



ISSN 2684-057X

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 3. Número 1. Junio de 2022

Buenos Aires

Argentina



ISSN 2684-057X

# Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 3. Número 1. Junio de 2022

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 Pfitrer (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 Soderó (Universidad del Litoral, Argentina)

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

Pablo Luis Manili (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

## **Equipo técnico**

Lucila Scibona (edición, corrección, diagramación)

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

### **Asistentes editoriales**

María Isabel Negre y Claudia Saleme

## **Revista Jurídica Austral**

ISSN 2684-0537

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

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

Tel.: 011-5239-8000

## **Universidad Austral**

Facultad de Derecho

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

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

Buenos Aires, Argentina

# PRESENTACIÓN

“Solo lo que comienza es grande”, afirmaba Heidegger, señalando que, en los momentos iniciales de todo proyecto, en donde todo es posibilidad e ideales a realizar, es más fácil experimentar y vivenciar la grandeza de la obra que se está comenzando. Luego vendrá el tiempo de empezar a concretar lo que se soñó y allí la grandeza del anhelo se entremezcla con las dificultades de la construcción de toda obra humana.

En nuestro proyecto de la Revista Jurídica Austral, queremos desafiar ese aserto heideggeriano. Queremos que no solo haya sido grande, ambicioso, magnánimo ese primer momento de puesta en marcha, sino que lo sea cada una de sus etapas, cada nuevo número que le entregamos a nuestro público.

Contamos, para ello, con los valiosos aportes de nuestros autores, a quienes les pedimos lo mejor de sí en cada artículo que presentan, y también con el esfuerzo de todo el equipo editorial para que esos trabajos brillen en su mejor forma.

Estamos contentos con los frutos que vamos recogiendo en estos primeros cinco números de nuestra Revista. Ellos reflejan algo de lo que pretendemos: ser un referente de calidad en el debate de ideas en Hispanoamérica y a nivel global. Es una meta que queremos alcanzar escalón tras escalón, edición tras edición, que realizamos cada semestre.

En este Volumen 3, Número 1 (año 2022) de la Revista Jurídica Austral, nos acompañan con sus destacados artículos de investigación y recensiones Alberto B. Bianchi, Diego Javier Bauso, Eduardo Magoja, Jaime Rodríguez-Arana, Pasquale Gianniti, Evan Fox-Decent y Evan J. Criddle, Yazmín R. de los Santos, Javier Habib, Mariano Vitetta, Manuel José García-Mansilla, Mariano Palacios, Carlos I. Massini-Correas y Gabriel Gómez Benítez.

Los invitamos a disfrutar de estas magníficas contribuciones académicas.

Buenos Aires, junio de 2022

**Académico Dr. Alfonso Santiago**  
Director

**Mg. Andrés Arla**  
Director ejecutivo



# ÍNDICE

## Artículos de investigación

- 9 El Congreso de los Estados Unidos. Un largo predominio demócrata: 1933-1981  
**Alberto B. Bianchi**
- 119 Sobre dos traducciones de la Constitución de los Estados Unidos atribuidas a Mariano Moreno  
**Diego Javier Bauso**
- 159 La justicia natural y la lealtad al legislador en la teoría de la equidad de Aristóteles  
**Eduardo Magoja**
- 183 Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales  
**Jaime Rodríguez-Arana**
- 215 Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia  
**Pasquale Gianniti**
- 259 La moralidad interna del derecho internacional  
**Evan Fox-Decent - Evan J. Criddle**
- 281 Análisis sobre la naturaleza jurídica de la cláusula de no punibilidad prevista en la Ley 26364 de trata de personas  
**Yazmín Rocío de los Santos**
- 327 El análisis de proporcionalidad y el derecho privado argentino  
**Javier Habib**
- 367 El lenguaje claro en la doctrina jurídica: conveniencia de su aplicación en un supuesto de comunicación entre especialistas  
**Mariano Vitetta**

## Recensiones

- 393 *Control Judicial de la Administración Pública*  
de Héctor A. Mairal  
**Manuel José García-Mansilla**
- 413 *La Cámara de Diputados de la Nación y su reglamento, comentado 1983/2019*  
de Guillermo Carlos Schinelli  
**Mariano Palacios**
- 433 *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones*  
de Rodolfo Luis Vigo  
**Carlos I. Massini-Correas**
- 439 *Lecciones de teoría del derecho. Una visión desde la jurisprudencia constitucional*  
de Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Coord.)  
**Gabriel Gómez Benítez**

**Sobre los autores**

451

**Normas editoriales**

455

# ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

---





# EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. UN LARGO PREDOMINIO DEMÓCRATA: 1933-1981

---

**Alberto B. Bianchi**

Universidad Austral. Universidad Católica Argentina

ab@bgcv.com.ar

**Recibido:** 13/01/2022

**Aprobado:** 04/03/2022

## Resumen

A lo largo de los casi 50 años que corren entre 1933 y 1981, los demócratas tuvieron el predominio en el Congreso. Podrá disputarse si este período puede ser considerado como uno solo o si son varios en realidad, pero lo cierto es que en su transcurso la sociedad norteamericana sufrió transformaciones muy profundas, que sentaron las bases de la que hoy conocemos. Hasta la década de 1930, Estados Unidos era un país que, sin perjuicio de sus divisiones internas, partidarias e ideológicas, era profundamente conservador. El poder político lo ejercía, monóticamente, una mayoría blanca, masculina y protestante, mientras que las mujeres y las minorías étnicas y religiosas tenían una participación marginal. A comienzos de 1980, ello se había revertido significativamente y el Congreso no fue ajeno a estos cambios. Otro dato que debe destacarse es que, a lo largo de este medio siglo, el Congreso norteamericano tuvo que enfrentar, como otras tantas legislaturas, el embate arrollador del *administrative state*, el cual –aunque motorizado por la crisis económica de 1930– estaba en marcha desde antes por impulso de las nuevas doctrinas que reclamaban una mayor intervención estatal en la economía. Nada de ello le hizo perder, sin embargo, su continuidad ni su presencia institucional.

**Palabras clave:** Congreso, Senado, representantes, comisión, *filibuster*, enmienda, sesiones legislativas, *lobby*.

## The United States Congress. A Long Democratic Predominance: 1933-1981

### Abstract

For nearly 50 years, from 1933 to 1981, Democrats held a majority of seats in Congress. One could argue whether that period of time should be regarded as one or several, but the fact remains that, during that time, American society experienced some profound transformations

that established the foundations for that society as it is today. Until the 1930s, despite internal, partisan and ideological divides, the U.S. were profoundly conservative. All political power was in the hands of a white, male, Protestant majority, while women and ethnic and religious minorities had a very small participation. By the early 1980s, that situation had substantially changed, and Congress did not escape those changes. Also, over those 50 years, the U.S. Congress –like many other legislatures- had to deal with the unstoppable onslaught of the administrative state, boosted by the 1930s crisis –even though it had started before that date, as a result of new doctrines that demanded more state intervention in the economy. None of those circumstances, however, caused the U.S. Congress to lose continuity or institutional relevance.

**Key words:** Congress, Senate, representatives, committees, filibuster, amendments, legislative sessions, lobby.

1. Un período largo y complejo .....	11
2. La “Gran Depresión” .....	12
2.1. El inicio de la crisis .....	12
2.2. Las principales medidas legislativas .....	13
2.3. La reacción de la Corte Suprema .....	19
2.4. El “ <i>Court Packing Plan</i> ” y su rechazo en el Senado .....	21
3. La oposición del Congreso a Roosevelt durante su segundo mandato. La “purga” de 1938 .....	23
4. El Congreso durante la Segunda Guerra Mundial .....	26
4.1. Intervencionistas y aislacionistas. La Comisión <i>Nye</i> .....	26
4.2. La Enmienda Ludlow .....	28
4.3. La neutralidad .....	28
4.4. Fin de la neutralidad. Del “ <i>cash and carry</i> ” al “ <i>lend-lease</i> ” .....	31
4.5. La Comisión Truman .....	33
4.6. Los Estados Unidos entran en la Guerra .....	34
4.7. La comisión investigadora del ataque a Pearl Harbor .....	35
5. El equilibrio del poder entre el Ejecutivo y el Congreso a partir de la Segunda Guerra Mundial .....	37
6. Los acuerdos y conflictos entre el Congreso y el Ejecutivo en materia internacional .....	38
7. Líderes demócratas y republicanos de la posguerra .....	41
7.1. En el Senado .....	41
7.2. En el House .....	44
8. La Ley de Reorganización del Congreso de 1946 .....	45
9. Las comisiones de política de los partidos en el Senado .....	48
10. La regulación del <i>lobby</i> .....	49
11. Las reformas de 1949 y 1959 a la Regla de Clausura en el Senado .....	49
12. Margaret Chase Smith .....	51
13. La investigación de actividades antinorteamericanas .....	52
13.1. En el House .....	53
13.2. En el Senado .....	56
14. La recesión de 1958 y sus efectos en el Congreso .....	60
15. Dos casos de corrupción muy conocidos .....	62
15.1. En el House. El caso Powell .....	62
15.2. En el Senado. El caso Baker .....	64
16. Efectos de estos casos. La creación de comisiones de conducta y la adopción de reglas de ética .....	65
16.1. En el Senado .....	66
16.2. En el House .....	67
17. La comisión investigadora del asesinato de Kennedy .....	68

18. Los primeros legisladores de origen asiático ..... 69

19. Dos hechos menores, pero coloridos ..... 70

19.1. The *Ev and Charlie Show* (el Show de Ev y Charlie) ..... 70

19.2. La Batalla de los Octogenarios ..... 71

20. El control judicial del “Gerrymandering” ..... 72

21. El movimiento de los derechos civiles y sus principales leyes ..... 76

22. John Moss y su lucha por la Freedom of Information Act ..... 88

23. La Ley de Reorganización del Congreso de 1970 ..... 89

24. La Enmienda XXVI y sus antecedentes ..... 92

25. La Federal Election Campaign Act de 1971 ..... 93

26. La Equal Rights Amendment de 1972 ..... 94

27. El caso Watergate ..... 95

27.1. El *affaire* de los Pentagon Papers ..... 96

27.2. El espionaje en el Partido Demócrata ..... 97

27.3. La investigación parlamentaria y judicial. El juicio político a Nixon ..... 99

28. El control ambiental ..... 104

29. Algunos hechos relevantes del final de este período ..... 105

29.1. Cambios en el sistema de comisiones ..... 105

29.2. Nuevos líderes en ambas cámaras ..... 107

29.3. Reformas a la Regla de Clausura en el Senado ..... 109

29.4. La creación de la Comisión de Ética en el Senado ..... 110

29.5. La televisación de las sesiones ..... 111

30. Las elecciones de 1980 ..... 111

31. Algunas reflexiones a modo de conclusión ..... 112

## 1. Un período largo y complejo

A lo largo de casi medio siglo, desde el 73° Congreso (1933-1935) hasta el 96° Congreso (1979-1981), el Partido Demócrata, que renació con bríos en medio de la crisis económica de 1930, retuvo la mayoría en ambas cámaras, salvo por dos breves períodos en los que el control fue ejercido por los republicanos.

El cuadro siguiente muestra el predominio legislativo ejercido por los demócratas durante esos años.

Congreso	Mayoría en el Senado	Mayoría en el House
73° (1933-1935)	Demócrata	Demócrata
74° (1935-1937)	Demócrata	Demócrata
75° (1937-1939)	Demócrata	Demócrata
76° (1939-1941)	Demócrata	Demócrata
77° (1941-1943)	Demócrata	Demócrata
78° (1943-1945)	Demócrata	Demócrata
79° (1945-1947)	Demócrata	Demócrata
80° (1947-1949)	Republicana	Republicana

81° (1949-1951)	Demócrata	Demócrata
82° (1951-1953)	Demócrata	Demócrata
83° (1953-1955)	Republicana	Republicana
84° (1955-1957)	Demócrata	Demócrata
85° (1957-1959)	Demócrata	Demócrata
86° (1959-1961)	Demócrata	Demócrata
87° (1961-1963)	Demócrata	Demócrata
88° (1963-1965)	Demócrata	Demócrata
89° (1965-1967)	Demócrata	Demócrata
90° (1967-1969)	Demócrata	Demócrata
91° (1969-1971)	Demócrata	Demócrata
92° (1971-1973)	Demócrata	Demócrata
93° (1973-1975)	Demócrata	Demócrata
94° (1975-1977)	Demócrata	Demócrata
95° (1977-1979)	Demócrata	Demócrata
96° (1979-1981)	Demócrata	Demócrata

Se trata, sin dudas, de un período largo y complejo, en el cual se produjeron hechos centrales en la historia de los Estados Unidos que contribuyeron a formar el perfil actual de la sociedad norteamericana. Basta mencionar la crisis económica de 1930, la Segunda Guerra Mundial, la lucha por los derechos civiles, el asesinato de John F. Kennedy y el caso Watergate para tener una idea de la cantidad de acontecimientos que nutren este medio siglo en el cual el Congreso tuvo un rol preponderante. Todo ello que menciono ahora en una síntesis mínima será descripto en el curso de estas páginas, en las cuales intentaré hacer, al cabo de ellas, un recuento reflexivo a modo de conclusión.

## 2. La “Gran Depresión”

### 2.1. El inicio de la crisis

En marzo de 1929, Herbert Hoover sucedió a Calvin Coolidge en la Presidencia. El optimismo expresado por este último en su postrer mensaje al Congreso<sup>1</sup> no permitía imaginar –al menos en un análisis superficial– lo que ocurriría

1 “Ninguno de los Congresos de los Estados Unidos hasta ahora reunidos para examinar el estado de la Unión –decía el mensaje– se ha encontrado ante una perspectiva tan favorable como la que

menos de un año después. Sin embargo, la orgía especulativa a la que se habían entregado los norteamericanos en los años anteriores tuvo en las finanzas efectos devastadores que irrumpieron en la Bolsa de la Ciudad de New York el jueves 24 de octubre de aquel año y siguieron los días posteriores.<sup>2</sup> A pesar de que muchos creyeron inicialmente que la ola podría ser detenida,<sup>3</sup> lo cierto es que los nefastos efectos del Jueves Negro se prolongaron durante la década posterior, signada por la Gran Depresión.<sup>4</sup> A partir de allí, toda la administración de Hoover –quien no atinó a ponerle remedio a la crisis– quedó ensombrecida por los fantasmas del desempleo y la quiebra masiva de bancos y empresas.<sup>5</sup> El propio presidente vio demolido su prestigio ganado como buen administrador durante la época de la guerra y se convirtió él mismo en el símbolo del desastre,<sup>6</sup> encerrado en su crédito económico-liberal que le impedía adoptar las medidas que recién fueron encaradas por su sucesor.

## 2.2. Las principales medidas legislativas

Hoover, naturalmente, no fue reelecto. La elección de 1932 le dio un amplio triunfo a Franklin Delano Roosevelt,<sup>7</sup> un político pragmático y experimenta-

---

aparece en los actuales momentos. En el terreno doméstico hay tranquilidad y satisfacción... y el más alto récord de años de prosperidad. En el campo exterior hay paz, y esa sinceridad nacida de la comprensión mutua”. El presidente luego les dijo a los legisladores que ellos y el país podían considerar el presente con satisfacción y anticipar el futuro con optimismo. Ver Galbraith (1992, p. 30).

- 2 Según explica Galbraith (1992, p. 133), el peor día de la crisis fue el martes 29. Lo califica como la jornada más devastadora de la historia de la Bolsa de New York.
- 3 El propio Hoover alentó esta creencia diciendo que la crisis sería superada en 60 días (*The New York Times*, 8 de marzo de 1930, como se citó en De Gregorio, 2013, p. 473).
- 4 Dice Galbraith (1992): “Luego del Gran Crac vino la Gran Depresión, que duró –con cambiante severidad– diez años. En 1933 el Producto Bruto Nacional (producción total de la economía) fue aproximadamente una tercera parte inferior al de 1929. Recién en 1937 el volumen físico de la producción alcanzó los niveles de 1929; pero inmediatamente volvieron a retroceder. Hasta 1941 el valor de la producción en dólares fue menor que el de 1929. Entre 1930 y 1940 solo en una ocasión –1937– bajó durante el año de ocho millones el número de desocupados. En 1933 había en Estados Unidos casi trece millones de trabajadores sin empleo, es decir, uno por cada cuatro del total de la fuerza de trabajo del país. En 1938 una persona de cada cinco seguía todavía sin empleo” (p. 186).
- 5 En la primavera de 1930 había cuatro millones de desempleados, cifra que se triplicó en 1933, el peor año de la Depresión, en el que se registró una tasa de desempleo del 25%.
- 6 Los miles de desempleados que se vieron forzados abandonar sus hogares pasaron a vivir precariamente en viviendas de cartón y hojalata a las que se llamó *Hoovervilles*.
- 7 En votos populares, Roosevelt obtuvo un 57,4% contra 39,7% de Hoover. En el colegio electoral la victoria fue mayor aún. Roosevelt obtuvo allí 472 electores y Hoover tan solo 59, provenientes de Connecticut, Pennsylvania, New Hampshire, Vermont y Rhode Island.

do<sup>8</sup> decidido a enfrentar la crisis desde el primer día de lo que fue un largo gobierno.<sup>9</sup> Desarrolló para ello un vasto programa de reformas basadas en la intervención estatal en la economía –el New Deal– que no dejó rincón alguno por atacar. Entre 1933 y 1935 fueron dictadas una gran cantidad de leyes que cambiaron profundamente el rol del Estado e influyeron en su actividad muchas décadas después de superada la crisis.<sup>10</sup>

Merced a su amplio apoyo electoral y a la gravedad de la crisis económica reinante, Roosevelt no tuvo grandes dificultades para obtener del Congreso la sanción de la legislación que necesitaba. Ya en medio de la campaña presidencial había dicho que esperaba un apoyo legislativo pleno a sus iniciativas, que se basaban en el otorgamiento de amplios poderes para regular todos los campos de la economía. El 9 de marzo de 1933, al comenzar el 73° Congreso (1933-1935), fue convocada una sesión especial y, en los siguientes cien días,<sup>11</sup> fueron sancionadas con velocidad asombrosa<sup>12</sup> una serie de leyes que estructuraron el

- 
- 8 Había sido senador por New York (1911-1913), secretario adjunto de la Marina (1913-1920) y gobernador de New York (1929-1933). Durante su administración como gobernador de New York Roosevelt cimentó su reputación progresista gracias a su apoyo a los empobrecidos agricultores del norte. Cuando comenzó la Gran Depresión intentó extender la protección del Gobierno del estado a la población urbana a través de la Temporary Emergency Relief Administration (Administración de Ayuda para Emergencias Temporales). Cuando la Depresión se agudizó, reunió al denominado Brain Trust (un grupo de profesores de la Universidad de Columbia) para elaborar un programa global que diseñara soluciones para la crisis económica iniciada en 1929. Luego ganó la nominación del Partido Demócrata a la presidencia para competir con Hoover en las elecciones de 1932.
  - 9 Franklin Delano Roosevelt, 32° presidente de los Estados Unidos, ha sido el único elegido cuatro veces consecutivas (1933-1937; 1937-1941, 1941-1945 y 1945). Su último mandato quedó trunco a poco de iniciado por su fallecimiento, ocurrido el 12 de abril de ese año. Hasta ese momento, la Constitución no prohibía una reelección indefinida, pero una costumbre cumplida invariablemente desde George Washington invitaba a los presidentes a retirarse luego del segundo mandato. F. D. Roosevelt fue el único presidente que –ayudado por circunstancias excepcionales– alteró esa saludable práctica. La Enmienda XXII, ratificada en 1951 bajo la presidencia de Harry S. Truman, convirtió en norma constitucional lo que hasta ese momento era solo una tradición. Son muchos los trabajos biográficos sobre F. D. Roosevelt, el más importante es el de Friedel (1952-1973).
  - 10 Son numerosos los estudios que se han hecho sobre el New Deal. Sin pretender agotar la nómina, puede verse Conkin (1967), Leuchtenburg (1963), McElvaine (1984), Schlesinger (1959).
  - 11 Los Cien Días (Hundred Days) fue una marca registrada del primer Gobierno de Roosevelt. Es el período que corre entre el 9 de marzo y el 1 de junio de 1933, durante el cual fueron sancionadas casi 80 leyes, muchas de las cuales le dieron forma al New Deal. El propio Roosevelt acuñó esta denominación en un mensaje radial que dio el 24 de julio de ese año. Ver Alter (2007).
  - 12 El 9 de marzo, primer día de la sesión especial, el House sancionó, en 38 minutos, una ley de feriado bancario (Emergency Banking Act; 48 Statutes at Large 1) que todavía no había sido impresa y el Senado, ese mismo día, la aprobó en poco más de dos horas. Al día siguiente fue sancionada la Economy Act, 48 Statutes at Large 8, que –ente otras medidas– redujo los salarios de los empleados públicos.

programa de gobierno sin que se formulara una oposición a estas capaz de impedir las, salvo algunas voces solitarias a las que haré mención más abajo. Este apoyo, sin convertirse en una sumisión incondicional, continuó a lo largo de todo el primer mandato presidencial de Roosevelt hasta comienzos de 1937.

Una de las piezas clave del New Deal fue la National Industry Recovery Act (Ley de Recuperación de la Industria Nacional)<sup>13</sup> –más conocida por sus siglas: NIRA–, que integró el paquete de medidas sancionadas durante los primeros cien días de la administración de Roosevelt.<sup>14</sup> La NIRA fue una típica ley de emergencia,<sup>15</sup> tendiente a atacar la crisis en dos aspectos: (i) la recuperación de la actividad industrial en todos los campos; y (ii) el combate del desempleo a través de la creación de puestos de trabajo, para lo cual se le transferían amplios poderes al presidente, quien tendría amplia injerencia en la planificación y control de la producción.<sup>16</sup> Su contenido generó fuertes reparos en algunos

---

13 48 Statutes at Large 195.

14 Roosevelt sometió el proyecto de ley al Congreso el 17 de mayo de 1933 con un mensaje especial. Pidió que el Congreso proveyera la maquinaria necesaria para un gran movimiento cooperativo en toda la industria a fin de promover el reemplazo, acortar las horas de trabajo y mejorar los salarios, y para evitar la competencia desleal y una desastrosa superproducción. Las leyes contra los *trusts* debían mantenerse como una seguridad permanente para que los viejos males de la competencia desleal no se repitieran. Pero el interés público sería satisfecho, dijo, si con la autoridad y bajo las directivas del Gobierno se permitiera a las industrias privadas hacer tratativas y códigos que garantizaran una competencia leal.

15 “Section 1. A national emergency productive of widespread unemployment and disorganization of industry, which burdens interstate and foreign commerce, affects the public welfare, and undermines the standards of living of the American people, is hereby declared to exist. It is hereby declared to be the policy of Congress to remove obstructions to the free flow of interstate and foreign commerce which tend to diminish the amount thereof; and to provide for the general welfare by promoting the organization of industry for the purpose of cooperative action among trade groups, to induce and maintain united action of labor and management under adequate governmental sanctions and supervision, to eliminate unfair competitive practices, to promote the fullest possible utilization of the present productive capacity of industries, to avoid undue restriction of production (except as may be temporarily required), to increase the consumption of Industrial and agricultural products by increasing purchasing power, to reduce and relieve unemployment, to improve standards of labor, and otherwise to rehabilitate industry and to conserve natural resources”.

16 La ley le otorgaba al Ejecutivo amplio poder para crear órganos y delegarles funciones para el control de la industria. La sección 3 autorizaba el dictado de códigos de competencia leal, los que podían ser dictados por asociaciones comerciales e industriales para ser luego sometidos al Ejecutivo para su aprobación y se convertían así en normas reglamentarias. Bajo la NIRA se dictaron aproximadamente 750 Códigos de Competencia Leal, que regularon aproximadamente 500 actividades comerciales diferentes, cubriendo un total de 20 millones de trabajadores. Cualquier violación a estas normas debía considerarse un método desleal de competencia en el comercio de acuerdo con la ley de creación de la Federal Trade Commission (FTC). Este punto generó en el Congreso una gran discusión, pues se temía que la aprobación de estos Códigos derogara de hecho toda la legislación antimonopólica que tanto trabajo había costado imponer



conservadores intransigentes, siendo James M. Beck, un antiguo político republicano,<sup>17</sup> uno de sus principales portavoces.<sup>18</sup> La escasa resistencia legislativa, sin embargo, fue compensada –como veremos– en la fuerte resistencia que tuvo esta ley en la Corte Suprema. El proyecto, no obstante, fue aprobado muy velozmente en el Congreso –sin modificaciones sustanciales– entre mayo y junio de 1933<sup>19</sup> y la ley fue promulgada inmediatamente.<sup>20</sup>

La segunda gran pieza legislativa del New Deal fue la Agricultural Adjustment Act (Ley de Ajuste de la Agricultura),<sup>21</sup> cuyo proyecto fue enviado al Congreso el 16 de marzo de 1933, donde fue caracterizada como “la legislación agraria más drástica y de más largo alcance jamás propuesta en tiempos de

---

desde la sanción de la Sherman Act en 1890. No obstante, la presión ejercida por Roosevelt y la fuerza de la crisis vencieron las resistencias legislativas al proyecto. Asimismo, para la puesta en práctica de la NIRA, Roosevelt creó por decreto dos organismos: la llamada Administración para la Recuperación Nacional (National Recovery Administration), que se ocuparía de todo lo relativo al control industrial, y la Administración de Obras Públicas (Public Works Administration), que ejecutaría el programa de obras públicas previsto en la misma ley. Acerca de la National Recovery Administration pueden verse Dearing (1934), Lyon (1935) y Roos (1937).

- 17 Había nacido en 1861 y, por ese entonces, era representante por Pennsylvania. Antes de ello, bajo el Gobierno de Harding, había sido Solicitor General.
- 18 James M. Beck sostuvo: “... no veo la posibilidad de que maestros arquitectos sean capaces hoy de reconstruir, sobre las viejas bases de la Constitución, una nueva Constitución con la misma sabiduría de los maestros constructores de 1787, sin embargo el trust de cerebros está trabajando incesantemente, socavando nuestra Constitución, para usar la expresión de [George] Washington. Trabajan silenciosamente, pero no por eso menos efectivamente. En esta construcción de una nueva forma de gobierno –ahora en ejecución– el profesor Moley toma el lugar de George Washington y el profesor Tugwell de Hamilton, y el profesor Berle el de James Wilson y los viejos arquitectos deben rendirse a estos arquitectos que, recién salidos de los claustros académicos de la Universidad de Columbia y con la inspiración adicional que todos han adquirido en Moscú, están ahora intentando construir sobre las ruinas de la vieja Constitución una nueva Constitución en la cual, como en el viejo Reich Alemán, este Congreso será solamente un cuerpo deliberativo y el Ejecutivo el dueño de los destinos del pueblo norteamericano” (como se citó en Swisher, 1943, p. 893).
- 19 Fue introducido en el House por Robert L. Doughton, de North Carolina, el 17 de mayo; pasó inmediatamente a la Comisión de Presupuesto y fue remitido al pleno el 26 de mayo. Pasó al Senado el 9 de junio, fue aprobado por el *joint conference committee* al día siguiente, el House dio su visto bueno ese mismo día y en el Senado fue aprobado el 13 de junio.
- 20 Roosevelt la promulgó el 16 de junio 1933 con palabras de alabanza. “La historia –predijo– probablemente registrará la ley de Recuperación de la Industria Nacional como la legislación más importante y de mayor alcance jamás aprobada por el Congreso norteamericano. Representa un esfuerzo supremo para estabilizar para todo momento los numerosos factores que contribuyen a la prosperidad de la nación y a la conservación de los estándares norteamericanos”. Declaró, además, que su meta era la seguridad de una ganancia razonable para la industria y salarios suficientes para el trabajo con la eliminación de los métodos y prácticas tiránicas que no solo habían arrasado el comercio, sino también contribuido a los males del trabajo. Véase *Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt* (1928-1936, p. 246).
- 21 48 Statutes at Large 31.

paz”.<sup>22</sup> Su propósito era restringir la producción y eliminar los excedentes para elevar el precio de los productos, devolver el poder adquisitivo a los agricultores y beneficiar, indirectamente, a sus proveedores.<sup>23</sup> Esta ley –que también le otorgaba amplias facultades al Ejecutivo–<sup>24</sup> fue sancionada el 12 de mayo de 1933, con la fuerte oposición de James M. Beck, que en esta ocasión comparó a Roosevelt con Hitler.<sup>25</sup>

Además de estas dos leyes, que constituían el núcleo del New Deal, fueron sancionadas otras, también importantes, en materia laboral,<sup>26</sup> de seguridad so-

---

22 *Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt* (1928-1936, p. 79, nota al pie 2019).

23 El secretario de Agricultura Henry A. Wallace había reunido a los representantes de las organizaciones y cooperativas agrícolas para discutir planes de legislación agraria. Una parte importante del proyecto aprobado era el llamado “plan de repartición doméstica”, que suplía la reducción del número de acres plantados para consumo doméstico, dándole a cada productor el derecho a plantar solo un cierto porcentaje del número de acres hasta entonces cultivado con el cereal en cuestión. La observancia forzosa de esta restricción se iba a lograr mediante pagos al contado por el número de acres quitados a la producción. El dinero del que se iban a derivar estos pagos debía ser reunido por el Gobierno por medio de gravámenes impuestos a los procesos industriales de los productos cultivados, como por ejemplo un impuesto a la molienda del trigo. Para entender el origen de este plan, ver Black (1929), esp. capítulo X.

24 La ejecución de la ley fue encomendada a un organismo, llamado Administración del Ajuste Agrícola (Agricultural Adjustment Administration), creado en la jurisdicción del Departamento de Agricultura. Por medio de este órgano, con poderes y derechos conferidos en términos amplios, el secretario de Agricultura intentó –por primera vez en la historia norteamericana– ponerle límite al total de la producción agrícola de productos básicos. Véase Gaus y Wolcott (1940, cap. IV).

25 En opinión de Beck, el Gobierno federal no tenía poder de control sobre la agricultura, excepto en lo que respecta al transporte interestatal de productos agrícolas, al comercio exterior o a la imposición legítima. “Opino –decía– que de todas las herejías condenables que han sido alguna vez sugeridas en relación con la Constitución, la doctrina de emergencia es la peor” (como se citó en Swisher, 1943, p. 884).

26 En julio de 1935 fue sancionada la National Labor Relations Act (49 Statutes at Large 449), llamada también Wagner Act, que dispuso la creación del National Labor Relations Board (NLRB) y ratificó la tendencia política de las dos leyes anteriores en punto a los derechos colectivos de los trabajadores. En 1936 se sancionó la Walsh-Healey Act (49 Statutes at Large 2036), que imponía condiciones de trabajo para todos los productores que contrataran con el Gobierno federal por sumas superiores a los diez mil dólares. El 24 de mayo de 1937, Roosevelt inició una campaña para obtener una legislación más amplia y fueron presentados sendos proyectos en el Senado y en el House para desarrollar su programa. En el Senado fue presentado por Hugo Black, de Alabama, que luego sería juez de la Corte Suprema, y en el House por William P. Connery, de Massachusetts. La defensa en el Congreso a la restricción al trabajo de los menores estuvo a cargo del entonces asistente del *Attorney General*, Robert H. Jackson, que luego también integraría el Tribunal. En su mensaje anual de enero de 1938, Roosevelt insistió en la sanción de la medida propuesta y, en junio de ese año, fue sancionada la Fair Labor Standards Act (52 Statutes at Large 1060), que logró la consecución de estos propósitos. En 1941, esta ley fue convalidada por la Corte Suprema en *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), y en *Opp Cotton Mills v. Administrator*, 312 U.S. 126 (1941).

cial,<sup>27</sup> monetaria<sup>28</sup> y bursátil.<sup>29</sup> Fue llevado a cabo, asimismo, un amplio programa de obras públicas, movilizador de la economía.<sup>30</sup>

- 
- 27 Íntimamente relacionado con la mejora de las condiciones de empleo estaba el problema de los desocupados. Como respuesta al problema, Roosevelt pidió que el Gobierno federal empadronara a los trabajadores desocupados y organizó un amplio programa de obras públicas como medio para crear fuentes de trabajo. Obtuvo, asimismo, en 1933, facultades para instalar un cuerpo de conservación formado por civiles (Civilian Conservation Corps), por medio del cual se reunieron miles de jóvenes desocupados y se los puso a trabajar en diferentes actividades relativas a la prevención de la erosión del suelo, el control de las inundaciones y para mejorar en general las condiciones de los bosques nacionales. Asimismo, en enero de 1935, sometió al Congreso un proyecto de seguridad social, que fue convertido en la Social Security Act en agosto de ese año (49 Statutes at Large 620). La ley, que fue la base de los modernos sistemas de seguridad social, disponía un extenso plan de aportes federales para la seguridad social en los estados.
- 28 En materia monetaria se abandonó el patrón oro. En lo atinente al cambio interno, ello había sido decidido el mismo 9 de marzo de 1933 por la ley de reforma en el sistema bancario que había autorizado al secretario del Tesoro para requerir la entrega al Gobierno del oro y de los certificados de oro que habían sido retirados de los bancos. En el comercio exterior la decisión fue tomada el 19 de abril de ese año. El Ejecutivo fue autorizado, asimismo, a ampliar el crédito para operaciones en el mercado libre conducidas por medio de la Reserva Federal, y si tales operaciones demostraban ser inadecuadas, estaba autorizado a emitir hasta tres billones de dólares en billetes norteamericanos. Más tarde se sancionó una nueva ley con el objeto de proveer base legislativa a la negativa de pagar en oro y exigir a los particulares la entrega del oro al Gobierno, de modo que los contratos privados que exigieran pago en oro no pudieran ser cumplidos en esa parte. La Ley establecía las monedas corrientes que debían tener curso legal y requería su aceptación en pago de deudas, aunque los contratos exigieran pago en oro.
- 29 También era preciso controlar la actividad bursátil. A tal fin, el 29 de marzo de 1933, Roosevelt instó al Congreso a sancionar una ley que autorizara la supervisión del mercado de valores en el comercio interestatal, sosteniendo que un gran número de individuos lucraban todavía a merced del libertinaje comercial que había provocado la crisis. Este proyecto, que inicialmente ponía el control en la Federal Trade Commission (FTC), fue aprobado y se sancionó la Securities Act of 1933 (48 Statutes at Large 74), a pesar de los fuertes intereses que se oponían a ser regulados por ella. Al año siguiente fue sancionada Securities Exchange Act (48 Statutes at Large 881; 15 USC § 78), que introdujo modificaciones en la anterior y se creó la Securities and Exchange Commission (SEC), encargada específicamente de la tarea de controlar la emisión de títulos. Ver Williams (1999, pp. 1197-1306). En 1935, fue ampliada su competencia por la Public Utility Holding Company Act (49 Statutes at Large 803), que la autorizó a controlar la oferta pública de las compañías *holding* de gas y electricidad.
- 30 Dentro de este movimiento, en 1933 fue creada la Tennessee Valley Authority (TVA), por medio de la ley del 18 de mayo de 1933 (48 Statutes at Large 58), como ente regulador del sistema eléctrico del valle del río Tennessee. Con ello se intentaba atacar los problemas que afectaban esa vasta zona económicamente deprimida. Fue así que la TVA emprendió la construcción de represas y de plantas generadoras de electricidad. Ejerció el control sobre la distribución de electricidad en la cuenca del río, tomó a su cargo el control de las crecientes, la prevención de la erosión, la reforestación y el desarrollo de las zonas de parques, se ocupó de la eliminación del uso agrícola de tierras marginales y de la distribución y diversificación de la industria. El proyecto del Valle de Tennessee fue considerado por muchos como un experimento útil para determinar la practicidad del establecimiento de autoridades regionales similares en otros lugares del país.

### 2.3. La reacción de la Corte Suprema

Si bien el New Deal no tuvo gran oposición en el Congreso, el mayor contra-tiempo de Roosevelt en la implementación de su programa de gobierno se originó en la Corte Suprema,<sup>31</sup> que por entonces tenía una mayoría conservadora, tenazmente contraria a la intervención del Estado en la economía.<sup>32</sup>

Inicialmente, los jueces Hughes y Roberts hicieron mayoría con el ala liberal para admitir las regulaciones económicas. Entre los casos más notables cabe citar *Home Building and Loan Association v. Blaisdell*,<sup>33</sup> en el que se había planteado la inconstitucionalidad de una ley una ley de Minnesota de 1933, la cual había dispuesto una moratoria hipotecaria, y *Nebbia v. New York*,<sup>34</sup> caso en el cual se discutía la constitucionalidad de una ley de ese estado que creaba una comisión reguladora del comercio de la leche. También –con igual mayoría– la Corte fue favorable al Gobierno en los casos vinculados con la eliminación de la obligación del pago en oro a los titulares de bonos, reemplazándolo por el pago en moneda devaluada, con el propósito de preservar las reservas en metálico.<sup>35</sup> Fueron tres casos resueltos el 18 de febrero de 1935 por el voto de Hughes, denominados

---

31 Son muchas las obras que se han escrito acerca de la lucha entre Roosevelt y la Corte. Entre ellas menciono a Baker (1967). Asimismo, un análisis detenido de algunos de los casos más célebres puede verse en Irons (1982). El caso ha despertado interés también fuera de los Estados Unidos. Entre los autores franceses, véase Pinto (1938).

32 Hacia 1932, cuando Hoover finalizó su malograda presidencia, la Corte tenía dos alas claramente enfrentadas: la conservadora y la liberal, esta última en minoría, pese a que, desde 1930, se habían producido algunos cambios en la conformación de la década anterior. El *Chief Justice* Taft había fallecido en 1930 y en su reemplazo Hoover designó inmediatamente a Charles Evans Hughes, quien ocupaba esta segunda vez el sillón central. Hughes había sido juez del Tribunal entre 1910 y 1916. Más moderado que Taft, el nuevo *Chief Justice* no dejaba de ser un conservador. También en 1930 había fallecido Edward Sanford, que fue reemplazado por Owen Josephus Roberts, otro conservador moderado también, oriundo de Pennsylvania, cuyos vaivenes en las decisiones hacían impredecible su posición frente a cada caso. Finalmente, en 1932, se había retirado Holmes, quien luego de 30 años de servicio –y con 90 años cumplidos– pasó a la posteridad convertido en uno de los iconos de la lucha contra el conservadorismo de la etapa anterior. Su reemplazante debía equipararlo en condiciones intelectuales y la elección recayó entonces en otro de los célebres *liberals* de ese momento, Benjamin Nathan Cardozo, tercera y última de las designaciones de Hoover en el Tribunal. Así, en la derecha del Tribunal militaban los denominados *horsemen*, es decir, Willis Van Devanter, James C. McReynolds, George Sutherland y Pierce Butler, francamente opositores de Roosevelt. De otro lado, el sector liberal estaba integrado por Louis Brandeis, Harlan Fiske Stone y Cardozo, dispuestos a apoyar las medidas económicas. En el medio, Hughes y Roberts intentaban equilibrar las posiciones.

