tanto, no pueda considerar el pliego, pero nada impide que se lleve a cabo el trámite del Decreto 222/2003 en forma previa a la elevación de la propuesta

- Porque ese decreto regula ciertos requisitos que deben estar cumplidos *antes* de que el presidente eleve la propuesta al Senado, ya que se trata de indagaciones que formarán la base de la decisión que adopte el presidente de proponer a ese candidato y no solo como fundamento de la evaluación que hace el Senado. Así surge del artículo 9 del decreto.
- Por el principio de inderogabilidad de los reglamentos generales mediante actos administrativos particulares: si el Poder Ejecutivo autolimitó su voluntad en la designación de jueces de la Corte estableciendo ciertos pasos previos al envío de pliegos al Senado, no puede dejar de lado esa norma para un caso puntual y eludir esos requisitos enviando un pliego en el que no se cumplieron esos pasos.
- Porque de lo contrario se generaría la posibilidad de que asuma el cargo una persona con deudas con la AFIP, evasiones o fraudes impositivos, sanciones de los colegios de abogados, oposiciones fundadas de la sociedad civil, conflictos de intereses, etcétera.
- Porque la atribución de nombrar funcionarios en comisión debe ser interpretada restrictivamente.
- Porque la Corte puede funcionar con los jueces subrogantes, que son los presidentes de las cámaras federales de apelaciones (y eso es lo que ocurre cada vez que hay excusaciones o recusaciones de los jueces titulares).

d) El caso de los jueces inferiores de la nación (inciso 4) también requiere una precisión: solo podría el presidente nombrarlos en comisión si ya existe una terna confeccionada por el Consejo de la Magistratura de la nación, dado que esa terna es “vinculante” (artículos 99, inciso 4, y 114 de la CN).

e) Para los demás nombramientos que hace el presidente y que no requieren acuerdo del Senado, la norma no aplica, por ejemplo, para el jefe de gabinete y los demás ministros del despacho, los oficiales de su secretaría y los empleados cuyo nombramiento no está reglado de otra forma por la Constitución (inciso 7). Ello así porque, al no requerir acuerdo del Senado, carece de sentido nombrarlos en comisión, pudiendo hacer nombramientos definitivos.

4. ¿A qué vacantes se refiere?

Es necesario dilucidar en primer lugar la cuestión temporal, es decir, si la norma se refiere a las vacantes producidas durante el receso en el cual el presidente realiza el nombramiento o si, además, puede cubrir vacantes que se hubieran generado durante el período ordinario de sesiones del Congreso o en un receso anterior de ese órgano. Bidart Campos (2002/2004, pp. 333 y ss.), De Vedia (1907, p. 476) y Ekmekdjian (2016, p. 132) sostienen que se pueden llenar vacantes producidas con anterioridad al receso.

Discrepamos de esa postura categóricamente por varias razones: (i) en primer lugar, porque la norma reza “que ocurran durante su receso”, por lo cual solo se podrán llenar las que ocurran durante el receso en el cual son nombrados; no así las ocurridas en anteriores recesos ni las ocurridas durante el período de sesiones previo; (ii) además de esa razón literal, hay que tener en cuenta que es una facultad excepcional que se le concede al presidente y, por lo tanto, su interpretación debe ser restrictiva, como expresamos más arriba; y (iii) la postura de la que discrepamos se presta a abusos: una vez producida la vacante, el presidente podría dejar pasar todo lo que resta del período de sesiones (si la vacante se produjo estando reunido el Congreso); o bien dejar pasar todo un período de sesiones (si la vacante se produjo en el receso anterior) y esperar al receso para proponer a funcionarios que asumirán el cargo en comisión y con ello presionar políticamente al Senado para que apruebe su pliego mientras ellos están en ejercicio del cargo.

La postura según la cual se pueden cubrir por este mecanismo vacantes que se hubieran producido antes del receso tiene origen en algunas opiniones doctrinarias de autores norteamericanos² y en un informe preparado por el senador Joaquín V. González para el Senado en 1917 con motivo de unas designaciones que había hecho el presidente en la Comisión Municipal (porque no existía, desde 1915, el Concejo Deliberante) de la ciudad de Buenos Aires (por entonces dependiente del Poder Ejecutivo). Ese informe motivó una reforma del reglamento del Senado, en la cual se incorporó una norma interpretativa de la Constitución según la cual la frase “que ocurran” debía leerse como “que existan” durante el receso. Pero entendemos que ese precedente no resulta aplicable en la actualidad por cuatro motivos: (i) porque no se refería a cargos federales, sino a cargos locales de la municipalidad, para los cuales la Constitución no exigía acuerdo del Senado; (ii) porque esas normas del reglamento fueron

2 Ver las citas de Putney y Watson en González Calderón (1916, p. 372).

derogadas; (iii) porque las atribuciones que el presidente tenía en la ciudad capital también fueron derogadas al reconocerse su autonomía en la reforma de 1994; (iv) porque, aun cuando todo ello estuviera vigente, ni el informe de un senador (por prestigioso que sea como constitucionalista) ni el reglamento de una cámara tienen autoridad alguna para cambiar lo que la Constitución expresamente establece. La frase “que ocurran” significa “que ocurran” y no que hubieran ocurrido con anterioridad y que “aún subsistan”, como se pretende. Además, el espíritu de la Constitución también apunta en otro sentido, como expresamos más arriba. En síntesis, si el presidente no hace uso de esta facultad durante el mismo receso en el cual se produjo la vacante, ya no podrá hacer designaciones en comisión para esos cargos.

Es de destacar que tanto González Calderón (1916, p. 372) como Linares Quintana (1987, p. 699) mencionan el informe de Joaquín V. González, pero no adhieren a esa postura, sino que guardan silencio respecto a sus opiniones personales: simplemente lo citan.

5. ¿Qué significa la frase “que expirarán al fin de la próxima legislatura”?

Entendemos que si los funcionarios en comisión no son ratificados durante el período de sesiones ordinarias que comienza el 1 de marzo y finaliza el 30 de noviembre, caducan sus cargos. Sin embargo, la Corte –en el caso *Lastra* de 1946– sostuvo: “Terminadas las sesiones de prórroga del Congreso cesan en sus funciones los jueces nombrados en comisión [...] a quien el Senado no hubiese prestado el acuerdo correspondiente”.³ Es decir que extendió el plazo a las sesiones de prórroga de las ordinarias, criterio demasiado amplio que no se compadece con la excepcionalidad con la que hay que interpretar este instituto.

6. ¿Qué otros modos de caducidad de mandatos en comisión existen?

En el caso *Montero*⁴ de 1958 la Corte sostuvo que: “El funcionario designado en comisión cesa si el Senado rechaza su acuerdo, aun antes de expirar el período de sesiones. El inc. 22 no ha tenido por finalidad asegurar al funcionario nombrado una inamovilidad irrevocable durante todo el período legislativo”.

También agregó que “quedan efectivamente revocados cuando el Senado

3 Fallos: 206:130.

4 Fallos: 241:151.

presta acuerdo a la misma o distinta persona, a propuesta del Poder Ejecutivo”. Esta afirmación de la Corte presupone una desprolijidad del presidente, porque para que el Senado pueda prestar acuerdo a otra persona, el presidente tiene que haber enviado su pliego, contradiciéndose así con el nombramiento en comisión (y el consiguiente envío del pliego del funcionario nombrado interinamente). Bidart Campos (1967, pp. 116-117) también se refirió a esa posibilidad y sostuvo que el presidente no podía retirar el nombramiento hecho en comisión, pero que si proponía a otro candidato, el Senado podría rechazarlo. Entendemos que el presidente no solo no puede retirar el nombramiento en comisión, sino que tampoco puede enviar un pliego distinto para el mismo cargo, dado que ello implicaría un desistimiento tácito de la primera designación.

Es decir que la caducidad del nombramiento en comisión se produce por cuatro causales:

- a) Aprobación del pliego del funcionario interino.
- b) Rechazo expreso del pliego del funcionario nombrado en comisión; coincidimos con González Calderón (1916, p. 371) en cuanto a que, rechazado en forma expresa el pliego, el funcionario en comisión cesa su mandato ese mismo día.
- c) Vencimiento del período de sesiones ordinarias (y las de prórroga también, según la citada jurisprudencia de la Corte, de la que discrepamos) sin que se hubiera aprobado el pliego.
- d) Aprobación del pliego de otra persona para el mismo cargo.

7. ¿Puede invocarse esta atribución para cubrir cargos nuevos?

Bidart Campos (2002/2004, p. 334) plantea esta pregunta y responde que también pueden ser llenados en comisión ese tipo de cargos. Pero entendemos que es necesario hacer ciertas precisiones al respecto: supongamos el caso de una ley que amplía la cantidad de miembros de la Corte Suprema o que crea nuevos juzgados y es sancionada durante los últimos días de las sesiones del Congreso, sean ordinarias, o de prórroga o extraordinarias, y la ley queda promulgada después de finalizadas estas.