33 290 U.S. 398 (1934).

34 291 U.S. 502 (1934).

35 La situación era dramática. Cuando estos casos fueron resueltos, la emisión en bonos alcanzaba una suma de 100 mil millones de dólares y las reservas en oro solo alcanzaban a 8 mil millones, lo que hacía imposible el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Gobierno. Vid. Bates (1982, p. 296).

*Gold Clause Cases*.<sup>36</sup> El primero de ellos, *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*,<sup>37</sup> se relacionaba con deuda privada, en tanto que en los otros dos, *Nortz v. United States*<sup>38</sup> y *Perry v. United States*,<sup>39</sup> se trataba de deuda pública nacional.

Pero esta convivencia armónica entre Roosevelt y la Corte se quebró en dos célebres casos que crearon una gran preocupación, pues se relacionaban directamente con las leyes centrales del New Deal, atacándolas en la estructura misma de las delegaciones de facultades otorgadas por el Congreso al Ejecutivo. El primero de ellos fue *Panama Refining Co. v. Ryan*,<sup>40</sup> conocido como el caso del *hot oil* (petróleo caliente), en el que toda la Corte, con excepción de Cardozo, votó en contra de una de las disposiciones de la NIRA. Esta ley había delegado en el Ejecutivo facultades para imponer restricciones al comercio interestatal del petróleo con el objeto de controlar la sobreproducción y evitar la caída de los precios.<sup>41</sup> La Corte –a través del voto del *Chief Justice* Hughes– declaró la inconstitucionalidad de la ley y del Código del Petróleo sancionado en su consecuencia, afirmando que el Congreso había producido una delegación de facultades excesiva, contraria a la separación de poderes. Inmediatamente después del rechazo constitucional del Código del Petróleo, el Congreso sancionó una ley que vino a reemplazarlo (Connally Hot Oil Act).

El segundo caso –que resultó más demoledor aún para el Gobierno– fue *A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*,<sup>42</sup> liderado también por el voto de Hughes. Se cuestionaba aquí la autoridad presidencial –delegada por la sección 3 de la NIRA– para dictar el llamado Código de las Aves Vivas, que regulaba los estándares de competencia para la comercialización de las aves de corral en el área metropolitana y en el distrito de New York.<sup>43</sup> En este segundo caso, Hughes insistió en su crítica a la ley con fundamento en la delegación legislativa. En esta ocasión, ni siquiera Cardozo hizo causa común con el Gobierno, si bien votó separadamente para conciliar esta posición con la que asumiera pocos meses antes

---

36 Un buen resumen de trabajos publicados con ocasión de estos casos puede verse en Holzer (1980).

37 294 U.S. 240 (1935).

38 294 U.S. 317 (1935).

39 294 U.S. 330 (1930).

40 293 U.S. 388 (1935).

41 La sección 9c había autorizado al presidente a prohibir el transporte interestatal de petróleo producido en exceso del monto permitido por los estados. Precisamente el “petróleo caliente” era el producido en exceso.

42 295 U.S. 495 (1935).

43 Los demandados, un matadero kosher de New York, habían sido multados por violación a las normas del Código de las Aves Vivas sobre competencia leal en materia laboral y comercial del citado Código.

en *Panama Refining*. Ambos casos ponen de manifiesto el enfrentamiento entre el Gobierno y la Corte, el cual se hace más evidente aún si se tiene en cuenta que, tradicionalmente, el Tribunal había sido sumamente tolerante con la delegación legislativa, a punto tal que nunca, hasta ese momento, había declarado la inconstitucionalidad de una ley por excesos en la delegación.<sup>44</sup>

Sin detenerse allí, ese mismo día,<sup>45</sup> la Corte produjo otra decisión también negativa a los intereses de Roosevelt en *Humphrey's Executor v. United States*,<sup>46</sup> al establecer que el poder de remoción del presidente sobre los miembros de la FTC no era absoluto.<sup>47</sup> La tarea opositora de la Corte se manifestó también en *Louisville Joint Stock Land Band v. Radford*,<sup>48</sup> al declarar la inconstitucionalidad de la Frazier-Lemke Farm Mortgage Act de 1934,<sup>49</sup> afirmando que permitía la expropiación de la propiedad sin una justa compensación, y en *United States v. Butler*,<sup>50</sup> en el que, con un voto muy confuso de Roberts,<sup>51</sup> la Corte puso en jaque a la Agricultural Adjustment Act por invadir poderes locales con los incentivos y subsidios otorgados a los agricultores. Igual suerte corrió en *Carter v. Carter Coal Co.*<sup>52</sup> la Bituminous Coal Conservation Act of 1935,<sup>53</sup> que había regulado salarios mínimos y jornadas máximas de trabajo en las minas de carbón.<sup>54</sup>

## 2.4. El Court Packing Plan y su rechazo en el Senado

Frente a estas derrotas judiciales y fortalecido políticamente luego de su reelección en 1936, en la cual obtuvo un triunfo abrumador,<sup>55</sup> Roosevelt decidió

44 Para una explicación más amplia de esta cuestión me remito a Bianchi (1994, p. 379).

45 En los anales de la Corte se lo recuerda como el “Lunes Negro”, 27 de mayo de 1935.

46 295 U.S. 602 (1935).

47 William E. Humphrey había sido designado en el *board* de la FTC por Calvin Coolidge, obteniendo luego un segundo nombramiento de Hoover. Roosevelt deseaba removerlo para poner en su lugar a un hombre de su partido, pero Humphrey se resistió invocando que su designación por siete años era fija. La Corte le dio la razón. Sostuvo el Tribunal que el presidente no podía remover a los miembros de la FTC –que constituía un cuerpo independiente– sin justa causa, la que no existía en el caso de Humphrey.

48 295 U.S. 555 (1935).

49 48 Statutes at Large 1289.

50 297 U.S. 1 (1936).

51 Votaron en disidencia Stone, Brandeis y Cardozo.

52 298 U.S. 238 (1936).

53 49 Statutes at Large 991.

54 La Corte declaró inválida la ley por considerar que regulaba materias reservadas a los poderes locales.

55 Roosevelt obtuvo el 60,8% del voto popular, contra tan solo el 36,5% de Alfred M. Landon, su

reformular el tribunal de los “nueve ancianos” (*the nine old men*), como se le decía despectivamente a esa Corte, con miras a designar en ella nuevos magistrados que fueran favorables al New Deal.<sup>56</sup> Tal vez si en ese momento hubiera advertido que una reforma en el sistema jubilatorio de los jueces era una solución mucho menos conflictiva que le habría permitido, probablemente, la concreción de los mismos objetivos sin producirle desgaste político alguno, Roosevelt no habría encarado el cuestionable proyecto que, finalmente, fracasó; sin embargo, a comienzos de 1937, cuando este fue elaborado, ello no fue tomado en cuenta.<sup>57</sup>

El Judicial Procedures Reform Bill of 1937 o Court Packing Plan, como fue denominado en su momento,<sup>58</sup> pretendía ser un sistema integral de reformas de la justicia federal, pero era claro que estaba dirigido directamente a la Corte. En lo esencial, permitía la designación de un nuevo juez federal por cada uno de los existentes que habían ocupado el cargo por espacio de 10 años o más y no se hubieran retirado dentro de los 6 meses de haber cumplido 70 años.<sup>59</sup> Ese nuevo juez sería designado en el tribunal donde se desempeñaba cada uno de los magistrados que se hallaran en la situación descripta. En lo que a la Corte interesaba, ello le habría permitido a Roosevelt designar allí 6 nuevos jueces, elevando su número a 15.

Roosevelt anunció el Plan en marzo de 1937, a comienzos del 75° Congreso (1937-1939), y lo difundió en una de sus célebres *fireside chats*, las emisiones

---

oponente republicano. En el colegio electoral la diferencia fue de 523-8.

56 Un estudio detallado de este conflicto y del Court Packing puede verse en McKenna (2002). Ver también Cushman (2019-2020).

57 El gran problema que hasta entonces enfrentaban los jueces retirados era que sus haberes jubilatorios eran magros, de modo tal que permanecían en el Tribunal hasta avanzada edad sin ánimo de retirarse. La situación cambió en 1937 cuando el Congreso sancionó la Supreme Court Retirement Act of 1937, más benévola para los magistrados del Tribunal, la cual, una vez sancionada, facilitó rápidamente varias renunciaciones en el Tribunal de los “nueve ancianos”. A partir de allí, comenzaron a producirse una serie de vacantes –algunas de ellas producidas también por el fallecimiento de algunos jueces– que le dieron a Roosevelt la oportunidad de nombrar en total ocho jueces en el Tribunal y designar *Chief Justice* a Harlan F. Stone, lo que le permitió ser, después de Washington, el presidente que más nombramientos ha efectuado hasta el presente.

58 Esta designación se le atribuye a Edward Rumely, uno de los fundadores del National Committee to Uphold Constitutional Government, una institución opositora a Roosevelt y sus políticas.

59 Por aquellos años, la edad de los jueces de la Corte era elevada como consecuencia de que carecían de un sistema jubilatorio adecuado y preferían no retirarse aun cuando tuvieran edad suficiente para hacerlo. De hecho, cuando Roosevelt finalmente entendió el problema y fue sancionada en marzo de 1937 la ley de jubilaciones para los jueces de la Corte (Supreme Court Retirement Act), que les permitió a aquellos percibir una pensión, se produjo inmediatamente el retiro de Willis Van Devanter, que tenía 70 años. Roosevelt tuvo así la primera oportunidad de hacer su primera designación en el Tribunal.

radiales vespertinas con las que se dirigía frecuentemente al pueblo norteamericano. Si bien el proyecto debería haber sido tratado en el House, como cámara de origen, Roosevelt cometió el error de no consultarlo antes con los líderes del partido, de modo que se encontró con la fuerte resistencia de Hatton W. Sumners, de Texas, presidente del Judiciary Committee del House. El proyecto fue entonces enviado al Senado, donde el encargado de impulsarlo fue Joseph Taylor Robinson, de Arkansas, líder de la mayoría demócrata, pero la iniciativa encontró un oponente, dentro de los propios demócratas, en Henry F. Ashurst, de Arizona, presidente del Judiciary Committee del Senado, quien demoró el tratamiento del proyecto por varios meses. Finalmente, en junio de 1937, la comisión elaboró un informe rechazando el proyecto por 10-8 votos. Cuando fue enviado al recinto el 2 de julio, Robinson tomó a su cargo la defensa de la iniciativa, pero la suerte no estaba del lado del Court Packing. Robinson falleció de un ataque al corazón el 14 de julio y Roosevelt cometió otro error al no asistir a su funeral, enviando en su reemplazo a John Nance Garner, su vicepresidente, lo que enojó aún más a los senadores demócratas.<sup>60</sup> El 22 de julio, por un voto de 70-20, el Senado decidió enviarlo nuevamente a comisión y, una semana después, a pedido de Alben W. Barkley, de Kentucky, el nuevo líder de la mayoría, se introdujeron reformas en el proyecto que no incluían la designación de nuevos jueces. Este nuevo proyecto fue sancionado y Roosevelt lo promulgó el 26 de agosto.

Lo que había comenzado como una batalla entre Roosevelt y la Corte terminó convirtiéndose en un conflicto de aquel con su propio partido, que tuvo influencias negativas en la elección legislativa de 1938, en la que los demócratas perdieron bancas en ambas cámaras.<sup>61</sup>

### **3. La oposición del Congreso a Roosevelt durante su segundo mandato. La “purga” de 1938**

Asistido en parte por John Nance Garner, su vicepresidente y político experimentado,<sup>62</sup> Roosevelt, como vimos, no encontró gran oposición en el Senado

60 Otro contratiempo para el proyecto fue que, en mayo de 1937, el juez Willis Van Devanter anunció su retiro de la Corte acogiéndose a la nueva ley jubilaria sancionada en marzo. Si bien ello le daba a Roosevelt la oportunidad de designar un nuevo juez, le quitaba, al mismo tiempo, fuerza a su reforma judicial, fundada en la necesidad de cambiar la orientación política del Tribunal.

61 Perdieron 8 bancas en el Senado y 72 en el House.

62 Garner, oriundo de Texas, apodado “Cactus Jack”, había sido *Speaker* del House durante el 72° congreso (1931-1933) y líder de la minoría demócrata en el 71° Congreso (1929-1931). Antes de ello,



a su programa de gobierno durante su primer mandato (1933-1937). Colaboró también en esa tarea Joseph T. Robinson –el líder de la mayoría demócrata–, quien revivió en el Senado el caucus demócrata y obtuvo de sus colegas –por un voto de 50-3– un acuerdo por medio del cual los proyectos de leyes aprobados en el caucus debían ser votados obligatoriamente por los senadores demócratas, salvo que tuvieran alguna objeción de conciencia o fuera contrario a sus promesas de campaña. Si bien no hay registros de que Robinson haya tenido que aplicar este acuerdo, sí tuvo que lidiar con algunos senadores disidentes del sur que tenían puestos clave en las comisiones. No obstante, la enorme popularidad de Roosevelt aplacaba toda eventual oposición. Los republicanos, por lo demás, eran minoría y el ala progresista del partido apoyaba el New Deal. En el House, donde los demócratas en el 73° Congreso (1933-1935) tenían 313 bancas –lo que les daba una mayoría superior a los dos tercios–, el impulso a los proyectos del Gobierno lo daba el Steering Committee demócrata, creado en 1933. Esta comisión estaba integrada por el *Speaker*, Henry Thomas Rainey –de Illinois–, el líder de la mayoría, el jefe del bloque (*whip*), el presidente de la Comisión de Presupuesto, el presidente de la Comisión de Reglamento<sup>63</sup> y otros 15 legisladores.<sup>64</sup>

Esta calma perfecta para Roosevelt entró en turbulencia a comienzos de su segundo mandato, pese al rotundo triunfo obtenido en las elecciones presidenciales de 1936. Por primera vez, con motivo del Court Packing Plan, el presidente no tuvo a la opinión pública de su lado y la muerte de Robinson, en julio de 1937, lo privó de uno de sus más eficaces aliados. En la contienda interna para suceder a Robinson como líder de la mayoría, Roosevelt apoyó a Alben W. Barkley en contra de Byron Patton Harrison, de Mississippi, y ello puso de manifiesto la división interna de los demócratas. Como reacción a todo ello y sin medir mucho las consecuencias, Roosevelt decidió intervenir directamente en las elecciones primarias de los demócratas en 1938, con un resultado muy adverso.

---

por espacio de 30 años, había sido legislador en su estado.

- 63 Esta comisión fue una herramienta decisiva durante el 73° Congreso para impulsar la legislación del New Deal. Diez de los más importantes proyectos de ley fueron redactados por el Rules Committee y enviados al recinto bajo la llamada Gag Rule (regla de mordaza), que impedía introducir enmiendas al texto, salvo en casos muy excepcionales, lo que generó la protesta de Bertrand H. Snell, de New York, líder de la minoría republicana. La Gag Rule había sido empleada por primera vez en el House, a instancias de Henry L. Pickney, de South Carolina, durante el 24° Congreso (1835-1837), para impedir el tratamiento de las peticiones en contra de la esclavitud. En este caso, la protesta contra la Gag Rule había sido levantada por John Quincy Adams.
- 64 Asimismo, para dar mayor fuerza a las comisiones, donde los demócratas tenían amplia mayoría, fue modificada la llamada Rule of Discharge, elevando nuevamente a 218 el número de representantes necesarios para tratar en el recinto un proyecto desestimado en comisión.

Ya con anterioridad, en agosto de 1937, había comenzado a insinuarse en el House la existencia de una “coalición conservadora”, integrada por demócratas conservadores y republicanos. Su primera aparición tuvo lugar cuando el Rules Committee, presidido por John J. O’Connor, demócrata de New York,<sup>65</sup> votó 10-4 en contra de enviar al recinto el proyecto de la Fair Labor Standards Act,<sup>66</sup> impidiendo su sanción.<sup>67</sup> Esta misma actitud, repetida al año siguiente,<sup>68</sup> enfureció a Roosevelt, quien decidió responsabilizar personalmente a O’Connor por obstruir el proyecto, en un momento en el que una nueva crisis económica se avecinaba.<sup>69</sup> Fue así que decidió intervenir directamente en las elecciones primarias del partido para sancionar a quienes se oponían al New Deal, logrando que O’Connor fuera removido de la presidencia del Rules Committee. Este intento de “purga” en las filas demócratas (Dunn, 2010), sin embargo, tuvo resultados adversos. En 1939, O’Connor fue reemplazado por Adolph Joachim Sabath, de Illinois, un fervoroso adherente al New Deal y decano del House,<sup>70</sup> pero Roosevelt perdió el favor del Rules Committee y el nuevo presidente de la comisión pasó a quedar en minoría en las votaciones frente a la coalición de demócratas del sur y republicanos liderada por Edward E. Cox, de Georgia, y Howard W. Smith, de Virginia. A lo largo del 76° Congreso (1939-1941), el Rules Committee introdujo numerosas modificaciones en los proyectos de ley como condición para enviarlos al recinto y, desde entonces, esta comisión, que al comienzo del Gobierno de Roosevelt había sido una pieza esencial en la maquinaria de apoyo al New Deal, se convirtió en un elemento opositor.<sup>71</sup> Pese a

---

65 Por entonces, el Rules Committee estaba integrado por 10 demócratas (5 del norte y 5 del sur) y 4 republicanos.

66 La ley establecía, entre otros aspectos, la obligación de pagar salarios mínimos.

67 El proyecto pudo ser tratado en recinto pues se obtuvieron, en diciembre, los 218 votos necesarios para aplicar la Discharge Rule, pero no fue sancionado en esta ocasión. Por 216-198 votos se decidió enviar el proyecto a la comisión de asuntos laborales (Labor Committee).

68 En 1938, el Rules Committee volvió a rechazar el envío del proyecto de ley al recinto, pero esta vez la ley fue aprobada en el House por 314-97 votos.

69 Por ese entonces, Roosevelt quería lanzar su Tercer New Deal (el primero había sido el de los 100 días iniciales de su Gobierno -ver nota al pie 11- y el segundo fue desarrollado durante su primer mandato), pues enfrentaba una nueva crisis económica (Roosevelt Recession) que incrementó el desempleo al 20% y generó huelgas y protestas laborales organizadas por la Congress of Industrial Organizations (CIO), una federación de sindicatos creada en 1935.

70 Hijo de inmigrantes judíos, había nacido en 1866 en Zábolli (actualmente ubicada en la República Checa) y era miembro del House desde 1907.

71 Entre 1939 y 1945, el Rules Committee promovió numerosas investigaciones de las actividades del Gobierno, entre ellas: la de 1939 en el National Labor Relations Board, la de 1943 en varias agencias ejecutivas y la de 1944 sobre la toma de posesión de las plantas de propiedad de Montgomery Ward

que el número de sus miembros fue reducido en el 79º Congreso (1945-1947),<sup>72</sup> Cox y Smith votaban con los republicanos, produciendo un empate 6-6 que trababa las votaciones.

## 4. El Congreso durante la Segunda Guerra Mundial

### 4.1. Intervencionistas y aislacionistas. La Comisión Nye

Si bien es un lugar común decir que la Segunda Guerra Mundial comenzó el 1º de septiembre de 1939, cuando las tropas alemanas invadieron Polonia,<sup>73</sup> lo cierto es que el embrión de este conflicto quedó implantado en 1919, cuando se firmó el Tratado de Versalles, y fue gestándose en las dos décadas siguientes.<sup>74</sup> Aunque nadie quería reconocerlo, salvo Churchill, que siempre lo denunció ante el silencio y la pasividad de sus contemporáneos, visto hoy, con mucha perspectiva histórica, era evidente que Hitler estaba preparándose, desde sus inicios, para tomar revancha de las duras condiciones para la posguerra que le habían impuesto a Alemania Clemenceau, Wilson, Lloyd George y los otros líderes de las naciones vencedoras. Ya en 1936, cuando en abierta violación al Tratado de Versalles fue militarizada la región de Renania, como anticipo de la escalada que vendría luego con la anexión de Austria y la invasión de Checoslovaquia en 1938, era un hecho que, tarde o temprano, se desataría la tormenta, tal como luego fue descrito por Churchill en el primer volumen de su exhaustiva –aunque muy personal– crónica de la Guerra (Churchill, 1948-1953).<sup>75</sup>

En los Estados Unidos, la opinión pública y el Gobierno estaban fuertemente divididos entre intervencionistas y aislacionistas. Los primeros –donde

---

Co., dispuesta por la Executive Order 9508.

72 De 14 integrantes pasaron a ser 12, con 8 demócratas y 4 republicanos.

73 Obvio es decir que un conflicto de estas proporciones no comienza al mismo tiempo en todos los frentes y, por ello, los historiadores difieren en la elección de la fecha de inicio, que, obviamente, varía para cada país. Para la entonces Unión Soviética comenzó en junio de 1941, cuando Hitler lanzó sobre ella la “Operación Barbarroja”, y para los Estados Unidos el inicio formal, como veremos, fue el 7 de diciembre de ese mismo año, inmediatamente después del ataque japonés a las bases de la Marina en Pearl Harbour, Hawaii. Pero lo cierto es que la invasión a Polonia dio lugar a la declaración de la guerra por parte del Reino Unido y luego de Francia, de modo que es razonable sostener que la guerra, como tal, empezó formalmente en ese momento. Un interesante análisis es el de Antony Beevor (2012, pp. 1-10), uno de los estudiosos actuales de la Guerra, que describe sus antecedentes y la sitúa como una amalgama de varios conflictos regionales, entre ellos, la invasión japonesa de Manchuria en 1931.

74 Algunos historiadores sostienen, incluso, que la Segunda Guerra fue una continuación de la Primera Guerra, haciendo de ellas un conflicto continuo de 30 años. Ver Howard (1993, pp. 171-184).

75 Ver el volumen I, *The Gathering Storm* (*La tormenta en ciernes*).

militaban Roosevelt y su secretario de Estado, Cordell Hull<sup>76</sup> entendían que Estados Unidos no podía permanecer ajeno al conflicto que se avecinaba, pues avizoraban –con razón– que el avance nazi sobre Europa terminaría perjudicando los intereses norteamericanos. El segundo grupo, en cambio, integrado por un importante número de legisladores tanto republicanos como demócratas, sostenían que la intervención en la guerra no sería más que un negocio de los fabricantes de armas, tal como –decían– había ocurrido en la Primera Guerra y rechazaban por ello la intervención en una nueva guerra europea.

Además de la abundante literatura aislacionista que circulaba por entonces,<sup>77</sup> este movimiento, al que se había sumado hasta un condecorado veterano de guerra,<sup>78</sup> era impulsado en el Senado –entre otros– por el senador republicano de North Dakota Gerald P. Nye, presidente del Special Committee on Investigation of the Munitions Industry, creado en 1934 durante el 73º Congreso, el cual investigaba los intereses económicos que habían motorizado el ingreso de los Estados Unidos en la Guerra de 1914-1918.<sup>79</sup> Luego de casi dos años de trabajos, habiendo celebrado 93 audiencias en las que se escucharon más de 200 testimonios, el informe de la comisión determinó que Estados Unidos había entrado en la guerra por razones económicas, no políticas.<sup>80</sup>

---

76 Elegido senador por Tennessee en 1930, Hull se desempeñó como secretario de Estado desde marzo de 1933 hasta noviembre de 1944, ostentando, hasta ahora, el récord de permanencia en ese cargo.

77 Entre los libros más difundidos sobre este tema pueden verse: Engelbrecht y Hanighen (1934) y Tansill (1938). Luego de la guerra, Tansill (1952) publicó *Back Door to War: The Roosevelt Foreign Policy, 1933-1941*.

78 Se trataba de Smedley D. Butler, general del U.S. Marine Corps, quien, luego de combatir heroicamente en la Primera Guerra Mundial y de haber sido condecorado varias veces, se volcó a la causa antibelicista y publicó, en 1935, un ensayo titulado *War Is a Racket* (Round Table Inc. New York), en el que denunciaba los intereses económicos detrás de los conflictos bélicos en los cuales había intervenido Estados Unidos.

79 Además de Nye, la comisión estaba integrada por los senadores Homer T. Bone, demócrata de Washington, James P. Pope, demócrata de Idaho, Bennett Champ Clark, demócrata de Missouri, Walter F. George, demócrata de Georgia, W. Warren Barbour, republicano de New Jersey, y Arthur H. Vandenberg, republicano de Michigan.

80 Entre sus diversas conclusiones, el informe de la Comisión dice “The committee finds, further, that any close associations between munitions and supply companies on the one hand and the service departments on the other hand, of the kind which existed in Germany before the World War, constitutes an unhealthy alliance in that it brings into being a self-interested political power which operates in the name of patriotism and satisfies interests which are, in large part, purely selfish, and that such associations are an inevitable part of militarism, and are to be avoided in peacetime at all costs” (U.S. Congress, Senate, Special Committee on Investigation of the Munitions Industry, Washington: Government Printing Office, 1936, pp. 3-13).

## 4.2. La Enmienda Ludlow

Merece destacarse también, dentro del movimiento opositor a la intervención en la guerra, la llamada Enmienda Ludlow, impulsada por Louis L. Ludlow, representante demócrata de Indiana,<sup>81</sup> según la cual, para que el Congreso pudiera declarar la guerra, debía convocarse previamente a un referéndum nacional que aprobara tal declaración, salvo que los Estados Unidos o alguna de sus posesiones o ciudadanos hubieran sido atacados.<sup>82</sup> Introducida varias veces entre 1935 y 1940, esta enmienda, que ya tenía antecedentes en la oposición a la intervención en la Primera Guerra,<sup>83</sup> fue resistida por Roosevelt y nunca llegó a ser sancionada.<sup>84</sup> Inicialmente contó con gran apoyo popular,<sup>85</sup> pues el sentimiento aislacionista era fuerte por entonces en los Estados Unidos,<sup>86</sup> pero este fue perdiéndose a medida que evolucionaban los acontecimientos en Europa, según veremos.<sup>87</sup>

## 4.3. La neutralidad

Como fruto de esta campaña que, como vemos, tuvo varios frentes, el Congreso emitió en 1935, 1936, 1937 y 1939 cuatro resoluciones suscriptas por ambas cámaras, estableciendo la neutralidad de los Estados Unidos frente a un even-

---

81 Ludlow fue representante por su estado en el Congreso por espacio de 20 años (1929-1949).

82 El texto de la Enmienda era el siguiente: “Except in the event of an invasion of the United States or its Territorial possessions and attack upon its citizens residing therein, the authority of Congress to declare war shall not become effective until confirmed by a majority of all votes cast thereon in a Nation-wide referendum. Congress, when it deems a national crisis to exist, may by concurrent resolution refer the question of war or peace to the citizens of the States, the question to be voted on being, Shall the United States declare war on \_\_\_\_\_.? Congress may otherwise by law provide for the enforcement of this section”.

83 Una propuesta similar había sido efectuada en 1914 por William Jennings Bryan, secretario de Estado del presidente Wilson entre 1913 y 1915, y apoyada por los senadores Robert M. La Follette, ya mencionado con ocasión de su célebre *filibuster* de 1908, y Thomas P. Gore, demócrata de Oklahoma.

84 Desde su introducción en 1935, la enmienda había sido retenida en la Comisión de Asuntos Judiciales del House pero, a fines de 1937, había obtenido apoyo suficiente entre las filas demócratas para ser votada en el recinto, donde, al igual que toda enmienda constitucional, requería una mayoría de dos tercios para su aprobación. La votación tuvo lugar el 10 de enero de 1938 y, pese a los temores de Roosevelt de que fuera aprobada, fue rechazada por 209 votos contra 188.

85 Fue sostenida, entre otros, por Roger N. Baldwin, por entonces presidente del American Civil Liberties Union (ACLU); una encuesta de Gallup le había dado un 75% de aprobación en la opinión pública.

86 Curiosamente, el aislacionismo no menguó en el espíritu popular ni siquiera cuando, en diciembre de 1937, luego de la invasión a China, los japoneses hundieron el USS *Panay*, una embarcación fluvial, ligeramente armada, anclada en el puerto de Nanjing, sobre el río Yangtze.

87 Ver Griffin (1968, pp. 267-288).

tual conflicto, que fueron impulsadas, entre otros, por los senadores republicanos William E. Borah, de Idaho, Arthur H. Vandenberg, de Michigan, Gerald P. Nye (ya mencionado) y Robert M. La Follette Jr., de Wisconsin.

La primera de ellas (conocida como la Neutrality Act of 1935),<sup>88</sup> sancionada el 31 de agosto por el 74° Congreso (1935-1937), prohibía la exportación de armas, municiones, y pertrechos bélicos de los Estados Unidos a las naciones extranjeras en guerra. Los fabricantes de armas debían registrarse y obtener una licencia para exportar. La Resolución imponía sanciones de multa y prisión a quienes violaran la ley y autorizaba, asimismo, la confiscación de las armas producidas en violación de la ley y su entrega al secretario de Estado.<sup>89</sup> Como autoridad de aplicación de la ley, fue creado el National Munitions Control Board.

Esta resolución, que expiraba el 29 de febrero de 1936, fue prorrogada ese mismo día por la Neutrality Act of 1936<sup>90</sup> hasta mayo de 1937. Impulsada por la invasión italiana a Etiopía, esta segunda resolución prohibía, además, otorgar préstamos a las naciones beligerantes,<sup>91</sup> pero no se aplicaba a las guerras civiles,

---

88 Public Resolution No. 67; 49 Statutes at Large 1081.

89 En su primera sección la Resolución Conjunta establecía:

“Resolved by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, That upon the outbreak or during the progress of war between, or among, two or more foreign states, the President shall proclaim such fact, and it shall thereafter be unlawful to export arms, ammunition, or implements of war from any place in the United States, or possessions of the United States, to any port of such belligerent states, or to any neutral port for transshipment to, or for the use of, a belligerent country.

[...]

Whoever, in violation of any of the provisions of this section, shall export, or attempt to export, or cause to be exported, arms, ammunition, or implements of war from the United States, or any of its possessions, shall be fined not more than \$10,000 or imprisoned not more than five years, or both, and the property, vessel, or vehicle containing the same shall be subject to the provisions of sections 1 to 8, inclusive, title 6, chapter 30, of the Act approved June 15, 1917 (40 Stat. 223-225; U. S. C., title 22, sees. 238-245).

In the case of the forfeiture of any arms, ammunition, or implements of war by reason of a violation of this Act, no public or private sale shall be required; but such arms, ammunition, or implements of war shall be delivered to the Secretary of War for such use or disposal thereof as shall be approved by the President.

When in the judgment of the President the conditions which have caused him to issue his proclamation have ceased to exist he shall revoke the same and the provisions hereof shall thereupon cease to apply.

Except with respect to prosecutions committed or forfeitures incurred prior to March 1, 1936, this section and all proclamations issued thereunder shall not be effective after February 29, 1936”.

90 Public Resolution No. 24; 49 Statutes at Large 1152.

91 “Whenever the President shall have issued his proclamation as provided for in section 1 of this Act, it shall thereafter during the period of the war be unlawful for any person within the United States to purchase, sell, or exchange bonds, securities, or other obligations of the government of any belligerent country, or of any political subdivision thereof, or of any person acting for or on behalf

tales como la que se estaba llevando a cabo en España. En mayo de 1937 fue sancionada la tercera de las resoluciones conjuntas sobre neutralidad,<sup>92</sup> más restrictiva aún que las anteriores, pues prohibió: (a) la asistencia a las naciones en guerra civil;<sup>93</sup> y (b) que los ciudadanos de los Estados Unidos viajaran en naves de los países beligerantes.<sup>94</sup>

Finalmente, el 4 de noviembre de 1939, durante el 76° Congreso (1939-1941), fue aprobada la cuarta y última de las resoluciones conjuntas de neutralidad (Neutrality Act of 1939),<sup>95</sup> impulsada por el senador Key D. Pittman, demócrata de Nevada. Para ese entonces, la situación en Europa había evolucionado dramáticamente luego de que las tropas de Hitler invadieran Checoslovaquia, en 1938, y Polonia, en septiembre de 1939. Era necesario, entonces, poner límites a las prohibiciones anteriores y permitir que Estados Unidos colaborara, de algún modo, con el Reino Unido y los países no aliados con Alemania, pues, tal como señaló George W. Norris, un veterano senador republicano de Nebraska, derogar las resoluciones sobre neutralidad beneficiaba al Reino Unido y a Francia, mientras que mantenerlas beneficiaba a Hitler y sus aliados.<sup>96</sup> Por medio de esta cuarta resolución conjunta, el Congreso permitió, esencialmente, que el Reino Unido y quienes lo desearan compraran materiales bélicos bajo la modalidad llamada *cash and carry*, es decir, pagándolos al contado y transpor-

---

of such government, issued after the date of such proclamation, or to make any loan or extend any credit to any such government or person: Provided, That if the President shall find that such action will serve to protect the commercial or other interests of the United States or its nationals, he may, in his discretion, and to such extent and under such regulation as he may prescribe, except from the operation of this section ordinary commercial credits and short-time obligations in aid of legal transactions and of a character customarily used in normal peace-time commercial transactions”.

92 Public Resolution No. 27; 50 Statutes at Large 121.

93 “Section 1(c). Whenever the President shall find that such a state of civil strife exists in a foreign state and that such civil strife is of a magnitude or is being conducted under such conditions that the export of arms, ammunition, or implements of war from the United States to such foreign state would threaten or endanger the peace of the United States, the President shall proclaim such fact, and it shall thereafter be unlawful to export, or attempt to export, or cause to be exported, arms, ammunition, or implements of war from any place in the United States to such foreign state, or to any neutral state for transshipment to, or for use of, such foreign state”.

94 “Section 9. Whenever the President shall have issued a proclamation under the authority of section 1 of this Act it shall thereafter be unlawful for any citizen of the United States to travel on any vessel of the state or states named in such proclamation, except in accordance with such rules and regulations as the President shall prescribe”.

95 Public Resolution No. 54; 54 Statutes at Large 4.

96 “If we repeal it, we are helping England and France. If we fail to repeal it, we will be helping Hitler and his allies. Absolute neutrality is an impossibility” ([https://www.archives.gov/exhibits/treasures\\_of\\_congress/text/page20\\_text.html](https://www.archives.gov/exhibits/treasures_of_congress/text/page20_text.html)).

tándolos por su propia cuenta y riesgo. En tanto la marina británica controlaba todavía el Atlántico Norte, la Neutrality Act of 1939 le resultaba muy favorable al Reino Unido.

#### 4.4. Fin de la neutralidad. Del *cash and carry* al *lend-lease*

A lo largo de 1940, la situación en Europa fue tornándose cada vez más angustiosa. Si bien Churchill había reemplazado en mayo a Neville Chamberlain como primer ministro y, abandonando la política del “apaciguamiento” (*appeasement*) mantenida por su predecesor, intentaba encender el coraje del pueblo inglés repitiendo en sus discursos que lucharía contra Hitler hasta sus últimas fuerzas, sin rendirse,<sup>97</sup> lo cierto es que el Reino Unido por entonces no contaba con mucho más que su heroísmo. Estaba militarmente mal preparado, sin recursos financieros y completamente aislado en la contienda. Las tropas alemanas, imparables, habían invadido Bélgica y Holanda en mayo, seguidas por Francia, que cayó a fines de junio. Para completar el dominio nazi sobre toda Europa, faltaba solamente el asalto final a las islas británicas, donde Londres y numerosas ciudades inglesas eran diariamente bombardeadas por la *blitz* de la Luftwaffe, desde septiembre, causando graves destrucciones y miles de muertos civiles.<sup>98</sup> En esas condiciones, Churchill, que veía la invasión como inevitable y cada vez más cerca, no dejaba de insistirle a Roosevelt sobre la necesidad de obtener su auxilio por cualquier medio.<sup>99</sup>

Frente a este escenario, la posición aislacionista se vio forzada a ceder. A comienzos de febrero de 1941, una encuesta de Gallup reveló que el 54% de los consultados estaban a favor de que Estados Unidos otorgara ayuda financiera al Reino Unido, sin formular objeción o reserva alguna, mientras que tan solo el

---

97 Es famoso su discurso en el House of Commons del 4 de junio de 1940, donde dijo: “We shall go on to the end, we shall fight in France, we shall fight on the seas and oceans, we shall fight with growing confidence and growing strength in the air, we shall defend our island, whatever the cost may be. We shall fight on the beaches, we shall fight on the landing grounds, we shall fight in the fields and in the streets, we shall fight in the hills; we shall never surrender [...]”.

98 A partir del 7 de septiembre de 1940, Londres fue bombardeada durante 57 noches seguidas. Ver, entre otros, Gardiner (2010).

99 Empleando palabras poco usuales para un funcionario diplomático de su rango, Philip Henry Kerr (Lord Lothian), el embajador británico en los Estados Unidos, en una conferencia de prensa improvisada el 23 de noviembre de 1940, apenas llegado a New York, le dijo a los periodistas: “Well, boys, Britain’s broke; it’s your money we want” (Bueno, muchachos, Gran Bretaña está quebrada, lo que queremos es su dinero) (como se citó en Butler, 1960, p. 307).



22% se oponía abiertamente a ello.<sup>100</sup> Con este viento favorable, y habiendo obtenido un cómodo triunfo en las elecciones presidenciales de 1940 para gobernar durante un tercer mandato,<sup>101</sup> Roosevelt ese mismo mes envió al Congreso un proyecto de ley que le permitía otorgar un préstamo de 1300 millones de dólares. A diferencia del *cash and carry* empleado anteriormente, este proyecto, basado en el “préstamo y arriendo” (*lend-lease*), permitía no solo el préstamo de dinero, sino también la entrega de material bélico que luego debía ser devuelto si no era destruido en combate.<sup>102</sup> En el 77º Congreso (1941-1943), en el que los demócratas tenían amplia mayoría en ambas cámaras,<sup>103</sup> la ley fue aprobada sin dificultades.<sup>104</sup> Fue sancionada así la llamada Act to Promote the Defense of the United States,<sup>105</sup> promulgada por Roosevelt el 11 de marzo de 1941, que le otorgaba al presidente amplios poderes para dar en arriendo material bélico y conceder préstamos no solo al Reino Unido, sino también a otras naciones beligerantes.<sup>106</sup> De hecho, préstamos similares fueron otorgados durante

---

100 En una posición intermedia, un 15% exigía que la ayuda fuera otorgada bajo ciertas condiciones, tales como “que los británicos den garantías de la devolución del préstamo” o bien “si ello no nos hace entrar en la guerra”.

101 En esas elecciones, Roosevelt venció a Wendell Willkie, el candidato republicano, por una diferencia de diez puntos.

102 Ya en septiembre de 1940, Roosevelt y Churchill habían suscripto un acuerdo por medio del cual Estados Unidos le entregaba al Reino Unido 50 destructores antiguos a cambio de que se le permitiera arrendar, por 99 años, bases en territorios británicos del Caribe y Canadá. El acuerdo, que violaba las resoluciones sobre neutralidad, fue dispuesto por medio de una Executive Order y dio lugar a una fuerte crítica por parte de los aislacionistas.

103 En el Senado, la mayoría era de 66,7% contra 31,3%; y en el House, de 59,9% contra 38,9%.

104 Sus opositores más notables en el House fueron los republicanos Hamilton Fish, de New York, Dewey Short, de Missouri, Karl Mundt, de South Dakota, y James W. Wadsworth Jr., de New York.

105 55 Statutes at Large 31.

106 En su parte relevante esta ley decía:

“Section 3. (a) Notwithstanding the provisions of any other law, the President may, from time to time when he deems it in the interest of national defense, authorize the Secretary of War, the Secretary of the Navy, or the head of any other department or agency of the Government.

(1) To manufacture in arsenals, factories, and shipyards under their jurisdiction, or otherwise procure, to the extent to which funds are made available therefor, or contracts are authorized from time to time by the Congress, or both, any defense article for the government of any country whose defense the President deems vital to the defense of the United States.

(2) To sell, transfer title to, exchange, lease, lend, or otherwise dispose of, to any such government any defense article, but no defense article not manufactured or procured under paragraph (1) shall in any way be disposed of under this paragraph, except after consultation with the Chief of Staff of the Army or the Chief of Naval Operations of the Navy, or both. The value of defense articles disposed of in any way under authority of this paragraph, and procured from funds heretofore appropriated, shall not exceed \$1,300,000,000. The value of such defense articles shall be determined by the head of the department or agency concerned or such other department, agency or officer as shall be

el transcurso de la guerra a otros países, entre ellos, a la Unión Soviética, que nunca los devolvió.<sup>107</sup>

#### 4.5. La Comisión Truman

Como era inevitable, el *lend-lease* dio lugar a una investigación en el Senado para verificar cómo se asignaban los contratos y se gastaban los fondos asignados al programa de defensa nacional. La iniciativa estuvo a cargo de Harry S. Truman, que, por entonces, era un poco conocido senador demócrata de Missouri.<sup>108</sup> Había sido un pequeño comerciante poco exitoso antes de emprender la carrera política y, como tal, su preocupación era que el programa no se convirtiera en una fuente de mayor riqueza para los que ya eran ricos y empobreciera a los empresarios menores mediante la adjudicación de contratos basada en la mera amistad o la filiación partidaria. Así lo expresó en un discurso pronunciado en febrero de 1941, que cambiaría para siempre su carrera política. A raíz de esta intervención, el 1 de marzo de 1941, el Senado dictó por unanimidad la Resolución 71 creando el Special Committee to Investigate the National Defense Program, integrado por siete senadores y presidido por el propio Truman. La labor de esta comisión se extendió a lo largo de toda la guerra<sup>109</sup> y logró ser sumamente efectiva en el control de los gastos del conflicto.<sup>110</sup>

---

designated in the manner provided in the rules and regulations issued hereunder. Defense articles procured from funds hereafter appropriated to any department or agency of the Government, other than from funds authorized to be appropriated under this Act, shall not be disposed of in any way under authority of this paragraph except to the extent hereafter authorized by the Congress in the Acts appropriating such funds or otherwise”.

107 Ver Kimball (2019).

108 Había sido elegido, inicialmente, en 1934 para ocupar una banca en el 74° Congreso (1935-1937) y fue reelegido en 1940.

109 Truman renunció a la presidencia de la Comisión cuando fue electo vicepresidente en 1944.

110 Asimismo, en 1943, luego de la entrada de las tropas estadounidenses en Sicilia (la llamada *Operation Husky*) la Comisión Truman, junto con la Comisión de Asuntos Militares del Senado, promovieron la inspección de las tropas y de todas las zonas de combate por parte de un grupo de 5 senadores integrado por Ralph O. Brewster, Henry Cabot Lodge Jr., Richard Russell, James Mead y Albert Chandler. La misión, además de un poco insólita era, además, riesgosa pues podían ser capturados por los alemanes. De hecho, vestían uniforme militar pues, en caso de caer en manos enemigas, podían invocar su condición de prisioneros de guerra. Nada de ello ocurrió y regresaron sanos y salvos luego de un *tour* que duró 65 días, en el cual recorrieron el norte de África, el Golfo Pérsico, India, China, y Australia. Al volver se produjo un incidente entre Brewster y Cabot Lodge, porque éste se adelantó a informar al Senado los resultados del viaje, algo que, conforme estaba previsto, debía hacer el primero. Ver: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Combat\\_Tour\\_for\\_Senators.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Combat_Tour_for_Senators.htm)

Todo ello le generó gran consideración y respeto y fue el disparador de Truman hacia la vicepresidencia en la elección de 1944, que muy pronto lo sentaría en la Casa Blanca al morir Roosevelt en abril de 1945.<sup>111</sup>

#### 4.6. Estados Unidos entra en la guerra

Pese a la ayuda militar y financiera que desde marzo de 1941 estaban otorgando a las naciones beligerantes con Alemania, hasta comienzos de diciembre de ese año los Estados Unidos todavía no habían intervenido directamente en el conflicto. Esa situación terminó el 7 de diciembre cuando la flota japonesa, sin previo aviso y sin que mediara una declaración de guerra,<sup>112</sup> atacó las bases navales estadounidenses ubicadas en Pearl Harbor, en el entonces territorio de Hawaii, produciendo graves daños y la pérdida de aproximadamente 2400 vidas. Al día siguiente, en una sesión conjunta de las cámaras, Roosevelt pronunció su famoso y muy breve “Discurso de la Infamia” (Infamy Speech) y, sin más dilación, ese mismo día ambas cámaras emitieron una resolución conjunta declarándole la guerra a Japón,<sup>113</sup> seguida de las declaraciones de guerra a Alemania<sup>114</sup> e Italia,<sup>115</sup> producidas tres días después. Ni lerdo ni perezoso, menos de tres semanas después, Churchill se trasladó a Washington, D.C., y el 26 de diciembre se dirigió a ambas cámaras –reunidas en una sesión conjunta especialmente convocada a ese efecto– con una indisimulada satisfacción y alivio por la entrada de los Estados Unidos en la guerra.<sup>116</sup>

---

111 Ver: <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/investigations/truman.htm>.

112 Mucho se ha escrito acerca de si el ataque fue verdaderamente una “sorpresa”, pues existen indicios de que no lo fue. Ver, por ejemplo, Vidyalkar (1980). Sin perjuicio de ello, parece claro que la inteligencia norteamericana debería haber detectado algunas señales claras que pasaron desapercibidas. Es por eso que, al cabo de la guerra, se formó una comisión, a la que me referiré más abajo, con el objeto de investigar si hubo negligencia en la falta de prevención del ataque.

113 55 Statutes at Large 795.

114 55 Statutes at Large 796.

115 55 Statutes at Large 797.

116 Como era su costumbre, comenzó su discurso con una nota de humor, diciendo que si en lugar de haber sido su padre inglés y su madre norteamericana hubiera ocurrido lo contrario, podría haber estado allí por derecho propio y no sería esa la primera vez que lo escucharían. (“If my father had been an American, and my mother British, instead of the other way around, I might have gotten here on my own. In that case, this would not have been the first time you would have heard my voice”). Fue muy duro luego al referirse a los japoneses, señalando que perseverarían hasta enseñarles una lección que ellos y el mundo jamás olvidarían (“What kind of a people do they think we are? Is it possible that they do not realize that we shall never cease to persevere against them until they have been taught a lesson which they and the world will never forget?”). De los alemanes dijo

#### 4.7. La comisión investigadora del ataque a Pearl Harbor

Tal como señalé antes, siempre se dudó de que el ataque a Pearl Harbor haya sido tan sorprendente como se lo ha presentado habitualmente, pregunta esta que ha sido recurrente entre los historiadores.<sup>117</sup> De no haber sido sorprendente, la conclusión inevitable era que alguien en Washington, D.C. o en Hawaii debía ser responsable por la falta de prevención ante la acción de los japoneses.<sup>118</sup> A fin de investigar esta presunta responsabilidad, en septiembre de 1945, durante el 79º Congreso (1945-1947), fue dictada la Resolución Conjunta No. 27, por medio de la cual el Senado y el House crearon el Joint Committee on the Investigation of the Pearl Harbor Attack.<sup>119</sup>

Presidida por el senador Alben Barkley, demócrata de Kentucky,<sup>120</sup> e integrada por otros 9 legisladores de ambas cámaras –en igual cantidad por cada una, pero con mayoría demócrata 6-4–<sup>121</sup> la Comisión llevó a cabo su tarea por espacio de 9 meses, hasta junio de 1946, recopilando –con dificultades–<sup>122</sup> una gran cantidad de información y testimonios, que abarcan unos 40 volúmenes,

---

que eran malvados (*wicked men*) y que los “salvajes nazis” podían ser derrotados por completo con las debidas armas y la debida organización (“With proper weapons and proper organization, we can beat the life out of the savage Nazi”).

117 Además del artículo citado en la nota 112, puede verse Decaux (1967).

118 Parece poco probable que una flota integrada, entre otros, por 2 acorazados, 11 destructores y 6 portaaviones (Akagi, Kaga, Soryu, Hiryu, Shokaku y Zuikaku), con más de 300 aviones de combate –que antes de atacar podían ser detectados por la aviación estadounidense– se insinuara, tan solo con intenciones de mero reconocimiento, hasta unos 400 kilómetros de las bases navales donde estaba prácticamente toda la flota del Pacífico de los Estados Unidos, salvo dos portaaviones. Recordemos además que, por aquel entonces, Japón era una potencia militarmente muy agresiva que pretendía el dominio sobre dicho océano y los Estados Unidos estaban ayudando económicamente a sus enemigos. Sin embargo, nadie, al menos en forma preventiva, dio la orden de sacar los buques del puerto para ponerlos aguas afuera, en posición de combate, a fin de que no fueran un blanco tan fácil, como efectivamente lo fueron. Es más, el día del ataque, una parte del personal naval estaba de licencia.

119 Ver: <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/investigations/pearl-harbor.htm>.

120 Había sido un fervoroso adherente de Roosevelt y era, por entonces, el líder de la mayoría demócrata en el Senado. Luego fue vicepresidente de Harry S. Truman entre 1949 y 1953.

121 Además de Barkley, la comisión estuvo integrada por los senadores: Walter George (demócrata de Georgia), Scott W. Lucas (demócrata de Illinois), Owen Brewster (republicano de Maine) y Homer S. Ferguson (republicano de Michigan), y los representantes: Jere Cooper (demócrata de Tennessee), J. Bayard Clark (demócrata de North Carolina), John Murphy (demócrata de Pennsylvania), Bertrand W. Gearhart (republicano de California) y Frank Keefe (republicano de Wisconsin).

122 Durante la investigación, el senador Brewster se quejó de las dificultades que la comisión enfrentaba para reunir la documentación necesaria, lo que provocó la reacción del senador demócrata de Delaware, James M. Tunnell, quien acusó a Brewster de “indagar en algo” que pudiera manchar (*besmirch*) la reputación de Roosevelt. Brewster le respondió que su intención era, tan solo, revisar los documentos existentes.

hasta producir su informe final –por mayoría–, en el cual se sostuvo básicamente que: (a) el ataque fue llevado a cabo sin provocación alguna por parte de los Estados Unidos; y (b) que los altos funcionarios en Washington, D.C. eran conscientes de la posibilidad de que un ataque podía llevarse a cabo, pero sin asignarles una responsabilidad específica por el ataque.<sup>123</sup> En minoría, los senadores republicanos Brewster y Ferguson sostuvieron directamente que la responsabilidad sobre la no prevención del ataque recaía en los más altos funcionarios del Gobierno, incluido el propio Roosevelt.<sup>124</sup> Pese a sus deficiencias, las recomendaciones formuladas en el informe de la Comisión Pearl Harbor fueron tomadas por el Congreso cuando fue sancionada la National Security Act of 1947,<sup>125</sup> bajo la cual fue reorganizado el actual Department of Defense y creadas la Central Intelligence Agency (CIA) y el National Security Council (NSC).

---

123 Las conclusiones del informe de mayoría, en sus partes relevantes, dicen: “1. The December 7, 1941, attack on Pearl Harbor was an unprovoked act of aggression by the Empire of Japan [...] 2. The ultimate responsibility for the attack and its results rest upon Japan, an attack that was well planned and skillfully executed [...] 3. The diplomatic policies and actions of the United States provided no justifiable provocation whatever for the attack by Japan on this Nation [...] 4. The committee has found no evidence to support the charges, made before and during hearings, that the President, the Secretary of State, the Secretary of War, or the Secretary of Navy tricked, provoked, incited, cajoled, or coerced Japan into attacking this Nation [...] 5. The President, Secretary of State, and high Government officials made every possible effort, without sacrificing our national honor and endangering our security, to avert war with Japan. 6. The disaster of Pearl Harbor was the failure [...] of the Army and the Navy to institute measures designed to detect an approaching hostile force, to effect a state of readiness commensurate with the realization that war was at hand, and to employ every facility at their command in repelling the Japanese. 7. Virtually everyone was surprised that Japan struck the Fleet at Pearl Harbor at the time that she did. Yet officers, both in Washington and Hawaii, were fully conscious of the danger from air attack; they realized this form of attack on Pearl Harbor by Japan was at least a possibility; and they were adequately informed of the imminence of war” (p. 251).

124 El informe de la minoría concretamente sostiene “19. The defense of Hawaii rested upon two sets of interdependent responsibilities: (1) The responsibility in Washington in respect of its intimate knowledge of diplomatic negotiations, widespread intelligence information direction of affairs and constitutional duty to plan the defense of the United States; (2) the responsibility cast upon the commanders in the field in charge of a major naval base and the fleet essential to the defense of the territory of the United States to do those things appropriate to the defense of the fleet and outpost. Washington authorities failed in (1); and the commanding officers at Hawaii failed in (2)”. El resumen de las conclusiones dice: “The evidence clearly shows that these two areas of responsibilities were inseparably essential to each other in the defense of Hawaii. The commanders in the field could not have prepared or been ready successfully to meet hostile attack at Hawaii without indispensable information, material trained manpower and clear orders from Washington. Washington could not be certain that Hawaii was in readiness without the alert and active cooperation of commanders on the spot” (pp. 572 y 573).

125 61 Stat. 495; actualmente 50 USC, chapter 15.

## 5. El equilibrio del poder entre el Ejecutivo y el Congreso a partir de la Segunda Guerra Mundial

Terminada la Segunda Guerra, el dominio de la escena política por parte de los demócratas se fue matizando con varias presidencias republicanas y algunos períodos –muy pocos– en los cuales el Congreso tuvo mayoría también republicana. Es así que, desde el 80° Congreso (1947-1949) hasta el final del período aquí considerado, que concluye con el 96° Congreso (1979-1981), el reparto del poder entre la Casa Blanca y el Capitolio fue un poco más equilibrado que en los años anteriores, en los que los demócratas controlaron ambas ramas del Gobierno.

El cuadro siguiente muestra cómo se produjo este equilibrio, el cual, en todo caso, siempre se volcó en favor de los demócratas. Incluso, la mayoría republicana siempre fue muy ajustada y en algunos casos, como ocurrió en el 83 Congreso (1953-1955), duró muy poco.<sup>126</sup>

Presidente	Congreso	Mayoría en el Senado	Mayoría en el House
Harry S. Truman (D) 1945-1953	79° (1945-1947)	Demócrata	Demócrata
	80° (1947-1949)	Republicana	Republicana
	81° (1949-1951)	Demócrata	Demócrata
	82° (1951-1953)	Demócrata	Demócrata
Dwight D. Eisenhower (R) 1953-1961	83° (1953-1955)	Republicana	Republicana
	84° (1955-1957)	Demócrata	Demócrata
	85° (1957-1959)	Demócrata	Demócrata
	86° (1959-1961)	Demócrata	Demócrata
John F. Kennedy (D) 1961-1963	87° (1961-1963)	Demócrata	Demócrata
Lyndon B. Johnson (D) 1963-1969	88° (1963-1965)	Demócrata	Demócrata
	89° (1965-1967)	Demócrata	Demócrata
	90° (1967-1969)	Demócrata	Demócrata

126 En el 83° Congreso (1953-1955), la mayoría republicana en el Senado era muy escasa y se perdió a poco de iniciadas las sesiones. Los republicanos tenían 48 senadores contra 47 de los demócratas, pero estos retomaron la mayoría rápidamente, pues, en julio de 1953, falleció Robert Taft, de Ohio (líder de la mayoría republicana), que fue sucedido por el demócrata Thomas A. Burke.

Richard M. Nixon (R)	91º (1969-1971)	Demócrata	Demócrata
1969-1974	92º (1971-1973)	Demócrata	Demócrata
Gerald R. Ford (R)	93º (1973-1975)	Demócrata	Demócrata
1974-1977	94º (1975-1977)	Demócrata	Demócrata
James (Jimmy) Carter (D)	95º (1977-1979)	Demócrata	Demócrata
1977-1981	96º (1979-1981)	Demócrata	Demócrata

Puede verse, entonces, que en el 80º Congreso los republicanos retomaron el control de ambas cámaras que habían perdido allá lejos en la elección de 1932 para el 73º Congreso. No obstante, esta fue una victoria efímera, pues en los dos Congresos siguientes los demócratas recuperaron la mayoría, lo que le permitió a Truman gobernar con un Congreso formalmente favorable durante casi sus dos períodos. No le ocurrió lo mismo a Eisenhower, ya que, salvo durante el 83º Congreso (1953-1955), en el cual los republicanos retomaron muy magramente el control de ambas cámaras, la mayoría demócrata se mantuvo a lo largo de los seis años siguientes de su mandato. Kennedy y Johnson, en cambio, gobernaron con mayoría demócrata en ambas cámaras. Nixon, por su lado, fue electo presidente en 1968, pero en el Congreso los demócratas retuvieron la mayoría en las dos cámaras.<sup>127</sup> Finalmente, Gerald Ford tampoco tuvo un Congreso favorable, a diferencia de Jimmy Carter, que sí lo tuvo.

## 6. Los acuerdos y conflictos entre el Congreso y el Ejecutivo en materia internacional

De todos modos, estos alineamientos partidarios formales no siempre coincidieron con el apoyo político real del Congreso hacia el Ejecutivo. Durante la posguerra, los dos partidos estuvieron internamente divididos, y tanto los presidentes republicanos como los demócratas necesitaron apoyo legislativo en ambos lados del arco político para llevar adelante sus programas de gobierno, el cual les resultó más fácil de obtener en materia internacional que en los asuntos domésticos. Aun así, pese a la mutua colaboración de ambas ramas del Gobierno en varias áreas de la política exterior, el Congreso y el Ejecutivo tu-

127 Así, Nixon fue, desde Zachary Taylor (1849-1850), el primer presidente que en su período inicial no controló al menos una de las dos cámaras.

vieron sus fricciones respecto a los poderes de guerra de este último, un campo donde el primero fue abdicando gradualmente de sus competencias.

Si bien Truman y sus opositores estuvieron usualmente en desacuerdo en los asuntos internos, su agenda internacional en asuntos de paz estuvo secundada por los republicanos, en particular por el senador Arthur Vandenberg, de Michigan, presidente de la comisión de asuntos exteriores, quien convenció a sus partidarios de abandonar el aislacionismo y apoyó la Doctrina Truman de contención del expansionismo soviético. Los republicanos también colaboraron con Truman en el Plan Marshall de asistencia económica a los países de Europa occidental,<sup>128</sup> que fue respaldado por Henry Cabot Lodge Jr., de Massachusetts. No ocurrió lo mismo en materia de intervenciones bélicas, dado que Truman ignoró por completo al Congreso, que permitió pasivamente la intervención en la guerra de Corea y el envío de tropas a Europa occidental<sup>129</sup> y solo fue detenido por la Corte Suprema en un caso muy puntual: *Youngstown Tube and Sheet Co. v. Sawyer*,<sup>130</sup> cuando fueron intervenidas por decreto las fábricas de acero.<sup>131</sup>

---

128 Elaborado por el general George C. Marshall, que fue secretario de Estado (1947-1949) y luego secretario de Defensa (1950-1951), el Plan (oficialmente denominado European Recovery Program) comprendió, en ese momento, una ayuda próxima a los 1300 millones de dólares.

129 El Congreso tardó en reaccionar frente a la intervención en la guerra de Corea y el envío de tropas a Europa occidental. A comienzos de 1951, el senador republicano Robert A. Taft, de Ohio (hijo mayor de quien fuera presidente de los Estados Unidos y *Chief Justice* de la Corte Suprema) inició un largo debate que duró tres meses, cuestionando la autoridad presidencial para despachar por sí las tropas, que concluyó con dos resoluciones del Senado aprobando el envío de dos divisiones a Europa occidental. Estas resoluciones, sin embargo, no tuvieron fuerza legal alguna, pues el House no tomó intervención alguna en el asunto

130 343 U.S. 579 (1952).

131 Hacia fines de 1951, en plena guerra de Corea, las compañías fabricantes de acero obtenían cuantiosas ganancias a raíz del incremento de sus actividades con motivo del conflicto y los sindicatos pretendían, en consecuencia, sustanciales aumentos en los salarios. A medida que se acercaba el fin de año, esta situación se tornaba cada vez más tensa, pues en diciembre expiraban los convenios colectivos de trabajo vigentes y la United Steel Workers había amenazado con ir a la huelga. Luego de largos cabildos y ya con la huelga en puerta, Truman ordenó –sin contar para ello con habilitación legislativa alguna– la intervención de las fábricas de acero por medio de la Orden Ejecutiva N° 10340 del 8 de abril de 1952. Al día siguiente, cuatro compañías promovieron una medida cautelar que fue otorgada en primera instancia y revocada por la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. En la Corte Suprema la decisión no se demoró más de un mes. El 2 de junio de 1952, el Tribunal confirmó –por mayoría de 6-3– la decisión del tribunal de primera instancia. Como ocurre en los casos difíciles, los votos son muchos y difieren en sus argumentaciones. El primero de la mayoría, el del juez Black –que es el fallo en sí–, es un voto corto, pero contundente en cuanto a los principios en los que se funda. Básicamente se trata de una aplicación estricta y muy ortodoxa de la división de poderes, mediante la cual se sostiene la ausencia de autoridad presidencial para intervenir las fábricas de acero como medio de resolver la controversia laboral existente. Un relato



Eisenhower, por su lado, recibió más apoyo de los demócratas que de los republicanos en asuntos internacionales.<sup>132</sup> Un ejemplo bastante claro se advierte en el caso de la llamada Enmienda Bricker, propuesta por el senador republicano John W. Bricker, de Ohio, para limitar los poderes internacionales del presidente,<sup>133</sup> que fue rechazada con la ayuda del entonces senador y líder de la minoría demócrata Lyndon B. Johnson.

El propio Kennedy, pese a su gran popularidad, no logró que el Congreso aprobara la mayoría de sus proyectos de leyes, los que fueron sancionados luego de su muerte, bajo la presidencia de Lyndon B. Johnson.<sup>134</sup> En los asuntos internacionales prestó poca atención al Congreso y sus resultados no siempre fueron satisfactorios. Sus principales asesores en este campo no fueron legisladores o políticos experimentados, sino intelectuales muy allegados a su círculo interno, como Kenneth O'Donnell,<sup>135</sup> Theodore (Ted) Sorensen y Arthur Schlesinger Jr., estos dos últimos, sus *speechwriters* y luego autores de sus biografías más conocidas,<sup>136</sup> mientras que Lyndon B. Johnson, como presidente del Senado y veterano experto en el campo legislativo, tuvo muy escasa influencia en estas áreas. Kennedy creó por decreto el Peace Corps, una organización gubernamental de ayuda internacional integrada inicialmente por voluntarios jóvenes,<sup>137</sup>

---

muy detallado del caso y sus hechos puede verse en Marcus (1994).

132 Todos los conflictos de este período, esto es, la guerra de Corea, la crisis del Canal de Suez y las otras crisis en Medio Oriente, comprendidas dentro de la llamada Doctrina Truman, tuvieron como marco la Guerra Fría. Un estudio actual de estas cuestiones puede verse en Hitchcock (2019).

133 Propuesta por John W. Bricker, senador republicano por Ohio y exgobernador de su estado, que estaba en abierto desacuerdo con la intervención en la guerra de Corea sin autorización del Congreso, la enmienda fue introducida repetidas veces en los 82º, 83º y 84º Congresos, sin lograr aprobación. El texto de la Enmienda era el siguiente:

“Section 1. A provision of a treaty which conflicts with this Constitution shall not be of any force or effect.

Section 2. A treaty shall become effective as internal law in the United States only through legislation which would be valid in the absence of treaty.

Section 3. Congress shall have power to regulate all executive and other agreements with any foreign power or international organization. All such agreements shall be subject to the limitations imposed on treaties by this article.

Section 4. The congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”.

134 Ver Barnes (2007, p. 8).

135 Egresado de la Universidad de Harvard al igual que los Kennedy, O'Donnell había sido jefe de la campaña presidencial de John F. Kennedy y durante su presidencia fue su secretario personal; de hecho, actuó como su *Chief of Staff*.

136 Ver Sorensen (2010) y Schlesinger (2002).

137 Fue creada imprevistamente por medio de la Orden Ejecutiva No. 10924 en marzo de 1961.

que luego fue aprobada por ley.<sup>138</sup> También dispuso crear, sin intervención del Congreso, la llamada Alianza para el Progreso (Alliance for Progress), un programa de ayuda económica para América Latina.<sup>139</sup> Más allá del éxito relativo de estos emprendimientos, su peor fracaso en materia de política internacional fue, sin dudas, el intento de derrocar a Fidel Castro con la invasión lanzada sobre Playa Girón (Bahía de Cochinos), en abril de 1961, una operación mal programada que solo sirvió para fortalecer al dictador cubano (Higgins, 1989). Y si bien fue exitoso en la crisis de los misiles cubanos desatada por los soviéticos en 1962, el desmantelamiento de las bases fue acordado (secretamente) con Nikita Jrushchev a cambio de que Estados Unidos, a su vez, hiciera lo mismo con sus instalaciones en Turquía e Italia.<sup>140</sup>

## 7. Líderes demócratas y republicanos de la posguerra

### 7.1. En el Senado

Después de la Segunda Guerra Mundial, el liderazgo demócrata en el Senado se mantuvo relativamente estable. Alben W. Barkley, de Kentucky, se mantuvo como líder de la mayoría hasta 1947<sup>141</sup> y luego fue líder de la minoría hasta 1949, cuando fue elegido vicepresidente en la fórmula con Truman. Lo reemplazaron, por breves períodos, Scott L. Lucas, de Illinois, en el 81° Congreso (1949-1951) y luego Ernest W. McFarland, de Arizona, en el 82° Congreso (1951-1953).

En el 83° Congreso (1953-1955), con mayoría republicana, emergió como líder de la minoría demócrata Lyndon B. Johnson, de Texas, quien pese a que por entonces contaba con pocos años como senador –había sido electo en 1949–,<sup>142</sup> muy pronto se convertiría en una de las figuras centrales del Senado hasta ser elegido vicepresidente en 1961, acompañando a Kennedy en la fórmula presidencial. Antes de ser elegido senador había sido representante entre 1937 y 1949, muy cercano a Sam Rayburn, también de Texas, el pode-

138 Peace Corps Act, 75 Statutes at Large 612.

139 Fue creada en la Conferencia de Punta del Este, Uruguay, de agosto de 1961.

140 Ver Plokhly (2021) y Zelikow y Graham (1999).

141 Recordemos que ejerció esta función por espacio de diez años, desde 1937.

142 Había obtenido la senaduría con una muy ajustada ventaja de tan solo 87 votos sobre un total de 988000 contra Coke R. Stevenson, su oponente, un político veterano que había sido gobernador de Texas. Si bien ambos eran demócratas, militaban en alas opuestas del partido; Johnson era liberal y Stevenson conservador. Por aquel entonces, los republicanos tenían poco peso en Texas, de modo que quien ganaba entre los demócratas resultaba electo.

roso *Speaker* al que me referiré en el punto siguiente. Hábil negociador, gran componedor, simpático y agresivo a la vez,<sup>143</sup> Johnson inmediatamente supo establecer buenas relaciones con importantes senadores como Robert S. Kerr, republicano de Oklahoma, y Richard B. Russell, demócrata de Georgia, ambos de tendencia conservadora, pero también con figuras del ala liberal de su partido en aras de achicar las diferencias internas entre los demócratas.<sup>144</sup> Desde esa posición negociadora, Johnson fue de gran ayuda para la administración de Eisenhower y obtuvo así el apoyo republicano que necesitó en algunas ocasiones, como ocurrió cuando fue sancionada, en el 85º Congreso (1957-1959), la Civil Rights Act of 1957,<sup>145</sup> la primera de su tipo desde la época de la Reconstrucción,<sup>146</sup> un logro notable si se tiene en cuenta que fue sancionada sin *filibuster* y sin que se dividiera el Partido Demócrata.

Johnson fue sucedido en el liderazgo de la mayoría demócrata por Michael (Mike) J. Mansfield, de Montana, que había sido *whip* durante los años de su predecesor.<sup>147</sup> Si bien Mansfield ostenta el récord de permanencia en esa función, que desempeñó ininterrumpidamente desde 1961 hasta 1977, su estilo era muy diferente al de Johnson. Conocido como el *gentle persuader*, prefería no ejercer su influencia personal sobre los restantes senadores y, en lugar de conducir los acuerdos mediante un liderazgo centralizado, prefería las decisiones colegiadas. Pese a que apoyó a Johnson cuando, siendo presidente, lanzó su programa conocido como la Gran Sociedad,<sup>148</sup> se opuso a la guerra de Vietnam,

---

143 Russell B. Long, senador demócrata por Louisiana, lo describió diciendo: “He was a tremendous salesman. He had a way of putting his attention and his warm smile, and his persuasive ways on the person he chose to persuade, and he could be the most effective person I have ever seen in that respect, in selling his point of view and selling himself. Sometimes, perhaps, he got so enthused in what he was selling that he oversold himself on what he was trying to do” (como se citó en Byrd, 1988, vol. 1, p. 610).

144 Con la ayuda de su secretario, el senador Robert (Bobby) Baker -luego envuelto en un célebre escándalo- revitalizó el Senate Democratic Policy Committee y se esforzó para que tanto en esta comisión como en el Steering Committee demócrata los jóvenes liberales de su partido tuvieran un lugar, práctica esta que luego adoptaron también los republicanos. También promovió la eficacia y agilidad de las reuniones en el recinto, tratando de lograr acuerdos unánimes, *quorums* simplificados y celebrando sesiones nocturnas. Organizó también un sistema de premios y castigos para quienes votan a favor y en contra, conocido como el Johnson Treatment.

145 71 Statutes at Large 634.

146 La anterior había sido sancionada en 1866.

147 En la estructura jerárquica de las cámaras del Congreso, el *whip*, que se encarga de controlar cómo vota cada legislador, ocupa el tercer lugar, después del presidente de la cámara (*Speaker* en el House y vicepresidente de la Nación en el Senado) y del líder de la mayoría, que es el segundo en importancia.

148 En una alocución en la Universidad de Michigan en 1964, Johnson sostuvo la exigencia de crear una “gran sociedad” sostenida por la abundancia y la libertad para todos capaz de crear un lugar en

que bajo Johnson se activó fuertemente.<sup>149</sup> Al concluir su mandato como senador, Mansfield fue embajador en Japón desde 1977 hasta 1988 y, a su retiro, le fue conferida la Presidential Medal of Freedom.<sup>150</sup>

A diferencia de los demócratas, los republicanos durante estos años no tuvieron líderes particularmente salientes. Su principal representante en la década de 1940 fue Robert A. Taft, de Ohio, hijo mayor de William H. Taft, quien fuera presidente de los Estados Unidos (1909-1913) y luego *Chief Justice* (1921-1930). A su muerte, en 1953, Taft fue sucedido por William F. Knowland, de California, que fue líder de la mayoría republicana en el 83° Congreso (1953-1955) y pasó luego a ser líder de la minoría cuando los demócratas recobraron el control del Senado a partir del 84° Congreso (1955-1957). En 1959, Knowland fue sucedido por Everett McKinley Dirksen, de Illinois, que durante sus diez años como líder de la minoría fue uno de políticos más coloridos de esos años, cuyas tácticas de negociación eran muy variadas, ya que podía partir tanto de una posición vaga e imprecisa como de una afirmación muy concreta, según lo considerara conveniente (Jones, 1970, p. 168), lo que le permitió entablar buenas relaciones con Mike Mansfield e incluso con el presidente Johnson, a quien apoyó en la guerra de Vietnam.<sup>151</sup> Dirksen murió en 1969 y lo sucedió Hugh D. Scott, de Pennsylvania, que obtuvo la nominación como líder de la minoría en una apretada

---

donde cada niño pueda encontrar el conocimiento para enriquecer su mente y acrecentar sus talentos. Según sus propias palabras: “We have the opportunity to move not only toward the rich society and the powerful society, but upward to the Great Society. The Great Society rests on abundance and liberty for all. It demands an end to poverty and racial injustice [...] The Great Society is a place where every child can find knowledge to enrich his mind and to enlarge his talents. It is a place where leisure is a welcome chance to build and reflect, not a feared cause of boredom and restlessness. It is a place where the city of man serves not only the needs of the body and the demands of commerce but the desire for beauty and the hunger for community. The Great Society encompassed the war on poverty, civil rights, Legislation, Medicare and Medicaid, environmental protection and consumerism” (como se citó en De Gregorio, 2005, p. 574). Esencialmente se trataba de un gran programa de subsidios similares a los del New Deal, al cual Johnson había adherido fervientemente en los inicios de su vida política como miembro de la National Youth Administration en Texas.

149 La escalada bélica comenzó en 1964 cuando se denunció que lanchas torpederas norvietnamitas habían bombardeado dos embarcaciones norteamericanas en el Golfo de Tonkin. Aprovechando esta situación, Johnson condenó el ataque en un discurso transmitido por televisión e inmediatamente el Congreso sancionó una Resolución (Gulf of Tonkin Resolution) autorizando al presidente a “tomar todas las medidas necesarias para repeler cualquier ataque armado contra las fuerzas de los Estados Unidos y para evitar futuros agresiones”. En ausencia de una declaración formal de guerra –que nunca existió–, esta Resolución fue la base legal de toda la actividad bélica norteamericana en Vietnam. A partir de allí, el envío de tropas creció año tras año hasta llegar a 550 mil hombres en 1968.

150 La Congressional Gold Medal y la Presidential Medal of Freedom son las mayores distinciones civiles de los Estados Unidos.

151 En 1958 se inauguró el segundo edificio de oficinas del Senado, que lleva su nombre.

elección de 51-48 votos que ganó contra su yerno, el senador Howard Baker, de Tennessee.<sup>152</sup> Scott era un republicano liberal<sup>153</sup> que encontró muy difícil ser el vocero de la administración de Nixon en el Senado y fue uno de los tres miembros del partido<sup>154</sup> que en el Salón Oval de la Casa Blanca, el 7 de agosto de 1974, cuando ya era inevitable el desenlace del caso Watergate, le comunicó a Nixon que había perdido el apoyo del partido en el Congreso.

## 7.2. En el House

La figura más importante y líder indisputable del Partido Demócrata en el House durante las décadas de 1940 y 1950 fue Samuel T. Rayburn, de Texas, quien fue *Speaker* desde 1940 hasta su muerte, en 1961, ostentando hasta ahora el récord de permanencia en el cargo, el que dejó de ocupar solamente en los Congresos 80° (1947-1949) y 83° (1953-1955) cuando los republicanos tuvieron la mayoría. Su carrera como legislador comenzó siendo muy joven, al ser elegido diputado para la legislatura de Texas en 1906 a los 24 años, de la cual fue *Speaker* poco después, en 1911. Al año siguiente, en la elección de 1912, fue elegido diputado nacional para el 63° Congreso (1913-1915) a comienzos de la presidencia de Woodrow Wilson y, desde entonces, ocupó ininterrumpidamente la banca a lo largo de 24 Congresos, hasta comienzos de la presidencia de John F. Kennedy. Rayburn fue un *Speaker* poderoso, que tenía una especial reverencia por el House como institución y ejerció una gran influencia entre sus colegas, logrando imponer su agenda legislativa en un partido muchas veces dividido y ejerciendo un control estricto de las designaciones en las comisiones.<sup>155</sup> Tal vez debido a su gran dedicación a la actuación pública, fue un individuo solitario, con una vida familiar poco feliz.<sup>156</sup>

---

152 Baker fue luego líder de la minoría en el 97° Congreso (1979-1981) y líder de la mayoría entre 1981 y 1985 (97° y 98° Congresos).