En primer lugar, consideramos que, en esos casos, para evitar problemas, la ley que crea el cargo debería establecer su entrada en vigencia a partir del 30 de marzo (como mínimo), para darle al menos 30 días de tiempo al Senado para que considere el pliego en las sesiones ordinarias que comienzan el primer día de ese mes y que, de ese modo, la designación sea efectuada de acuerdo al modo ordinario que manda la Constitución y que el presidente no se vea tentado a

llenar el cargo utilizando esta vía excepcional. Pero si la ley no previera ese período de *vacatio legis*, entendemos que la vacante podría ser llenada en comisión por el presidente durante el receso en el cual entró en vigor esa ley

También es preciso aclarar que:

a) Si se trata de cargos nuevos de jueces de la Corte creados durante el receso del Senado, es necesario cumplir antes con el Decreto 222/2003, como analizamos más arriba.

b) Si se trata de cargos nuevos de jueces inferiores generados durante el receso, es prácticamente imposible que pueda darse el caso de que el presidente haga un nombramiento en comisión porque, luego de creado el cargo, el Consejo de la Magistratura debe convocar a concurso, examinar a los candidatos, resolver las (frecuentes) impugnaciones y elevar la terna vinculante al Ejecutivo. Y es harto difícil que ello ocurra durante el breve período en el que el Senado está en receso (del 1 de diciembre al 28 de febrero, salvo que haya sesiones de prórroga o extraordinarias, en cuyo caso es más breve). Como expresamos más arriba, si no hay terna para jueces inferiores, no puede haber nombramiento en comisión, porque de lo único que la Constitución releva al presidente (transitoriamente) en estos casos es del acuerdo del Senado, pero no de la existencia de una terna vinculante de candidatos

Hay otra pregunta que cabe formular aquí y que solo se ha ocupado de ella Agustín de Vedia (1907) hace más de un siglo: ¿qué pasa si es el presidente el que genera la vacante durante el receso para aprovecharse de esa situación y hacer un nombramiento en comisión? Sostenía este autor:

Las vacantes que ocurran, dice la Constitución. Se entiende que esa expresión designa las vacantes que provienen de una causa fortuita, como muerte, renuncia ausencia, etc.; no las que nacen de la voluntad, un designio o intención previa. El presidente no podría provocar una vacante y decir luego que esa vacante ha ocurrido. No puede hacer el vacío con el objeto de llenarlo. (p. 476)

Coincidimos con esa afirmación y aclaramos que obviamente ello aplica solo a los funcionarios que el presidente puede desplazar por sí, sin necesidad de juicio político, es decir que no aplica a los jueces de ninguna instancia.

8. ¿Puede el presidente volver a proponer al funcionario rechazado por el Senado?

Resta, por último, responder esta pregunta. Entendemos, con González Calderón (1916, p. 374), que no puede hacerlo. Es decir, el funcionario nombrado en comisión y rechazado por el Senado no puede ser vuelto a proponer para el mismo cargo en forma definitiva.

9. ¿Puede el presidente revocar la designación?

Entendemos que, una vez efectuada, el presidente no puede revocarla, sino que queda a consideración del Senado otorgar o no el acuerdo, como adelantamos más arriba. Ello es así porque la posición de esos funcionarios sería muy endeble y carecerían de estabilidad (y, por lo tanto, de independencia en el caso de los jueces) durante el período que medie entre la designación en comisión y el acuerdo o rechazo del Senado.

Incluso, coincidimos con Bidart Campos (2002/2004, p. 335) en que si el presidente no la enviara al Senado, este podría avocarse a su conocimiento solicitando el pliego al presidente. El autor citado agrega que el presidente no puede dejar de enviar el pliego durante el siguiente período de sesiones del Senado, porque ello le permitiría la siguiente argucia: dejar pasar todo ese período y, una vez finalizado, volver a nombrar en comisión a ese funcionario y así sucesivamente.

10. ¿Qué tipo de instrumento debe firmar el presidente?

Cabe aclarar también que para hacer esa designación el presidente emite un decreto autónomo en el marco de los incisos 1, 4 (si son jueces), 7 (si son diplomáticos), 13 (si son militares) y 19 del artículo 99 de la CN, no siendo necesario dictar un decreto de necesidad y urgencia. Ello así porque si bien está ejerciendo una atribución de urgencia, el contenido no es de carácter legislativo.

11. Utilización de esta atribución

a) Algunos ministros de la Corte fueron nombrados en comisión y luego recibieron el acuerdo del Senado entre fines del siglo XIX y comienzos del XX (Diegues, 2015): (i) en 1889, el presidente Miguel A. Juárez Celman nombró al Dr. Luis V. Varela en la Corte el 03/04/1889, obteniendo el acuerdo del Senado recién en junio de ese año; (ii) Abel Bazán, nombrado en comisión

por el mismo presidente el 13/01/1890, obtuvo el acuerdo el 23 de junio de ese año; (iii) el Dr. Benjamín Paz fue nombrado en comisión por el presidente Carlos Pellegrini el 29/03/1892; y (iv) el Dr. Dámaso Palacio fue designado en comisión por José Figueroa Acorta el 21/03/1910. Luego de ello, esa cláusula cayó en desuso durante varias décadas en lo atinente a la designación de jueces de la Corte Suprema.

b) El presidente interino José M. Guido, por Decreto 9753 del 17 de septiembre de 1962, nombró en comisión como juez de la Corte a José F. Bidau, en momentos en que el Congreso estaba “en receso” por el golpe de estado ocurrido meses antes y por decisión del propio Guido. Luego de reiniciadas las sesiones del Senado, como este no prestó acuerdo a dicho juez, una vez vencido el período ordinario de sesiones el 30 de septiembre de 1964, renunció el 1 de octubre de ese año.

Como se advierte, los antecedentes reseñados hasta aquí no prestan mayor utilidad porque no provienen de gobiernos democráticos, dado que los mencionados en “a)” ocurrieron durante períodos signados por el fraude electoral y el recién estudiado aconteció durante un gobierno *de facto*, que solo tenía la fachada de un presidente interino que había jurado ante la Corte Suprema al asumir el cargo y con el Congreso disuelto.

c) En 1990, el presidente Carlos Menem nombró a siete jueces penales en comisión invocando el entonces artículo 86, inciso 22 de la CN (actual 99, inciso 19). La cámara de apelaciones tomó juramento solo a dos, elevando el caso de los otros cinco “en consulta” a la Corte Suprema, muy poco después de su ampliación y de la conformación de la “mayoría automática” que durante toda esa década convalidó la enorme mayoría de las medidas adoptadas por el gobierno.⁵ En un extraño fallo caratulado *Asunción de Funciones. Jueces en comisión*,⁶ el tribunal encontró que era competente para expedirse sobre el tema pese a que no había causa judicial, sino una mera consulta. Invocó facultades de superintendencia, pero tampoco dictó una acordada (como suele hacer para cuestiones de superintendencia del Poder Judicial). Lo cierto es que convalidó lo actuado por el presidente con argumentos que consideramos falaces:

- “Cuando la norma de que se trate –en el caso, el art. 86, inc. 22 de la Constitución Nacional– ofrece ‘un amplio marco de decisión’ es preciso que los

5 Puede verse un análisis de ese período de la Corte en Manili (2017, pp. 253 y ss.).

6 Fallos: 313:1232.

jueces no se atengan a sus propios ‘valores personales’ sino que ponderen ‘los que apoyan la doctrina y jurisprudencia de su época’”. Un sofisma sin mayor explicación.

- “Para interpretar el art. 86 de la Constitución Nacional, lo que importa no es el momento en que la vacante sucede sino el momento en que el Presidente debe actuar”. Es decir que, según este “fallo”, el presidente puede elegir esperar años para cubrir una vacante y hacerlo cuando más le convenga –por ejemplo, durante el receso del Senado– para nombrarlos en comisión y para que conozcan alguna causa en la que el presidente pudiera estar interesado, sin contar con el acuerdo del Senado.
- “No es recomendable, para la exégesis de las normas jurídicas, el método que se atiene estrictamente a las palabras, ya que lo que debe indagarse, en procura de una aplicación racional, es el espíritu que las informa”. Como es sabido, el primer método de interpretación de las normas es el literal y la propia Corte había dicho reiteradas veces que solo en caso de oscuridad de las normas podía recurrir a otros métodos.
- “En materia jurídica ha de haber siempre una salida que lleve al resguardo del bien común, es así como los jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de su decisión”. El supuesto bien común en este caso era satisfacer los deseos del presidente.
- “La aceptación de soluciones disvaliosas es incompatible con la misión de los jueces y, en tal sentido, entender que lo que el inc. 22 del art. 86 de la Constitución Nacional dice, por ejemplo, es que si la vacante ocurrió el 15 de septiembre y no el 1° de octubre, el inc. no rige y la vacancia debe prolongarse durante un considerable espacio de tiempo, con serio deterioro de la función o servicio de que se trate, sería ‘como volver a la ley (lato sensu) contra sí misma’”. Recordemos que hasta la reforma de 1994 el período ordinario de sesiones finalizaba el 30 de septiembre, por eso el tribunal utiliza esos ejemplos. La respuesta obvia a lo expresado por la Corte es que ello es justamente lo que la Constitución manda: si la vacante ocurre durante el período ordinario de sesiones o durante un receso anterior, la cláusula no rige, porque solo se la incluyó para salvar las urgencias que se presenten durante el receso en el cual el presidente hace el nombramiento. Si la vacante se produce dentro del período de sesiones ordinarias, el presidente puede perfectamente enviar un pliego al Senado a los pocos días de ocurrida la vacante (salvo en el caso de los jueces inferiores, ya que antes debe expedirse el Consejo de la Magistratura). El deterioro que pueda producirse por la

demora en el llenado de la vacante es menor que el que podría generarse si se le permite al presidente acomodar los tiempos a su antojo y utilizar esta atribución excepcional, pensada para cubrir de urgencia los cargos que no admiten demora, de modo de cubrir cualquier vacante. Incluso, en el caso de los jueces, sus cargos son cubiertos por subrogantes, por lo que el servicio de justicia no se ve lesionado.

- La disidencia del Dr. Augusto C. Belluscio, a la cual adherimos, sostuvo: “Las designaciones de jueces en comisión efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional, mediante las cuales se cubrieron cargos que quedaron vacantes en pleno período de sesiones ordinarias del Congreso, no se ajustan a lo dispuesto por el art. 86 inciso 22 [...]”.

d) En el año 2015 se dio otro caso práctico de aplicación de este inciso, cuando el presidente Mauricio Macri sancionó el Decreto 83/2015 a los cuatro días de asumir su mandato (el 14 de diciembre de ese año), designando a dos ministros de la Corte Suprema sin acuerdo del Senado, invocando esta norma. Los motivos expresados para adoptar semejante medida fueron principalmente los siguientes:

- Por las renunciaciones de los Dres. Eugenio Raúl Zaffaroni y Carlos Fayt existían dos vacantes a cubrir en dicho Tribunal. Lo que esconde el decreto es que la primera de ellas tenía aproximadamente un año de antigüedad (ya que se produjo en diciembre de 2014), es decir que había transcurrido casi todo el receso, que concluyó el 1 de marzo de 2015, y todo el período de sesiones ordinarias de 2015. No se trataba, pues, de una vacante “ocurrída” en ese receso, sino en uno anterior.
- Que la Corte Suprema había quedado integrada por tres jueces, lo que, a criterio del presidente, dificultaba el desenvolvimiento de sus funciones. En realidad, hacía apenas 3 días que se había efectivizado la renuncia del Dr. Fayt (11 de diciembre) y nada exhibía la dificultad aludida. Además, quince días después de ese decreto (es decir, el 31 de diciembre) comenzaría la feria judicial que duraría todo el mes de enero y el período de sesiones ordinarias comenzaría el 1 de marzo del año siguiente, por lo cual las vacantes perdurarían solamente 45 días, de los cuales eran hábiles aproximadamente 32. La Corte podía funcionar perfectamente durante ese período con tres jueces titulares y dos subrogantes.
- El decreto citó en su apoyo la “Acordada” (así le denominó al fallo analizado más arriba) de la Corte del año 1990, en la cual el tribunal sostuvo que “la

facultad presidencial de realizar por sí nombramientos en comisión existe tanto respecto de vacantes producidas durante el receso legislativo como respecto de vacantes que ya existan al momento del receso”⁷ y algunas opiniones doctrinarias en el mismo sentido, que hemos mencionado más arriba y discrepado de ellas.

- Se citó un supuesto precedente de 1984, en que el presidente Raúl Alfonsín había designado en comisión a los miembros de ciertas Cámaras Federales de Apelación y a tres jueces federales. Pero el precedente no aplicaba al caso porque: (i) ello había ocurrido respecto a jueces inferiores y no a ministros de la Corte Suprema; (ii) en 1983, el Gobierno asumió después de una dictadura militar que, al retirarse, dejó decenas de vacantes en cargos de todo tipo, incluidos los judiciales; (iii) era imprescindible reconstruir democráticamente los tres poderes de gobierno y poner en funcionamiento a esos órganos judiciales, que no estaban funcionando (mientras que la Corte, en 2015, sí lo estaba haciendo); (iv) una decisión aislada de un solo presidente en toda la historia argentina, adoptada en situaciones fácticas totalmente distintas y excepcionales, no genera por sí sola una costumbre constitucional ni un precedente que deba ser seguido o que pueda modificar el texto de la carta magna; y (v) esa decisión fue adoptada antes de la reforma constitucional de 1994, que modificó el mecanismo de designación de jueces de la Corte, agravando la mayoría necesaria y estableciendo la publicidad de la sesión, como ya se explicó.

Además, no se cumplieron en este caso las etapas que prevé el Decreto 222/2003, analizadas más arriba, sino que se las relegó para después de la asunción del cargo, en comisión, de esos dos ministros, y serían cumplidas luego, respecto a dos personas que ya estaban en funciones, lo cual contradice claramente el espíritu de esa norma.

Fueron tantas las críticas a este decreto, tanto de la doctrina como de la sociedad civil, que el presidente dio marcha atrás con su decisión y recién envió los pliegos de esos jueces de la Corte cuando se inició el período ordinario de sesiones del año siguiente y asumieron a mediados de 2016.

7 Fallos: 313:1232, considerandos 4° y 6°.

12. Conclusión

La designación de funcionarios en comisión es una atribución presidencial excepcional y, como tal, de interpretación restrictiva. No puede ser utilizada para cubrir vacantes que no ocurran durante el receso, tampoco para las que se hayan producido en recesos anteriores o durante el período de sesiones del Congreso.

Bibliografía

- Bidart Campos, G. J. (1967). *El Derecho Constitucional del Poder* (Tomo II). Ediar.
- Bidart Campos, G. J. (2002/2004). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Tomo II-B). Ediar.
- De Vedia, A. (1907). *Constitución Argentina*. Coni Hnos.
- Diegues, J. (2015). El nombramiento en comisión de jueces de la Corte Suprema. *La Ley. Suplemento Especial. Designación de Jueces de la Corte Suprema*. LXXIX(236).
- Ekmekdjian, M. A. (2016). *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª ed., Tomo V). Abeledo Perrot.
- González Calderón, J. A. (1916). *Derecho Constitucional* (Tomo II). Lajouanne.
- Linares Quintana, S. V. (1987). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Tomo 9). Plus Ultra.
- Manili, P. L. (2017). *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema* (2ª ed.). Astrea.
- Sola, J. V. (2015). La designación de jueces en comisión. *La Ley. Suplemento Especial. Designación de Jueces de la Corte Suprema*, LXXIX(236).

RECENSIONES

MI DESEO ES LA LEY. LOS DERECHOS DEL HOMBRE SIN NATURALEZA

Grégor Puppinck

Trad. F. Montesinos y M. Montes. Madrid: Ediciones Encuentro, 2020, 288 páginas.

Solo el individuo es necio; la especie es siempre sabia.
Edmund Burke

Uno de los fenómenos más destacados y manifiestos de nuestro tiempo en el plano del pensamiento práctico-normativo (ética personal y social, derecho, política) radica en la difusión extendida y agresiva de un conjunto de ideas (en rigor y expresándolo con precisión, de una “ideología”) que ha sido denominado como “ideología de género”, “derechos de autonomía”, “derechos transhumanos”, “ideología progresista” y varios calificativos más. Pero lo más notable es que estas ideas no solo aparecen en publicaciones, reuniones sectarias y cátedras varias, sino que, a fuerza de la militancia y la presión de sus partidarios, han llegado a introducirse en el derecho positivo de algunos países, en la jurisprudencia de tribunales internacionales y en las directivas pedagógicas de colegios y universidades.

Pero, además, también llama fuertemente la atención la escasa controversia que ha generado ese conjunto de ideas (“ideologías”) en los grupos sociales y científicos que son sus opositores, que abordan las cuestiones práctico-normativas con mayor rigor y acribia teórica, remitiéndose a la experiencia de las que Aristóteles denominaba “cosas humanas” para fundamentar sus apreciaciones y valoraciones y, además, hacen uso riguroso de la lógica y la metodología científica. No obstante esto último, en los años recientes han aparecido algunos volúmenes que, desde la perspectiva del realismo, la objetividad y el rigor metodológico, han cuestionado metódica y sistemáticamente las pretensiones de las mencionadas ideologías; entre ellos, es posible enumerar sintéticamente *Marion-ética. Los expertos de la ONU imponen su ley* de Margerite A. Peeters, *Bioética ¿El hombre contra el hombre?* de Jean-Frédéric Poisson, *Del sexo al género*

de María Isabel Llanes, *Los discursos sobre el género* de Ángela Aparisi Miralles y varias otros, especialmente el que se comentará aquí en su versión española, *Les droits de l'homme dénaturé* de Grégor Puppink.

1. El libro a analizar

Este último libro, escrito por un antiguo profesor de la Universidad de Estrasburgo, director del Centro Europeo para la Ley y la Justicia y autor de varios volúmenes sobre temas de Bioética, Bioderecho y Filosofía Jurídica, tiene como hilo conductor la doctrina expresada –y a veces impuesta– en numerosos fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fallos en los que se resume y se fuerza jurídicamente el cumplimiento de las exigencias de la “ideología de género” y de los denominados “derechos de autonomía” o bien “derechos transhumanos”. Esto último le atribuye un innegable rigor a la argumentación desarrollada en el libro, toda vez que no remite, para exponer los contenidos ideológicos que cuestiona, a obras dispersas y de dudosa justificación, sino a la jurisprudencia oficial de una institución jurídica de la Unión Europea.

Siguiendo principalmente la deriva de estos y otros textos judiciales, aunque también una bibliografía amplia y pertinente, el autor comienza su exposición de la versión “desnaturalizada” de los derechos humanos describiendo de qué modo, inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, un grupo de políticos y pensadores, muchos de ellos de raigambre cristiana, elaboraron, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas recientemente creada, la denominada Declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida en 1948 con el intento de establecer un límite relativamente seguro contra la inhumanidad de las ideologías nazi y comunista, que habían depredado a Europa en los años precedentes.