153 Había votado a favor de la Civil Rights Act of 1964, la Voting Rights Act of 1965 y la Civil Rights Act of 1968, las tres principales leyes de derecho civiles de la década de 1960.

154 Los otros eran Barry Goldwater, senador por Arizona, y John Jacob Rhodes, representante de ese mismo estado.

155 James Landis, profesor en Harvard que había trabajado muy cerca de Rayburn durante el New Deal, cuando este presidía la Comisión de Comercio Interestatal, decía que era un individuo que conocía perfectamente la naturaleza humana, lo que motivaba a las personas a actuar, no tenía paciencia por quienes no eran honestos o poco trabajadores y era un experto en el procedimiento legislativo. Ver Caro (1982, p. 72).

156 Ya con una avanzada soltería, se había casado a los 45 años con Metze Jones, casi 20 años menor que él. Si bien nunca se divorciaron legalmente, el matrimonio de hecho duró escasos meses y no

Al morir Rayburn, su sucesor fue John W. McCormack, de Massachusetts, quien estuvo a cargo de la presidencia del House desde 1961 hasta 1972. Como era inevitable, su figura quedó ensombrecida por la de su antecesor. Criticado por su débil conducción, al comenzar el 91° Congreso (1969-1971) se lo quiso reemplazar por Morris K. Udall, de Arizona. Si bien en esa ocasión pudo ser reelecto, decidió retirarse al término del período parlamentario y, en el 92° Congreso (1971-1973), fue elegido como *Speaker* Carl Albert, de Oklahoma, que permaneció en el cargo durante los dos congresos siguientes.

En las filas republicanas, la figura más influyente en el House, desde 1939 hasta 1959, fue Joseph R. Martin Jr., de Massachusetts, *Speaker* en los únicos dos Congresos en los que su partido tuvo la mayoría desde 1933 hasta 1981. Había sido elegido diputado nacional en 1925, luego de haber ocupado una banca en ambas cámaras de la legislatura de su estado. Muy amigo de Rayburn, su liderazgo empezó a ser cuestionado en la década de 1950 por el ala más dura de los republicanos, que lo veían muy próximo a los demócratas. Finalmente, en 1959 fue reemplazado como líder de la minoría por Charles A. Halleck, de Indiana, quien en 1965, a impulsos del ala más joven del partido que buscaba un liderazgo más efectivo, fue reemplazado por Gerald R. Ford, de Michigan.<sup>157</sup>

## 8. La Ley de Reorganización del Congreso de 1946

Poco después de la Segunda Guerra Mundial, durante el 79° Congreso (1945-1947), tuvo lugar una reforma importante en la organización interna del Congreso, que fue plasmada en la Ley de Reorganización Legislativa de 1946.<sup>158</sup> La reforma consistió, esencialmente, en una reducción y reordenamiento de las comisiones en ambas cámaras. A lo largo de las décadas anteriores, el nú-

---

tuvieron hijos, algo que Rayburn siempre lamentó. Ver Dorough (2011).

157 Ford luego fue presidente al suceder a Nixon cuando este se vio forzado a renunciar, en 1974, con motivo del escándalo de Watergate. Es el único presidente de los Estados Unidos que llegó a ocupar el cargo sin elección previa. Siendo líder de la minoría republicana en el House, fue designado vicepresidente en 1973 -por aplicación de la línea sucesoria establecida en la Enmienda 25 para los vicepresidentes- en reemplazo de Spiro Agnew, que había renunciado luego de ser acusado de haber tolerado la corrupción en la contratación de obras públicas cuando era *County executive* (intendente) del condado de Baltimore algunos años antes. Si bien la acción penal estaba legalmente prescripta, Agnew prefirió renunciar, pues, por ese entonces, ya estaba en marcha el caso Watergate. Así, escasos nueve meses después de su designación como vicepresidente, Ford se sentó en el Salón Oval de la Casa Blanca como resultado de una carrera bastante inesperada y meteórica, ayudada por la conducta irregular de quienes lo precedieron.

158 Legislative Reorganization Act of 1946, Public Law 79-601; 60 Stat. 812.

mero de comisiones permanentes había ido creciendo hasta convertirse en un verdadero problema dada la abundancia de pequeñas jurisdicciones internas, algunas de ellas creadas como resultado de las ambiciones personales de ciertos legisladores. En otras ocasiones, alguna comisión especial designada para el estudio de un problema específico se había convertido, de hecho, en permanente, dado el interés de su presidente de conservar el cargo. Como resultado de ello, este crecimiento superabundante de comisiones no siguió un plan sistemático. Muchas de ellas no tenían bien definida su competencia y su labor se superponía con la de otras.<sup>159</sup>

Para estudiar el problema, fue creada, durante el 78° Congreso (1943-1945),<sup>160</sup> la Comisión Conjunta de Reorganización del Congreso (Joint Committee on the Reorganization of Congress), a la cual se le asignaron amplias funciones.<sup>161</sup> Estaba integrada por doce miembros<sup>162</sup> y la presidía el senador republicano (progresista) Robert La Follette Jr., de Wisconsin, y su vicepresidente era Almer S. (Mike) Monroney, representante demócrata de Oklahoma. La investigación llevada a cabo<sup>163</sup> dio cuenta de la necesidad de producir una amplia reforma<sup>164</sup> luego de detectar los siguientes problemas: (1) cumplimiento

---

159 Había 48 comisiones permanentes en el House y 33 en el Senado. A ellas se agregaban las comisiones conjuntas especiales y las subcomisiones, arrojando una cifra total de 165 en el House y de 114 en el Senado. De las 48 comisiones permanentes en el House, solo 15 podían considerarse activas en el estudio de problemas de verdadera importancia nacional, el resto tenía limitada jurisdicción y desarrollaban escasa actividad. Asimismo, de las 15 comisiones importantes, 5 entendían en diversos aspectos relativos a las obras públicas (ríos y puertos; terrenos y edificios públicos; irrigación; vialidad; inundaciones) y 2 en problemas relativos a la defensa nacional (marina y ejército). Algo similar ocurría con las 33 comisiones permanentes del Senado, de las que apenas 12 realizaban una actividad destacada. Como consecuencia de ello, existía una opinión prácticamente unánime acerca de la necesidad de rediseñar el sistema de comisiones legislativas.

160 Resolución Conjunta No. 18, de 19 febrero de 1945.

161 Según la Resolución Conjunta No. 18, “The committee shall make a full and complete study of the organization and operation of the Congress of the United States and shall recommend improvements in such organization and operation with a view toward strengthening the Congress, simplifying its operations, improving its relations with other branches of the United States Government, and enabling it better to meet its responsibilities under the Constitution”.

162 Sus miembros eran seis legisladores demócratas, cinco republicanos y el senador Robert la Follette Jr., un republicano progresista.

163 La tarea de la Comisión tuvo lugar entre el 3 de marzo y el 29 de junio de 1945. Se llevaron a cabo 39 audiencias en la cuales declararon unos 100 testigos, entre ellos, 45 legisladores.

164 El informe final, fechado el 4 de marzo de 1946, dice: “Our committee was created in response to a widespread congressional and public belief that a grave constitutional crisis exists in which the fate of representative government itself is at stake [...] Under these conditions, it was believed, the time is ripe for Congress to reconsider its role in the American scheme of government and to modernize its organization and procedures”.

simultáneo por distintas comisiones de funciones relacionadas o superpuestas, como ocurría en el Senado con las comisiones de Comercio, de Canales Interoceánicos, de Comercio Interestatal, de Industrias y de Minas y Minería; (2) dispersión de la autoridad entre los presidentes de las comisiones permanentes, tanto más difusa cuanto mayor era su número; (3) designación de miembros para que integraran varias comisiones y dificultad de dedicar a todas ellas el tiempo necesario y aún de conciliar sus horas de reunión; (4) inactividad de algunas comisiones, que raras veces se reunían; y (5) facilidades de maniobra para los *lobbies*.

Como resultado de esta investigación, fue sancionada la Ley de Reorganización Legislativa de 1946 que, en síntesis, redujo a 19 las 48 comisiones existentes en el House<sup>165</sup> y a 15 las 33 existentes en el Senado.<sup>166</sup> Además de la considerable reducción del número de comisiones permanentes, lo que generó una paralela reducción en el número de legisladores afectados a ellas,<sup>167</sup> la reforma procuró que hubiera cierto paralelismo en el sistema de comisiones de ambas Cámaras, con el objeto de hacer más armónico el proceso de sanción de las leyes. También se prohibió que cada senador actuara en más de dos comisiones<sup>168</sup> y que los representantes integraran más de una.<sup>169</sup> Se dispuso también que las comisiones establecieran días fijos para sus sesiones y que llevaran un registro de estas.<sup>170</sup>

Si bien la reforma de 1946 en el sistema de comisiones legislativas fue importante en lo cuantitativo, no pudo resolver –entre otros– el ancestral problema del *seniority* que las afectaba, es decir, la fuerte influencia que ejercían los

---

165 Ellas fueron: Agricultura, Apropiaciones, Fuerzas Armadas, Bancos y Moneda, Correos y Servicio Civil, Distrito de Columbia, Educación y Trabajo, Gastos en los Departamentos Ejecutivos, Asuntos Extranjeros, Administración de la Cámara, Comercio Interestatal y Exterior, Justicia, Marina Mercante y Pesquerías, Tierras Públicas, Obras Públicas, Reglamento, Actividades Antinorteamericanas, Asuntos de Veteranos y Recursos y Medios.

166 Ellas fueron: Agricultura y Bosques, Apropiaciones, Fuerzas Armadas, Bancos y Moneda, Servicio Civil, Distrito de Columbia, Gastos en los Departamentos Ejecutivos, Finanzas, Relaciones Exteriores, Comercio Interestatal y Exterior, Justicia, Trabajo y Bienestar Públicos, Tierras Públicas, Obras Públicas, Reglamento y Administración.

167 El número total de cargos disminuyó un 44 % en la Cámara de Representantes y un 58% en el Senado.

168 Se exceptuaban los miembros de la comisión del Distrito de Columbia y de la de Gastos en los Departamentos Ejecutivos, que podían actuar en tres.

169 Se exceptuaban los miembros de las del Distrito de Columbia y de Actividades Antinorteamericanas y de los miembros mayoritarios de las comisiones de Gastos en los Departamentos Ejecutivos y de Administración de la Cámara, que podían integrar hasta dos.

170 Se establecieron limitaciones también para la contratación del personal de las comisiones.



líderes de los partidos en la elección de sus integrantes, una cuestión que ya había anticipado el senador La Follette. A raíz de ello, en los años posteriores varios legisladores y *scholars* han sido críticos de la Legislative Reorganization Act of 1946. En 1951, George B. Galloway<sup>171</sup> sostuvo que las comisiones no habían mejorado en la calidad de su personal, ni en el diseño de su competencia, ni en el control de los *lobbies* ni en el presupuesto asignado a ellas (Galloway, 1951). Años después, en 1968, Richard W. Bolling, representante demócrata de Missouri,<sup>172</sup> sostuvo que la ley no había tocado nada (“Fundamentally, the act touched nothing”) y que una reforma más ambiciosa se hubiera parado sobre los pies (“would have trod on the toes”) de los grandes líderes demócratas (Bolling, 1968, p 262). Tiempo después, Robert V. Remini (2006), otro clásico historiador del House, sostuvo que el informe de la Comisión Conjunta fue una decepción, pues no había abordado los problemas centrales de las comisiones, tales como los poderes de la Comisión de Reglamento y el *filibuster* en el Senado (Remini, 2006, p. 346). Por muy razonables y precisas que sean estas observaciones, lo cierto es que es muy difícil sancionar una ley que limita los beneficios y prerrogativas de quienes están encargados de aprobarla.

## 9. Las comisiones de política de los partidos en el Senado

Como parte de su informe, el Joint Committee on the Reorganization of Congress propuso también que cada partido formara en el House y en el Senado comisiones de política (Policy Committees) con el objetivo de unificar la agenda legislativa. En el House la propuesta no prosperó porque Samuel Reyburn, el poderoso *Speaker*, creyó que con ello su poder disminuiría. Como resultado, las Policy Committees se formaron solamente en el Senado con nueve miembros cada una. La de los republicanos estuvo presidida inicialmente por Robert A. Taft y la de los demócratas por Alben Barkley, quienes, como vimos, eran por entonces los líderes de cada partido en el Senado.<sup>173</sup> Ambas comisiones han continuado funcionando ininterrumpidamente hasta el presente.<sup>174</sup>

---

171 Galloway integró el *staff* del equipo de investigación del Congreso y, en 1961, publicó *History of The House of Representatives*, una obra clásica sobre la materia que tiene varias ediciones, la última de ellas en 2011.

172 Bolling fue un prominente líder demócrata, oriundo de Kansas City, con una extensa carrera legislativa como representante. Fue electo en 1948 para el 81º Congreso (1949-1951) y ocupó ininterrumpidamente la banca hasta el 97º Congreso (1981-1983).

173 Hasta 1999, el presidente de la comisión en el Partido Demócrata era el líder del partido en el Senado; ello cambió en el 106º Congreso (1999-2001) cuando el cargo pasó a ser electivo.

174 La de los republicanos, luego de Taft, estuvo presidida en el período aquí considerado por: William

## 10. La regulación del *lobby*

Junto con la reforma de las comisiones, la ley de 1946, en su título III, estableció la regulación del *lobby*,<sup>175</sup> primera norma federal que intentó regular, en forma general, la actividad de los grupos de presión. Su objetivo principal era que los *lobbies* se registraran como tales e hicieran una manifestación (*disclosure*) oficial de sus actividades. A tal efecto, se establecía que todos aquellos cuyo “principal propósito” fuera influir en el proceso legislativo –impulsando o impidiendo la sanción de las leyes– se registraran y sometieran a ambas cámaras informes financieros trimestrales sobre el empleo de sus fondos.

Como era inevitable, los grupos de presión y lobistas en el Congreso se resistieron e impugnaron la constitucionalidad de la ley, sosteniendo que sus términos eran vagos e imprecisos.<sup>176</sup> La cuestión fue decidida, finalmente, por la Corte Suprema en *United States v. Harriss*,<sup>177</sup> sentencia en la cual si bien la ley no fue declarada inconstitucional, se la interpretó muy restrictivamente, entendiéndose que alcanzaba solamente a aquellos *lobbies* pagos que tuvieran “comunicación directa” con los legisladores en las leyes pendientes de sanción.<sup>178</sup> Las dificultades propias de regular y controlar esta materia, la deficiente redacción del texto y esta interpretación restrictiva hicieron que la ley fuera básicamente inefectiva.

## 11. Las reformas de 1949 y 1959 a la Regla de Clausura en el Senado

Durante la década de 1950 continuaron los esfuerzos por controlar el *filibuster* en el Senado, un problema que venía desde tiempo atrás.<sup>179</sup> Estos esfuerzos, sin embargo, no tuvieron el éxito esperado.<sup>180</sup>

---

F. Knowland, de California (1953), Homer S. Ferguson, de Michigan (1953-1955), Styles Bridges, de New Hampshire (1955-1961), Bourke B. Hickenlooper, de Iowa (1962-1969), Gordon L. Allott, de Colorado (1969-1973) y John G. Tower, de Texas (1973-1985). En la de los demócratas, a Barkley lo sucedieron en el período aquí considerado: Scott W. Lucas, de Illinois (1949-1951); Ernest W. McFarland, de Arizona (1951-1953); Lyndon B. Johnson, de Texas (1953-1961); Mike Mansfield, de Montana (1961-1977); y Robert C. Byrd, de West Virginia (1977-1989).

175 Federal Regulation of Lobbying Act of 1946; 60 Statutes at Large 812; 2 U. S. C. §§ 261-270.

176 Se cuestionaba, en especial, la sección 307 y los alcances de los términos “principal propósito”.

177 347 U.S. 612 (U.S. 1954).

178 “To summarize, therefore, there are three prerequisites to coverage under § 307: (1) the “person” must have solicited, collected, or received contributions; (2) one of the main purposes of such “person,” or one of the main purposes of such contributions, must have been to influence the passage or defeat of legislation by Congress; (3) the intended method of accomplishing this purpose must have been through direct communication with members of Congress”. 347 U.S. en p. 623”.

179 Ver Bianchi (2021, pp. 397-399).

180 Para un examen más detallado del *filibuster* puede verse Fisk y Chemerinsky (1997).

Originalmente, la clausura de la sesión, cuando era demorada artificialmente por un *filibuster*, se obtenía con el voto de dos tercios de los senadores presentes, pero con los años esta regla fue perdiendo toda su efectividad, pues no se aplicaba en cuestiones de procedimiento.<sup>181</sup> Asimismo, una modificación a la Regla 22 (la Cloture Rule o Regla de Clausura), vigente desde 1949 hasta 1959, hizo más difícil aún obtener el cierre de la sesión. En 1949, el Gobierno de Truman deseaba sancionar un amplio programa de derechos civiles y fue propiciada, entonces, una modificación a dicha Regla, pero el resultado fue peor. La reforma de 1949, votada por republicanos conservadores y demócratas sureños, hizo que la aplicación de la Regla de Clausura fuera más restrictiva, pues para cerrar la sesión ante un *filibuster* ya no se requería el voto de dos tercios de los senadores presentes, sino del total de ellos.<sup>182</sup> De todos modos, La Regla de Clausura podía aplicarse a todo tipo de asuntos, salvo los referidos a la modificación del reglamento del Senado.

Dado que en la práctica esto impedía la modificación de la Regla, el sector liberal del Senado intentó impulsar en los años siguientes la doctrina de que, con la apertura de cada nuevo Congreso, una mayoría de senadores podía modificar las reglas existentes.<sup>183</sup> Como resultado de estos esfuerzos, recién en enero de 1959, en el comienzo del 86° Congreso (1959-1961), luego de arduos

---

181 Así lo decidió en 1948 Arthur H. Vandenberg, republicano de Michigan y presidente *pro tempore* del Senado, con ocasión de un *filibuster* que se oponía al tratamiento de un proyecto de ley contraria al *poll tax* (impuesto per cápita). En esa ocasión, Vandenberg reconoció que la Cloture Rule no tenía efecto alguno en el Senado.

182 La regla establece que el voto deben emitirlo “two-thirds of the Senators duly chosen and sworn”, es decir, “debidamente elegidos y que hayan jurado”. En su parte pertinente, la modificación de 1949 decía: “[...] at any time a motion signed by 16 Senators, to bring to a close the debate upon any measure, motion, or other matter pending before the Senate, or the unfinished business, is presented to the Senate, the Presiding Officer shall at once state the motion to the Senate, and 1 hour after the Senate meets on the following calendar day, but one, he shall lay the motion before the Senate and direct that the Secretary call the roll, and, upon the ascertainment that a quorum is present, the Presiding Officer shall, without debate, submit to the Senate by a yea-and-nay vote question: ‘Is it the sense of the Senate that the debate shall be brought to a close?’ And if that question shall be decided in **the affirmative by two-thirds of the Senators duly chosen and sworn**, then said measure, motion, or other matter pending before the Senate, or the unfinished business, shall be the unfinished business to the exclusion of all other business until disposed of” (énfasis agregado).

183 Así fue propuesto por Clinton P. Anderson, senador demócrata de New Mexico, en 1953 y 1957, pero no tuvo éxito. En 1957 esta propuesta fue apoyada por el entonces vicepresidente Richard Nixon, quien emitió una opinión consultiva favorable, señalando que, en su opinión personal, un nuevo Congreso no estaba obligado por las reglas de procedimiento adoptadas en el anterior, pero dejó librada esta decisión al Senado, que no la aprobó. Vale recordar que ese mismo año, Strom Thurmond, senador demócrata de South Carolina, llevó a cabo un *filibuster* de más de 24 horas para impedir la sanción de una ley de derechos civiles.

debates se logró una ligera modificación a la Regla 22, impulsada por Lyndon B. Johnson –por entonces líder de la mayoría demócrata– con oposición de los demócratas sureños, mediante la cual se volvió a aplicar la regla de dos tercios computados sobre la mayoría de los senadores presentes.<sup>184</sup> Desde entonces, hasta la reforma de la Regla 22 en 1975, a la que me referiré luego,<sup>185</sup> no hubo cambio alguno. No obstante, en la década de 1960 pudieron evitarse algunos *filibusters*.<sup>186</sup> El más famoso y dramático de ellos<sup>187</sup> fue el que permitió la sanción de la Civil Rights Act of 1964,<sup>188</sup> que –entre otras reformas– protegió el derecho de voto de las minorías y finalizó con la segregación racial en lugares públicos. Por último, en 1969, a comienzos del 91º Congreso (1969-1971) se llevó a cabo un nuevo esfuerzo por modificar la Regla de Clausura, que no tuvo éxito.<sup>189</sup>

## 12. Margaret Chase Smith

Merece una mención especial en este relato Margaret Chase Smith, republicana de Maine, la primera mujer que fue legisladora en ambas cámaras. Fue elegida representante en 1940 durante el 76º Congreso (1939-1941) y ocupó una banca en el House hasta 1949. Ese año fue elegida senadora y fue reelecta ininterrumpidamente hasta 1973.

Siguiendo lo que ya parecía ser una tradición, Margaret Chase ingresó al House para completar el mandato de su marido, Clyde Smith,<sup>190</sup> fallecido en

---

184 Esta victoria pírrica fue contrarrestada, en parte, por la reforma a la entonces Regla 32, en la que se dispuso la continuidad de las reglas de un Congreso al siguiente, salvo que se las modificara conforme el procedimiento establecido en las anteriores: “The rules of the Senate shall continue from one Congress to the next unless they are changed as provided in these rules”.

185 Ver apartado 29.3.

186 En 1962, por primera vez desde 1927, pudo aplicarse la Regla de Clausura por un voto de 63-27 contra un *filibuster* liberal contra la Communications Satellite Act of 1962.

187 Luego de 75 días, el debate en el Senado continuaba y era preciso terminarlo. Para aplicar la Regla 22 faltaban tan pocos votos que concurrió al recinto Clair Engle, senador demócrata por California, ya enfermo terminal de cáncer que, sin poder hablar siquiera, hizo tan solo un gesto de aprobación.

188 78 Statutes at Large 241. Public Law 88-352.

189 La estrategia de los senadores liberales en esa oportunidad consistió en que el entonces vicepresidente, Hubert Humphrey, que ya estaba finalizando su mandato, pusiera a votación la modificación de la Regla de Clausura por simple mayoría. La estrategia consistía, así, en eliminar indirectamente, por una simple mayoría, la regla de dos tercios. Inicialmente, la moción fue aprobada por simple mayoría (51-47) y Humphrey emitió la resolución, pero esta fue apelada al pleno del Senado, donde la resolución fue revocada por 53-45.

190 Otras legisladoras, como Hattie Caraway, demócrata de Arkansas, elegida en 1932, también ingresaron al Senado por esa misma vía, sin perjuicio de que luego llevaran a cabo una distinguida carrera política.

1940.<sup>191</sup> Haber ingresado como la sucesora de su marido no le impidió, sin embargo, que durante los 33 años que fue legisladora se ganara un gran respeto y consideración en un mundo político por entonces dominado por los hombres, algo que cambiaría paulatinamente.<sup>192</sup> De hecho, en las elecciones presidenciales de 1964, llegó a ser precandidata en la Convención Republicana, nominación que finalmente obtuvo Barry Goldwater, senador por Arizona, acompañado en la fórmula por Nelson Rockefeller.<sup>193</sup> Fue, asimismo, la primera y hasta ahora única mujer que presidió la Senate Republican Conference (1967-1972), la organización que nuclea a los senadores republicanos.<sup>194</sup> En la elección de 1972 perdió la senaduría contra su oponente demócrata William Hathaway y se retiró de la vida política activa, sin perjuicio de continuar llevando a cabo actividades públicas.

Como republicana moderada fue una de las primeras en oponerse a los métodos investigativos de las actividades antinorteamericanas del senador McCarthy,<sup>195</sup> pero, al mismo tiempo, no dudó en sostener, siendo Kennedy presidente, que Estados Unidos debía usar su poder nuclear contra la Unión Soviética.<sup>196</sup> En 1973 pasó a formar parte del National Women's Hall of Fame y, en 1986, el presidente George H. Bush le otorgó la Medalla Presidencial de la Libertad. Falleció en 1995 a los 97 años.

### 13. La investigación de actividades antinorteamericanas

Hacia fines de la década de 1940, ya en plena Guerra Fría, Estados Unidos se vio envuelto en un furor anticomunista alimentado por la creciente amenaza hacia el mundo occidental que planteaba el llamado “bloque soviético”, erigido ya como

---

191 A tal efecto, se llevó a cabo una elección especial en junio de 1940, que Chase ganó sin que se hubiera presentado un oponente por el Partido Demócrata.

192 Una prueba de ello fue que, en las elecciones de 1960, las dos candidatas de Maine por la senaduría eran mujeres. Por los republicanos, la *incumbent* (la que ocupaba la banca) era Margarte Chase Smith y su retadora, por los demócratas, era Lucía Cormier. La campaña electoral, muy activa, fue televisada el 6 de noviembre, un hecho por entonces novedoso. La elección finalmente la ganó Chase Smith por el 62% de los votos. Ver: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/People\\_SmithvCormier.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/People_SmithvCormier.htm).

193 Esa elección finalmente la ganó -por avalancha- la fórmula Lyndon B. Johnson-Hubert Humphrey.

194 Ver: <https://www.republican.senate.gov/public/>.

195 Ver su “Declaración de Conciencia”, citada en la nota al pie 236.

196 Irritado por esta declaración, Nikita Khrushchev dijo que Chase Smith era “el diablo disfrazado de mujer”. Ver: <https://www.britannica.com/biography/Margaret-Chase-Smith>.

un nuevo poder mundial fuertemente centralizado en Moscú.<sup>197</sup> Respondiendo a esta razonable preocupación, en ambas cámaras del Congreso se formaron comisiones investigadoras de las llamadas “actividades antinorteamericanas”, es decir, de las actividades comunistas desarrolladas en los Estados Unidos.

No obstante haberse inspirado inicialmente en un fin justificado, estas comisiones –en particular la del Senado– terminaron cayendo en el desprestigio debido al fanatismo de quienes las condujeron. Si bien la más conocida de ellas, por sus excesos, es la que condujo en el Senado Joseph McCarthy, en el House se formó, en 1945, la llamada House Un-American Activities Committee (HUAC),<sup>198</sup> que luego, en 1969, se reconvirtió en la House Internal Security Committee y fue disuelta más tarde, en enero de 1975. Veamos brevemente el desarrollo de estas actividades de investigación en cada cámara.

### 13.1. En el House

La investigación de actividades antinorteamericanas en el House había comenzado entre ambas guerras con el Fish Committee,<sup>199</sup> cuya tarea fue continuada luego por el McCormack-Dickstein Committee<sup>200</sup> y el Dies Committee.<sup>201</sup> Estas comisiones especiales (no permanentes) dieron lugar, en 1945, durante el 79º Congreso (1945-1947), a la creación de la HUAC como órgano permanente

---

197 Uno de los primeros estudiosos del bloque soviético fue Zbigniew Brzezinski, quien fuera luego consejero de Seguridad Nacional (1977-1981) en el Gobierno de Jimmy Carter. Ver Brzezinski (1960).

198 Su nombre oficial era House Committee on Un-American Activities (HCUA).

199 Esta comisión debe su nombre a Hamilton Stuyvesant Fish, representante republicano de New York (1920-1945), miembro de una de las familias más antiguas de los Estados Unidos y ferviente anticomunista. Sus actividades se desarrollaron intensamente en la década de 1930. Uno de sus investigados fue William Z. Foster, un conocido líder sindical miembro del Socialist Party of America que luego, en 1945, fue elegido secretario general del Communist Party USA.

200 Presidida por John W. McCormack, demócrata de Massachusetts, luego *Speaker* del House (1962-1971), y por Samuel Dickstein, demócrata de New York, esta comisión especial actuó entre 1934 y 1937 investigando en particular las actividades de propaganda nazi.

201 Esta comisión especial, presidida por Martin Dies Jr., demócrata de Texas, desarrolló sus actividades entre 1938 y 1944. Estaba dedicada a la investigación de actividades comunistas y nazis. Uno de sus objetivos era el Federal Theatre Project, un programa de radio creado durante la Gran Depresión para dar empleo a los artistas. La escasa cultura de alguno de los integrantes de la comisión quedó de manifiesto cuando, en el curso de un interrogatorio, Joe Starnes, demócrata de Alabama, le preguntó a Hallie Flanagan, la directora del programa, si consideraba que Christopher Marlowe, un célebre escritor inglés del siglo XVI, rival de Shakespeare, había sido miembro del Partido Comunista. También fueron investigados algunos propagandistas nazis como Oscar C. Pfau, un activista de Chicago, y George Van Horn Moseley, un general retirado que había expuesto públicamente sus ideas antisemitas.

del House.<sup>202</sup> Estaba integrada por nueve miembros y su primer presidente fue Edward J. Hart, demócrata de New Jersey.<sup>203</sup> Sus actividades se intensificaron a partir de 1947, cuando comenzaron a crecer las tensiones entre los Estados Unidos y la Unión Soviética, con la intención de averiguar si esta había logrado infiltrar espías en el Gobierno federal y activistas en otras áreas, tales como educación e industria.

A medida que avanzaban las investigaciones, los procedimientos de la HUAC se tornaron cada vez más inquisitivos y arbitrarios. Cualquiera que resultara meramente sospechoso de ser comunista era citado a declarar. Durante el interrogatorio se le preguntaba al declarante sobre su ideología política y su eventual participación en actividades favorables al comunismo y se le requería, además, que diera el nombre de otros colaboradores, que también eran citados. La negativa a declarar era considerada como desacato y podía acarrear condenas penales. Asimismo, invocar el derecho a permanecer en silencio, amparado por la Enmienda V, constituía una presunción de culpabilidad que tenía, además, consecuencias laborales negativas, pues podía ocasionar la pérdida del trabajo o la imposibilidad de obtener un empleo. Todo ello levantó una fuerte ola de críticas a la Comisión, alegándose que había montado una auténtica cacería de brujas.

Si bien las investigaciones de la HUAC abarcaron un amplio sector de actividades, entre sus principales objetivos figuró la industria cinematográfica. Actores como Charles Chaplin y Orson Welles y compositores musicales y cantantes como Alan Lomax, Paul Robeson y Edgard (Yip) Harburg se vieron obligados a exiliarse o trabajar bajo seudónimos para evitar la persecución. Se hizo célebre también una lista de diez productores, directores y escritores de guiones teatrales y cinematográficos (los Hollywood Top Ten), que fueron objeto de investigación y condenados por desacato al negarse a declarar. Adicionalmente, ingresaron en las “listas negras” de Hollywood, siéndoles muy difícil conseguir trabajo luego.<sup>204</sup>

Uno de los casos más sonados de la HUAC fue la investigación llevada a

---

202 El promotor de esta propuesta fue John Elliott Rankin, demócrata de Mississippi. Ver: <https://history.house.gov/Historical-Highlights/1901-1950/The-permanent-standing-House-Committee-on-Un-American-Activities/>.

203 El equipo de investigadores estaba integrado por Robert E. Stripling, Louis J. Russell, Alvin Williams Stokes, Courtney E. Owens y Donald T. Appell.

204 Este grupo estaba integrado por Alvah Bessie, Herbert Biberman, Lester Cole, Edward Dmytryk, Ring Lardner Jr., John Howard Larson, Albert Maltz, Samuel Ornitz, Adrian Scott y James Dalton Trumbo.

cabo en 1948 contra Alger Hiss.<sup>205</sup> El caso –ejemplo muy típico de cómo se iba formando la cadena de declaraciones y acusaciones– se originó cuando la comisión citó a declarar a Elizabeth Bentley, afiliada al Communist Party USA. Bentley citó en su declaración como colaborador de la Unión Soviética a Harry Dexter White, un conocido y –hasta ese momento– respetado funcionario del Departamento del Tesoro,<sup>206</sup> y mencionó también que Whittaker Chambers, periodista y por entonces colaborador de la revista *Time*, podía aportar datos.<sup>207</sup> Citado a declarar, Chambers denunció, a su vez, a Alger Hiss, un alto funcionario del Departamento de Estado.<sup>208</sup> En el curso de las audiencias, se produjo entre Chambers y Hiss una severa controversia<sup>209</sup> y los testimonios de este último, vagos y pocos precisos, dieron lugar finalmente a una condena de cinco años por perjurio. No fue condenado por espionaje, pues la acción estaba prescripta.<sup>210</sup>

En los años posteriores, la HUAC fue declinando y, dos décadas después, en 1969, cuando su poder había disminuido sensiblemente, fue transformada en el House Internal Security Committee, cuyo presidente fue Richard Howard Ichord Jr., demócrata de Missouri. Sus actividades cesaron en 1975.

---

205 Muy activo en este caso fue Richard M. Nixon, futuro presidente de los Estados Unidos, quien era por entonces un joven representante republicano de California que había ingresado al House en 1947.

206 White, un socialista confeso, fue uno de los artífices de la Conferencia de Bretton Woods (New Hampshire) de 1944, donde rivalizó con John Maynard Keynes. En ella se sentaron las bases monetarias que siguieron a la Segunda Guerra y tuvo origen el Fondo Monetario Internacional. Poco después de ser citado por la HUAC, White murió de un ataque cardíaco.

207 Chambers había sido miembro del Partido Comunista, pero, según alegaba, había desertado y colaboraba por ese entonces con los Estados Unidos. En su testimonio ante la HUAC reveló las actividades del llamado Ware Group, una agrupación comunista fundada por Harold Ware a la cual él mismo había pertenecido. Más tarde, en 1952, Chambers publicó una suerte de autobiografía titulada *Witness*, que alcanzó gran celebridad y en la que advertía sobre los peligros del comunismo; en 1984, Ronald Reagan lo condecoró, *post mortem*, con la Medalla Presidencial de la Libertad (Presidential Medal of Freedom).

208 Entre otras actividades en el Departamento de Estado, Hiss había sido secretario ejecutivo de la Conferencia de Dumbarton Oaks (Georgetown, Washington, D.C.), celebrada en 1944, en la cual se establecieron las bases de la Naciones Unidas.

209 Uno de los episodios más coloridos de la investigación tuvo lugar cuando Chambers indicó que ciertos documentos microfilmados, que Hiss le había dado, se hallaban en su granja, ocultos dentro de una calabaza ahuecada. Como era inevitable, inmediatamente se los llamó los Pumpkin Papers. Se comprobó luego que muchos de ellos carecían de real importancia, pero algunos referidos a instalaciones de la Marina fueron especialmente considerados por la Comisión.

210 Ver Weinstein (1997).



### 13.2. En el Senado

En paralelo a las actividades de la HUAC, también se llevaron a cabo en el Senado investigaciones de actividades antinorteamericanas. Ya con posterioridad a la Primera Guerra Mundial, en el Senado había existido el llamado Overman Committee, creado 1918<sup>211</sup> y presidido por Lee Slater Overman, senador demócrata de North Carolina,<sup>212</sup> cuya misión era investigar las actividades germanas y bolcheviques en los Estados Unidos luego de concluida la Primera Guerra Mundial,<sup>213</sup> pero en la primera mitad de la década de 1950 estas investigaciones tuvieron una extraordinaria virulencia.

La figura central de estas investigaciones, expandidas a lo largo de cuatro años (1950-1954), fue Joseph Raymond McCarthy, senador republicano de Wisconsin. Había ingresado al Senado en 1947,<sup>214</sup> luego de una no muy distinguida carrera judicial en su estado.<sup>215</sup> Tampoco se había destacado por nada en especial en sus primeros tres años como senador,<sup>216</sup> pero el 12 de febrero de 1950, en ocasión de la celebración del nacimiento de Lincoln, logró hacerse notar con un discurso provocativo e inflamatorio pronunciado en el Club de Mujeres Republicanas de Wheeling, West Virginia. Sin dar nombres, dijo allí que estaba en posesión de una lista de más de dos centenares de infiltrados comunistas en el Departamento de Estado y otras dependencias federales,<sup>217</sup> y advirtió que la batalla total del ateísmo comunista contra la Cristiandad ya

---

211 Resolución No. 307, del 19 de septiembre de 2018.

212 El Overman Committee era, en realidad, una subcomisión de la Comisión de Asuntos Judiciales (Judiciary Committee) del House.

213 En su informe final, publicado en junio de 1919, quedó acuñada la denominación *Un-American Activities*.

214 Esa era una banca que había sido ocupada tradicionalmente por los La Follette (padre e hijo), pero Robert La Follette (hijo), que estaba sentado allí desde 1925, había invertido buena parte de sus energías en la sanción de la Ley de Reorganización Legislativa de 1946 y descuidó la elección primaria del Partido Republicano de ese año. Su oponente del Partido Demócrata, Howard J. McMurray, fue luego vencido por McCarthy por un amplio margen (61,2% contra 37,3%).

215 Como juez había sido criticado por el escaso interés y la superficialidad con la que resolvía los casos.

216 Sus biógrafos dicen que se había hecho notar más bien por su escaso apego a las reglas y costumbres del Senado. Una biografía muy crítica de McCarthy y de su especial antisemitismo puede verse en Tye (2020). En cambio, en otras biografías se ha sostenido que, sin perjuicio de lo criticable de sus métodos, sus sospechas y acusaciones sobre el peligro del comunismo tenían una base cierta. Ver Herman (1999).

217 Dijo: "While I cannot take the time to name all the men in the State Department who have been named as members of the Communist Party and members of a spy ring, I have here in my hand a list of 205". Ver <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/investigations/mccarthy-hearings/communists-in-government-service.htm>.

estaba planteada.<sup>218</sup> Si bien McCarthy siempre fue muy impreciso y errático en la cantidad de presuntos espías comunistas que alegaba haber detectado en el Gobierno,<sup>219</sup> lo cierto es que el clima político de entonces,<sup>220</sup> con la Guerra Fría en calentamiento creciente, acordó el contexto adecuado para que su denuncia adquiriera resonancia nacional.<sup>221</sup>

Poco después de su discurso en Wheeling, el 20 de febrero McCarthy habló durante 5 horas en el Senado señalando que existían 81 infiltrados comunistas en el Departamento de Estado. Tampoco quiso dar los nombres en esta ocasión, pero el dato provenía, muy probablemente, de una investigación que había efectuado algunos años antes Robert E. Lee, un exagente del FBI, para el House Committee on Appropriations.<sup>222</sup> Fue creado entonces el Subcom-

---

218 “Today we are engaged in a final, all-out battle between communistic atheism and Christianity. The modern champions of communism have selected this as the time. And, ladies and gentlemen, the chips are down—they are truly down”. Ídem anterior.

219 Pocos días después, en Salt Lake City, dijo que eran 57 y, como veremos enseguida, el 20 de febrero de ese mismo año, en el Senado, sostuvo que eran 81.

220 Luego de la Primera Guerra Mundial nació la llamada Red Scare (el Temor Rojo), desatada por el avance del comunismo. Recordemos que en 1917 y 1918 fueron sancionadas respectivamente la Espionage Act (40 Stat. 217) y la Sedition Act (40 Stat. 553), empleadas para combatir la prédica socialista antibélica, leyes estas cuya constitucionalidad fue admitida por la Corte en varios casos, entre ellos, *Schenk v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Al cabo de la Segunda Guerra, estalló la segunda Red Scare, que se materializó legislativamente en la Executive Order 9835, conocida como la Loyalty Order, dictada por el presidente Truman en 1947, por medio de la cual se ordenó la investigación de todos los empleados públicos federales para averiguar si tenían alguna filiación comunista. Ya estaba vigente por entonces la llamada Alien Registration Act o Smith Act (54 Stat. 671; 18 USC 2385), sancionada en 1940, por medio de la cual se tipificaba como delito cualquier acción tendiente a derrocar el Gobierno nacional o de cualquiera de los estados, y posteriormente fueron sancionadas otras leyes, como la Internal Security Act de 1950 y la Communist Control Act de 1954. Asimismo, determinadas leyes tenían previsiones específicas sobre la cuestión. Así, por ejemplo, la Ley Taft-Hartley de relaciones laborales, antes mencionada, disponía en la sección 9(h) que solamente gozarían de su protección aquellas organizaciones sindicales cuyos directivos presentaran ante el Consejo de Relaciones Laborales una declaración de que no pertenecían al Partido Comunista. Esta disposición fue declarada constitucional en *American Communist Association v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950), con voto de Vinson y la disidencia de Black. Veamos entonces cuáles fueron las reacciones jurisprudenciales ante la aplicación de estas leyes y demás actividades antisubversivas de este período.

221 Recordemos que, por aquel entonces, ya habían sido detectadas las actividades de espionaje de Julius y Ethel Rosenberg, acusados de pasar información a la Unión Soviética, quienes finalmente fueron condenados y ejecutados en 1953, un caso que tuvo amplia resonancia y fue luego criticado por todos los sectores de la izquierda internacional. En la Argentina, el poeta santafesino José Pedroni (1960) le dedicó unos versos a Ethel, que recitaba el folclorista salteño José Cafrune. Entre las obras más recientes que intentan rescatar la memoria de los Rosenberg, en particular la de Ethel, puede verse: Sebba (2021).

222 Es la comisión que se encarga de asignar los fondos para atender los gastos del Gobierno federal.

mittee on the Investigation of Loyalty of State Department Employees,<sup>223</sup> que condujo una investigación muy partisana entre marzo y julio de 1950,<sup>224</sup> cuyas conclusiones –redactadas por la mayoría demócrata– desestimaron las denuncias de McCarthy.<sup>225</sup>

Sin darse por vencido, este continuó con su campaña anticomunista, apoyado por la familia Kennedy<sup>226</sup> y algunos grupos católicos, chocando frecuentemente con el presidente Truman y con su secretario de Defensa, el general George C. Marshall, uno de los principales jefes militares de la Segunda Guerra.<sup>227</sup> También se enfrentó con el presidente Eisenhower, quien apoyaba sus ideas, pero desaprobaba sus métodos.<sup>228</sup> En las elecciones de 1952, McCarthy renovó su banca para el 83º Congreso (1953-1955) y logró ser designado presidente del Committee on Government Operations<sup>229</sup> dentro del cual operaba el Permanent Subcommittee on Investigations, creado en 1941.<sup>230</sup> Desde allí, el llamado “Macartismo” (*McCarthyism*)<sup>231</sup> desató su virulenta y caótica campaña anticomunista, que, en poco tiempo, lo condujo al desprestigio público y terminó favoreciendo a sus adversarios políticos.<sup>232</sup>

---

223 Más conocido como el Tydings Committee, debido a que lo presidía Millard E. Tydings, senador demócrata de Maryland.

224 En el curso de la investigación McCarthy acusó a varias personas, algunas de ellas muy conocidas, tales como Dorothy Kenyon, abogada y jueza feminista; Esther Brunauer, una activista de la American Association of University Women; Gustavo Durán Martínez, un compositor de música español; Owen Lattimore, un estudioso de las culturas orientales; Harlow Shapley, un activista del New Deal que presidía el Harvard College Observatory; Frederick L. Schuman, profesor de historia en el Williams College; John S. Service, miembro del cuerpo diplomático que había estado destinado en China antes de la Segunda Guerra; y Philip Jessup, un especialista en derecho internacional que luego fue juez de la Corte Internacional de Justicia (1960-1969), simplemente porque no compartían su ideología política.

225 Estas conclusiones fueron fuertemente criticadas por los republicanos, incluso por Margaret Chase Smith, sosteniendo que la investigación había sido conducida con parcialidad política. Aun así, como veremos luego en nota 244, Chase Smith fue muy crítica de McCarthy en su “Declaration of Conscience” de junio de 1950.

226 En particular por Joseph Kennedy, por entonces el jefe del clan, un ferviente anticomunista.

227 Marshall obtuvo, en 1953, el Premio Nobel de la Paz.

228 Así lo hizo saber tempranamente en un discurso pronunciado en Green Bay, Wisconsin –el estado de McCarthy– durante la campaña presidencial de 1952.

229 Es el actual Committee on Homeland Security and Governmental Affairs.

230 Era el Truman Committee, al que ya hice referencia en el apartado 4.5.

231 Por aquel entonces ya se había hecho popular esta denominación, acuñada en 1950 por *The Washington Post*, como sinónimo tanto de la lucha anticomunista como de la demagogia.

232 El principal asesor legal de la comisión fue Roy Marcus Cohn. También fue asesor legal Robert Kennedy, pero renunció al poco tiempo en desacuerdo con los métodos empleados por McCarthy.

Uno de sus principales blancos fue Voice of America, una cadena de radio y televisión fundada en 1942, que, por entonces, estaba bajo la administración de la United States Information Agency, dentro del Departamento de Estado. Muchos de sus miembros fueron citados e interrogados impiadosamente en audiencias que eran televisadas. Pero el punto de inflexión y comienzo de la caída de McCarthy tuvo lugar cuando, en 1953, inició una investigación contra el Army Signal Corps, el órgano de comunicaciones e información del Ejército.<sup>233</sup> Luego de 36 días de audiencias televisadas, en junio de 1954, Joseph N. Welch, un abogado de Boston contratado por el Ejército para el caso, exasperado porque McCarthy había acusado de comunista a uno de sus colaboradores,<sup>234</sup> le preguntó si tenía o le quedaba algo de decencia.<sup>235</sup>

Este episodio –uno más entre otros– hizo que el Senado tomara conciencia de que McCarthy estaba convirtiéndose en un problema para todos.<sup>236</sup> Se

---

233 McCarthy no solo investigaba a quienes presumía comunistas, sino a quienes sospechaba que eran homosexuales, pues en su opinión ello los exponía a ser extorsionados por los comunistas con la amenaza de poner al descubierto su condición.

234 Se trataba de Frederick George Fisher Jr., afiliado a la National Lawyers Guild, una asociación de abogados de tendencia progresista.

235 “Senator. You’ve done enough. Have you no sense of decency, sir? At long last, have you left no sense of decency?”. Ver: <https://www.senate.gov/about/powers-procedures/investigations/mccarthy-hearings/have-you-no-sense-of-decency.htm>.

236 Esta tardía reacción había sido anticipada por la senadora Margaret Chase Smith en su famosa “Declaración de Conciencia”, un discurso breve, de tan solo 15 minutos, pronunciado en junio de 1950, en el que ya ponía de manifiesto el peligro que McCarthy representaba para el Senado y para las instituciones en general. Si bien la Declaración reconocía que los demócratas habían sido completamente inefectivos en el control de la filtración de información a la Unión Soviética, advertía, asimismo, que los métodos de McCarthy no eran los adecuados para efectuar ese control. Empezó diciendo que: “The United States Senate has long enjoyed worldwide respect as the greatest deliberative body in the world. But recently that deliberative character has too often been debased to the level of a forum of hate and character assassination sheltered by the shield of congressional immunity”. Dijo luego: “The Democratic administration has completely confused the American people by its daily contradictory grave warnings and optimistic assurances, which show the people that our Democratic administration has no idea of where it is going. The Democratic administration has greatly lost the confidence of the American people by its complacency to the threat of communism here at home and the leak of vital secrets to Russia through key officials of the Democratic administration. There are enough proved cases to make this point without diluting our criticism with unproved charges.” Pero, al mismo tiempo, reconoció que “Yet to displace it with a Republican regime embracing a philosophy that lacks political integrity or intellectual honesty would prove equally disastrous to the nation. The nation surely needs a Republican victory. But I do not want to see the Republican party ride to political victory on the Four Horsemen of Calumny-Fear, Ignorance, Bigotry, and Smear”. Junto con Chase firmaron esta declaración otros seis senadores republicanos moderados: Wayne Morse, de Oregon; George Aiken, de Vermont; Edward Thye, de Minnesota; Irving Ives, de New York; Charles Tobey, de New Hampshire; y Robert C. Hendrickson, de New Jersey. Ver: <https://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/SmithDeclaration.pdf>.

formó entonces una comisión presidida por el senador republicano Arthur V. Watkins, de Utah, con el objeto de analizar si era necesario censurarlo. Finalmente, en diciembre de 1954, por una mayoría de 67 contra 22,<sup>237</sup> el Senado votó por la censura. Esto marcó la declinación y caída final de McCarthy. Renunció a la comisión en enero de 1955 y si bien permaneció en la banca hasta su temprana muerte, en mayo de 1957,<sup>238</sup> en sus últimos años fue una figura aislada y absolutamente decadente.<sup>239</sup>

#### 14. La recesión de 1958 y sus efectos en el Congreso

En el verano (boreal) de 1957, Estados Unidos comenzó a sufrir una recesión económica que se extendió por aproximadamente ocho meses: desde agosto de 1957 hasta febrero de 1958.<sup>240</sup> Como en todo fenómeno de este tipo, las causas que lo producen son múltiples, pero se dice que la gripe asiática de 1957 tuvo una severa influencia, pues produjo la muerte de 80 mil personas solamente en los Estados Unidos, disminuyendo fuertemente la mano de obra y la adquisición de bienes y servicios.<sup>241</sup> Como resultado de ello, la economía se desaceleró y la “Recesión Eisenhower”,<sup>242</sup> como se la llamó en su momento,<sup>243</sup> produjo un severo impacto en la administración republicana de entonces.

Todo ello se reflejó en las elecciones de 1958 para la renovación de legisladores, que ocasionó una gran pérdida de bancas en ambas cámaras para los

---

Si bien McCarthy nunca fue mencionado con nombre y apellido en la Declaración, era evidente que lo dicho estaba dirigido a sus investigaciones. Dentro de su estilo tan poco apegado a las reglas de buena conducta, McCarthy dijo que la Declaración había sido firmada por “Blancanieves y los 6 enanitos” y removió a Chase Smith de la Comisión investigadora, reemplazándola por Richard Nixon. Ver: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Speeches\\_Smith\\_Declaration.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/common/generic/Speeches_Smith_Declaration.htm).

237 Los demócratas votaron unánimemente por la censura, mientras que entre los republicanos hubo divisiones. El único senador ausente fue John F. Kennedy, que estaba internado por una cirugía de espalda. Kennedy nunca reveló cómo habría votado.

238 Tenía por entonces 48 años.

239 Había sido un gran bebedor toda su vida y la crisis aumentó su condición. Si bien el diagnóstico oficial de su muerte fue hepatitis, se dice que la causa real fue una cirrosis hepática.

240 Fue la tercera recesión económica producida después de la Segunda Guerra. La anterior había tenido lugar 36 meses antes, en 1953, a raíz de los gastos ocasionados por la guerra de Corea.

241 Originada en Hong Kong, se expandió por la India, luego por Europa y finalmente afectó a los Estados Unidos. Se dice que en total habrían muerto 1 millón de personas. Ver: <https://www.history.com/news/useconomic-recessions-timeline>.

242 Ver: <https://recession.tips/eisenhower-recession-1957-1958/>.

243 Eisenhower estaba por entonces en los comienzos de su segundo mandato (1957-1961).

republicanos y permitió, paralelamente, el ingreso de una nueva generación de senadores y representantes demócratas, de tendencia liberal, conocida como la “Clase 58”, que produjo un cambio en la antigua guardia legislativa.

En el Senado las pérdidas republicanas fueron cuantiosas. En el 85° Congreso (1957-1959) los demócratas tenían mayoría, pero esta era bastante ajustada en tanto las bancas estaban distribuidas 49 a 47. La elección de 1958 –para el 86° Congreso (1959-1961)– ahondó profundamente esta diferencia, produciendo un sensible desequilibrio entre los dos partidos. La mayoría demócrata creció a 64 senadores y la minoría republicana descendió a 34.<sup>244</sup> Todo ello permitió que ingresaran nuevos senadores demócratas, que llegaron a ser muy influyentes, tales como Robert C. Byrd, de West Virginia,<sup>245</sup> Edmund S. Muskie, de Maine,<sup>246</sup> Eugene McCarthy, de Minnesota<sup>247</sup> y Philip A. Hart de Michigan.<sup>248</sup>

No menos importante fue la derrota de los republicanos en el House, donde perdieron 48 bancas. Los demócratas, que en el 85° Congreso tenían una mayoría de 234-201, pasaron a tener en el 86° Congreso una mayoría de 283-153, la más grande desde 1936. Como resultado de ello, Joseph W. Martin Jr., de

---

244 Los republicanos perdieron 13 bancas, que fueron ganadas por los demócratas, quienes obtuvieron además las dos nuevas provenientes de Alaska, que se convirtió en estado en enero de 1959. Sus primeros senadores fueron Edward L. Bartlett y Ernest H. Gruening.

245 Nacido en North Carolina como Cornelius Calvin Sale, en un hogar de muy bajos recursos económicos, fue adoptado y criado en West Virginia por el matrimonio de Vlurma y Titus Byrd, que le dieron el nombre de Robert Carlyle Byrd. En su juventud fue miembro del Ku Klux Klan e ingresó como representante en el House en 1953. En 1958 fue electo senador y permaneció en su banca hasta su muerte, en 2010, teniendo el récord hasta ahora de permanencia en el cargo. A lo largo de su extensa carrera fue *whip* (1971-1977), líder de la mayoría (1977-1980, 1987-1988), líder de la minoría (1981-1986) y presidente *pro tempore* del Senado (1989-1995, 2001-2003, 2007-2010). Ver: <https://www.britannica.com/biography/Robert-C-Byrd>. Es autor, además, de una clásica historia del Senado en 4 volúmenes (Byrd, 1988).

246 Típico representante del “moderno liberalismo”, había sido gobernador de Maine (1955-1959); senador desde 1959 hasta 1980; precandidato a vicepresidente en 1968, compitiendo con Hubert Humphrey; y, en la presidencia de Jimmy Carter, secretario de Estado (1980-1981).

247 Había sido representante en el House (1949-1959) y fue luego senador (1959-1971). En la elección presidencial de 1968 fue candidato a presidente en las primarias con una propuesta claramente en contra de la guerra de Vietnam, ya por entonces muy impopular. Fue una elección tumultuosa en la interna demócrata en la cual resultó finalmente electo Hubert Humphrey, luego de que Lyndon B. Johnson se retirara de la contienda y fuera asesinado Robert Kennedy.

248 Llamado “Conscience of the Senate”, fue senador entre 1959 y 1976, año en que murió de cáncer a los 64 años. Entre sus iniciativas legislativas figura la Immigration and Nationality Act of 1965 (Hart-Celler Act), que introdujo importantes modificaciones a la política migratoria hacia los Estados Unidos, permitiendo el ingreso de personas que hasta entonces lo tenían prohibido. El edificio de oficinas del Senado inaugurado en 1982 lleva su nombre (Philip A. Hart Senate Office Building).

Massachusetts, líder de la minoría republicana, fue reemplazado por Charles A. Halleck, de Indiana.

## 15. Dos casos de corrupción muy conocidos

### 15.1. En el House. El caso *Powell*

Adam Clayton Powell, pastor bautista parcialmente afroamericano, fue elegido como representante demócrata de New York para el 79º Congreso (1945-1947),<sup>249</sup> con una plataforma política fundada en el respeto a los derechos civiles;<sup>250</sup> renovó su banca sucesivamente durante más de un cuarto de siglo, hasta el 91º Congreso (1969-1971). En 1961, durante el 87º Congreso y luego de 16 años en el House, en los cuales había confrontado varias veces con motivo de su ideario político,<sup>251</sup> fue designado presidente de la Comisión de Educación y Trabajo (Committee on Education and Labor), desde donde llevó adelante una vigorosa labor en apoyo a la política de los presidentes Kennedy y Johnson en favor de la igualdad racial.

Hacia mediados de la década de 1960, su carrera legislativa entró en turbulencia cuando los muchos enemigos que había acumulado instaron al caucus demócrata en el House para que se investigara su alegada mala conducta como presidente de la citada Comisión y del uso inapropiado de los fondos.<sup>252</sup> Por ese entonces, su popularidad había decrecido, además, como consecuencia de negarse a pagar una condena por difamación.<sup>253</sup> En enero de 1967 fue removido de la presidencia de la Comisión y se formó una comisión investigadora de su conducta,<sup>254</sup> a la que Powell prácticamente ignoró.<sup>255</sup> En un dictamen

---

249 Fue el primer legislador afroamericano de New York. En ese momento había solamente otro legislador afroamericano en el House, William L. Dawson, de Illinois.

250 Encarnó la típica figura del *political maverick*, es decir, del político rebelde, disidente o descontento.

251 Fueron célebres sus disputas con John E. Rankin, demócrata de Mississippi y uno de los más notorios segregacionistas en el House.

252 Se lo acusaba de no asistir a las reuniones y de haber pagado, con fondos del House, salarios a su tercera exesposa, Yvette Flores Diago, que vivía en Puerto Rico y no trabajaba en el Congreso.

253 Ya con anterioridad, hacia fines de la década de 1950, había sido llevado a juicio acusado de evasión impositiva, pero el jurado no logró la mayoría suficiente para condenarlo.

254 Estaba presidida por Emanuel Celler, demócrata de New York, e integrada además por James C. Corman, demócrata de California; Claude Pepper, demócrata de Florida; John Conyers, demócrata de Florida; Andrew Jacobs Jr., demócrata de Indiana; Arch A. Moore Jr., republicano de West Virginia; Charles M. Teague, republicano de California; Clark MacGregor, republicano de Minnesota; y Vernon W. Thomson, republicano de Wisconsin.

255 Su defensa sostuvo que no tenía competencia para investigarlo y Powell estuvo ausente en dos de las

dividido,<sup>256</sup> la mayoría de la comisión, que había advertido varias irregularidades en el manejo de fondos,<sup>257</sup> propuso aplicarle una multa de 40 mil dólares, pero el pleno del House fue más lejoso y, por mayoría de 307 a 116, se decidió excluirlo de la cámara durante el 90° Congreso (1967-1969). Powell impugnó judicialmente esta decisión y, al mismo tiempo, con el voto de los residentes de Harlem, ganó por avalancha la elección convocada para reemplazarlo,<sup>258</sup> pero decidió no ocupar la banca.

En el terreno judicial, Powell obtuvo una victoria en un fallo de la Corte Suprema que se hizo famoso por su impacto en la doctrina de las cuestiones políticas.<sup>259</sup> Powell sostenía que la resolución que lo había excluido<sup>260</sup> era violatoria del Artículo I, sección 5, cláusula 1 de la Constitución, que solo le permite al House juzgar las condiciones formales para ser miembro.<sup>261</sup> Los demandados,<sup>262</sup> por su lado, sostenían que el planteo involucraba una cuestión política.<sup>263</sup> Por una mayoría de 7-1, con voto del *Chief Justice* Earl Warren, la Corte hizo lugar a la demanda y sostuvo que el House, bajo la cláusula constitucional arriba citada, solo tiene competencia para excluir a un representante en caso de que este no reúna las condiciones formales exigidas por la Constitución.<sup>264</sup>

---

tres audiencias que se celebraron.

256 John Conyers, el único afroamericano en la comisión, votó por imponerle solamente una severa censura.

257 Se comprobó que usaba fondos de la comisión para asuntos personales, entre ellos, el pago de *tickets* aéreos para él y su familia y los gastos de su casa en Bahamas.

258 Obtuvo el 68% de los votos.

259 *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969).

260 House Resolution No. 278.

261 “Each House shall be the Judge of the Elections, Returns and Qualifications of its own Members [...]”.

262 Encabezaba la lista de demandados John W. McCormack, el *Speaker*.

263 Con posterioridad, también había sido planteado por los demandados que el caso había devenido abstracto, pues el 90° Congreso ya había concluido, pero la Corte sostuvo que estaba pendiente el pago de salarios adeudados a Powell. Esta cuestión fue analizada en el punto II de la sentencia.

264 “[...] Congress has an interest in preserving its institutional integrity, but in most cases that interest can be sufficiently safeguarded by the exercise of its power to punish its members for disorderly behavior and, in extreme cases, to expel a member with the concurrence of two-thirds. In short, both the intention of the Framers, to the extent it can be determined, and an examination of the basic principles of our democratic system persuade us that the Constitution does not vest in the Congress a discretionary power to deny membership by a majority vote. For these reasons, we have concluded that Art. I, § 5, is at most a ‘textually demonstrable commitment’ to Congress to judge only the qualifications expressly set forth in the Constitution. Therefore, the ‘textual commitment’ formulation of the political question doctrine does not bar federal courts from adjudicating petitioners’ claims [...] in judging the qualifications of its members Congress is limited to the standing qualifications prescribed in the Constitution. Respondents concede that Powell met these. Thus,



Pese a esta victoria judicial, la figura política de Powell ya estaba en declive. Fue reelegido para el 91º Congreso (1969-1971), pero en la elección primaria de 1970, para la renovación de representantes en el 92º Congreso (1971-1973), fue vencido por Charles B. Rangel, también afroamericano, quien a lo largo de una muy extensa carrera legislativa llegó a ser una figura muy destacada en el House.<sup>265</sup>

## 15.2. En el Senado. El caso *Baker*

Más importante que el de Powell fue el caso protagonizado en el Senado, a comienzos de la década de 1960, por Robert Gene (Bobby) Baker, asesor y protegido político de Lyndon B. Johnson, cuyas aventuras fueron contadas años más tarde por Baker mismo (Baker y King, 1980).

Este se desempeñaba como secretario de Johnson, por entonces líder de la mayoría y luego vicepresidente, y, desde ese puesto administrativo, sin ser senador, ejerció una fuerte influencia como agente de inteligencia de su jefe y mentor,<sup>266</sup> coordinando y anticipando las votaciones en el Senado.<sup>267</sup> Propenso a mezclar la política con sus negocios personales, Baker había montado su red de contactos en el llamado Quorum Club,<sup>268</sup> un grupo de legisladores, empleados del Congreso y lobistas que compartían intereses, información, juegos de cartas, bebidas y diversión.<sup>269</sup>

---

there is no need to remand this case to determine whether he was entitled to be seated in the 90th Congress. Therefore, we hold that, since Adam Clayton Powell Jr., was duly elected by the voters of the 18th Congressional District of New York and was not ineligible to serve under any provision of the Constitution, the House was without power to exclude him from its membership” (395 U.S. 486, en pp. 548 y 550).

265 Elegido en 1970, fue reelegido ininterrumpidamente hasta el 114º Congreso (2015-2017). Entre 2007 y 2010 presidió la poderosa Comisión de Presupuesto (Committee on Ways and Means) y fue el fundador del Congressional Black Caucus.

266 Baker, que trabaja desde muy joven como empleado del Senado, conoció a Johnson cuando este entró al Senado en 1949. En su libro de memorias citado más arriba (Baker and King 1980) cuenta que Johnson lo llamó un día por teléfono y, sin dar muchos rodeos, le dijo: “Mr Baker, I understand you know where the bodies are buried in the Senate. I’d appreciate it if you’d come to my office” (“Sr. Baker, entiendo que usted sabe dónde están enterrados los cadáveres en el Senado, apreciaré que venga a mi despacho”). Baker se convirtió, desde entonces, en los ojos y oídos de Johnson en el Senado, quien dijo alguna vez: “He [Baker] is the first person I talk to in the morning and the last one at night” (“Baker es la primera persona con quien hablo a la mañana y la última en la noche”) (p. 34).

267 Se lo conocía como el “Senador 101” o “Little Lyndon”.

268 El Club se reunía en el Carroll Arms Hotel, por entonces un lugar icónico de Washington, D.C., ubicado cerca del Capitolio.

269 Una de las figuras femeninas más rutilantes del Quorum Club fue Ellen Rometsch (originalmente

En 1962, junto con Fred Black, Ed Levenson y Benny Sigelbaum, Baker fundó una compañía llamada Serve-U-Corporation, que proveía máquinas expendedoras (*vending machines*) a empresas que recibían subsidios del Gobierno federal, entre las cuales estaba North American Aviation, que había contratado a Baker como lobista. Cuando estos negocios tomaron estado público, el entonces Ministro de Justicia (*Attorney General*) Robert Kennedy inició una investigación que sacó a la luz los contactos de Baker con Clint Murchison, un magnate petrolero de Texas vinculado con la adjudicación a General Dynamics, una compañía de Texas, de un contrato de 7 mil millones de dólares para la construcción del Tactical Fighter Experimental (TFX), un avión de combate. Todo ello afectaba, al menos indirectamente, al vicepresidente Lyndon B. Johnson, oriundo de Texas, a quien Kennedy, con tal motivo, le habría pedido que se retirara de la campaña para su reelección en 1964. Sin embargo, el asesinato de Kennedy, en noviembre de 1963, salvó a Johnson, quien asumió inmediatamente la presidencia<sup>270</sup> y la investigación se evaporó. Baker, finalmente, fue condenado en 1967 por evasión impositiva y pasó varios meses en prisión.

## 16. Efectos de estos casos. La creación de comisiones de conducta y la adopción de reglas de ética

Hasta 1964 no existían, ni en el House ni en el Senado, comisiones estables o permanentes para investigar la conducta de los legisladores ni de los empleados del Congreso. Tampoco existían reglas de conducta. Cuando se planteaba un caso de corrupción, se formaba una comisión *ad hoc* que lo investigaba y, en algunas ocasiones, era la propia cámara quien llevaba a cabo la investigación. Sin embargo, a raíz de los dos casos mencionados en el punto anterior, ambas cámaras decidieron crear comisiones permanentes de conducta y dictar reglas de ética.

---

Bertha Hildegard Elly), una modelo alemana muy llamativa que alternaba con los clientes. Investigada por el FBI, se dijo que era una espía comunista (probablemente porque era procedente de Alemania Oriental) y se le atribuyó también un *affaire* con John F. Kennedy que tomó estado público, aunque no fue comprobado. Para que el escándalo no escalara (estaba muy fresco por entonces el caso del ministro británico John Profumo con Christine Keeler), fue expulsada de los Estados Unidos en 1963 y se radicó con sus padres en una granja en Oberberge (Westphalia). Ver: <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/ellen-rometsch-la-amante-preferida-de-kennedy-nid1653092/>.

270 Johnson juró como presidente el 23 de noviembre de 1963, al día siguiente del asesinato de Kennedy, a bordo del avión presidencial (Air Force One), que trasladaba a Washington, D.C. los restos del expresidente.

## 16.1. En el Senado

Con anterioridad al caso Baker, durante la década de 1940 el senador Wayne L. Morse, republicano de Oregon,<sup>271</sup> ya había llamado la atención sobre la necesidad de que los senadores hicieran una declaración pública de sus ingresos, especialmente de aquellos que no provenían de su trabajo como legisladores.<sup>272</sup> En los años siguientes, Morse continuó con esta campaña con el apoyo de los senadores Paul H. Douglas, demócrata de Illinois, y Clifford P. Case, republicano de New Jersey, proponiendo la creación de comisiones y códigos de conducta tanto para los senadores como para los empleados.

Todos estos esfuerzos que, por obvias razones, no prosperaban, maduraron con el caso *Baker*. Durante la investigación de este caso, la Comisión de Reglamento (Committee Rules) había analizado la conveniencia de dictar reglas de ética. Incluso, el senador John Sherman Cooper, republicano de Kentucky e integrante del Committee Rules, propuso en ese momento la creación de una comisión permanente de conducta, independiente de la de Reglamento, que no fue aceptada en su momento, pues este pretendía retener para sí esta tarea. Sin embargo, en julio de 1964, con ocasión de la discusión de las reglas de ética, el Senado hizo suya la propuesta de Cooper y se propuso la creación de una comisión de conducta compuesta de igual cantidad de miembros por cada partido. Nació así el Select Committee on Standards and Conduct, cuyos primeros miembros (tres por cada partido) fueron designados recién al año siguiente, en julio de 1965, durante el 89° Congreso.<sup>273</sup>

Esta comisión propuso la sanción de un Código de Ética que fue aprobado el 22 de marzo de 1968 por un voto de 67-1. Entre sus previsiones, figuraba la regulación de la contratación de personal externo al Senado,<sup>274</sup> la contabi-

---

271 Fue un republicano progresista que en 1952 se pasó al Partido Demócrata como consecuencia de que Eisenhower eligiera a Richard Nixon como compañero de fórmula presidencial.

272 A raíz de ello, en 1946, el Senado dictó la Resolución 306 que obligaba a los senadores a hacer declaraciones de ingresos.

273 El primer senador investigado por la nueva comisión fue Thomas J. Dodd, demócrata de Connecticut, que anteriormente había tenido una actividad variada, pues había sido asistente de Robert Jackson como fiscal en los juicios de Nuremberg y luego fue lobista del presidente de facto de Guatemala Carlos Castillo Armas. Ingresó al Senado en 1959 y, en 1967, durante el 90° Congreso, a raíz de una investigación llevada a cabo por los periodistas Drew Pearson y Jack Anderson, fue acusado de usar de fondos de la campaña para beneficio personal. Se lo encontró culpable de este cargo y fue censurado por el Senado. En la elección de 1970 para el 92° Congreso (1971-1973) perdió su banca compitiendo, como independiente, contra el republicano Lowell Weicker.

274 Se le prohibió al personal del Senado tener otros empleos que no fueran compatibles con sus funciones. En caso de que fueran empleados en otros lugares, tenían que informarlo a sus superiores, quienes debían supervisar estas contrataciones.

lización de los aportes para las campañas y las restricciones con las que estos debían ser empleados<sup>275</sup> y la obligación de los senadores y los altos empleados de presentar informes financieros anuales,<sup>276</sup> bien que a estos solamente podía tener acceso el Select Committee on Standards and Conduct.<sup>277</sup>

## 16.2. En el House

Tampoco existía en el House una comisión permanente que investigara la conducta de sus miembros. Esta fue creada en 1967, durante el 90º Congreso. Se la llamó inicialmente Committee on Standards of Official Conduct y en 2011, durante el 112º Congreso, fue rebautizada como Committee on Ethics.

Su antecedente inmediato fue una comisión no permanente, llamada Select Committee on Standards and Conduct,<sup>278</sup> creada en 1966. Al año siguiente, se introdujeron más de cien resoluciones proponiendo la creación de una comisión permanente. Una de ellas, la Resolución 18, introducida por Charles Bennett, que había sido presidente de la anterior comisión, puso especial énfasis en la necesidad de contar con una comisión permanente de ética.<sup>279</sup> En abril de ese año (1967), el Rules Committee dictó la Resolución 418 que disponía la creación de la comisión permanente integrada por doce miembros (seis por cada partido), que fue aprobada por un voto de 400-0. Su primera tarea, comenzada pocos meses después, fue elaborar un código de ética en términos similares al que había sido adoptado en el Senado.<sup>280</sup>

---

275 Los senadores y su personal debían, además, aprobar expresamente todos los pedidos de contribuciones que se llevaran a cabo, los que quedaron limitados exclusivamente a la postulación del candidato y los razonables gastos de la campaña.

276 Se le prohibió al personal de los senadores que recibieran contribuciones. Quedaron exentos solamente aquellos que fueran especialmente designados al efecto, información esta que debía ser pública.

277 Por un voto de 40-44 fue rechazada la moción del senador demócrata Joseph S. Clark, de Pennsylvania, de que la información general sobre el estado financiero de los senadores fuera puesta en conocimiento del público.

278 Fue creada por Resolución 1013, inspirada por Charles Bennett, demócrata de Florida.

279 Fundamentó su propuesta diciendo: "The public image of Congress demands that the House establish a full, working, thoughtful committee working solely in the field of standards and conduct. Sixty percent of those answering a recent Gallup poll said they believe the misuse of Government funds by Congressmen is fairly common. Of course, we know that such abuses are, in fact, not common, but we have seen a number of such damaging polls showing the people's lack of faith in the integrity of Congress. There is a need for a vehicle in the House to achieve and maintain the highest possible standards by statute and enforcement thereof. This can only be done after through study by a committee whose primary interests are in the field of ethics".

280 Ver Straus (2010).

## 17. La comisión investigadora del asesinato de Kennedy

John F. Kennedy asumió la presidencia el 20 de enero de 1961, luego de ganar las elecciones del 8 de noviembre de 1960,<sup>281</sup> en las que todos los competidores eran o habían sido senadores.<sup>282</sup> Su Gobierno, muy progresista en algunos aspectos,<sup>283</sup> fue breve. Murió asesinado en Dallas, Texas, el 22 de noviembre de 1963. Si bien se supo inmediatamente que el autor material del crimen había sido Lee Harvey Oswald, quien, a su vez, fue asesinado al día siguiente por Jack Ruby, todo parecía indicar que detrás de ellos existía una conspiración mayor.

Con su habitual olfato político y velocidad de respuesta, el presidente Johnson dispuso inmediatamente<sup>284</sup> la formación de una comisión investigadora del asesinato. La comisión<sup>285</sup> se formó con siete miembros provenientes de diversas extracciones institucionales y políticas. Su presidente fue Earl Warren, el entonces *Chief Justice* de la Corte Suprema,<sup>286</sup> y la integraron además: los senadores Richard Russell Jr., demócrata de Georgia, y John Sherman Cooper, republicano de Kentucky; los representantes Thomas Hale Boggs, demócrata de New Orleans, y Gerald Ford, republicano de Michigan; Allen Dulles, exdirector de la CIA,<sup>287</sup> y John J. McCloy, expresidente del Banco Mundial.<sup>288</sup>

---

281 Su margen de victoria en el voto popular fue muy escaso. Obtuvo el 49,72% de los votos contra el 49,55% de Richard Nixon. En el colegio electoral, en cambio, la diferencia a su favor fue mayor (303-219).

282 En la fórmula demócrata, Kennedy era senador por Massachusetts y Lyndon B. Johnson, el candidato a vicepresidente, era senador por Texas. En la fórmula republicana, Nixon había sido senador por California (1950-1953) y concluía sus dos mandatos como vicepresidente (1963-1961), y Henry Cabot Lodge, candidato a vicepresidente, era por entonces embajador ante las Naciones Unidas y había sido senador por Massachusetts desde 1947 hasta 1953. En la elección de 1952 había perdido la banca compitiendo contra Kennedy.

283 Sin perjuicio de otros aspectos, cabe mencionar que Kennedy nombró en la Corte Suprema a Thurgood Marshall, el primer juez afroamericano que tuvo el Tribunal, un antiguo luchador por las causas de los derechos civiles y que, como abogado de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), había ganado en la Corte el célebre caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), que impuso la desegregación racial las escuelas, modificando el antiguo precedente *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), en el cual se había establecido la doctrina *separate but equal* (separados, pero iguales).

284 La comisión fue creada por la Executive Order No. 11130, del 29 de noviembre de 1963.

285 Oficialmente fue designada como President's Commission on the Assassination of President Kennedy.

286 Por tal motivo, a esta comisión se la conoce como Warren Commission.

287 Dulles fue el primer director civil de la CIA y quien ha ocupado el cargo por más tiempo hasta ahora (1953-1961). Había tenido que renunciar, a pedido de Kennedy, luego del fracaso de la invasión a Bahía de Cochinos en Cuba. Era hermano de John Foster Dulles, que fue secretario de Estado de Eisenhower, cuyo nombre lleva el aeropuerto internacional de Washington, D.C.

288 Se sabe que muchos de sus miembros, especialmente Earl Warren, fueron reticentes a aceptar la designación. Warren sostenía que esta actividad extrajudicial podía colisionar con la separación de

Luego de 10 meses de trabajo,<sup>289</sup> la Comisión le presentó al presidente Johnson, en septiembre de 1964, un informe de casi novecientas páginas.<sup>290</sup> Pese al trabajo realizado, sus conclusiones fueron muy magras. Se determinó que el asesino había sido Lee Harvey Oswald y que este no formaba parte de ninguna conspiración nacional o internacional en contra del Gobierno de los Estados Unidos. No se llegó, en cambio, a ninguna conclusión definitiva sobre los motivos que pudieron impulsar a Oswald a asesinar a Kennedy. Todo ello levantó una fuerte ola de críticas contra la Comisión. Concluida la investigación, varias de sus partes fueron enviadas a los National Archives y, con ello, su divulgación quedó interdicta por los siguientes 75 años.<sup>291</sup> Sin embargo, en 1992, se dictó una ley que dispuso su apertura.<sup>292</sup> Asimismo, en 1978, en el House se formó una nueva comisión para investigar si había existido una conspiración en el asesinato de Kennedy,<sup>293</sup> pero sus conclusiones no llegaron a demostrar que aquella hubiera existido.<sup>294</sup>

## 18. Los primeros legisladores de origen asiático

Como parte de la lenta, pero incesante, incorporación de las minorías a los puestos de poder en la política norteamericana, hacia fines de la década de 1950 y principios de la siguiente ingresaron en el Congreso los primeros legisladores de origen asiático.