La intención de estos intelectuales era contestar las mencionadas ideologías desde una perspectiva “personalista”, es decir, desde una concepción del hombre centrada en la noción de persona. Escribe Puppink:

La persona es un ser encarnado, posee una espiritualidad y una comunidad natural. No es ni el Hombre abstracto de las Luces, ni el ciudadano de la república, ni el individuo-engranaje de la sociedad colectivista, ni es tampoco el individuo-autosuficiente de las sociedades liberales. La persona humana es un individuo re-humanizado, revestido de la naturaleza humana. (p. 40)

Y un poco más adelante agrega que

la originalidad de los personalistas en el seno del pensamiento católico consiste en estimar que la sociedad está subordinada a la persona [...] ya que la persona es la única criatura creada por Dios por sí misma y a su imagen. (p. 41)

Y de este carácter creatural del hombre se sigue la *dignidad* elevada que corresponde a la persona, y en la que se encuentra el fundamento de los derechos humanos de la Declaración de 1948.

2. La dignidad humana

Ahora bien, el principal problema que se planteó poco después de la Declaración tuvo una de sus raíces en el carácter ambiguo con el que en general se ha hablado, y aún se habla, de la “dignidad humana”. En efecto, para la concepción clásico-cristiana del hombre, la dignidad propia e intrínseca de la persona humana radica en el carácter racional y libre de su naturaleza, que supone una participación eminente en el Ser subsistente por sí mismo. Escribe el autor:

La dignidad de la persona humana expresa simplemente el valor de lo que distingue y sitúa al hombre por encima de las otras criaturas, a saber: su razón y su libertad, es decir, la posesión de un “espíritu”. Aristóteles enseña que el hombre es *el mejor entre los seres vivos*. (p. 52)

Y a continuación Puppink remite a las ideas de los principales representantes de la concepción clásica del hombre, la ética y el derecho: Cicerón, San Agustín, Tomás de Aquino y, entre los contemporáneos, Thomas De Koninck.

Como consecuencia de esa noción de la dignidad de la naturaleza humana, vivir bien significa propiamente vivir conforme a la naturaleza, realizando de modo razonable los bienes que se siguen de ella. Afirma el autor que

esta moral es *natural*, porque deriva de la *naturaleza* humana: ella es la vía, el “camino recto” por el que la persona realiza su ser, su naturaleza humana, de manera cabal: ella es la “ley moral natural”, la “ley grabada en los corazones” [y] accesible a la razón [...]. Al observar esta ley, la persona se consume en sí misma y en ella encuentra su bien. (p. 57)

De este modo, esta concepción de la naturaleza y de la dignidad humana permite fundamentar y establecer sólidamente el contenido de los derechos humanos, así como su universalidad, objetividad y finalidad.

Ahora bien, en contraposición a esta visión clásica y cristiana del hombre

y de sus derechos existe otra, cuyo origen remoto el autor lo coloca en la tradición gnóstica, en las ideas de Pico della Mirandola, en los planteos del canciller Francis Bacon, pero sobre todo en las ideas evolucionistas formuladas por Spencer y Darwin. Escribe Puppink:

La formulación de Spencer y de Darwin en el siglo XIX, de la teoría de la evolución por la selección de los más aptos permitió a este pensamiento [antinaturalista] realizar la síntesis entre el discurso científico y el gnóstico, sobre una base materialista y con una perspectiva progresista [...]. Según esta síntesis, el espíritu humano sería una propiedad emergente brotada de la materia, la cima de un proceso de evolución que tiende a elevarse sin fin espiritualizándose cada vez más. (p. 61)

Esta hipótesis (parece un poco presuntuoso denominarla “teoría”) fue asumida y desarrollada por Julian Huxley, quien en 1946 se hizo cargo de la dirección general de la UNESCO, desde donde publicó un manifiesto en el que propone la adopción de un “humanismo científico universal”, contrario a todo lo sobrenatural y fundado en la evolución de matriz darwiniana. Según este “humanismo” (o, mejor, “transhumanismo”), una nueva versión de la dignidad del hombre estaría fundada en el desarrollo de la evolución biológica de la humanidad, que se orientaría hacia la liberación del intelecto del seno de la materia. De este modo, el hombre se iría desprendiendo de las cadenas de la naturaleza y emancipando a la mente de las cadenas de una ética realista que lo tiene sojuzgado a formas superadas evolutivamente de la humanidad.

Por supuesto que esta concepción supone que Dios no existe, que la naturaleza humana tampoco y que “el hombre sacaría de sí mismo su propia dignidad y esta estaría a la medida de su grado de espiritualización [o, mejor, mentalización subjetiva], es decir, de auto-extracción desde la materia: esta dignidad no conocería ningún límite” (p. 62) y el hombre podría alcanzar cuotas infinitas de mentalización y autodisposición. Por otra parte, conviene recordar que Huxley, notorio *dualista* en materia antropológica, fue vicepresidente de la British Eugenics Society, por lo que el eugenismo era uno de los núcleos centrales de su pensamiento. Y respecto a la temática de los derechos humanos, la concepción de Julian Huxley es radicalmente diversa de la pensada por los redactores de la Declaración de 1948, ya que al no existir ni Dios ni la naturaleza humana universal, el hombre individual será el encargado de autoproclamar sus propios derechos: él se reconoce como señor de su definición y sus contenidos dependen sin límites de la autonomía de su voluntad.

3. El desprecio de la naturaleza humana

Resumiendo lo dicho hasta ahora, Puppink afirma que

la cultura occidental ha acabado por salir vencedora sobre el colectivismo de las antiguas repúblicas soviéticas, pero, una vez roto el equilibrio de la Guerra Fría, los derechos humanos [de la ONU] no han sido capaces de preservarnos de los excesos inversos del individualismo. Contracepción, aborto, divorcio, pornografía, eutanasia, homosexualidad, eugenismo: todas estas prácticas, ampliamente prohibidas en la posguerra, son ahora derechos, y su crítica, algo prohibido. (p. 88)

En síntesis, esta corriente de ideas que fundamenta los derechos solo en las simples opciones individuales, en lugar de reconocerlos en la realidad práctico-moral, los convierte en un mero instrumento para la realización de los caprichos de minorías activas y turbulentas, despreciando la trascendencia ontológica y la naturaleza humana y sus bienes propios, y ha conducido a un vaciamiento de la idea de derechos naturales (o humanos) propuesta por la ética clásico-cristiana y a su sustitución por unas exigencias que resultan inhumanas por su contraposición radical al modo propio de ser del hombre y a las líneas perfectivas que de él se siguen objetivamente.

Luego de estas consideraciones, el autor estudia con especial acribia el proceso por el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cooptado por una legión de posmarxistas, evolucionistas, nihilistas y demás militantes revolucionarios, ha ido desnaturalizando los derechos contenidos en la Declaración de 1948, sustituyéndolos por otros, fruto de la soberanía y autoafirmación del individuo y de la evolución de las especies. Para lograr este objetivo, los integrantes de la mayoría de ese tribunal han recurrido a una concepción expandida y profundizada de lo que denominan “vida privada”, en la que incluyen todos los antojos humanos, por extravagantes que sean, y que por esta mera inclusión pasan a ser el objeto de derechos humanos de la nueva generación. Escribe Puppink:

A medida que se extiende el campo de la vida privada la moralidad de los actos que esa vida cubre con su púdico velo [que en realidad son prácticamente todos los actos humanos] ya no puede ser apreciada de una manera objetiva [...] sino solo subjetivamente: en relación con la voluntad del sujeto. La moralidad de un “acto privado”, ya no depende de su *finalidad* (objetiva), es decir, de su participación en un bien mayor que él, sino en su origen (subjetivo), o sea, de la voluntad del que lo realiza. (p. 115)

Y, además, estos derechos, que originariamente eran defensivos, ahora se han vuelto *ofensivos*: ya no sirven solo para proteger a las personas de los abusos del estado totalitario, sino fundamentalmente para liberar a las personas de los límites de su naturaleza e incrementar su poder. Según el autor,

esta extensión del poder de los individuos tiene su fuente en el corazón de la vida privada, en el respeto a la voluntad individual [absoluta], es decir, de la “autonomía” y asume la forma de una multitud de nuevos derechos subjetivos, que corresponden a otros tantos deseos. (p. 121)

A continuación, Puppink analiza y refuta la idea de cada uno de estos “nuevos derechos”, comenzando por el que denomina “derecho matriz a disponer de su propio cuerpo” y continuando con el “derecho a morir voluntariamente”, el “derecho al aborto”, el “derecho a practicar la eutanasia a terceros”, el “derecho a la libertad sexual”, el “derecho al hijo”, el “derecho a la procreación médicamente asistida”, a la “gestación subrogada”, a la “homoparentalidad” y así sucesivamente.

Estos mal denominados “derechos humanos” no son como los defendidos por la tradición clásica y la Declaración de 1948, que constituían garantías de la humanización del hombre conforme a su naturaleza, sino que le ofrecen al individuo el poder de negar esa naturaleza, la vida, el cuerpo, la familia, la religión, la moral objetiva y las tradiciones. Por ello, estos “derechos” no son solo nihilistas, sino que además son narcisistas y violentos y se pretende imponerlos por la fuerza del derecho y del Estado. “Para estos derechos –escribe el autor– el lenguaje de los derechos humanos no es más que el disfraz social de la voluntad de poder” (p. 165). Voluntad de poder que se ejerce por quien aparece como el nuevo soberano: el individuo desvinculado y omnipotente, que se construye a sí mismo conforme a las exigencias de su voluntad absolutamente autónoma y de un poder liberado de todo límite o condicionamiento.