El primero de ellos fue Hiram Leong Fong, senador republicano por Hawaii, que ingresó al Senado en el 86° Congreso (1959-1961) y fue reelegido hasta el 94° Congreso (1975-1977).<sup>295</sup> Hijo de inmigrantes chinos iletrados que habían

---

poderes, pero finalmente, bajo la siempre persuasiva insistencia de Johnson –que pulsó la cuerda de sus deberes patrióticos–, aceptó el cargo. Aun así, no participó activamente del trabajo de la Comisión, aunque sí intervino en la redacción del informe final.

289 Las sesiones y las audiencias se llevaron a cabo a puertas cerradas, pero no fueron formalmente secretas.

290 En total, la investigación quedó recopilada en 26 volúmenes que recogen más de 550 testimonios y unos 3100 anexos documentales.

291 Por aquel entonces, los National Archives no permitían que los documentos allí registrados fueran puestos a disposición del público por espacio de 75 años. Esta regla fue derogada por la Ley de Acceso a la Información de 1974. Freedom of Information Act (FOIA), 5 U.S.C. § 552.

292 President John F. Kennedy Assassination Records Collection Act of 1992, Public Law 102-526; 106 Statutes at large 3443.

293 United States House Select Committee on Assassinations.

294 Esta comisión investigó también el asesinato de Martin Luther King, ocurrido en 1968.

295 Hasta ahora es el primer y único senador republicano que ha tenido Hawaii.

ido a Hawaii a fines del siglo XIX a trabajar en las plantaciones de azúcar, *the Man of the Pacific*, como solía llamársele, logró sobreponerse a las dificultades propias de su situación y se graduó como abogado en la Universidad de Harvard en 1935. Luego de ejercer como abogado en el foro estatal y de ser legislador local, fue electo senador para el Congreso federal cuando Hawaii fue declarado estado de la Unión.

Poco después de que Fong ingresara como senador, Patsy Mink, de ascendencia japonesa, fue electa para ocupar una banca en el House durante el 89º Congreso (1965-1967) como representante demócrata por Hawaii.<sup>296</sup> Fue una firme defensora de los derechos civiles. Su actividad como representante en el House se divide en dos períodos: el primero de ellos corre desde 1965 hasta 1977; y el segundo, desde 1990 hasta 2002.

## 19. Dos hechos menores, pero coloridos

### 19.1. *The Ev and Charlie Show* (el *Show de Ev y Charlie*)

Cuando John Kennedy se hizo cargo de la presidencia, en enero de 1961, el ex-presidente Eisenhower manifestó que el Partido Republicano debía mantener viva una voz en el Congreso mientras estuviera en la minoría. Ello dio pie a que el líder de la minoría en el Senado, Everett Dirksen, y su par en el House, Charles Halleck, establecieran la llamada Republican Joint Congressional Leadership Conference. Esta consistía, fundamentalmente, en que cada semana, luego de una reunión a puertas cerradas, ambos legisladores daban una conferencia de prensa sobre las actividades que su partido desarrollaba.

Oficialmente denominada Republican Congressional Leadership Statement, esta conferencia, difundida por primera vez el 24 de enero de 1961, fue rápidamente ridiculizada por los medios demócratas, que la titularon *The Ev and Charlie Show*,<sup>297</sup> provocando reacciones diversas en cada uno de sus protagonistas.<sup>298</sup> Lo cierto es que la conferencia se convirtió, en su momento, en uno de los atractivos del llamado Capitol Hill durante varios años.<sup>299</sup> Cuando en

---

296 Antes de ello había sido miembro de las dos cámaras de la legislatura local.

297 Así la llamó Tom Wicker de *The New York Times*.

298 Mientras Halleck se enojó por la frívola cobertura que la prensa le estaba dando, Dirksen, que en su juventud había querido ser actor y lograba una gran interacción con la prensa, lo aprovechó en su favor entendiendo que ello los hacía más populares. Decía que *Ev and Charlie* se había convertido en uno de los típicos dúos norteamericanos, como el *comed beef and cabbage* o el *ham and eggs*.

299 Ver Schapsmeier y Schapsmeier (1985).

1965 Gerald Ford reemplazó a Halleck como líder de la minoría republicana en el House, la conferencia pasó a ser *The Ev and Jerry Show*.

## 19.2. La Batalla de los Octogenarios

Hacia fines de 1961 y comienzos de 1962, las rivalidades habituales (casi seculares) entre ambas cámaras<sup>300</sup> tuvieron un pico de tensión con motivo de un conflicto suscitado entre los presidentes de las respectivas comisiones de asignación de fondos (*appropriations committees*),<sup>301</sup> que condujo a un estancamiento en la aprobación de las leyes de esta materia. La cuestión se suscitó cuando el Appropriations Committee del House introdujo reformas en el informe conjunto de ambas comisiones, asignando más recursos para esa cámara, lo que molestó a los senadores.<sup>302</sup> Cuando comenzaron las sesiones en 1962, todo ello reavivó antiguas disputas nunca resueltas, tales como si el Senado podía ser la cámara iniciadora de los proyectos de ley de asignación de fondos o si podía introducir nuevos ítems a estos proyectos o aprobar aquellos que habían sido rechazados por el House. Se discutía también dónde debían llevarse a cabo las sesiones conjuntas de ambas comisiones y quién las presidiría.

Dado que los presidentes de las comisiones eran el senador Carl T. Hayden, demócrata de Arizona, que por entonces tenía 84 años y una extensa foja de servicios como legislador,<sup>303</sup> y su contendiente era Clarence A. Cannon, representante demócrata de Missouri, de 83 años, que también tenía una larga actividad en el Congreso,<sup>304</sup> la prensa tituló a este conflicto la “Batalla de los Octogenarios” (*Battle of the Octogenarians*).<sup>305</sup>

---

300 Uno de los focos típicos de esta tensión era que el *Diario de Sesiones del Congreso (Congressional Record)* siempre publicaba primero los debates del Senado, ya que la respectiva comisión conjunta estaba presidida tradicionalmente por un senador.

301 Son las que se encargan de analizar los proyectos de ley de asignación de fondos para el Gobierno federal.

302 Probablemente, lo que más les haya molestado a los senadores es que el vicepresidente de la comisión los acusó de usar fondos públicos para contratar prostitutas.

303 Había ingresado en el House en 1912, fue reelecto allí hasta 1927, año que ganó la senaduría. Fue reelecto como senador hasta el 90° Congreso (1967-1969).

304 Había ingresado en el House en 1923 y retuvo su banca hasta 1964, año de su muerte.

305 El conflicto fue parcialmente resuelto acordándose que la presidencia de la comisión conjunta sería rotativa y que las sesiones se llevarían a cabo en el antiguo recinto del Senado, ubicado en el centro del Capitolio. No mucho más se pudo avanzar en una disputa que pasó a segundo plano con las urgencias y requerimientos de la Guerra Fría. Ver: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Battle\\_Octogenarians.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Battle_Octogenarians.htm).



## 20. El control judicial del *gerrymandering*

Como todo sistema, el del voto por circunscripción uninominal –aplicado en los Estados Unidos– puede ser objeto de prácticas viciosas. La más común de ellas es el llamado *gerrymandering*,<sup>306</sup> que consiste en diseñar arbitrariamente los distritos electorales para poder triunfar en las elecciones.<sup>307</sup>

A pesar de la amplia difusión de esta corruptela que, obviamente, incidía fuertemente en la composición del House, hasta 1962 la Corte Suprema había rechazado las acciones judiciales planteadas en su contra. Mezclando entre sus argumentos la doctrina de las *political questions*, el Tribunal se mostró hasta ese momento muy poco dispuesto a revisar la constitucionalidad de las leyes que delimitaban las circunscripciones electorales, sin importar cuán antiguas y desactualizadas fueran. Esta serie jurisprudencial, que surge de casos como *Smiley v. Holm*,<sup>308</sup> *Wood v. Broom*,<sup>309</sup> *Colgrove v. Green*,<sup>310</sup> *Cook v. Fortson*,<sup>311</sup> *Colegrove v. Barrett*,<sup>312</sup> *MacDougall v. Green*,<sup>313</sup> *South v. Peters*<sup>314</sup> y *Hartsfield v. Sloan*,<sup>315</sup> prueba que la Corte tenía claramente decidido no admitir casos de *gerrymandering*, pero no tenía tan en claro con qué fundamentos rechazarlos.

Esta tendencia cambió radicalmente cuando la Corte resolvió el caso *Baker v. Carr*,<sup>316</sup> aunque un tímido antecedente de esta decisión ya puede advertirse en *Gomillion v. Lightfoot*.<sup>317</sup> Los antecedentes de *Baker* son similares a los de los

---

306 Recibe este nombre pues históricamente uno de los primeros en emplearlo en los Estados Unidos fue Elbridge Gerry, gobernador de Massachusetts en 1810 y vicepresidente de los Estados Unidos durante la presidencia de James Madison. Gerry había diseñado arbitrariamente los distritos electorales y estos quedaban con la forma de una salamandra (*salamander*), lo que explica el nombre dado a esta práctica electoral.

307 En muchos casos, la arbitrariedad consistía en mantener vigentes antiguas leyes que ya no reflejaban la realidad de la composición poblacional de cada estado, de modo tal que había circunscripciones superpobladas frente a otras con una densidad menor. Ello, naturalmente, incidía en la calidad del voto de cada ciudadano, pues tanto unas como otras elegían igual cantidad de candidatos.

308 285 U.S. 355 (1932).

309 287 U.S. 1 (1932).

310 328 U.S. 549 (1946).

311 329 U.S. 675 (1946).

312 330 U.S. 804 (1947).

313 335 U.S. 281 (1948).

314 339 U.S. 276 (1950).

315 357 U.S. 916 (1958).

316 369 U.S. 186 (1962).

317 364 U.S. 339 (1960). Se trataba de un caso originado en Alabama, donde el *gerrymandering* había sido escandaloso. Por medio de una nueva ley, la ciudad de Tuskegee –que poseía un trazado urbano muy cuadrado y definido– pasaba a tener un diseño completamente irregular al convertirse en una

otros casos antes mencionados.<sup>318</sup> Archibald Cox, que por entonces era *Solicitor General* y se presentó por el Gobierno federal en carácter de *amicus curiae*, relata que en ambas cámaras legislativas del estado la conformación de las circunscripciones electorales se había tornado arbitraria como consecuencia de mantenerse vigente una ley sancionada en 1901. De tal suerte, había lugares en los que los habitantes tenían hasta treinta veces más representación que en otros. Los condados que tenían el 60% de la población solo elegían el 35% de los representantes (Cox, 1987, p. 290). Estas cifras –con sus variantes– aparecen también en el curso de la sentencia.<sup>319</sup>

Luego de una primera ronda de alegatos orales (*oral arguments*), en febrero de 1961, la Corte dispuso una nueva para octubre de ese año, y finalmente en marzo de 1962 se dictó la sentencia. Su autor fue Brennan, pero cuenta con votos concurrentes de Douglas, Clark y Stewart, lo que prueba las dificultades que encontraron para conciliar la nueva corriente con los precedentes anteriores, terreno en el cual Brennan hizo esfuerzos titánicos. En disidencia votaron Frankfurter y Harlan.

El primer punto de la sentencia se refiere a la jurisdicción de la justicia federal para resolver el caso. El tribunal de la instancia anterior había sostenido que carecía de ella, pero la Corte opinó lo contrario y afirmó que la cuestión ventilada era de competencia de la justicia federal.<sup>320</sup> Afirmó luego que los demandantes tenían legitimación procesal (*standing*) para plantear el caso<sup>321</sup> y de

---

figura de nada menos que 28 lados. Como resultado, 400 votantes negros quedaban fuera de su ejido, perdiendo la posibilidad de votar como residentes de ella. Frankfurter emitió el voto mayoritario y, pese a su reticencia para admitir la judiciabilidad de estos planteos –evidenciada en su disidencia en el caso *Baker*–, resolvió que los actores tenían derecho a un pronunciamiento sobre el punto, pero acotado a la Décimo Quinta Enmienda. Así, reconoce que “... the inescapable human effect of this essay in geometry and geography is to despoil colored citizens, and only colored citizens, of their theretofore enjoyed voting rights” (364 U.S. en p. 347).

318 Un estudio completo de esta sentencia y sus antecedentes puede verse en Horvath y Vanossi (1964).

319 Hay varias menciones, algunas bastante precisas, pero la más simple de todas ellas es una que figura en el voto de Clark: “It appears from the record that 37% of the voters of Tennessee elect 20 of the 33 Senators while 40% of the voters elect 63 of the 99 members of the House” (369 U.S. en p. 254).

320 Luego de efectuar algunas citas, pero con cierto sesgo dogmático, el voto de Brennan dice: “We hold that the District Court has jurisdiction of the subject matter of the federal constitutional claim asserted in the complaint” (369 U.S. en p. 204).

321 “We hold that the appellants do have standing to maintain this suit. Our decisions plainly support this conclusion [...] These appellants seek relief in order to protect or vindicate an interest of their own, and of those similarly situated. Their constitutional claim is, in substance, that the 1901 statute constitutes arbitrary and capricious state action, offensive to the Fourteenth Amendment in its irrational disregard of the standard of apportionment prescribed by the State’s Constitution or of any standard, effecting a gross disproportion of representation to voting population. The injury

allí pasó a la judiciabilidad de la cuestión, tema central del pronunciamiento, pues, como vimos, en algunos casos anteriores la Corte había dicho que estos planteos involucraban una cuestión política.<sup>322</sup> Aquí es donde Brennan hizo sus mejores –y por momentos farragosos– esfuerzos en aras de demostrar que la cuestión era justiciable sin apartarse –al menos formalmente– de las decisiones anteriores.

Al igual que en los puntos anteriores, su posición quedó claramente fijada desde el comienzo. Dijo que el hecho de requerirse la protección de un derecho político no implicaba que la cuestión planteada fuera política. Agregó, asimismo, que el problema debatido se hallaba fuera de la Cláusula de Garantía.<sup>323</sup> Señaló luego que para resolver el caso era preciso revisar una gran cantidad de decisiones sobre cuestiones políticas, examen este por medio del cual se advierte que tales cuestiones tienen lugar solamente cuando se trata de la relación entre el Poder Judicial y los otros poderes del Gobierno federal, no cuando aquel se vincula con un estado.<sup>324</sup> Agregó así que la no justiciabilidad de las cuestiones políticas esencialmente constituye una función de la división de poderes.<sup>325</sup> Luego de pasar revista a numerosos precedentes sobre cuestiones políticas que

---

which appellants assert is that this classification disfavors the voters in the counties in which they reside, placing them in a position of constitutionally unjustifiable inequality vis-a-vis voters in irrationally favored counties. A citizen's right to a vote free of arbitrary impairment by state action has been judicially recognized as a right secured by the Constitution, when such impairment resulted from dilution by a false tally [...] They are entitled to a hearing and to the District Court's decision on their claims. The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury [...]" (369 U.S. en pp. 206-208).

322 Por ejemplo, en *South v. Peters*, 339 U.S. 276 (1950) (ya citado), al rechazar en un breve voto *per curiam* la demanda, había dicho: "Federal courts consistently refuse to exercise their equity powers in cases posing political issues arising from a state's geographical distribution of electoral strength among its political subdivisions. See *MacDougall v. Green*, 335 U.S. 281 (1948); *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946); *Wood v. Broom*, 287 U.S. 1, 8; cf. *Johnson v. Stevenson*, 170 F.2d 108 (C. A. 5th Cir., 1948)".

323 "Of course the mere fact that the suit seeks protection of a political right does not mean it presents a political question [...] We hold that the claim pleaded here neither rests upon nor implicates the Guaranty Clause and that its justiciability is therefore not foreclosed by our decisions of cases involving that clause" (369 U.S. en p. 209). Recordemos que la llamada Cláusula de Garantía es la del artículo IV, mediante la cual el Gobierno federal le asegura al estado el sistema republicano y una protección frente a invasiones.

324 "Our discussion, even at the price of extending this opinion, requires review of a number of political question cases [...] That review reveals that in the Guaranty Clause cases and in the other 'political question' cases, it is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationship to the States, which gives rise to the political question" (369 U.S. en p. 210).

325 "The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers" (369 U.S. en p. 210).

le permitieron fundar esta afirmación, llegó finalmente a los casos relativos a la Cláusula de Garantía y, más específicamente, a los vinculados con el mantenimiento de la forma republicana de gobierno, sosteniendo que este caso no lleva ante la Corte un problema de esa naturaleza. Por el contrario –dijo– se trata de analizar si la conducta de un estado se conforma a la Constitución, lo cual no se halla dentro de la Cláusula de Garantía, sino de la Cláusula de Igualdad ante la Ley (Equal Protection Clause),<sup>326</sup> lo cual es una cuestión claramente justiciable.<sup>327</sup>

La decisión recaída en *Baker* tuvo un fuerte impacto en numerosos estados, que se vieron obligados a revisar sus leyes sobre distribución de los distritos electorales a impulsos de una Corte que, a partir de este caso, empezó a admitir muchos otros basados en similares peticiones. En *Gray v. Sanders*<sup>328</sup> fue declarada inconstitucional una ley de Georgia que le permitía al ganador de la elección en cierto número de distritos alzarse con la victoria en todos los demás. En *Wesberry v. Sanders*<sup>329</sup> fue elaborada por el *Justice* Black la tesis de “un hombre un voto”, la cual fue expuesta con mayor claridad aún por el *Chief Justice* Warren en *Reynolds v. Sims*,<sup>330</sup> señalando allí que tal principio es esencial, ya que, de lo contrario, el voto de un individuo puede valer mucho más que el de otros.<sup>331</sup> A

---

326 “The question here is the consistency of state action with the Federal Constitution. We have no question decided, or to be decided, by a political branch of government coequal with this Court. Nor do we risk embarrassment of our government abroad, or grave disturbance at home if we take issue with Tennessee as to the constitutionality of her action here challenged. Nor need the appellants, in order to succeed in this action, ask the Court to enter upon policy determinations for which judicially manageable standards are lacking. Judicial standards under the Equal Protection Clause are well developed and familiar, and it has been open to courts since the enactment of the Fourteenth Amendment to determine, if on the particular facts they must, that a discrimination reflects no policy, but simply arbitrary and capricious action. This case does, in one sense, involve the allocation of political power within a State, and the appellants” (369 U.S. en p. 226).

327 “We conclude then that the nonjusticiability of claims resting on the Guaranty Clause which arises from their embodiment of questions that were thought ‘political,’ can have no bearing upon the justiciability of the equal protection claim presented in this case (369 U.S. en p. 228) [...] We conclude that the complaint’s allegations of a denial of equal protection present a justiciable constitutional cause of action upon which appellants are entitled to a trial and a decision. The right asserted is within the reach of judicial protection under the Fourteenth Amendment” (369 U.S. en p. 237).

328 372 U.S. 368 (1963).

329 376 U.S. 1 (1964).

330 377 U.S. 533 (1964).

331 “Legislators represent people, not trees or acres. Legislators are elected by voters, not farms or cities or economic interests. As long as ours is a representative form of government, and our legislatures are those instruments of government elected directly by and directly representative of the people, the right to elect legislators in a free and unimpaired fashion is a bedrock of our political system. It could hardly be gainsaid that a constitutional claim had been asserted by an allegation that

partir de allí, varios pronunciamientos similares siguieron en forma inmediata el principio sentado en este caso.<sup>332</sup> Tan exigente fue este requisito que en *Kirkpatrick v. Preisler*<sup>333</sup> fue declarada inconstitucional una ley de Missouri por medio de la cual se creaban nuevos distritos electorales con muy escasa diferencia de población.<sup>334</sup>

## 21. El movimiento de los derechos civiles y sus principales leyes

Entre los muchos asuntos que ocuparon la agenda del Congreso en la década que corre desde finales de 1950 hasta finales 1960 se encuentra el movimiento de los llamados *civil rights*<sup>335</sup> y de las leyes que los regulan.

Casi olvidados luego de finalizada la llamada “Reconstrucción de los estados del sur”, que tuvo lugar luego de la Guerra Civil, y sepultados en buena medida por el *separate but equal* establecido por la Corte Suprema en *Plessy v. Ferguson*,<sup>336</sup> los derechos civiles renacieron con fuerza luego de que la Corte Suprema –en

---

certain otherwise qualified voters had been entirely prohibited from voting for members of their state legislature. And, if a State should provide that the votes of citizens in one part of the State should be given two times, or five times, or 10 times the weight of votes of citizens in another part of the State, it could hardly be contended that the right to vote of those residing in the disfavored areas had not been effectively diluted. It would appear extraordinary to suggest that a State could be constitutionally permitted to enact a law providing that certain of the State’s voters could vote two, five, or 10 times for their legislative representatives, while voters living elsewhere could vote only once. And it is inconceivable that a state law to the effect that, in counting votes for legislators, the votes of citizens in one part of the State would be multiplied by two, five, or 10, while the votes of persons in another area would be counted only at face value, could be constitutionally sustainable. [377 U.S. en p. 563] [...] We hold that, as a basic constitutional standard, the Equal Protection Clause requires that the seats in both houses of a bicameral state legislature must be apportioned on a population basis. Simply stated, an individual’s right to vote for state legislators is unconstitutionally impaired when its weight is in a substantial fashion diluted when compared with votes of citizens living in other parts of the State” (377 U.S. en p. 568).

332 *WMCA, Inc. v. Lomenzo*, 377 U.S. 633 (1964); *Maryland Comm. for Fair Representatives v. Tawnes*, 377 U.S. 656 (1964); *Donis v. Mann*, 377 U.S. 678 (1964); *Roman v. Sincock*, 377 U.S. 695 (1964); *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of Colorado*, 377 U.S. 713 (1964).

333 394 U.S. 526 (1969).

334 Las diferencias eran leves, pues había distritos con 450 mil habitantes y otros con 420 mil.

335 La diferencia entre *human rights* y *civil rights* suele ser sutil, pues ambos, en definitiva, tienden a proteger lo mismo. Según una distinción bastante habitual, los primeros son los derechos reconocidos, en forma universal, a las personas humanas como tales. Los segundos son esos mismos derechos una vez que les son reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo a los ciudadanos de un determinado país. Ver: <https://usidhr.org/human-rights-vs-civil-rights/> y <https://guides.ll.georgetown.edu/civilrights>.

336 163 U.S. 537 (1896).

*Brown v. Board of Education of Topeka*–<sup>337</sup> modificara lo decidido en el caso anterior imponiendo la desegregación racial en las escuelas.

Con la legitimación constitucional dada por este caso, y fuertemente motivado –en lo emocional– por el asesinato de Emmett Till en Mississippi, en 1955,<sup>338</sup> el movimiento de los derechos civiles en procura de la igualdad racial cobró nuevo vigor bajo el impulso de dos líderes muy carismáticos, pero que predicaban su doctrina desde ángulos y por medios muy distintos. Martin Luther King, por un lado, era un pastor bautista que tenía en miras obtener la igualdad plena entre blancos y afroamericanos por medios no violentos, inspirados en el ejemplo de Gandhi,<sup>339</sup> aunque, como este, King también tuvo un final violento.<sup>340</sup> Fundado en principios casi opuestos, Malcolm X, uno de los más fogosos representantes de la llamada “Nation of Islam”,<sup>341</sup> que finalmente fue asesinado por miembros de esta,<sup>342</sup> basaba su discurso en el odio a los blancos y la lucha de las razas para imponer la supremacía negra.<sup>343</sup>

Bajo estas dos inspiraciones, claramente diferentes, el movimiento de los derechos civiles protagonizó hechos que pasaron a ser emblemáticos de esa época, tales como el de Rosa Parks, que dio lugar al boicot en el uso del transporte

---

337 347 U.S. 483 (1954).

338 Emmett Till era un adolescente de 14 años que, acusado de haberse dirigido impropriamente a una mujer blanca, fue raptado por el marido de esta y, junto con otros cómplices, lo golpeó brutalmente, lo mutiló y arrojó su cadáver al río. El caso tuvo inmediata resonancia nacional no solo por el homicidio mismo, sino porque los acusados fueron absueltos por un jurado blanco, pese a existir pruebas bastante concretas de su culpabilidad.

339 Ver King (2003).

340 El 4 de abril de 1968, King fue asesinado en Memphis, Tennessee, por James Earl Ray, un delincuente común de raza blanca, lo que desencadenó una ola de violencia en todo el país.

341 Era una agrupación político-religiosa fundada en la década de 1930 por Wallace Fard Muhammad, que cobró gran importancia y numérica –y llegó a tener una organización casi militar– bajo el prolongado liderazgo de Elijah Muhammad, que la gobernó férreamente desde 1934 hasta su muerte, en 1975. Sus miembros, todos musulmanes, habitualmente cambiaban sus nombres, de raíz anglosajona, que decían les habían dado en su momento los amos blancos, por otros de inspiración islámica. Uno de los integrantes más popularmente conocidos de esta agrupación fue el boxeador Cassius M. Clay, que se rebautizó como Muhammad Ali.

342 Malcolm Little, que se hacía llamar Malcolm X, había crecido en importancia en la Nation of Islam bajo el auspicio de su líder Elijah Muhammad, pero a medida que su figura opacaba la del jefe de la organización, se fue distanciando de este, haciendo su propia campaña, cada vez más violenta en lo verbal. El punto de quiebre tuvo lugar con el asesinato de Kennedy, al que Malcolm X indirectamente apoyó en un discurso, pese a que se le había ordenado guardar silencio sobre este hecho. Ya fuera de la Nation of Islam, y en abierta oposición a esta, fue asesinado por tres de sus miembros durante un acto público en febrero de 1965.

343 Ver Karim (2020).

público en Alabama;<sup>344</sup> la crisis de los estudiantes en Little Rock;<sup>345</sup> las llamadas “sentadas” (*sits in*) en lugares públicos;<sup>346</sup> los *freedom rides*;<sup>347</sup> la oposición del gobernador Wallace a la integración racial en la Universidad de Alabama;<sup>348</sup> la

- 
- 344 Rosa Parks, una activa integrante de la NAACP, fue la protagonista, en diciembre de 1955, de un episodio singular que originó el *Montgomery bus boycott* de 1956. Por aquel entonces, la legislación vigente en Alabama exigía que los afroamericanos les cedieran sus asientos en los ómnibus a los blancos, aun cuando estuvieran sentados en la sección destinada a las “personas de color”. Al negarse a darle su asiento a un blanco, Parks fue arrestada y multada, lo que originó una serie de protestas que desembocaron en el boicot a usar transporte público. Dado que la población afroamericana por aquel entonces en Alabama representaba un 70% del público que viajaba en autobús, la protesta se hizo sentir con intensidad, pues miles de personas preferían ir caminando a sus trabajos antes que hacerlo en ómnibus.
- 345 En 1957 tuvo lugar un episodio conocido como el *Little Rock Nine*. Con motivo de la desegregación en las escuelas dispuesta por la Corte Suprema en el caso *Brown* (citado en nota 337), nueve estudiantes afroamericanos (Minnijean Brown, Ernest Green, Thelma Mothershed, Gloria Ray, Melba Pattillo, Terrence Roberts, Jefferson Thomas, Carlotta Walls y Elizabeth Eckford) se inscribieron e intentaron ingresar en un colegio secundario en Little Rock, capital del estado (Little Rock Central High School), bajo la férrea oposición del gobernador demócrata, Orval Faubus, quien llegó incluso a convocar a la Guardia Nacional para bloquearles el ingreso al establecimiento. En una fotografía que se ha vuelto icónica, se ve a Elizabeth Eckford ingresar en la escuela el primer día de clase bajo el abucheo y los insultos de los padres de sus compañeros blancos.
- 346 Cuidadosamente organizadas por la NAACP bajo el principio de la no violencia, a partir de 1958 diversos grupos de jóvenes afroamericanos ingresaron y ocuparon en lugares privados, pero de acceso público –tales como bibliotecas, museos, teatros, negocios y restaurantes–, el sitio que les correspondía a los blancos. Estas demostraciones tuvieron lugar en numerosas ciudades, entre ellas, en Greenville, South Carolina; Greensboro, North Carolina; Nashville, Tennessee; Richmond, Virginia; Baton Rouge, Louisiana; y Atlanta, Georgia. La finalidad de estas *sits in* era que la policía, en cumplimiento de la legislación vigente (en muchos casos eran ordenanzas municipales), arrestara y eventualmente multara a sus protagonistas, para luego plantear la inconstitucionalidad de tales normas. Ya veremos que la Corte Suprema se pronunció favorablemente a estas protestas.
- 347 En *Boynton v. Virginia*, 364 U.S. 454 (1960), la Corte Suprema declaró la ilegalidad de la detención de un estudiante afroamericano que estaba comiendo en el restaurante de una terminal de ómnibus destinado solamente a blancos. Apoyado en esta decisión, el Congress of Racial Equality (CORE), una organización de defensa de los derechos civiles, empezó a promover las llamadas “jornadas o viajes de la libertad” (*freedom rides*), en las cuales activistas de esta agrupación se trasladaban en autobús desde ciudades ubicadas en el norte hacia los estados del sur para hacer campaña. El primero de estos *rides* tuvo lugar en 1961, desde Washington, D.C. hasta Baton Rouge, Louisiana.
- 348 Un hecho similar al de Little Rock ocurrió el 11 de junio de 1963, cuando George Wallace, gobernador de Alabama, intentó impedir, por la fuerza, que dos estudiantes negros, Vivian Malone Jones y James Hood, ingresaran en la universidad estatal. En un gesto simbólico, el gobernador en persona se paró en la entrada de la Universidad para detener a los estudiantes. A raíz de este hecho, el presidente Kennedy, obrando del mismo modo que Eisenhower en su momento, emitió la Executive Order 11111, disponiendo la federalización de la Guardia Nacional de Alabama para que liberara el ingreso de los estudiantes. Esa misma tarde, Kennedy pronunció por radio y televisión un célebre discurso sobre derechos civiles, anunciando que enviaría al Congreso el proyecto que sería luego la Ley de Derechos Civiles de 1964. Al día siguiente, dentro de la escalada de violencia que la confrontación ya estaba teniendo, miembros del Ku Klux Klan asesinaron a Medgar Evers, secretario de la NAACP en Mississippi.

multitudinaria marcha de Washington en 1963;<sup>349</sup> el *Mississippi Summer Project* de 1964;<sup>350</sup> la serie de violentos disturbios raciales ocurridos en el llamado “largo verano de 1967”;<sup>351</sup> y el *Black Power Movement*,<sup>352</sup> entre muchos otros.

Dadas las dimensiones que habían adquirido estas protestas antisegregacionistas, su clamor ya no podía ser ignorado y, en consecuencia, tanto la Corte Suprema como el Congreso debieron tomar cartas en el asunto. En el terreno judicial, es bien sabido que bajo la presidencia de Earl Warren (1953-1969) la Corte vivió una era verdaderamente progresista, cuya acta de nacimiento bien puede hallarse en el caso *Brown* antes mencionado. Esta tendencia se puso de manifiesto también con la favorable acogida de los casos que surgieron de las *suits in*,<sup>353</sup> a la que se sumaron la permisión de los matrimonios interracial<sup>354</sup> y

---

349 El 28 de agosto de 1963 tuvo lugar en Washington, D.C. una de las marchas más célebres y numerosas del movimiento de los derechos civiles. Organizada por A. Philip Randolph y Bayard Rustin, congregó a unas 250 mil personas que se reunieron en el National Mall. Allí, frente al Lincoln Memorial, Martin Luther King pronunció su célebre discurso “I have a dream”.

350 Organizado por el Council of Federated Organizations, que nucleaba a las tres agrupaciones más importantes de defensa de los derechos civiles (National Association for the Advancement of Colored People, Student Nonviolent Coordinating Committee y Congress of Racial Equality), este programa, llevado a cabo en 1964, tenía por objetivo facilitar la registración de afroamericanos para votar, que estaba impedida por numerosos obstáculos legales y administrativos. En el curso de este programa, tres activistas del Council of Federated Organizations, James Chaney, de Mississippi, y Andrew Goodman y Michael Schwerner, de la ciudad de New York, fueron raptados y asesinados en Philadelphia, Mississippi. El hecho generó un gran despliegue del FBI. Se logró hallar a los culpables y todos fueron condenados.

351 Estos disturbios (*riots*) -unos 159 en total- tuvieron lugar en junio en las ciudades de Atlanta (Georgia), Boston (Massachusetts), Cincinnati (Ohio), Buffalo (New York) y Tampa (Florida). En julio se produjeron en Newark (Nueva Jersey), Detroit (Michigan), Birmingham (Alabama), Chicago (Illinois), New York (New York), Milwaukee (Wisconsin), Minneapolis (Minnesota), New Britain (Connecticut), Rochester (New York), Plainfield (New Jersey) y Toledo (Ohio). Dada su cantidad y violencia, el presidente Johnson dispuso, por medio de la Executive Order 11365, la creación de una comisión presidencial de 11 miembros (National Advisory Commission on Civil Disorders), presidida por Otto Kerner Jr., gobernador de Illinois, para investigar la causa de estos disturbios. Como es habitual en estas investigaciones, sus conclusiones no fueron muy novedosas. El informe de 426 páginas, luego de 7 meses de tareas, concluyó que los disturbios fueron provocados por la falta de oportunidades económicas, la brutalidad policial, el racismo y el fracaso de los programas de asistencia social, entre otras causas similares y relacionadas entre sí.

352 El movimiento Black Power, inspirado en la prédica de Malcolm X, fue la rama más radicalizada del movimiento de los derechos civiles. Tenía una tendencia netamente socialista y dio lugar a la fundación del Black Panther Party por parte de Robert G. Seale y Huey P. Newton. Como parte de la segregación racial que ellos mismos proponían, instaban a los afroamericanos a que dejaran de imitar a los blancos en sus peinados y vestimenta y adoptaran los propios. Una de sus tendencias más popularizadas fue el llamado *afro-look*.

353 Entre ellos pueden mencionarse: *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715 (1961); *Garnier v. Louisiana*, 368 U.S. 157 (1961); y *Peterson v. City of Greenville*, 373 U.S. 244 (1963).

354 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).



la prohibición de negarse a vender o alquilar una propiedad fundada en la raza del inquilino o adquirente.<sup>355</sup> Uno de los campos en el que los avances fueron más significativos fue el del debido proceso en sede penal,<sup>356</sup> en el que la Corte Suprema comenzó a impulsar la integración proporcionalmente racial de los jurados.<sup>357</sup>

Con similar espíritu, pese a la férrea oposición de los legisladores reaccionarios del sur, el Congreso pudo sancionar una serie de leyes que fueron equilibrando, poco a poco, la desigualdad racial reinante hasta ese momento.

La primera de ellas fue la Civil Rights Act of 1957,<sup>358</sup> sancionada en el curso del 85º Congreso (1957-1959),<sup>359</sup> luego de superar el *filibuster* individual más largo de la historia legislativa de los Estados Unidos,<sup>360</sup> el cual era una estrategia más de la llamada “resistencia masiva” a la desegregación racial, declarada el año anterior.<sup>361</sup> Esta ley, básicamente enderezada a garantizar el derecho a votar de los afroamericanos,<sup>362</sup> amenazaba con dividir hondamente al Partido Demócrata, pues mientras los legisladores del sur se oponían frontalmente a su sanción, los del norte la apoyaban. Entre los primeros se encontraban dos senadores muy influyentes: James O. Eastland, de Mississippi,<sup>363</sup> presidente de la Comisión de Asuntos Judiciales, y Richard Russell Jr., de Georgia,<sup>364</sup> ambos

---

355 *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967).

356 Uno de los casos más conocidos en este terreno es *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), que obliga a los funcionarios de policía a informar al detenido, en el momento del arresto, de los derechos que le asisten, en particular el derecho a permanecer en silencio.

357 *Sims v. Georgia*, 385 U.S. 538 (1966).

358 Public Law 85-315; 71 Statutes at Large 634.

359 Fue promulgada por el presidente Eisenhower el 9 de septiembre de 1957.

360 Para obstaculizar la sanción de la ley, el senador demócrata por South Carolina, Strom Thurmond, un fogoso segregacionista, habló durante 24 horas y 27 minutos en la sesión del 30 de agosto de 1957. Buena parte de su absurda y desmedida intervención fue ocupada leyendo documentos bien conocidos –e innecesarios para el caso–, tales como la Declaración de la Independencia, el Bill of Rights, el discurso de despedida de George Washington y las leyes electorales de cada estado en orden alfabético.

361 Uno de los principales impulsores de esta Resistencia era Harry F. Byrd, senador demócrata por Virginia.

362 Si bien este derecho ya estaba garantizado desde 1870 por la Enmienda XV, numerosas leyes estatales, especialmente en el sur, lo habían limitado fuertemente. Uno de las exigencias típicas para poder ser registrado en el padrón electoral eran los llamados *literacy tests*, exámenes de conocimientos sobre aspectos cívicos que, según como fueran implementadas, podían convertirse en un verdadero impedimento.

363 Figura emblemática de la lucha contra la integración racial, Eastland era conocido como la “Voz del Sur” o el “Padrino de las políticas de Mississippi”.

364 Junto con Strom Thurmond, Russell había suscripto en 1956 el “Southern Manifesto”, una

con una extensa carrera legislativa. Todo ello le exigió al entonces senador Lyndon B. Johnson, líder de la mayoría demócrata, un gran esfuerzo para equilibrar estas fuerzas opuestas, que fue logrado con bastante éxito, pues el partido se mantuvo unido, bien que a costa de sancionar un texto más híbrido que el del proyecto original.<sup>365</sup> La ley obtuvo media sanción en el House en junio<sup>366</sup> y fue aprobada en el Senado en agosto.<sup>367</sup> Sus principales aportes fueron: la creación de una Comisión de Derechos Civiles en jurisdicción del Departamento de Justicia encargada de investigar los casos de privación del derecho a votar fundados en razones raciales, religiosas o de nacionalidad;<sup>368</sup> el reconocimiento, en forma plena, del derecho a votar sin restricción alguna;<sup>369</sup> y la autorización al Ministro de Justicia para promover acciones judiciales contra quienes infringieran este derecho.<sup>370</sup>

Escasamente efectiva en la práctica, la Civil Rights Act of 1957 tuvo que ser reforzada, tres años después, por la Civil Rights Act of 1960, sancionada durante el 86° Congreso (1959-1961).<sup>371</sup> El proyecto de ley enviado por el Poder

---

declaración de principios de los legisladores sureños en abierta oposición a la integración racial en lugares públicos, en el cual se denunciaba a la Corte Suprema por haber incurrido en un claro abuso de poder al dictar el caso *Brown*.

365 En el Senado, Johnson envió el proyecto a la Comisión de Asuntos Judiciales, en la que se le hicieron reformas importantes.

366 En el House fue aprobada por una mayoría de 286-126 (republicanos 167-19; demócratas 118-107).

367 En el Senado, la mayoría fue de 72-18 (republicanos 43-0; demócratas 29-18).

368 “Section 104. (a) The Commission shall— (1) investigate allegations in writing under oath or affirmation that certain citizens of the United States are being deprived of their right to vote and have that vote counted by reason of their color, race, religion, or national origin; which writing, under oath or affirmation, shall set forth the facts upon which such belief or beliefs are based; (2) study and collect information concerning legal developments constituting a denial of equal protection of the laws under the Constitution; and (3) appraise the laws and policies of the Federal Government with respect to equal protection of the laws under the Constitution”.

369 “Section 131. [...] (b) No person, whether acting under color of law or otherwise, shall intimidate, threaten, coerce, or attempt to intimidate, threaten, or coerce any other person for the purpose of interfering with the right of such other person to vote or to vote as he may choose, or of causing such other person to vote for, or not to vote for, any candidate for the office of President, Vice President, presidential elector. Member of the Senate, or Member of the House or Representatives, Delegates or Commissioners from the Territories or possessions, at any general, special, or primary election held solely or in part for the purpose of selecting or electing any such candidate”.

370 “Section 131. [...] (c) Whenever any person has engaged or there are reasonable grounds to believe that any person is about to engage in any act or practice which would deprive any other person of any right or privilege secured by subsection (a) or (b), the Attorney General may institute for the United States, or in the name of the United States, a civil action or other proper proceeding for preventive relief, including an application for a permanent or temporary injunction, restraining order, or other order. In any proceeding hereunder the United States shall be liable for costs the same as a private person”.

371 Public Law 86-449; 74 Statutes at Large 86.

Ejecutivo ingresó por el House<sup>372</sup> y fue remitido a la comisión de Asuntos Judiciales, cuyo presidente, Emanuel Celler, un demócrata norteamericano de New York, era defensor de los derechos civiles. Allí tuvo un trámite rápido, que se demoró luego en la Comisión de Reglamento.<sup>373</sup> Después de introducir algunas modificaciones al proyecto, el House le dio media sanción el 24 de marzo de 1960 por mayoría de 311 a 109 votos. En el Senado, la ley fue aprobada el 8 de abril por mayoría de 71 a 18 votos. Entre otras previsiones, esta ley amplió los poderes de la Comisión creada por la ley anterior, permitiéndole a cada uno de sus miembros tomar declaraciones testimoniales bajo juramento.<sup>374</sup> Fueron establecidos también los *voters referees*, que eran personas designadas por los tribunales federales entre los electores de cada distrito, con el objetivo de analizar el proceso de registración en el padrón electoral e informar al tribunal si la selección de las personas para ser registradas se había llevado a cabo correctamente y sin infringir los derechos amparados por la legislación vigente.<sup>375</sup>

La escasa efectividad de esta segunda ley y la creciente turbulencia de los reclamos por la igualdad racial impusieron la necesidad de sancionar una norma más amplia. Nació así la Civil Rights Act de 1964,<sup>376</sup> que constituye el hito legislativo central de todo el movimiento de los derechos civiles. Originalmente concebida para proteger los derechos de los afroamericanos, se convirtió en la práctica en un estatuto general para la protección de todas las minorías, con el objeto de combatir la discriminación basada en el sexo, la raza o la religión. Si

---

372 House Resolution No. 8601.

373 El entonces presidente de la Comisión de Reglamento era Howard W. Smith, demócrata de Virginia y segregacionista. Integramente la llamada "Coalición Conservadora" de republicanos y demócratas, que se había opuesto a F. D. Roosevelt en 1938 (ver apartado 3) y había firmado también el *Southern Manifesto*.

374 "Section 401(h). [...] each member of the Commission shall have the power and authority to administer oaths or take statements of witnesses under affirmation".

375 "Section 601. [...] The court may appoint one or more persons who are qualified voters in the judicial district, to be known as voting referees, [...] to serve for such period as the court shall determine, to receive such applications and to take evidence and report to the court findings as to whether or not at any election or elections (1) any such applicant is qualified under State law to vote, and (2) he has since the finding by the court heretofore specified been (a) deprived of or denied under color of law the opportunity to register to vote or otherwise to qualify to vote, or (b) found not qualified to vote by any person acting under color of law. In a proceeding before a voting referee, the applicant shall be heard ex parte at such times and places as the court shall direct".

376 78 Stat. 241. Su título completo es: "An Act to enforce the constitutional right to vote, to confer jurisdiction upon the district courts of the United States to provide injunctive relief against discrimination in public accommodations, to authorize the Attorney General to institute suits to protect constitutional rights in public facilities and public education, to extend the Commission on Civil Rights, to prevent discrimination in federally assisted programs, to establish a Commission on Equal Employment Opportunity, and for other purposes".

bien no cambió el país de la noche a la mañana, no es menos cierto que fue un instrumento apto para erradicar paulatinamente las prácticas segregacionistas.

Claramente decidido a impulsar el movimiento de los derechos civiles, el presidente Kennedy anunció el proyecto de ley en un discurso el 11 de junio de 1963,<sup>377</sup> el mismo día en que el gobernador de Alabama impedía el ingreso de los estudiantes negros en la universidad del estado.<sup>378</sup> Dos días después, los senadores Mike Mansfield y Everett Dirksen<sup>379</sup> manifestaron su apoyo y, poco después, el proyecto fue enviado al House como cámara de origen. Como era de esperar, su trámite no fue sencillo. De igual manera que en el caso de la ley de 1960, intervino en primer lugar la Comisión de Asuntos Judiciales, en la que Emanuel Celler propuso algunas adiciones para reforzar su texto.<sup>380</sup> En noviembre pasó a la Comisión de Reglamento y allí enfrentó la oposición de Howard Smith, justo en el momento en que fue asesinado Kennedy. Su sucesor, Lyndon B. Johnson, se hallaba así en medio de dos fuerzas opuestas. Si bien manifestó públicamente su intención de continuar impulsando la sanción de la ley,<sup>381</sup> en paralelo le preocupaba perder, a raíz ello, los votos sureños en la elección presidencial del año siguiente.<sup>382</sup> Finalmente, la experiencia y habilidad legislativa de Johnson –sentado ahora en el poderoso *bully pulpit* de la Casa Blanca–<sup>383</sup> permitió que el House diera media sanción al proyecto en febrero de 1964 por una mayoría de 290 votos contra 130.<sup>384</sup>

Tampoco iba a ser simple la batalla en el Senado, donde era esperable que

---

377 Escrito por Ted Sorensen, se lo llamó *Report to the American People on Civil Rights* y fue difundido por radio y televisión.

378 Ver nota al pie 348.

379 Mansfield era el líder de la minoría demócrata en el Senado; y Dirksen, el líder de la minoría republicana.

380 Entre ellas figuraba el controvertido Título III, que había sido eliminado de las leyes de 1957 y 1960, en el que se establecía en forma amplia que el *Attorney General* podía promover acciones judiciales contra quienes incurrieran en violaciones a los derechos protegidos por la ley.

381 En su primera alocución a las cámaras legislativas reunidas en sesión conjunta, el 27 de noviembre de 1963 dijo que el mayor tributo que se le podía rendir a Kennedy era la sanción de la ley. “No memorial oration or eulogy could more eloquently honor President Kennedy’s memory than the earliest possible passage of the civil rights bill for which he fought so long”.

382 Al mismo tiempo, el proyecto estaba fuertemente impulsado por el *lobby* que ejercía la llamada Leadership Conference on Civil and Human Rights, una organización de segundo grado fundada en 1950, bajo la cual se nucleaban numerosas agrupaciones sindicales y de derechos civiles, entre ellas, la NAACP, la Brotherhood of Sleeping Car Porters, el Jewish Council for Public Affairs y el United Auto Workers. Ver Gelbman (2021).

383 La expresión *bully pulpit* fue acuñada en su momento por Theodore Roosevelt, refiriéndose a todo lugar prominente desde el cual expresar las ideas.

384 Los demócratas votaron 152-96 (61%-39%); y los republicanos, 138-34 (80%-20%).

la Comisión de Asuntos Judiciales, presidida por James Eastland, intentaría retener el proyecto todo lo posible para evitar su tratamiento en el recinto. Ello obligó a Mike Mansfield, líder de la mayoría, a maniobrar rápidamente para evitar el pase a dicha comisión, lo que logró con éxito.<sup>385</sup> No obstante, los senadores del llamado *Southern Bloc*, formado luego de la Guerra Civil,<sup>386</sup> estaban dispuestos a poner trabas y montaron un *filibuster* que duró casi 3 meses, prolongando las sesiones hasta el mes de junio.<sup>387</sup> A partir de allí, los impulsores de la ley comenzaron a trabajar en la posibilidad de obtener un *cloture* y la figura clave para ello fue Everett Dirksen, líder de la minoría,<sup>388</sup> quien antes de dar su voto favorable impuso algunos cambios en el proyecto de ley, los cuales fueron negociados con Hubert Humphrey, senador demócrata de Minnesota.<sup>389</sup> Finalizada con éxito la negociación, el 10 de junio de 1964 se obtuvo el *cloture vote* con una mayoría de 71 a 29.<sup>390</sup> Poco después, el Senado sancionó la ley con una mayoría de 73-27<sup>391</sup> y el presidente Johnson la promulgó el 2 de julio de 1964.

El texto de la ley es muy extenso y hacer su comentario completo excedería las proporciones de este trabajo, de modo tal que me limitaré a mencionar sus partes principales. Tal como se halla contenida actualmente en el United States Code (USC),<sup>392</sup> la ley está dividida en nueve partes.<sup>393</sup> Comienza con una

---

385 Para evitar que el proyecto se eternizara en el limbo de la comisión presidida por Eastland, Mansfield hizo una jugada novedosa. Usualmente, luego de la primera lectura del proyecto, este era enviado a la Comisión. Mansfield dispuso, en cambio, que se procediera inmediatamente con la segunda lectura, pasando por alto el tratamiento en comisión. Ello permitió que en marzo de 1964 el Senado en pleno comenzara la discusión de la futura ley.

386 El Bloque del Sur estaba liderado en aquel momento por Richard Russell, senador demócrata de Georgia, y contaba también con el apoyo de John G. Tower, senador republicano de Texas.

387 En la sesión del 9-10 de junio, Robert Byrd, senador demócrata de West Virginia, ocupó la tribuna por más de 14 horas seguidas. Las esperanzas de los sureños se habían fortificado, además, con la campaña presidencial de George Wallace, gobernador de Alabama, quien alcanzó algunos éxitos iniciales en las primarias de Indiana y Wisconsin, lo cual permitía suponer que su política conseguía adeptos también en el norte. Estas esperanzas se derrumbaron, sin embargo, con la derrota de Wallace en Maryland.

388 Colaboró también, además de Dirksen y Mansfield, Thomas Kuchel, senador republicano de California de tendencia moderada.

389 Básicamente estos cambios tendían a restringir los alcances de la ley a los estados del sur en donde regían leyes Jim Crow, con el objeto de evitar que la legislación federal alcanzara a aquellos estados donde ya se habían sancionado leyes de derechos civiles.

390 Para lograr la mayoría necesaria, fue necesario que concurriera a votar el senador Clair Engle, de California, ya por entonces muy enfermo. Ver nota al pie 187.

391 Los demócratas votaron 46-21 (69%-31%); y los republicanos, 27-6 (82%-18%).

392 42 USC, Chapter 21.

393 Ellas son: Generally; Institutionalized Persons; Public Accommodations; Public Facilities; Public

declaración general de igualdad de todas las personas dentro del territorio de los Estados Unidos, unida a una protección contra la discriminación, ya sea que esta provenga de leyes locales o de particulares,<sup>394</sup> y luego cada una de sus divisiones va concretando con detalle este derecho según sus diferentes campos de aplicación. Tal, por ejemplo, el uso de lugares de acceso al público (*public accommodations*), como restaurantes, bares, hoteles, teatros, cines, etc.,<sup>395</sup> o bien en las relaciones laborales y el acceso a puestos de trabajo<sup>396</sup>. Asimismo, se establece el derecho de demandar a quien incurra en alguna conducta violatoria de estos derechos,<sup>397</sup> habilitándolo también para hacerlo al *Attorney General*.<sup>398</sup>

---

Education; Federally Assisted Programs; Equal Employment Opportunities; Registration And Voting Statistics; Community Relations Service; y Miscellaneous Provisions.

- 394 “Section 1981. (a) Statement of equal rights All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts, to sue, be parties, give evidence, and to the full and equal benefit of all laws and proceedings for the security of persons and property as is enjoyed by white citizens, and shall be subject to like punishment, pains, penalties, taxes, licenses, and exactions of every kind, and to no other. (b) ‘Make and enforce contracts’. Defined for purposes of this section, the term ‘make and enforce contracts’ includes the making, performance, modification, and termination of contracts, and the enjoyment of all benefits, privileges, terms, and conditions of the contractual relationship. (c) Protection against impairment. The rights protected by this section are protected against impairment by nongovernmental discrimination and impairment under color of State law”.
- 395 “Section 2000a. (a) Equal access. All persons shall be entitled to the full and equal enjoyment of the goods, services, facilities, privileges, advantages, and accommodations of any place of public accommodation, as defined in this section, without discrimination or segregation on the ground of race, color, religion, or national origin [...]”.
- 396 “Section 2000e-2. (a) Employer practices. It shall be an unlawful employment practice for an employer (1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin; or (2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual’s race, color, religion, sex, or national origin [...]”.
- 397 “Section 1983. Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer’s judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute”.
- 398 Esta habilitación figura específicamente en diferentes casos. Por ejemplo, cuando se denuncia la discriminación para el uso de las llamadas *public facilities* (lugares de acceso público de propiedad estatal).  
 “Section 2000b. (a) Complaint; certification; institution of civil action; relief requested; jurisdiction; impleading additional parties as defendants. Whenever the Attorney General receives a com-

Al año siguiente, durante el 89º Congreso (1965-1967), fue sancionada la Voting Rights Act of 1965,<sup>399</sup> reglamentaria de la Enmienda XV y destinada específicamente a combatir la discriminación racial en el derecho a votar.<sup>400</sup> Promovido por los senadores Mike Mansfield y Everett Dirksen,<sup>401</sup> el proyecto ingresó al Senado en marzo de 1965,<sup>402</sup> durante uno de los picos de violencia de toda esta lucha.<sup>403</sup> Allí le esperaba un trámite con alternativas similares a las de sus anteriores.<sup>404</sup> James Eastland, desde la Comisión de Asuntos Judiciales, estaba dispuesto a impedir la u obstaculizarla.<sup>405</sup> Tampoco faltó, por cierto, el *filibuster* de sus colegas, que fue superado. El 9 de abril, la Comisión concluyó el análisis del proyecto por un voto de 12 a 4, sin efectuar ninguna recomen-

---

plaint in writing signed by an individual to the effect that he is being deprived of or threatened with the loss of his right to the equal protection of the laws, on account of his race, color, religion, or national origin, by being denied equal utilization of any public facility which is owned, operated, or managed by or on behalf of any State or subdivision thereof, other than a public school or public college as defined in section 2000c of this title, and the Attorney General believes the complaint is meritorious and certifies that the signer or signers of such complaint are unable, in his judgment, to initiate and maintain appropriate legal proceedings for relief and that the institution of an action will materially further the orderly progress of desegregation in public facilities, the Attorney General is authorized to institute for or in the name of the United States a civil action in any appropriate district court of the United States against such parties and for such relief as may be appropriate, and such court shall have and shall exercise jurisdiction of proceedings instituted pursuant to this section. The Attorney General may implead as defendants such additional parties as are or become necessary to the grant of effective relief hereunder”.

399 Public law 89-110; 79 Statutes at Large 437. Actualmente está contenida en el Título 52 del USC.

400 La ley fue luego modificada en 1970, 1975, 1982, 1992 y 2006.

401 En su redacción había colaborado el entonces *Attorney General*, Nicholas Katzenbach, y por ello se lo llamó Proyecto Dirksenbach.

402 Allí recibió la adhesión de 64 senadores más. En total la suscribieron 46 demócratas y 20 republicanos.

403 Entre otros episodios, cabe mencionar que en enero de 1965 Martin Luther King Jr., James Bevel y otros líderes de los derechos civiles organizaron en Selma, Alabama, varios actos pacíficos de protesta, los cuales fueron violentamente reprimidos por la policía. Asimismo, el 18 de febrero de ese año, en Marion, Alabama, la policía estatal irrumpió violentamente en una marcha nocturna por los derechos electorales. Al reprimir la protesta, un oficial de la policía llamado James Bonard Fowler mató de un disparo a Jimmie Lee Jackson, un afroamericano de 26 años que estaba desarmado. Ver Williams (2002).

404 Además, los demócratas habían triunfado ampliamente en las elecciones de noviembre de 1964 y en el Senado tenían 68 bancas, contra 32 de los republicanos. Curiosamente, en esa elección, en la cual fue electo presidente Lyndon B. Johnson, este ganó en todos los estados menos en los del sur, donde triunfó su oponente republicano Barry Goldwater. Era evidente que en el sur se estaban cobrando el apoyo de Johnson a la ley de derechos civiles sancionada ese año.

405 Una de las disposiciones más irritantes para los estados del sur era la llamada *coverage formula*, mediante la cual la ley se aplicaba especialmente a dichos estados, limitando así, por medio de una ley federal, las leyes electorales locales. Finalmente, estas cláusulas fueron limitadas.

dación, y el 22 de abril comenzó el debate en el recinto.<sup>406</sup> El 25 de mayo se obtuvo el voto de clausura por una mayoría de 70 a 30 y, al día siguiente, el Senado sancionó el proyecto por mayoría de 77 a 19.<sup>407</sup>

Si bien el texto puede resultar complejo y controvertido en algunos aspectos,<sup>408</sup> y por ello ha dado lugar a numerosos casos judiciales,<sup>409</sup> su propósito esencial fue garantizar ampliamente el derecho a votar, eliminando las restricciones existentes hasta ese momento.<sup>410</sup>

Completando este ciclo legislativo, tres años después, el 90º Congreso (1967-1969) sancionó la Civil Rights Act of 1968,<sup>411</sup> destinada en particular a proteger los derechos de las tribus indígenas, reconociéndoles que gozaban de todos los derechos garantizados por el Bill of Rights.<sup>412</sup> En los títulos VIII y IX fue

406 Allí fue defendido por Dirksen, con la fuerte oposición de los senadores Strom Thurmond, republicano de South Carolina, famoso por su larguísimo *filibuster* contra la ley de 1957, y Samuel James Ervin, demócrata de North Carolina.

407 Votaron a favor 47 demócratas y 30 republicanos. En contra votaron 16 demócratas y 2 republicanos. Solo votaron en contra los senadores del sur.

408 Buena parte de estas complejidades tienen origen en las cláusulas que se aplicaban, en particular a algunos estados por medio de la *coverage formula*, la cual, como vimos, generó un fuerte debate en el Senado.

409 Sin entrar en el análisis de todos estos casos, pues no es el objeto de este trabajo, vale recordar que ya al año siguiente de la sanción de la ley, en *South Carolina v. Katzenbach*, 383 U.S. 301 (1966), la Corte Suprema, por mayoría de 8-1, resolvió que la Voting Rights Act of 1965 era constitucional y no invadía el derecho de los estados de regular y controlar sus elecciones.

410 “Section 2. No voting qualification or prerequisite to voting, or standard, practice, or procedure shall be imposed or applied by any State or political subdivision to deny or abridge the right of any citizen of the United States to vote on account of race or color [...]”.

“Section 4. (a) To assure that the right of citizens of the United States to vote is not denied or abridged on account of race or color, no citizen shall be denied the right to vote in any Federal, State, or local election because of his failure to comply with any test or device in any State [...]”.

411 Public law 90-284; 82 Statutes at Large 73.

412 “Section 202. 1 (a) In general. No Indian tribe in exercising powers of self government shall (1) make or enforce any law prohibiting the free exercise of religion, or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble and to petition for a redress of grievances; (2) violate the right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects against unreasonable search and seizures, nor issue warrants, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched and the person or thing to be seized; (3) subject any person for the same offense to be twice put in jeopardy; (4) compel any person in any criminal case to be a witness against himself; (5) take any private property for a public use without just compensation; (6) deny to any person in a criminal proceeding the right to a speedy and public trial, to be informed of the nature and cause of the accusation, to be confronted with the witnesses against him, to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and at his own expense to have assistance of counsel for his defense (except as provided in subsection (b)); (7) (A) require excessive bail, impose excessive fines, or inflict cruel and unusual punishments; (B) except as provided in subparagraph (C), impose for conviction of any 1 offense any penalty or



legislado también el *fair housing*, es decir, el derecho a no ser discriminado en la venta o alquiler de propiedades por razones raciales.<sup>413</sup> Luego de ser aprobada en el House<sup>414</sup> y en el Senado,<sup>415</sup> la ley fue promulgada por Lyndon B. Johnson el 11 de abril de 1968.

## 22. John Moss y su lucha por la Freedom of Information Act

A lo largo de la década de 1960, bien que opacada por la agria confrontación de los derechos civiles, comenzó a gestarse otra cruzada, que tuvo un primer fruto importante en 1966 y se consolidó con mayor amplitud en la década siguiente, como veremos enseguida. Fue la lucha encaminada a generar un mayor y más fácil acceso del público a los documentos y archivos en posesión del Gobierno federal. El principal promotor de esta iniciativa por la transparencia y accesibilidad de la información, luego identificada en el llamado *government in the sunshine* (gobierno a la luz del sol), fue John Emerson Moss, representante demócrata de California, quien, luego de más de una década de activa y persistente insistencia, logró en el 89º Congreso (1965-1967) la sanción de la Ley de Libertad en la Información (Freedom of Information Act), más conocida como FOIA, por sus siglas en inglés.<sup>416</sup>

Moss había ingresado en el House en el 83º Congreso (1953-1955), siendo todavía un joven y poco conocido legislador que había ganado su banca por un muy escaso margen de votos en la elección de 1952.<sup>417</sup> Desde allí en adelante, ganó consecutivamente todas las elecciones en su distrito electoral, hasta su

---

punishment greater than imprisonment for a term of 1 year or a fine of \$5,000, or both; (C) subject to subsection (b), impose for conviction of any 1 offense any penalty or punishment greater than imprisonment for a term of 3 years or a fine of \$15,000, or both; or (D) impose on a person in a criminal proceeding a total penalty or punishment greater than imprisonment for a term of 9 years; (8) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of its laws or deprive any person of liberty or property without due process of law; (9) pass any bill of attainder or ex post facto law; or (10) deny to any person accused of an offense punishable by imprisonment the right, upon request, to a trial by jury of not less than six persons”.

413 Esta sección de la ley había sido impulsada, entre otras organizaciones, por el Chicago Freedom Movement, liderado por Martin Luther King, James Bevel y Albert Raby, con el apoyo del Coordinating Council of Community Organizations (CCCCO) y la Southern Christian Leadership Conference (SCLC).

414 Inicialmente, la mayoría fue de 327-93, y las reformas introducidas por el Senado se aprobaron por un voto de 250-172.

415 La mayoría fue de 71-20.

416 Public law 89-487; 80 Statutes at Large 250; 5 U.S. Code § 552.

417 Antes de ello, desde 1949 había sido legislador en California.

retiro a fines de 1978 al concluir el 95º Congreso (1977-1979). Durante ese período, su preocupación principal –tarea a la que se dedicó más de una década– fue obtener la sanción de una ley de libertad de información que otorgara al público el derecho a examinar, con las menores restricciones posibles, los documentos del Gobierno federal, una cuestión que, hasta entonces, no tenía muchos precedentes.<sup>418</sup> Se valió para ello de su condición de miembro de dos comisiones importantes, la de operaciones del Gobierno (Committee on Government Operations), con competencia en materia de información, y la de comercio interestatal e internacional (Interstate and Foreign Commerce Committee), y recibió el apoyo de Donald Rumsfeld, representante republicano de Illinois –que integraba también la primera de las comisiones mencionadas–, quien sería luego una figura política prominente en Washington, D.C.<sup>419</sup> Sus esfuerzos se vieron coronados, finalmente, cuando el 4 de julio de 1966 la FOIA fue sancionada.<sup>420</sup> En 1976, la FOIA fue completada con la Government in the Sunshine Act,<sup>421</sup> que dispuso dar la mayor publicidad posible a los actos de gobierno<sup>422</sup> por medio de las llamadas *open meetings*, es decir, aquellas reuniones en las cuales un órgano o ente del Gobierno (*agency*) puede tomar alguna decisión, cuyo contenido debe publicarse<sup>423</sup> y que, eventualmente, pueden estar abiertas al público.

### 23. La Ley de Reorganización del Congreso de 1970

En esa misma época, el Congreso volvió a sentir la necesidad de producir otra reforma interna, tal como había ocurrido en 1946. Recordemos, además, que

---

418 Salvo una antigua ley sueca de 1766, el antecedente más reciente era una ley de Finlandia sancionada en 1951. Actualmente, y a partir de la sanción de la FOIA, más de cien países cuentan con una legislación similar. Ver: <https://gijn.org/resources/freedom-of-information-laws/>. Nuestro país, con bastante retraso, sancionó en 2016 la Ley 27275.

419 Rumsfeld fue dos veces secretario de Defensa (1975-1977 y 2001-2006), *Chief of Staff* del presidente Gerald Ford (1974-1975) y representante de los Estados Unidos ante la NATO (1973-1974).

420 Además de la FOIA, Moss fue coautor e impulsó la ley de protección de los consumidores (Consumer Product Safety Act), sancionada en 1972 por el 92º Congreso. Ver Lemov (2011).

421 Public Law 94-409; 90 Statutes at Large 1241; 5 USC § 552b.

422 La sección 2 de la ley establece: “It is hereby declared to be the policy of the United States that the public is entitled to the fullest practicable information regarding the decisionmaking processes of the Federal Government. It is the purpose of this Act to provide the public with such information while protecting the rights of individuals and the ability of the Government to carry out its responsibilities”.

423 Salvo que sea aplicable algunas de las excepciones expresamente previstas en la ley.

esta última no había resultado del todo satisfactoria.<sup>424</sup> Fue así que el 11 de marzo de 1965, durante el 89º Congreso, fue instalado nuevamente el Joint Committee on the Organization of Congress, con el objeto de estudiar el trabajo parlamentario y recomendar mejoras en este. La resolución conjunta que lo creó<sup>425</sup> dispuso que estuviera integrado por un total de doce miembros, seis por cada cámara, designados por sus respectivos presidentes y con igual representación de la mayoría y minoría en cada una.<sup>426</sup> Su competencia era amplia, extendiéndose a casi todas las áreas de la tarea legislativa, con excepción del procedimiento.<sup>427</sup> Fue autorizado, asimismo, a crear subcomisiones, requerir y producir pruebas y obtener testimonios.<sup>428</sup>

Presidido conjuntamente por el senador Almer S. (Mike) Monroney, demócrata de Oklahoma, y por el representante Ray J. Madden, demócrata de Indiana, la Comisión, luego de cinco meses de trabajo,<sup>429</sup> produjo su informe final

---

424 Ver apartado 8.

425 S. Con. Res. 2 (89th); 79 Statutes at large 1422.

426 “Section 1. [...] there is hereby established a Joint Committee on the Organization of the Congress (hereinafter referred to as the committee) to be composed of six Members of the Senate (not more than three of whom shall be members of the majority party) to be appointed by the President of the Senate, and six Members of the House of Representatives (not more than three of whom shall be members of the majority party) to be appointed by the Speaker of the House of Representatives. The committee shall select a chairman and a vice chairman from among its members. No recommendation shall be made by the committee except upon a majority vote of the Members representing each House, taken separately”.

427 “Section 2. The committee shall make a full and complete study of the organization and operation of the Congress of the United States and shall recommend improvements in such organization and operation with a view toward strengthening the Congress, simplifying its operations, improving its relationships with other branches of the United States Government, and enabling it better to meet its responsibilities under the Constitution. This study shall include, but shall not be limited to, the organization and operation of each House of the Congress; the relationship between the two Houses; the relationships between the Congress and other branches of the Government; the employment and remuneration of officers and employees of the respective Houses and officers and employees of the committees and Members of Congress; and the structure of, and the relationships between, the various standing, special, and select committees of the Congress: Provided That nothing in this concurrent resolution shall be construed to authorize the committee to make any recommendations with respect to the rules, parliamentary procedure, practices, and/or precedents of either House, or the consideration of any matter on the floor of either House: Provided further That the language employed herein shall not prohibit the committee from studying and recommending the consolidations and reorganization of committees”.

428 “Section 3. (a) The committee, or any duly authorized subcommittee thereof, is authorized to sit and act at such places and times during the sessions, recesses, and adjourned periods of the Eighty-ninth Congress, to require by subpoena or otherwise the attendance of such witnesses and the production of such books, papers, and documents, to administer such oaths, to take such testimony, to procure such printing and binding, and to make such expenditures, as it deems advisable [...]”.

429 Llegaron a tomarse casi 200 testimonios, incluyendo a 106 miembros del Congreso.

el 28 de julio de 1966,<sup>430</sup> en el cual fueron recomendadas una serie de reformas que, por su misma naturaleza, tardaron más de cinco años en implementarse.<sup>431</sup> En ambas cámaras se dilató la reforma propuesta. El Senado, en 1967, aprobó un proyecto de ley basado en el informe de la Comisión,<sup>432</sup> pero en el House esta iniciativa languideció ante la fuerte oposición de los presidentes de las comisiones que se resistían a ver disminuidas sus atribuciones. Recién en abril de 1969 la Comisión de Reglamento (House Committee on Rules) dispuso la creación de una subcomisión (Special Subcommittee on Legislative Reorganization), presidida por Bernice F. Sisk, demócrata de California,<sup>433</sup> que se encargó de analizar estas reformas. Como resultado de ello, luego de casi un año de trabajo, el 12 de mayo de 1970 la Subcomisión produjo un informe<sup>434</sup> que fue la base de la futura ley promulgada el 26 de octubre de 1970 por el presidente Nixon.<sup>435</sup>

Nació así la Legislative Reorganization Act of 1970,<sup>436</sup> que produjo algunos cambios muy moderados sin modificar la estructura interna de las comisiones legislativas, como lo había hecho la ley de 1946. Sus objetivos principales, en lo que hace a la tarea interna del Congreso, fueron: (a) hacer más transparente la actividad parlamentaria, disponiendo que las sesiones de las comisiones fueran públicas, permitiendo incluso que se difundieran por radio y televisión,<sup>437</sup> con excepción de las del Committee on Appropriations del Senado –en materia presupuestaria– cuando estuviera comprometida la seguridad nacional o la persona

---

430 S. Report 1414.

431 Entre otras, se propuso limitar el poder de los presidentes de las comisiones, reducir el número de estas y mejorar su personal.

432 S. 355.

433 La integraron también Richard W. Bolling, demócrata de Missouri, Delbert L. Latta, republicano de Ohio, y Howard Allen Smith, republicano de California, entre otros.

434 House Report 91-1215.

435 El proyecto de ley fundado en dicho informe fue sometido al pleno del House el 13 de julio y fue aprobado por una mayoría de 326-17 el 17 de septiembre. En el Senado fue aprobado, con modificaciones, por una mayoría de 59-5. Finalmente, el House aprobó estas reformas el 8 de octubre.

436 Public Law 91-510; 84 Statutes at Large 1140.

437 “Section 116. (a) Section 133A(b) of the Legislative Reorganization Act of 1946, as enacted by section 112(a) of this Act, is amended by adding at the end thereof the following: ‘Whenever any such hearing is open to the public, that hearing may be broadcast by radio or television, or both, under such rules as the committee may adopt.’. (b) Rule X I of the Rules of the House of Representatives is amended by adding at the end thereof the following new clause: 33. (a) It is the purpose of this clause to provide a means, in conformity with acceptable standards of dignity, propriety, and decorum, by which committee hearings which are open to the public may be covered, by television broadcast, radio broadcast, and still photography, or by any of such methods of coverage [...]”.

de algún testigo;<sup>438</sup> y (b) limitar el poder de la antigüedad (*seniority*) de los senadores y representantes en las comisiones. Pese a su extenso y detallado texto, esta ley, tal como sucedió con su antecesora, no fue realmente efectiva, pues algunas medidas adoptadas luego se encargaron de diluir estas reformas (Kra-vitz, 1990). Probablemente la más duradera y práctica de sus innovaciones haya sido la introducción del sistema de voto electrónico en el House, que agilizó enormemente el cómputo de estos.<sup>439</sup>

## 24. La Enmienda XXVI y sus antecedentes

Por medio de la Voting Rights Act Amendments of 1970,<sup>440</sup> el Congreso estableció en 18 años la edad mínima para votar, tanto en las elecciones federales como en las estatales y locales. En tanto esto implicaba imponer una regulación federal sobre el proceso electoral de los estados, la cuestión fue planteada en el caso *Oregon v. Mitchell*,<sup>441</sup> en el cual la Corte Suprema –en una sentencia muy dividida– estableció que el Congreso podía regular la edad mínima para votar en las elecciones federales, pero no podía hacerlo ni en las estatales ni en locales. Esta cuestión dio lugar, en 1971, a la incorporación de la Enmienda XXVI, que unifica en 18 años la edad mínima para votar en todas las elecciones, prohibiendo que este derecho sea denegado o limitado en razón de la edad.<sup>442</sup>

---

438 “Section 242. (a) Each hearing conducted by the Committee on Appropriations of the Senate shall be open to the public except when the committee determines that the testimony to be taken at that hearing may relate to a matter of national security, may tend to reflect adversely on the character or reputation of the witness or any other individual, or may divulge matters deemed confidential under other provisions of law or Government regulation. Whenever any such hearing is open to the public, that hearing may be broadcast by radio or television, or both, under such rules as the committee may adopt [...]”.

439 La sección 121(a) modificó el Artículo XV del Reglamento del House, cuyo apartado 5 quedó redactado así: “In lieu of the calling of the names of Members in the manner provided for under the preceding provisions of this Rule, upon any roll call or quorum call, the names of such Members voting or present may be recorded through the use of appropriate electronic equipment”.

440 84 Statutes at Large 318.

441 400 U.S. 112 (1970).

442 “Amendment XXVI Section 1. The right of citizens of the United States, who are eighteen years of age or older, to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of age. Section 2. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation”.

## 25. La Federal Election Campaign Act de 1971

En 1971, el Congreso sancionó la Federal Election Campaign Act (FECA),<sup>443</sup> que fue la primera ley federal que reguló de manera integral las campañas electorales y los fondos recaudados para estas.

Ya en 1905, Theodore Roosevelt se había pronunciado a favor de legislar sobre el financiamiento de las campañas, exhortando a prohibir las contribuciones de las empresas otorgadas por motivos políticos.<sup>444</sup> Como respuesta, el Congreso sancionó, en 1907, la llamada Tillman Act,<sup>445</sup> impulsada por el senador Benjamin Tillman, demócrata de South Carolina,<sup>446</sup> que les prohibió a las compañías comerciales financiar campañas políticas. Poco después, en 1910, el 61° Congreso (1909-1911) sancionó la Federal Corrupt Practices Act,<sup>447</sup> reformada luego en 1911 y 1925.<sup>448</sup> También fueron legislados ciertos aspectos parciales de la actividad política en la Hatch Act de 1939,<sup>449</sup> que les prohibió a los empleados de la Administración ejercer tales actividades, y en la Smith-Connally Act de 1943,<sup>450</sup> que les prohibió a los sindicatos contribuir financieramente a las campañas, lo que también fue prohibido por la Taft-Hartley Act de 1947.<sup>451</sup>

Toda esta legislación fue consolidada y ampliada en la FECA. Esta ley estableció disposiciones más estrictas sobre la información que debían publicar los partidos políticos y los llamados *political action committees* (PAC)<sup>452</sup> sobre los

443 Public Law 92-225; 86 Statutes at Large 3.

444 Lejos de ser inocente, esta propuesta había sido impulsada debido a que, ese mismo año, una investigación llevada a cabo en el estado de New York sobre la vinculación existente entre las grandes compañías de seguros y los banqueros de Wall Street descubrió, accidentalmente, que la New York Life Insurance Company había contribuido con 48700 dólares para la campaña presidencial de Roosevelt en 1904. Ello condujo a encontrar pruebas de que grandes y pequeñas compañías de seguros habían contribuido a financiar las campañas presidenciales de los republicanos en 1896, 1900 y 1904.

445 Public Law 59-36; 34 Statutes at Large 864.

446 El lado oscuro de la personalidad de Tillman era su odio racial hacia los negros, a quienes persiguió despiadadamente mientras fue gobernador de South Carolina en 1890-1894.

447 Public law 61-274; 36 Statutes at Large 822.

448 Esta ley impuso topes a los gastos de los partidos políticos en las campañas para las elecciones generales de los representantes y fue la primera ley federal que ordenó publicar informes sobre tales gastos, bien que no alcanzó a los de los candidatos en forma personal. Si bien el incumplimiento de la ley acarrea la imposición de penalidades, estas raramente fueron aplicadas.