4. La antropología transhumanista

De todo esto se sigue que los nuevos derechos –ya que todo derecho supone una concepción del hombre que la sostiene– se fundan en una concepción *transhumanista*, es decir, ordenada a la transformación y dominación del hombre por medio de la técnica. Puppink sostiene:

El transhumanismo es una ideología que, como el cientificismo del que procede, no se debe confundir con la ciencia: es un cientificismo prometeico dotado de nuevas tecnologías. Los profetas del transhumanismo prometen una transformación de la humanidad mediante el retroceso de la muerte y de la enfermedad, la mejora de las capacidades físicas y cognitivas, y la hibridación del hombre con la máquina. De este modo el hombre podría trascenderse a sí mismo, liberarse de la naturaleza recibida y, como una mariposa que sale del capullo, llegar a ser poshumano. (p. 195)

Dicho en otras palabras, se trata de la propuesta de una manipulación infinita (genética, quirúrgica, mecánica, química, etc.) y arbitraria del ser humano por el mismo hombre.

En el ámbito de los derechos humanos, este transhumanismo se manifiesta de varias maneras, en especial en la promoción del evolucionismo “progresista”, la rehabilitación del eugenismo, el abandono de la finalidad terapéutica de la medicina y su sustitución por objetivos de manipulación humana, la transexualidad ilimitada y, en definitiva, en la promoción de un Hombre Nuevo, muy a gusto del Jesuita Pierre Teilhard de Chardin, entusiasta promotor del transhumanismo (p. 200). Afirma Puppink:

El hombre se constituye él mismo tanto psíquica (dimensión subjetiva) como físicamente (dimensión objetiva). Lo que subsiste de la criatura natural que fue la persona ya no es más que un material a partir del cual crear el hombre nuevo. [Y] Los derechos humanos tienen así la capacidad de integrar las modificaciones impresas en el ser humano por las tecnologías en su representación social. Los derechos humanos pueden digerir estos artificios; los normalizan regulándolos. (p. 217)

Pero, en rigor, esta manipulación transhumanista validada por los nuevos derechos humanos resulta ser en definitiva un instrumento de *alienación* del hombre, tanto en la dimensión individual como en la colectiva. En la primera,

el individualismo tiene como consecuencia necesaria e inevitable el refuerzo del estado, al que corresponde imponer la coexistencia de los individuos. Pero esta influencia ya no es reductible a la acción del estado, como en los tiempos de los totalitarismos estatales; ahora es obra de una red compleja que une los servicios públicos y privados, la administración [los organismos internacionales] y las empresas comerciales [...]. Así, por una aparente paradoja, cuanto más se individualizan las personas y más se integran en la nueva sociedad, menos independientes son [...]. De este modo, la búsqueda de la autonomía conduce a la alienación. (p. 221)

Esto, en especial a través de la represión de las conciencias y la imposición, a veces violenta, de la nueva moral transhumanista.

Y en el plano colectivo, el predominio de estos “nuevos” derechos humanos lleva a una depreciación de la política, aun de la democrática, ya que los contenidos del derecho dejan de ser establecidos por las instituciones políticas del Estado nacional para pasar a ser impuestas por los tribunales internacionales, las comisiones de la ONU o los funcionarios encargados de la supervisión de la vigencia de los derechos transhumanos. De este modo, ya no queda nada en manos del “pueblo” y de los Estados, y la moral y el derecho resultan manejados por una “red global [que] garantiza también, en la medida de lo posible, la gobernanza moral mundial, a ejemplo de las instancias de gobernanza financiera, con las que comparte la *doxa* (opinión) liberal supranacional” (p. 248).

5. Conclusiones del libro

Puppink concluye su libro proponiendo una resistencia política nacional contra la dictadura de la red moral mundial, resistencia de la que pone varios ejemplos exitosos, entre los que se puede destacar la denuncia del primer ministro británico David Cameron ante el Consejo de Europa, en la que afirmó que había llegado el momento de revisar el funcionamiento del Tribunal Europeo, en razón de su excesivo activismo que lo alejaba de su finalidad originaria, denuncia que fue apoyada por varios altos funcionarios británicos. Y el propio presidente del Tribunal Europeo ha sostenido que es necesario poner en tela de juicio la autoridad de ese Tribunal, a causa de su “pretendido activismo judicial, que excede los límites de sus competencias jurisdiccionales, rebasando la democracia nacional y derrocando las decisiones nacionales” (p. 269).

Por otra parte, el autor pone de relieve la grave insuficiencia de los derechos individuales al momento de considerar el bien humano, ya que suponen una radical incapacidad de pensar ese bien más allá del bien particular y en términos de bienes comunes. De este modo,

todos los otros bienes que tienen su fuente fuera de los individuos les quedan extraños, inconcebibles e indefendibles; peor aún, se presumen enemigos de la libertad [...]. Ahora bien, existen muchos bienes más allá del individuo [...]. Estos bienes [comunes] superan al individuo, a menudo preexisten a él y le sobreviven. El individuo los posee en la medida en que participa de ellos [...]; la experiencia enseña que la acumulación indeterminada de bienes individuales no basta para componer estos bienes comunes, sino que tiende más bien a erosionarlos. Muy

a menudo, nos encontramos solos frente a nuestra propia autonomía, incapaces de determinar lo que es bueno para nosotros, ni de participar en un bien más allá de nosotros mismos. (p. 271)

Y termina sosteniendo que es necesario retornar a la apelación a la naturaleza humana y sus bienes propios para reconstruir una ética y un derecho a la medida del hombre. Para ello, es necesario para los seres humanos

volver a descubrirse como parte de un todo [que] introduce una modalidad de humildad y conduce a pensar, en el orden considerado, en términos de *bienes* mejor que de *derechos* y a renunciar a su falsa libertad *egodeterminada*, para asumir positivamente la propia responsabilidad con respecto a los otros [...]. Este deseo [de participar en un *todo*] atestigua, frente a las desmesuras, la persistencia de la naturaleza humana; más aún, exige que no sea tanto el hombre el que se adapte a la evolución de su entorno, sino a la inversa, a fin de respetar la humanidad inmutable que es el hombre. (p. 274)

6. Algunas observaciones

Dentro de la brevedad que exigen las notas bibliográficas, corresponde hacer algunas observaciones puntuales sobre este libro rico, interesante y enormemente actual. La primera, de carácter formal, se refiere al título que se le ha puesto en la traducción española; la traducción literal del título francés es *Los derechos del hombre desnaturalizado*, que corresponde perfectamente con el contenido del libro, además de ser académicamente correcto y suficientemente ilustrativo. Ahora bien, se ha optado, probablemente por razones comerciales, por *Mi deseo es la ley*, que es prácticamente el mismo que se le puso en la Argentina al *western Lawman* de 1971, protagonizado por Burt Lancaster, cuya temática no tiene, obviamente, nada que ver con la del libro. Hubiera sido mejor optar por un título menos cinematográfico, más parecido al original y más académico.

La segunda observación, de carácter más sustantivo, se refiere a que el autor pareciera limitarse, al presentar los orígenes filosóficos del transhumanismo y de la concepción poshumana de los derechos, a los pensadores evolucionistas originarios (Darwin y Spencer), así como a algunos de sus seguidores contemporáneos, en especial Julian Huxley. Es cierto que estos autores han tenido su parte importante en la constitución de la ideología transhumanista, pero también resulta conveniente recordar que ha habido varias otras escuelas filosóficas que han efectuado contribuciones importantes a esa línea de pensamiento. Entre ellas es posible enumerar a los seguidores de David Hume (Alfred Ayer,

Charles Stevenson, John Mackie), que establecieron la imposibilidad de un conocimiento racional y objetivo de la ética; los positivistas-utilitaristas, continuadores de Jeremy Bentham y John Austin, que contestaron la existencia de “absolutos morales” y de un derecho natural, aceptando solo razonamientos consecuencialistas; las diferentes variedades del marxismo: el soviético, el estructuralista, el analítico, el gramsciano del “uso alternativo del derecho”, etc.; los posestructuralistas franceses, deudores de Nietzsche y encabezados por Michel Foucault; y varias corrientes más. Es verdad que no se puede saberlo todo, al menos bien, pero queda pendiente la tarea de estudiar específicamente la contribución de estas otras escuelas de pensamiento al desmantelamiento del humanismo cristiano de occidente.

7. Balance conclusivo

Pero más allá de estas observaciones marginales, es necesario concluir que se está en este caso en presencia de un libro de un especial interés y actualidad, ya que aborda uno de los temas más decisivos y determinantes de la vida humana contemporánea y del futuro del hombre y su aventura sobre la Tierra. Y, además, ese abordaje se realiza de un modo sistemático y riguroso, con argumentaciones válidas y concluyentes que conducen a conclusiones fundadas y convincentes. Resultan especialmente pertinentes las referencias precisas a las resoluciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, así como a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de los Estados Unidos y otras más, lo que otorga un rigor y una precisión indiscutibles a muchas de las afirmaciones sostenidas en el libro. Finalmente, resulta en especial destacable que todo el razonamiento desarrollado allí está expuesto con un coraje y un temple excepcionales, superador de las imposiciones de la corrección política y de las modas intelectuales, y con la decisión necesaria para exponer las conclusiones verdaderas sin temor a las presiones e imposiciones de la opinión preponderante. Esto trae a la memoria del autor de estas líneas la aguda frase de Gustave Thibon acerca de “la moda, esa tiranía de lo efímero que se ejerce sobre los desertores de la eternidad”.

Sería de esperar que en lo sucesivo se publiquen muchos libros más como el presente, que abran la mente de los hombres contemporáneos, los convoquen a la acción inteligente, despierten su fortaleza y renueven su esperanza. Porque, como escribió alguna vez Jorge Luis Borges, “entre las cosas hay una, de la que

no se arrepiente nadie en la Tierra; esa cosa, es haber sido valiente; siempre el coraje es mejor, la esperanza nunca es vana...”.

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza
carlos.massini@um.edu.ar

DECISIONES RAZONABLES. EL USO DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD EN LA MOTIVACIÓN ADMINISTRATIVA

Ignacio A. Boulin Victoria

Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2014, 197 páginas.

Decisiones razonables constituye una obra intrépida y original dentro del derecho administrativo argentino. Ignacio Boulin Victoria decide someter a escrutinio una serie de conceptos fundamentales y, por ende, hartos analizados de la disciplina –como la discrecionalidad o la razonabilidad–, y abocarse al estudio del ejercicio de la función administrativa desde un prisma innovador y, ante todo, necesario. Lejos de ser condescendiente o de amedrentarse por el desafío, como destaca Alberto Bianchi en el prólogo, el autor nos enseña que incluso los temas clásicos del derecho pueden ser revisitados, si existe un espíritu ingenioso y crítico dispuesto a ello.

Pensar el derecho administrativo en un país como la Argentina demanda una profunda actividad intelectual, del tenor de la aquí practicada. El ejercicio del poder político y el modo en que este se traduce en decisiones administrativas son abordados inteligente y sesudamente en la obra, que, sin quedarse en una mera descripción del asunto, invita a pensar formas de tornarlos más transparentes y democráticos. Así, su permanente –y recurrente– actualidad torna necesaria su consulta y obliga a reseñarla, aun pasados algunos años de publicada.

Carlos Nino, en su célebre *Un país al margen de la ley*, sostenía que existía una clara tendencia argentina –del Estado como de los particulares– a la “anomia” y, en particular, a lo que llamaba la “anomia boba” y la ineficiencia, con fuertes repercusiones sobre nuestro desarrollo. La adopción de decisiones razonables, en tal sentido, se proyecta como una respuesta necesaria para dar cuenta del fenómeno y obligar a la Administración a desechar la arbitrariedad y favorecer, paralelamente, la dignidad humana y la eficiencia. Como destaca Boulin, el siglo XXI debe ser el de la “buena administración”, que brinde la posibilidad de responder globalmente a los problemas generales.

La introducción de la obra y el primero de sus ocho capítulos deben ser analizados en conjunto, colocando el foco en dos puntos que aparecen como esenciales y repercuten en el devenir del texto. Por un lado, en la necesidad de cambiar el enfoque sobre el modo de abordar el derecho administrativo; pensar y estudiar el funcionamiento de la Administración a la hora de la elaboración de las decisiones públicas –para mejorarlas– y no ceñirlo exclusivamente al estudio de su control judicial.

Por otra parte, detenerse en la necesaria ligazón que debe existir entre el concepto de “democracia” y el de “administración pública”. En efecto, como allí se expone, esta última no puede –tampoco el derecho administrativo– ser desvinculada del contexto democrático, sino que ello es fundamental para arribar a decisiones que propendan a la participación y la discusión pública, el respeto de los derechos humanos y el fortalecimiento del texto constitucional.

Es innegable, manifiesta el autor, el rol preponderante que ha adquirido el Poder Ejecutivo y la incidencia habitual que suele tener sobre los derechos, siendo el factor regulador por excelencia de la vida social. Entonces, con el objeto de evitar lesionarlos arbitrariamente, la actividad administrativa debe actuar con miras a un fin –por el caso, el bienestar general y la promoción de los derechos– y, para ello, hacerlo en base a razones. A tal efecto, un modo de encontrar razones para arribar a decisiones correctas es la deliberación pública.

Evocando concepciones propias de pensadores de la democracia deliberativa –como el propio Nino–, Boulin expone, certeramente, los beneficios que el debate y el intercambio de opiniones pueden introducir sobre el quehacer administrativo. En detrimento de la anomia, eliminar errores en el razonamiento o tomar en cuenta las diversas posiciones y necesidades sociales conduce a una mayor eficiencia y acatamiento de las decisiones, como también a un aumento en la –crítica– legitimidad democrática de la Administración Pública. Como sostiene, en definitiva, buenas decisiones y democracia son nociones que van de la mano.

Ello así, en el capítulo segundo la obra nos invita a repensar un concepto basal en el derecho administrativo: la discrecionalidad. Tradicionalmente, bajo el paradigma centrado en el control judicial, el freno y la reducción de la discrecionalidad tornaron puntos primordiales dentro de la disciplina. No obstante, tal perspectiva, sostiene el autor, olvidó que el mero ejercicio del poder implica discrecionalidad y que ella no es intrínsecamente negativa. Dependiendo de quién la utilice, puede dar lugar a abusos o a un desenvolvimiento eficiente de la Administración.

Sobre estas bases, Boulin propone replantear la idea de la actividad admi-

nistrativa discrecional. Para ello, invita a dejar de pensar que el núcleo de la decisión discrecional descansa en la posibilidad de la Administración de optar entre varias alternativas igualmente válidas. Por el contrario, si las alternativas son diferentes, no es posible identificarlas como iguales y, por consiguiente, indiferentes para el Derecho. Hacerlo vulnera el principio lógico de identidad. Algunas de las opciones serán más convenientes en alguna de sus propiedades y menos en otras. En definitiva, no todas las posibles alternativas son iguales ni los funcionarios pueden elegir cualquiera de ellas. Siempre existirá una opción que, en la subjetividad del funcionario y comparada con una decisión óptima, será la más propicia.

De este modo, el autor redefine a la discrecionalidad administrativa como una forma de la actividad mediante la cual la norma atributiva de competencia otorga a la Administración la facultad de decidir cuál de todas las alternativas posibles, dentro del marco de lo presumiblemente razonable, es la más conveniente en el caso concreto y respecto al particular fin buscado. Tal concepción, por lo demás, se proyecta críticamente sobre la noción del “concepto jurídico indeterminado” y exige del derecho transparencia en la toma de decisiones.

Pues bien, avanzando sobre el capítulo tercero, punto neurálgico de la obra, Boulin destaca que la discrecionalidad requiere de una debida argumentación de las decisiones adoptadas, de modo de demostrar su conveniencia, y propone al principio de razonabilidad como herramienta para avanzar sobre este desafío. Aquel procura ordenar los medios por los cuales una actuación procura un fin –permitido constitucionalmente– de forma tal de no afectar el contenido esencial de los derechos en su acción. La medida estatal, en este sentido, debe ser evaluada a la luz de un control centrado en tres subprincipios de la razonabilidad: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad.

Empero, el autor va más allá. El control de los actos estatales es el campo más emblemático de aplicación del principio de razonabilidad y, en esta función, este permite delimitar la existencia de una garantía del contenido esencial de los derechos, además de otorgar publicidad al proceso decisorio. Al examen tripartito clásico, entonces, debe adicionársele la verificación de la indemnidad de esa garantía que, al ser un límite infranqueable, actúa como un complemento de la proporcionalidad. No obstante, debe ser estudiada, expone Boulin, en su funcionamiento real. El ejercicio razonable de un derecho en un caso puede ser irrazonable en otro. La decisión debe conceder la razón a la posición que la tenga en ese caso, sin inmolarse los derechos en el altar del bien común o de la razón del más fuerte.

Con ello como puente, en el capítulo cuarto la obra analiza la relación entre el control judicial y el principio de razonabilidad. Y lo hace con una arriesgada afirmación: el actuar de los jueces encorseta y debilita su vigor. En efecto, el marco constitucional de actuación de los magistrados le resta potencia, mientras que plantear un sistema más robusto puede derivar en la sustitución de la discrecionalidad administrativa por el –siempre temido– gobierno de los jueces.

Los tribunales solo son capaces de realizar un control negativo de las medidas adoptadas y desechar aquellas absolutamente inadecuadas; no pueden sustituir a la Administración en su temperamento y poseen un conocimiento parcial del asunto ceñido a las particularidades y tiempos del caso; y sólo pueden declarar desproporcionada la medida administrativa que, en forma patente, afecte el derecho fundamental con una mayor intensidad que aquella con la que favorece el principio constitucional que pretende conseguir. Asimismo, también presenta dificultades para definir el contenido esencial de un derecho o de un bien público, aunque esta no es exclusiva del actuar judicial.

Lo que debe procurarse, propone Boulin, es que la Administración aplique y utilice la potencia del principio de razonabilidad en la motivación de sus decisiones. Tal es la labor sobre la que se profundiza en los capítulos quinto y sexto. La motivación, exigencia constitucional y legal, transparente y legítima el proceso decisional, garantiza su escrutinio y permite su optimización, como también el de sus resultados. Actúa, según el autor, como un antídoto para consolidar una Administración democrática.

Bajo la original concepción de la discrecionalidad planteada, la motivación adquiere un tenor especial. Permite observar el ejercicio y el dinamismo del principio de razonabilidad en el caso y traduce, a fin de cuentas, las razones por las cuales la decisión escogida constituye la más conveniente, con la consiguiente mejora en el actuar administrativo que ello implica.

En definitiva, compete a los funcionarios explicar porqué consideran que la solución que imponen es justa y solo a partir de una apropiada motivación podrá facilitarse el control judicial. Este, en la propuesta de Boulin, adquirirá connotaciones particulares, con un estricto respeto por las atribuciones constitucionales de cada poder, pero con una mayor incidencia sobre los momentos del procedimiento administrativo.

En el capítulo séptimo, el autor introduce la experiencia de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios estadounidense, como muestra de un órgano estatal diseñado para que la Administración piense y adopte decisiones razonables, valorando costos, beneficios y alternativas. Su mantenimiento a lo largo de

distintos gobiernos, señala, da la pauta de la existencia de un consenso sobre la utilidad de implementar mecanismos que faciliten regulaciones razonables.

Finalmente, en el último capítulo, dedicado a las conclusiones, el autor realiza un resumen de las principales ideas de la obra y destaca los desafíos que importa la nueva conflictividad social. Ese marco, postula, exige salidas innovadoras que fortalezcan la democracia y decisiones razonadas con Administraciones transparentes que den cuenta de sus actos.

Boulin Victoria nos enseña que, a veces, deteniéndonos a pensar –y no a repetir– se pueden proponer desde el derecho, aun de modo breve, diagnósticos claros y soluciones a problemas relevantes. Es posible hacerlo, además, desde un paradigma innovador, ingresando en la “caja negra” de la Administración, analizando cómo funciona en la realidad y cuáles son sus limitaciones, capacidades e interconexión con el ambiente.

Es misión del derecho, como sostiene el autor, saldar la deuda de razonabilidad que el poder y la política han contraído con la sociedad. Es misión de los juristas, agregamos, buscar soluciones inteligentes para ello. Esta labor, particularmente en la Argentina, repercute con profundidad y nos conmina a avanzar, dejando atrás aquel país –parafraseando a Nino– al margen de la “razonabilidad”.

Juan Martín Scarramberg

Universidad de Buenos Aires

juanmartinsca@gmail.com

IN MEMORIAM

EN MEMORIA DE EUGENIO BULYGIN (1931-2021), A TRAVÉS DE LA DISTANCIA

Por lo general, las notas evocativas escritas en ocasión del fallecimiento de una personalidad notable suelen provenir de los seguidores, discípulos o adeptos a las ideas y actuación del homenajeado. No es el caso de la presente nota, ya que a pesar de que compartía con Eugenio Bulygin la misma especialidad filosófica y la consecuente actividad profesional –investigación científica, docencia universitaria, difusión y discusión de ideas, etc.–, nuestros puntos de partida intelectuales, la metodología y las conclusiones a las que arribamos eran en general contrapuestas y, a veces, contradictorias.

A pesar de ello, frente a la desaparición de Eugenio Bulygin, he considerado que, a pesar de esa distancia intelectual, los diversos y relevantes méritos del recientemente desaparecido filósofo ameritan un homenaje y un recuerdo sentido, escrito con admiración a su labor cumplida en el campo de las ideas acerca de la praxis humana y su dimensión jurídica. Seré especialmente breve, no porque no haya mucho que decir en este caso –sería al contrario–, sino porque, por deformación formativa y de personalidad, siempre he tenido tendencia al manuscrito breve y a la exposición lo más escueta posible en mis textos.

Conocí a Eugenio Bulygin en el marco de la creación de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, que tuvo lugar en la década de 1980, en la ciudad de La Plata, entonces feudo del recordado –aunque un poco extravagante– Juan Carlos Smith. En esa ocasión, me llamó la atención la deferencia, cordialidad y respeto intelectual con que nos trató a los iusnaturalistas presentes, entre los cuales recuerdo especialmente a los doctores Rodolfo Luis Vigo, Julio Raúl Méndez y al meritoriamente recordado Juan Alfredo Casaubon. Esa cordialidad y afecto los tuvo conmigo en todas las ocasiones en las que interactuamos, como cuando participamos de un debate entre el positivismo y el iusnaturalismo jurídicos, con él y Roberto Vernengo representando al iuspositivismo, y Rodolfo Vigo y yo desempeñándonos como iusnaturalistas. El debate fue el más cordial que haya presenciado en mucho tiempo, especialmente por la prudente actitud de Eugenio. En esa oportunidad, estaban presentes, entre

varios otros, algunos destacados representantes del positivismo jurídico, como Carlos Alchourrón, Martín Diego Farrell y Ricardo Guibourg.

Después de este debate, estuve con él en Brasil, Chile, La Plata y varias veces en Buenos Aires, y siempre me dio muestras de bonhomía y consideración, y pude disfrutar de su conversación amable, irónica, interesante y erudita. Creía además sinceramente en la honestidad intelectual y que la comunidad científica, aún entre estudiosos de diferentes orientaciones, no tenía nada que ver con la política partidista, los sectarismos o las ideologías.

Pero además de su bonhomía y cordialidad, es necesario recordar que, en el caso de Bulygin, se ha estado siempre en presencia de un intelectual que fue objeto de reconocimiento notable, principalmente de carácter internacional, de su actividad académica y científica. Se trató de un reconocimiento merecido, toda vez que su formación científica había sido de especial calidad (Colonia, Bonn, Oxford [con H. L. A. Hart] y varios otros lugares); su producción literaria, prolífica y relevante (15 libros, 137 artículos y 20 traducciones); su participación en centros y asociaciones filosóficas, especialmente destacada y eficiente (fue presidente de la Asociación Mundial de Filosofía Jurídica y Social [IVR] y luego presidente honorario, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, investigador principal del CONICET, etc.); y recibió numerosos y relevantes premios por su actuación intelectual (Fundación Alexander von Humboldt, British Council, Guggenheim Foundation, Fundación Konex, Premio Alexander von Humboldt, Doctorado Honoris Causa por la Universidad de Alicante, etc.).

En lo que hace a su producción intelectual, es preciso destacar el valor y la especial relevancia que ha tenido su libro *Normative Systems*, escrito en colaboración con Carlos Alchourrón, que marcó un hito importante en el análisis de los sistemas normativos en la filosofía jurídica del siglo XX y ha sido probablemente el libro más traducido, comentado y estudiado de entre los producidos por autores argentinos, el menos en filosofía del derecho.

Pero lo que -me parece- más vale la pena destacar ahora es el carácter y las cualidades de su producción filosófica. En efecto, más allá del carácter discutible de alguna de las tesis por él defendidas, Bulygin siempre se destacó como un pensador riguroso, que no solo estudió minuciosamente la lógica, sino que también la aplicaba al tratamiento de las cuestiones filosófico-prácticas que abordaba, tales como las referidas a los sistemas normativos, la verdad (o no verdad) de las proposiciones normativas, la indeterminación en el derecho, el positivismo jurídico y tantas más. Siempre fue lo que puede llamarse un intelectual sólido y serio, que intentaba comprobar escrupulosamente el razonamiento y

las conclusiones a las que arribaba y explicarlas luego de modo claro y preciso. Todo esto fue el resultado de su adhesión a la corriente analítica de la filosofía contemporánea, centrada en la precisión del lenguaje, el rigor de las inferencias y la circunscripción de los problemas a estudiar.

Ahora bien, ¿cuál era el supuesto raigal de la filosofía de Bulygin, el que lo separaba de otras corrientes de pensamiento, en general de inspiración clásica? Tengo para mí que ese supuesto o hipótesis básica consistía en su adhesión a la perspectiva moderna y tardo-moderna de la filosofía, según la cual no resulta posible un conocimiento racional y veritativo de las realidades prácticas, en especial ético-prácticas o morales. Para esta concepción, cuyo origen más decisivo está en el pensamiento de Hobbes (“el nombre de tiranía no significa ni más ni menos que el de soberanía”), los juicios de valor resultan inadmisibles en las consideraciones filosóficas y científicas acerca del hombre y su conducta (política, jurídica o individual). En otras palabras, la ciencia y la filosofía estarían destinadas exclusivamente a la conquista de la naturaleza –como decía Leo Strauss en *On Tyranny*– y al logro de una mayor precisión del lenguaje y del razonamiento. Por el contrario, para quienes seguimos la “tradición central del pensamiento de occidente” (Isaiah Berlin), ese escepticismo y reduccionismo acerca de los valores humanos y éticos no puede conducir a nada bueno, y sería conveniente iniciar una tarea de revalorización y amplificación de la razón práctico-moral de modo tal que incluya por derecho propio las consideraciones y valoraciones acerca del bien humano en todas sus dimensiones, especialmente las jurídicas y políticas, tal como resulta necesario en temas como la justicia, las virtudes morales y los derechos humanos.

Pero a pesar de esa –y otras diferencias menores–, creo que corresponde en justicia rendirle un homenaje de amistad y admiración a quien hizo de su vida un culto al estudio y la investigación rigurosos, la promoción de la vida académica y la amistad universitaria. Todo eso sin concesiones demagógicas o sectarias, y guardando siempre una admirable coherencia de pensamiento y doctrina. Por eso, desde el otro lado del río de los saberes, vaya para Eugenio Bulygin un saludo lleno de tristeza por su partida, una despedida afectuosa y un recuerdo imborrable de consideración intelectual.

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza. Universidad Austral

carlos.massini@um.edu.ar

SOBRE LOS AUTORES

Rodolfo Carlos Barra

Abogado y doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina. Máster en Derecho Administrativo profundizado en la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UCA (1985-2016), actual profesor emérito. Profesor titular de Derecho Constitucional I y de Derecho Administrativo I de la Universidad Nacional de La Matanza, Departamento de Derecho Público y Ciencia Política. Director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata (desde 2009). Director de la Diplomatura en Contratos del Estado e Infraestructura Pública en la Universidad Austral. Conferencista en el país y en el extranjero. Autor de numerosos libros y artículos de su especialidad. Ha sido juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1990-1993). Fue vicepresidente, a cargo de la presidencia del Tribunal, y Constituyente Nacional por la provincia de Buenos Aires (desde el 13 de mayo hasta el 24 de agosto 1994). Ha sido ministro de Justicia (1994-1996), vocal titular del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación, Honorable Senado de la Nación (1998-2001) y presidente de la Auditoría General de la Nación (1999-2002). Correo electrónico: rbarra47@gmail.com

Ignacio N. Cofone

Profesor adjunto en McGill University Faculty of Law. Affiliated Fellow en Yale Law School Information Society Project. Correo electrónico: ignacio.cofone@mcgill.ca

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

Mauricio Goldfarb

Abogado especialista en derecho administrativo y doctor en Derecho. Obtuvo el premio Facultad de Derecho al primer promedio de calificaciones entre los egresados de la carrera de Abogacía (1994) y el premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (1996). Es docente por concurso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste. Correo electrónico: estudiogoldfarb@hotmail.com <https://orcid.org/0000-0002-9152-7638>

Thomas E. Kadri

Profesor adjunto en University of Georgia School of Law. Mellon Fellow en Yale Law School. Correo electrónico: tek@uga.edu

Pablo Luis Manili

Abogado, doctor y posdoctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Ha cursado estudios de posgrado en Estados Unidos, Francia, Italia, España y Holanda, entre otros países. Es profesor titular de Derecho Constitucional en grado, posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y profesor invitado de numerosas universidades argentinas y extranjeras. Es subdirector de la carrera de Especialización en Derecho Constitucional de la UBA. Asimismo, es autor y director de 20 libros (individuales y colectivos) y de más de 200 artículos sobre temas de derecho público. Fue designado Personalidad Destacada de las Ciencias Jurídicas por ley de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Correo electrónico: pablo.manili@gmail.com

Carlos I. Massini-Correas

Abogado, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y doctor en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza (Argentina), donde dirige el Instituto de Filosofía Práctica. En el nivel de posgrado, es profesor de los doctorados de la Universidad Austral de Buenos Aires, de la Universidad Panamericana de México y de la Universidad de Los Andes de Santiago de Chile. Se desempeñó como investigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET), como director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y como secretario académico de la Universidad de Mendoza. Tiene publicados 30 libros y más de 200 artículos en América y en Europa sobre temas de filosofía del derecho, filosofía política, ética y bioética. Entre los últimos libros publicados cabe destacar: *Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético* (Rialp, 2019); *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico de John Finnis* (Marcial Pons, 2019) y *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida* (UNAM, 2020). Ha sido Visiting Scholar en las universidades de Münster, París, Navarra, La Coruña, Notre Dame-Indiana, Panamericana de México, De los Andes de Santiago de Chile, entre otras. Correo electrónico: carlos.massini@um.edu.ar

Marcela Sandra Molina

Doctora por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza. Magíster en Derecho Administrativo de la Economía (Universidad Católica de Cuyo). cursó estudios posdoctorales en la Universidad de Salamanca. Es titular de Derecho Público (Constitucional y Administrativo) en la carrera Contador Público de la Universidad Juan Agustín Maza. Es adjunta a cargo de Derecho Público (Constitucional y Administrativo) de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Católica Argentina (sede Mendoza), adjunta de Derecho Administrativo de la Universidad Juan Agustín Maza. Asimismo, es asesora legal en distintas reparticiones públicas nacionales (INV y Universidad Nacional de Cuyo), provinciales (Ministerio de Gobierno y otras) y municipal (Municipalidad de Las Heras).

Correo electrónico: marcsmolina@yahoo.com.ar
<https://orcid.org/0000-0003-3902-4619>

Juan Martín Scarramberg

Abogado y licenciado en Ciencia Política por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho Administrativo Económico por la Universidad Católica Argentina. Empleado del Ministerio Público Fiscal de la Nación. Docente en las facultades de Ciencias Sociales y de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Correo electrónico: juanmartinsca@gmail.com

Gregorio Uriburú

Abogado por la Pontificia Universidad Católica Argentina, graduado con medalla de oro (2017). Premio Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018). Especialista en derecho penal (2020) y maestrando en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Trabaja en el Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Correo electrónico: gregoriouriburu@hotmail.com

Liliana Valencia Ramos

Abogada por la Universidad de La Sabana, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social (Pontificia Universidad Javeriana) y magíster en Derecho de la Empresa y de los Negocios (Universidad de La Sabana). Es docente universitaria, consultora y asesora independiente. En el campo de la consultoría, brinda asesoría empresarial profesional en temas jurídicos laborales, corporativos, societarios, contractuales y comerciales. Actualmente, es asesora en Derecho Laboral, Seguridad Social y Derecho de Empresa para el Consultorio Jurídico de la Universidad de la Sabana. Asimismo, es

Sobre los autores

docente de Cátedra en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y en la Escuela Internacional de Ciencias Económicas y Administrativas (EICEA) (Universidad de la Sabana).
Correo electrónico: livalencia@gmail.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), 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 haciendo constar que previamente no han sido publicadas por ningún medio gráfico o digital, garantizando a la Universidad Austral el derecho a la primera publicación. Asimismo, manifestarán que no han sido cedidos los derechos de autor a cualquier otra institución o persona física y/o jurídica. La licencia de uso se ejercerá conforme a los siguientes términos y condiciones:

USOS PERMITIDOS. El AUTOR, por el solo hecho de enviar su ARTÍCULO, RECENSIÓN, ANÁLISIS, CRÓNICAS O COMENTARIOS para su publicación en la RJA, cede a la UNIVERSIDAD AUSTRAL los derechos de autor en forma no exclusiva, confiriendo 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 de aquellos en el Repositorio Institucional o en otros sitios de confianza que permitan su preservación digital. La UNIVERSIDAD AUSTRAL, por medio del Consejo Editorial, queda también autorizada para realizar las modificaciones formales y técnicas necesarias para el ejercicio de las facultades aquí conferidas, como así también para asignarle a los artículos el destino que les corresponda en la sección que considere adecuada, pudiendo 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, RECENSIÓN, ANÁLISIS, CRÓNICAS O COMENTARIOS enviados y titular de los derechos de autor que aquí se licencian; que sobre estos derechos no se han contraído compromisos ni gravámenes de ninguna especie a favor de terceros que resulten incompatibles con la cesión o que 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 manuscritos 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. El autor, en caso de autorizar la publicación de su obra a otras editoriales o medios de divulgación científica o académica posterior a la primera publicación garantizada, se compromete a exigir que se haga constar que ha sido previamente publicada por la RJA, aclarándose expresamente y por escrito el título, año de publicación, número de volumen, paginación, DOI y demás datos que permitan su identificación.

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. 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 currículum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

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.

Deberán incluir un resumen de entre 200 y 300 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.

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. Asimismo, deberán incluir un resumen en español de entre 100 y 200 palabras y de 4 a 8 palabras clave.

Deberán incluir un resumen en español de entre 100 y 200 palabras y de 4 a 8 palabras clave.

Extensión: hasta 15 páginas (6700 caracteres en total aproximadamente).

Resenciones

Se publicarán resenciones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este.

Extensión: hasta 4 páginas (1800 caracteres en total aproximadamente).

Estilo

Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RJA, que a continuación se detalla:

* 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: ,³

* 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) 7a edición. Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

Citas

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie: (Bianchi, 2005).

Si la cita tiene dos autores, se colocan los dos apellidos: (Marcus y Perry, 1985).

Si la cita tiene tres o más autores, se coloca el primer apellido y "et al.": (Álvarez et al., 2015).

Si la cita es textual y 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 Buergethal (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 Buergethal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene 40 palabras o más, 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)

Si una cita textual extraída de un trabajo publicado en formato digital no tiene identificado el número de página, se debe identificar el número de párrafo:

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. 9)

Las citas textuales en idioma extranjero se ponen 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*. Editorial.

* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.

* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.

Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.

* Capítulo de libro

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). 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). Editorial.

Normas editoriales

- * 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>.
- * Trabajos sin identificación del autor
Título del trabajo. (año). Fuente.
- * 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>.
- * Artículo en periódico sin identificación del autor
Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico, número de página.
Título del artículo. (día, mes, año). Nombre del periódico. <https://www.url.com>.
- * 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. (s.f.). *Nombre de la página*. <https://www.url.com>.
Apellido, N. (s.f.). *Título del artículo*. Nombre de la página. <https://www.url.com>.
Nombre de la página o institución. (s.f.). *Título del artículo*. <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*. Editorial.
Nombre completo de la institución. (año). *Título del informe*. <https://www.url.com>.

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 ratificatorias 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*, 22/05/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).

Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, Nº 154.

Fallos: 329:2316.



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

DERECHO