449 Public Law 76-252; 53 Statutes at Large 1147.

450 Public Law 78-89; 57 Statutes at Large 163.

451 Public Law 80-101; 61 Statutes at Large 136.

452 Los PAC (a veces llamados Super PAC) son organizaciones empleadas para nominar, promover y financiar las campañas de los candidatos para los cargos políticos. Están exentas del pago de impues-

fondos recibidos para financiar las campañas e impuso, asimismo, límites a los fondos que podían ser recibidos. En su versión original, no estableció una autoridad central para controlar su cumplimiento. Ello fue corregido en 1974, cuando fue creada la Federal Election Commission (FEC) mediante una enmienda a la FECA,<sup>453</sup> motivada por el caso Watergate. Así, en esta enmienda, se impusieron nuevos límites a los montos de financiamiento.<sup>454</sup>

Estas modificaciones dieron lugar a que el senador republicano por New York James L. Buckley, junto con otros demandantes, planteara la inconstitucionalidad de los límites impuestos al financiamiento de las campañas, así como el modo de designación de los integrantes del *board* de la FEC. Al resolver la cuestión en *Buckley V. Valeo*,<sup>455</sup> la Corte Suprema produjo una de las sentencias más complejas y confusas de su historia.<sup>456</sup> Con fundamento en la Enmienda I, la Corte sostuvo que era inconstitucional la limitación en los fondos que un particular podía aportar a la campaña de un candidato individual. También fueron declarados inconstitucionales el límite total de los fondos propios que cada candidato podía gastar en su campaña y el procedimiento de designación de los directores de la FEC.<sup>457</sup>

## 26. La Equal Rights Amendment de 1972

En marzo de 1972 fue sancionada en el Congreso la que podría haberse convertido, en ese momento, en la Enmienda XXVII. Era la llamada Equal Rights Amendment (ERA), que el movimiento feminista venía propiciando desde la década de 1920.<sup>458</sup> Luego de más de cuatro décadas de insistencia, las feministas, lideradas en esta oportunidad por Bella Abzug, representante demócrata

---

tos bajo lo dispuesto en la sección 527 del Internal Revenue Code previsto en el Título 26 del USC y reciben por ello el nombre de *527 organizations*.

453 Federal Election Campaign Act Amendments of 1974. Public Law 93-443; 88 Statutes at Large 1263.

454 Los topes eran los siguientes: (a) 1000 dólares para la campaña de un cargo federal; (b) 5000 dólares para un PAC; y (c) 25000 dólares anuales en total.

455 424 U.S. 1 (1976).

456 Fue una decisión *per curiam*, en la cual votaron por separado todos los jueces, salvo Stevens, que no intervino.

457 De acuerdo con la ley, estos eran designados por el Presidente de los Estados Unidos, el *Speaker* del House y el presidente *pro tempore* del Senado. La Corte sostuvo que ello violaba la Appointments Clause (Art. II, sección 2), según la cual los nombramientos debe hacerlos el presidente con acuerdo del Senado.

458 La enmienda había sido propuesta por primera vez en 1923 por Alice Paul, la fundadora del National Woman's Party.

de New York y muy activa militante por los derechos de las mujeres, lograron la sanción de la ley que aprobaba la enmienda.<sup>459</sup> Esta comenzó exitosamente su ronda de aprobación por las legislaturas estatales, donde se requieren 38 votos favorables para llegar a los tres cuartos del total que exige el Artículo V de la Constitución. Hawaii fue el primero en aprobarla y, en menos de un año, se reunieron 30 aprobaciones. Habían llegado a obtenerse hasta 35 y faltaban solo 3 estados, pero el proceso se detuvo merced a una fuerte campaña en contra organizada por Phyllis Schlafly, una activista conservadora, que finalmente logró su objetivo.<sup>460</sup>

Hoy en día, la cuestión sigue siendo materia de controversia. Si bien muchos años después la enmienda fue ratificada por los tres estados que faltaban,<sup>461</sup> el problema es que, por una resolución conjunta, el Congreso había dispuesto, en 1972, que la enmienda debía ser ratificada dentro de los siete años de aprobada. Si bien este plazo fue prorrogado luego hasta 1982, las tres últimas ratificaciones son muy posteriores a esa fecha, lo que podría dar origen a una batalla legal para establecer si el Congreso, por medio de una resolución conjunta, puede imponer un límite temporal para la ratificación de las enmiendas.

## 27. El caso Watergate

Uno de los hechos que dominaron la escena política de la década de 1970 fue el caso Watergate, protagonizado por el entonces presidente Richard M. Nixon, que fue, probablemente, la figura más controvertida de la política norteamericana en el siglo XX.<sup>462</sup> Apodado Tricky Dick (“Dick el tramposo”),<sup>463</sup> Harry S. Truman dijo alguna vez de él: “Nixon es un bastardo mentiroso. Puede mentir

---

459 Su texto, que básicamente establecía la no discriminación en razón del sexo (género), era el siguiente: “Section 1. Equality of rights under the law shall not be denied or abridged by the United States or by any state on account of sex. The Congress shall have the power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article [...]”.

460 Ver Critchlow (2005).

461 La ratificaron Nevada en 2017, Illinois en 2018 y Virginia en 2020.

462 La literatura sobre este caso es abundantísima. Entre las obras más recientes puede verse Dobbs (2021).

463 El sobrenombre le fue puesto por el *Independent Review*, un diario californiano, durante su campaña para senador por California en 1950. Nixon disputaba la banca con Helen Gahagan Douglas a quien acusó de tener inclinaciones comunistas llamándola “la dama rosa” (*the pink lady*) y distribuyendo unos 500 mil panfletos de ese color en los cuales vinculaba sus votos como diputada con el Partido Comunista. Nixon ganó la elección, se convirtió a los 38 años en el senador más joven de la Cámara y de allí en adelante el seudónimo no lo abandonó jamás.



de ambos lados de su boca al mismo tiempo y si alguna vez se sorprendió a sí mismo diciendo la verdad, mintió para no perder la práctica” (como se citó en De Gregorio, 2013, p. 600).<sup>464</sup> Con Nixon, la “Presidencia Imperial” –como Arthur Schlesinger (2004) ha denominado a la presidencia de los Estados Unidos– tuvo uno de sus apogeos, tanto en la política internacional<sup>465</sup> como en la doméstica.<sup>466</sup> Tan convencido estaba de la naturaleza cuasi monárquica de su poder que, tres años después de haber renunciado, en una entrevista por televisión llegó a decir que “Cuando el Presidente lo hace, eso significa que no es ilegal” (como se citó en Schlesinger, 2004, p. 421).<sup>467</sup>

### 27.1. El affaire de los Pentagon Papers

Si bien el caso de los “Archivos o Papeles del Pentágono” no involucra directamente al Congreso, vale la pena mencionarlo como antecedente, pues el grupo de tareas que Nixon organizó a partir de ese suceso estuvo parcialmente involucrado en el caso Watergate.

En 1967, el entonces secretario de Defensa, Robert McNamara, decidió recopilar los archivos e información existentes sobre la guerra de Vietnam. A tal fin, sin informarle a Lyndon B. Johnson ni a Dean Rusk, el secretario de Estado, creó un grupo, liderado finalmente por Leslie H. Gelb,<sup>468</sup> un funcionario del Departamento de Defensa, que llevó a cabo una exhaustiva investigación que abarcó 47 volúmenes, oficialmente denominada *Report of the Office of the*

---

464 “Nixon is a no-good lying bastard. He can lie out of both sides of his mouth at the same time, and if he ever caught himself telling the truth, he ’d lie to keep his hands in”.

465 En materia de relaciones exteriores, Nixon comenzó una política de apertura con los países enemigos de los Estados Unidos. De la mano de Henry Kissinger, su entonces Consejero Nacional de Seguridad, restableció relaciones diplomáticas con China en 1972. Ese mismo año firmó con Leonid Brezhnev, el líder soviético, dos acuerdos de reducción de armamentos, los llamados SALT (Strategic Arms Limitations Talks). Un relato detallado de la política exterior de Nixon ha sido efectuado por Kissinger en sus memorias. Ver Kissinger (2011a, 2011b).

466 Nixon tuvo, en general, una mala relación con el Congreso, dominado por los demócratas. Una de estas controversias, entre muchas otras, tuvo lugar con motivo del corte discrecional de partidas presupuestarias, donde Nixon llegó a desafectar los fondos de unos 100 programas federales que totalizaban 15 mil millones de dólares. Este manejo arbitrario de las partidas aprobadas por el Congreso condujo a la sanción, en 1974, de la llamada Congressional Budget and Impounding Act, (Public Law 93-344; 88 Statutes at Large 297) por medio de la cual se establecieron fuertes límites en la administración ejecutiva del Presupuesto. Ver Urosfsky y Finkelman (2001).

467 “When the President does it, that means that it is not illegal”.

468 Inicialmente, McNamara puso al frente del grupo a John McNaughton, su segundo en el cargo, pero este murió poco después en un accidente aéreo.

*Secretary of Defense Vietnam Task Force*. Se detallaban allí, entre otras cuestiones, algunas de las atrocidades cometidas por las fuerzas norteamericanas en Vietnam. Si bien la investigación era secreta, los datos recopilados en ella llamaron la atención de quienes tuvieron acceso a los archivos. Fue así que, en 1971, Daniel Ellsberg, un analista militar que trabajaba por entonces para la RAND Corporation<sup>469</sup> y se había vuelto un opositor a la guerra, extrajo fotocopias del informe y las filtró a *The New York Times* y luego a *The Washington Post*, los cuales comenzaron a publicar parcialmente el informe, desencadenando un escándalo mayúsculo.<sup>470</sup>

Nixon, que por aquella época estaba en su primer mandato, en un principio no le prestó mucha atención al caso, pues el informe afectaba, en particular, a su predecesor, Lyndon B. Johnson. Sin embargo, Henry Kissinger, su entonces consejero de Seguridad Nacional,<sup>471</sup> le aconsejó que tomara cartas en el asunto para evitar que ello sentara un mal precedente. Fue así que, entre otras acciones más directas que mencionaré en el punto siguiente, el Gobierno inició un proceso judicial tendiente a que se ordenara interrumpir la publicación, pero la demanda fue rechazada por la Corte.<sup>472</sup>

## 27.2. El espionaje en el Partido Demócrata

Una semana después de la publicación de los *Pentagon Papers*, Nixon creó una unidad especial en la Casa Blanca destinada a evitar futuras filtraciones de información.<sup>473</sup> Su nombre oficial era Special Investigations Unit, pero sus integrantes eran más conocidos como los “Plomeros de la Casa Blanca” (*White House Plumbers*), dada la tarea que tenían asignada.<sup>474</sup> Este grupo estaba integra-

---

469 Antes de ello había sido funcionario del Departamento de Defensa y conocía el informe.

470 Los artículos fueron luego recopilados bajo la dirección y edición de Sheehan et al. (1971). Hay una reedición más reciente de 2017.

471 Luego, en 1973, durante el segundo mandato de Nixon, Kissinger fue designado secretario de Estado.

472 *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

473 Esta iniciativa corporizaba, en parte, una propuesta que había diseñado, en 1970, Tom Charles Huston, un asesor de Nixon, para llevar a cabo tareas de inteligencia respecto a los izquierdistas radicalizados (*left-wing radicals*).

474 Se los conocía también como los “Nixon’s fixers”.

do, entre otros, por David Young,<sup>475</sup> E. Howard Hunt,<sup>476</sup> G. Gordon Liddy<sup>477</sup> y Frank A. Sturgis.<sup>478</sup> Una de sus primeras misiones fue ingresar a la oficina de Lewis J. Fielding, el psiquiatra de Daniel Ellsberg, y copiar o robar su historia clínica para contar con material que permitiera desacreditarlo públicamente. Los “plomeros” no tuvieron éxito en esta misión y, como veremos enseguida, tampoco la tuvieron en la más importante de ellas, cuyo descubrimiento condujo a la caída de Nixon.

En 1972 Nixon comenzó a trabajar en la campaña por su reelección<sup>479</sup> y, como parte de ella, decidió emplear a los “plomeros” para llevar a cabo tareas de espionaje en el Partido Demócrata.<sup>480</sup> En el marco de ese operativo, el 17 de junio un equipo integrado, entre otros, por Frank Sturgis<sup>481</sup> ingresó clandestinamente a las oficinas del Comité Nacional del Partido Demócrata, ubicadas en uno de los edificios del llamado Watergate Complex,<sup>482</sup> con el objeto de copiar documentos e instalar y reponer escuchas telefónicas. En medio del operativo, un guardia de seguridad del edificio advirtió ciertas anomalías y llamó inmediatamente a la policía, que arrestó a los cinco individuos.

Inicialmente, el incidente parecía ser un hecho menor que no pasaría de la crónica policial. Nixon, por supuesto, negó cualquier vinculación personal o de sus colaboradores cercanos en el asunto y se ocupó de cubrir todos sus rastros, los que luego fueron saliendo a la luz en la investigación posterior.<sup>483</sup> De

---

475 Abogado y asistente especial en el National Security Council.

476 Exfuncionario de la CIA que había estado involucrado en operaciones en América Latina, en particular en la invasión a Bahía de Cochinos.

477 Abogado y agente del FBI.

478 Nacido como Frank Angelo Fiorini, tenía un pasado turbulento, pues había ayudado a las fuerzas de Castro en Cuba en 1958 y luego se había convertido en agente encubierto de la CIA.

479 A este fin se formó el llamado Committee for the Re-Election of the President, entre cuyos miembros figuraban E. Howard Hunt y G. Gordon Liddy.

480 Inicialmente, las tareas consistían en instalar micrófonos en los teléfonos de los líderes demócratas.

481 Lo acompañaban Virgilio González, Eugenio Martínez, Bernard Barker y James W. McCord Jr.

482 Es un complejo integrado por seis edificios ubicados en la zona de Foggy Bottom, frente al río Potomac. Se encuentra allí un edificio de oficinas (Watergate Office Building), otro destinado a departamentos residenciales (ocupados en su momento por celebridades, como Elizabeth Taylor) y el Hotel Watergate. El Partido Demócrata ocupaba, por entonces, todo el sexto piso del edificio de oficinas.

483 Uno de los hechos que ponen en evidencia hasta dónde estaban dispuestos a llegar Nixon y sus adláteres fue el caso de Marta Mitchell, esposa de John N. Mitchell, *Attorney General* de Nixon y luego su jefe de campaña. Enterada del incidente en las oficinas del Partido Demócrata, Martha Mitchell se puso en contacto con Helen Thomas, una periodista de United Press International. Para evitar que el escándalo llegara a los medios, Martha fue secuestrada y retenida por espacio de una

hecho, la campaña por la reelección continuó y concluyó con un éxito rotundo para Nixon, quien, en las elecciones del 7 de noviembre de 1972, venció a su oponente por una amplia mayoría.<sup>484</sup> Sin embargo, la tormenta estaba a punto de estallar. Robert U. (Bob) Woodward y Carl Bernstein, dos periodistas de *The Washington Post*, habían iniciado una investigación con la ayuda de una fuente anónima,<sup>485</sup> que les permitió trazar la ruta del dinero que conectaba el *break-in* de los “plomeros” en las oficinas del Partido Demócrata con el comité de campaña electoral de Nixon y con altos funcionarios del Gobierno.<sup>486</sup>

### 27.3. La investigación parlamentaria y judicial. El juicio político a Nixon

A partir de la investigación periodística de Woodward y Bernstein, el caso Watergate se convirtió en un escándalo nacional, que rápidamente se ramificó en múltiples instancias judiciales y legislativas, incluyendo el juicio político a Nixon.

La investigación judicial del caso, comenzada hacia fines de 1972, apuntó primero a los involucrados directamente en la intrusión en las oficinas demócratas, que fueron condenados en marzo de 1973,<sup>487</sup> pero continuó escalando en las esferas del Gobierno a medida que el descubrimiento de nuevos hechos ponía de manifiesto los alcances de la conspiración.<sup>488</sup>

Como resultado de ello, en febrero de 1973 el Senado emitió la Resolución 60,<sup>489</sup> creando el llamado Select Committee on Presidential Campaign Activities. La comisión estaba integrada por siete miembros: cuatro senadores demó-

---

semana en un hotel por Steve King, un agente del FBI que era el jefe de seguridad del comité de campaña de Nixon, donde fue golpeada y drogada. Ver McLendon (1979).

484 Nixon derrotó a George McGovern por 60,7% contra 37,5% de los votos populares. En el colegio electoral Nixon obtuvo 520 votos contra tan solo 17 de McGovern.

485 Conocida en su momento como Deep Throat (garganta profunda), muchos años después, en 2005, se reveló que había sido William Mark Felt, un agente del FBI. Una versión crítica y menos romántica de la actitud de *The Washington Post* en ese caso fue escrita luego por John O'Connor (2019), el abogado de Mark Felt.

486 Los artículos periodísticos que comenzaron a aparecer fueron luego recopilados en *All the President's Men*, un libro que escribieron Woodward y Bernstein en 1974. La historia luego fue llevada al cine en una película del mismo nombre, filmada en 1976, que protagonizaron Dustin Hoffman y Robert Redford.

487 Intervino en el caso el juez federal John J. Sirica, del United States District Court for the District of Columbia, que luego tendría un papel fundamental en el proceso que concluyó con la renuncia de Nixon. Todo ello fue luego contado por el propio Sirica (1979) en un libro de su autoría.

488 Fue clave en todo ello la carta que le envió James McCord al juez Sirica como medio de morigerar su condena, revelando datos que iban mucho más allá del hecho protagonizado por los “plomeros”.

489 Fue aprobada por una mayoría de 77-0.

cratas<sup>490</sup> y tres senadores republicanos.<sup>491</sup> Las audiencias de la comisión, ampliamente difundidas en vivo por los medios entre mayo y agosto, comenzaron el 17 de mayo de 1973 y toda la tarea concluyó en junio de 1974 con un informe de 1250 páginas, precedido por un expediente de 7 cuerpos. Estaba contenido allí el grueso de la información que permitió imputar y procesar a numerosos funcionarios del Gobierno, incluido el propio Nixon.<sup>492</sup> Un hecho crucial –tal vez el más importante de todos– revelado en el curso de la investigación fue el de las cintas grabadas en la Casa Blanca (*Nixon White House tapes*), cuya negativa a entregarlas condujo finalmente a la renuncia de Nixon.<sup>493</sup>

Este descubrimiento produjo una de los hechos más sonados del caso Watergate, conocido como la “Masacre del sábado a la noche” (*Saturday Night Massacre*), ocurrida el 20 de octubre de 1973, que marcó el comienzo de la caída de Nixon. Como fiscal especial para el caso, en mayo de 1973 fue designado Archibald Cox,<sup>494</sup> quien, enterado de la existencia de las cintas, el 23 de julio de 1973 ordenó que estas fueran entregadas.<sup>495</sup> Nixon fue muy reticente a dárselas,<sup>496</sup> solo las entregó parcialmente,<sup>497</sup> y ante la insistencia de Cox, le

---

490 Samuel J. Ervin, de North Carolina, que presidió la Comisión, Daniel K. Inouye, de Hawaii, Joseph Montoya, de New Mexico, y Herman Talmadge, de Georgia.

491 Howard Baker, de Tennessee, Edward Gurney, de Florida, y Lowell P. Weicker, de Connecticut.

492 Uno de los testimonios principales fue el de John W. Dean, el *White House Counsel*, es decir, el asesor legal del presidente, quien, al igual que McCord, fue muy diligente en su declaración a cambio de obtener una sentencia reducida.

493 En la Casa Blanca, incluso en la Oficina Oval, existía desde la década de 1940 un sistema de grabación de las conversaciones mantenidas por el presidente con sus asesores y miembros de su *staff*. Nixon, en un primer momento, ordenó dismantlar el sistema, pero luego volvió a instalarlo con tecnología más moderna, pensando probablemente que con ello facilitaría reconstruir sus memorias una vez que dejara el cargo. Obviamente, no pudo anticipar que estaba tendiéndose su propia trampa. Durante la investigación parlamentaria, Donald Sanders, un asesor legal de la comisión, tomó conocimiento de la existencia de estas cintas, lo que fue confirmado luego en la declaración de Alexander Butterfield, un asistente de la Casa Blanca.

494 Cox, un conocido profesor de la Universidad de Harvard, había sido *Attorney General* durante la presidencia de Kennedy.

495 El pedido de Cox fue avalado por sendas decisiones del juez Sirica (sentencia del 29/08/1973; 360 F. Supp. 1) y de la U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (sentencia del 12 de octubre de 1973; 487 F. 2d 700).

496 A cambio de entregarlas, propuso que el senador John C. Stennis, demócrata de Mississippi, un célebre segregacionista que además era sordo, escuchara las cintas y luego informara de su contenido. La propuesta, conocida como el Stennis Compromise, fue obviamente rechazada.

497 Esta decisión produjo una mala reacción en el público, que se acrecentó al advertirse que varios minutos de grabación habían sido borrados de las cintas entregadas. Rose Mary Wood, secretaria personal de Nixon, fuertemente leal a su jefe, en su testimonio ante un Gran Jurado en 1974 alegó que los minutos faltantes se debían a un error que ella había cometido al desgrabarlas.

ordenó a Elliot Richardson, el *Attorney General*, que lo removiera del cargo. Richardson prefirió renunciar antes que echar a Cox. Nixon, entonces, se lo pidió a William Ruckelshaus, el vice (*deputy*) *Attorney General*, quien también prefirió renunciar. Finalmente, el pedido recayó en Robert Bork, *Solicitor General* y tercero en el ranking del Departamento de Justicia, quien finalmente accedió. Luego de esta “masacre”, en reemplazo de Cox, una semana después fue designado Leonidas (Leon) Jaworski.<sup>498</sup>

Nada de ello podía pasar desapercibido para el Congreso. En el House comenzaron inmediatamente los preparativos para promover el juicio político a Nixon. Ya desde el comienzo del 93° Congreso (1973-1975) se habían propuesto resoluciones en ese sentido que estaban siendo analizadas por la Comisión de Asuntos Judiciales, pero la primera que pidió el juicio político a Nixon, bien que no se refería específicamente a las imputaciones relacionadas con el caso Watergate, fue introducida el 31 de julio de 1973 por Robert Drinan, representante demócrata de Massachusetts, sacerdote jesuita y activista de los derechos humanos.<sup>499</sup> Luego de la “masacre” del 20 de octubre, las resoluciones que pedían el juicio político del presidente se multiplicaron, a la par que la prensa demolía su figura política. El 30 de octubre, la Comisión de Asuntos Judiciales, presidida por Peter W. Rodino, demócrata de New Jersey, aprobó por mayoría de 21-17 la promoción del juicio político.<sup>500</sup> Al mismo tiempo, Nixon ya comenzaba a perder apoyo dentro de sus propias filas partidarias.<sup>501</sup> En diciembre de 1973 y enero de 1974 fueron designados los abogados que, por la mayoría demócrata y la minoría republicana,<sup>502</sup> llevarían a cabo la investigación de los hechos, y el 6 de febrero de 1974 el House emitió una resolución, por mayoría de 410-4, para iniciar formalmente la investigación.

Desde ese momento y hasta el 9 de agosto de 1974, fecha en la que se hizo oficial la renuncia de Nixon, los acontecimientos se fueron precipitando.<sup>503</sup>

---

498 Cox (1976) ha dejado un relato personal de los hechos del caso. También puede verse Gormley (1997, pp. 229 y ss.).

499 Esta resolución, que no fue aprobada, apuntaba a los bombardeos en Camboya.

500 Fue un *party-line vote*, pues todos los demócratas votaron a favor y todos los republicanos en contra.

501 Edward Brooke, senador republicano de Massachusetts, el 4 de noviembre pidió públicamente que Nixon renunciara.

502 Como jefe del equipo legal, los demócratas designaron a John Doar, un conocido abogado de causas de derechos civiles, y los republicanos eligieron a Albert E. Jenner Jr., un conocido abogado de Chicago.

503 Nixon es el único presidente de los Estados Unidos que ha renunciado a su cargo, un récord que sería más memorable aún si no hubieran sido asesinados cuatro presidentes en ejercicio: Abraham Lincoln (1865), James Garfield (1881), William McKinley (1901) y John Kennedy (1961). Varios

Durante esos meses, el caso judicial llevado ante el juez Sirica y el proceso del juicio político fueron avanzando en paralelo.

El 16 de abril, Leon Jaworski, el fiscal especial, le solicitó nuevamente a Nixon la entrega de 64 cintas grabadas. Nixon se negó a entregarlas y Sirica convalidó esta orden en la sentencia dictada el 20 de mayo, disponiendo que la entrega debía efectuarse no más tarde del 31 de mayo.<sup>504</sup> Esta decisión fue apelada por Nixon. Jaworski, por su lado, para evitar más dilaciones, hizo un planteo pidiendo que el caso fuera decidido directamente por la Corte Suprema<sup>505</sup> por medio de un *certiorari before judgement*.<sup>506</sup> La Corte hizo lugar a esta petición y, por medio de la sentencia del 24 de julio de 1974,<sup>507</sup> le ordenó a Nixon entregar las cintas, rechazando el “privilegio ejecutivo” invocado por el presidente.<sup>508</sup> Nixon, finalmente, entregó las cintas el 30 de julio. Una vez examinadas, pudo saberse que, pese a haberlo negado, estaba en conocimiento del ingreso ilegítimo de los “plomeros” en las oficinas demócratas el 17 de junio de 1972.

---

presidentes, además, han sufrido atentados y dos de ellos resultaron heridos: Theodore Roosevelt (1912) y Ronald Reagan (1981).

504 Por su lado, el 11 de abril, el Judiciary Committee del House, mediante una resolución adoptada con una mayoría de 33-3, había ordenado la entrega de 42 cintas. Nixon cumplió solo parcialmente este pedido. El 30 de abril fueron remitidas transcripciones parciales con párrafos omitidos en los que figuraba la expresión *expletive deleted*, implicando que se habían borrado expresiones groseras o profanas.

505 Los extensos escritos presentados por ambas partes, los argumentos orales y el Amicus Brief presentado por la American Civil Liberties Union (ACLU) están recopilados en Westin (1980).

506 El *certiorari before judgement* es el recurso que ha inspirado a nuestro *per saltum*.

507 *Nixon v. United States*, 418 U.S. 683 (1974). La decisión fue 8-0. Votaron los jueces Burger (presidente), Douglas, Brennan, Stewart, White, Marshall, Blackmun y Powell. Se excusó de intervenir el entonces juez y luego *Chief Justice* Rehnquist. La decisión adquiere más singularidad si se tiene en cuenta que Nixon había nombrado a Burger, Blackmun y Powell.

508 Sostuvo la Corte que tal privilegio no es absoluto, que solo puede invocarse en asuntos militares, diplomáticos o de seguridad nacional altamente sensibles, pero no puede anteponerse meramente para salvaguardar la confidencialidad de una información. “[N]either the doctrine of separation of powers, nor the need for confidentiality of high-level communications, without more, can sustain an absolute, unqualified Presidential privilege of immunity from judicial process under all circumstances [...] when the privilege depends solely on the broad, undifferentiated claim of public interest in the confidentiality of such conversations, a confrontation with other values arises. Absent a claim of need to protect military, diplomatic, or sensitive national security secrets, we find it difficult to accept the argument that even the very important interest in confidentiality of Presidential communications is significantly diminished by production of such material for in camera inspection with all the protection that a district court will be obliged to provide (418 U.S. en p. 706) [...] We conclude that when the ground for asserting privilege as to subpoenaed materials sought for use in a criminal trial is based only on the generalized interest in confidentiality, it cannot prevail over the fundamental demands of due process of law in the fair administration of criminal justice. The generalized assertion of privilege must yield to the demonstrated, specific need for evidence in a pending criminal trial” (418 U.S. en p. 713).

Antes de que se produjera este desenlace, que fue la estocada mortal, el House ya tenía el juicio político en marcha.<sup>509</sup> En el Judiciary Committee del House las audiencias preparatorias tuvieron lugar ente el 9 de mayo y el 21 de junio. Hasta entonces, pese a que Nixon se negaba a entregar la totalidad de las cintas, el clima político no era totalmente favorable a la iniciación formal del proceso. Pero a medida que avanzaba el caso en la Corte y su resultado era predecible, la tormenta empezó a cernirse. El 23 de julio, un día antes de la sentencia, Lawrence Hogan, representante republicano por Maryland, se anticipó hábilmente a los hechos y anunció que votaría por el inicio del juicio político. Luego del fallo, la descarga en contra de Nixon fue devastadora. Una de las voces que más se escucharon en las audiencias del Judiciary Committee –no solo por el contenido de su intervención, sino también por su sonoridad vocal– fue la de Barbara Jordan, representante demócrata de Texas y activa militante de los derechos civiles,<sup>510</sup> que pronunció un encendido discurso, un día después de la sentencia. Frente a lo ya inevitable, los republicanos moderados<sup>511</sup> comenzaron a redactar borradores de los cargos (Articles of Impeachment). Otros, más recalcitrantes, se oponían todavía a enjuiciar al presidente.<sup>512</sup> Finalmente, entre el 27 y el 30 de julio se votaron favorablemente tres imputaciones: obstrucción de justicia (Artículo I),<sup>513</sup> abuso del poder presidencial (Artículo II)<sup>514</sup> y desacato al

---

509 Algunos autores han lamentado que la Corte decidiera el caso antes de que Nixon fuera enjuiciado políticamente, pues habrían preferido que la cuestión se decidiera en la instancia parlamentaria no judicial. Ver Gunther (1974).

510 Jordan fue la primera representante afroamericana de Texas desde la Reconstrucción.

511 Integraban este grupo, entre otros, Hamilton Fish IV, de New York, Thomas F. Railsback, de Illinois, y William Cohen, de Maryland.

512 Entre ellos, Wiley Mayne, de Maine, Charles W. Sandman Jr., de New Jersey, y Charles E. Wiggins, de California.

513 “[In his conduct of the office of President of the United States, Richard M. Nixon, in violation of his constitutional oath faithfully to execute the office of President of the United States and, to the best of his ability, preserve, protect, and defend the Constitution of the United States, and in violation of his constitutional duty to take care that the laws be faithfully executed, has prevented, obstructed, and impeded the administration of justice [...]”.

514 Esta imputación, que es bastante larga, en su punto 2 dice: “He [Nixon] misused the Federal Bureau of Investigation, the Secret Service, and other executive personnel, in violation or disregard of the constitutional rights of citizens, by directing or authorizing such agencies or personnel to conduct or continue electronic surveillance or other investigations for purposes unrelated to national security, the enforcement of laws, or any other lawful function of his office; he did direct, authorize, or permit the use of information obtained thereby for purposes unrelated to national security, the enforcement of laws, or any other lawful function of his office; and he did direct the concealment of certain records made by the Federal Bureau of Investigation of electronic surveillance [...]”.



Congreso (Artículo III).<sup>515</sup> Los otros dos cargos –el relativo a los bombardeos en Camboya (Artículo IV) y el fraude fiscal (Artículos V)– fueron rechazados. El Judiciary Committee anunció que el debate sobre los cargos comenzaría el 19 de agosto. Nixon renunció el 9 de agosto y lo sucedió el vicepresidente, Gerald Ford, quien un mes después lo indultó.

## 28. El control ambiental

Si bien no es objeto de este trabajo indicar la legislación dictada en cada período, vale la pena mencionar –como ya lo he hecho en otras partes– algunas de las leyes que marcan la tendencia en cada etapa.

En este caso, el Congreso fue muy activo durante la primera mitad de la década de 1970 en materia de control ambiental. Bajo esa impronta fue sancionada la National Environmental Policy Act of 1970<sup>516</sup> y se creó la Environmental Protection Agency (EPA).<sup>517</sup> También se dictaron numerosas leyes específicas. Así, por ejemplo, la protección del aire y del agua se llevó a cabo mediante la reforma de la Ley del Aire Puro (Clean Air Amendments Act of 1970)<sup>518</sup> y la Ley de Control de la Polución del Agua (Federal Water Pollution Control Act of 1972).<sup>519</sup> Fueron sancionadas también la Ley de Mejora en la Calidad del Agua (Water Quality Improvement Act of 1970),<sup>520</sup> la Ley de Recuperación de los Recursos (Resource Recovery Act of 1970)<sup>521</sup> –luego ampliada en 1976–,<sup>522</sup> la reforma de 1973 a la Ley de Especies Amenazadas,<sup>523</sup> la Ley de Seguridad

---

515 “[Nixon] has failed without lawful cause or excuse to produce papers and things as directed by duly authorized subpoenas issued by the Committee on the Judiciary of the House of Representatives on April 11, 1974, May 15, 1974, May 30, 1974, and June 24, 1974, and willfully disobeyed such subpoenas [...]”.

516 42 U.S.C. § 4321 *et seq.*

517 A diferencia de los restantes entes reguladores de su tipo, la EPA no fue creada directamente por ley, sino como ejercicio de una delegación legislativa general, dentro de los poderes de reorganización de la Administración Pública, de acuerdo con lo que establece la § 901 y ss., Tit. 5 USC. La EPA nació así como fruto de la transferencia de una serie de funciones que anteriormente ejercían varios departamentos de estado dentro del llamado Plan de Reorganización No. 3 de 1970.

518 42 USC § 1857 y ss.

519 86 Statutes at Large 816; 33 USC §§1251-1378.

520 84 Statutes at Large 91.

521 84 Statutes at Large 1227.

522 Resource Conservation and Recovery Act, 42 USC §§ 6901-6992k.

523 16 USC §§ 1431-1445.

del Agua Potable (Safe Water Drinking Act of 1974),<sup>524</sup> la Ley de Control de Pesticidas (Federal Environmental Pesticides Control Act of 1972),<sup>525</sup> la Ley de Control de Sustancias Tóxicas (Toxic Substances Control Act of 1976),<sup>526</sup> la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos (Marine Mammal Protection Act of 1972)<sup>527</sup> y la Ley de Planificación de Recursos Renovables en Bosques y Tierras Agrestes (Forest and Rangeland Renewable Resources Planning Act of 1974).<sup>528</sup>

## 29. Algunos hechos relevantes del final de este período

### 29.1. Cambios en el sistema de comisiones

Hacia el final del período aquí considerado, una nueva generación de políticos se insinuaba en ambas cámaras.

En el House esta renovación era muy notoria, al punto que, a fines de la década de 1970, más del 60% de los legisladores había sido elegido en ese período. Estos políticos jóvenes, de tendencia liberal, pugnaban con los más antiguos por la integración de las comisiones, donde la designación seguía rigiéndose por la regla del *seniority*,<sup>529</sup> relegando a los recién llegados a una posición de *backbenchers*.<sup>530</sup> Conforme el sistema imperante, el *chairman* de una comisión, por lo general un antiguo miembro del House, tenía un gran poder, llevaba a cabo las reuniones sin permitir el acceso del público y sin dar cuenta de ellas a las autoridades del partido, una tendencia que comenzó a moderarse con la ley de reforma de 1970<sup>531</sup> y con el Government in the Sunshine, iniciado con la FOIA.<sup>532</sup>

Este movimiento reformista tuvo un hito importante en 1974, cuando el caucus demócrata del House resolvió que la presidencia de las comisiones debía elegirse por voto secreto en el inicio de cada Congreso. La nueva regla co-

---

524 42 USC §§ 300-f hasta 300j-26.

525 86 U.S. Statutes at Large 973; 7 USC § 135 y ss.

526 15 USC §§ 2601-2671.

527 16 USC §§ 1361-1407.

528 16 USC §§ 1600-1687.

529 De ello se encargaban, especialmente, los legisladores sureños de tendencia conservadora.

530 En el Parlamento del Reino Unido, los *backbenchers*, como su nombre lo indica, son los legisladores que se sientan en las bancas traseras, tienen menor rango en el partido y no ocupan ninguna posición en el gabinete.

531 Ver apartado 23.

532 Ver apartado 22.

menzó a aplicarse a comienzos del 94º Congreso (1975-1977) y, como resultado de ella, tres antiguos legisladores perdieron la presidencia de sus comisiones.<sup>533</sup> Era la primera vez, desde 1925, que el presidente de una comisión era removido de su cargo.<sup>534</sup>

Un caso muy típico fue el de Wilbur D. Mills, representante demócrata de Arkansas. Antiguo y experimentado legislador,<sup>535</sup> presidía con mano férrea la Comisión de Presupuesto (Ways and Means). En su opinión, el proyecto de ley, tal como había sido aprobado por su comisión, no debía ser modificado en el recinto –y se ocupaba de que no lo fuera–, pues, sostenía, un cambio hecho por legisladores sin conocimiento específico de la materia impositiva podría alterar el sentido de la ley.

Para moderar la influencia de Mills, el caucus demócrata estableció como regla que si al menos cincuenta demócratas proponían una reforma al proyecto de la comisión y aquel lo aprobaba por mayoría, los legisladores demócratas de la Comisión de Reglamento quedaban obligados a someter la reforma a consideración del recinto. También fue limitada la autoridad de Mills con motivo de la creación del Steering Committee demócrata en 1973, siguiendo el ejemplo de los republicanos, que ya lo habían creado en el 66º Congreso (1919-1921). Desde 1911, el presidente de la Comisión de Presupuesto presidía, además, el *Comitte on Committees* demócrata, que elegía los miembros del partido en las comisiones. En 1974, esta prerrogativa fue transferida al Steering Committee.<sup>536</sup>

Como medida adicional, el caucus demócrata se propuso, asimismo, acotar el poder de los presidentes de las comisiones, limitando la cantidad de subcomisiones que podían presidir y dándoles a estas una mayor autonomía, asignándoles presupuesto y personal propio.

En el Senado se llevaron a cabo esfuerzos similares, pero no tuvieron igual alcance. Ya en 1971, los senadores demócratas Fred Harris, de Oklahoma, y

---

533 Ellos fueron: Wright Partman, demócrata de Texas, en la Comisión de Bancos, Moneda y Vivienda; F. Edward Hébert, demócrata de Louisiana, en la de las Fuerzas Armadas; y William R. Poage, demócrata de Texas, en la de Agricultura.

534 La única excepción fue la Adam Clayton Powell, que en 1967 fue removido de la Comisión de Educación y Trabajo, pero por distintos motivos. Ver apartado 15.1.

535 Había ingresado al House en 1939 y fue reelecto sucesivamente hasta el 94º Congreso (1975-1977).

536 Como dato de color, vale la pena mencionar que estas reformas fueron ayudadas, indirectamente, por un incidente personal que desprestigió la reputación pública de Mills. En octubre de 1974, el legislador fue detenido por la policía de Washington, D.C. mientras conducía su automóvil. Estaba ebrio y lo acompañaba Annabel Edith Villagra, una *stripper* nacida en la Argentina, conocida en los Estados Unidos bajo el nombre de Fanne Fox. En los clubs nocturnos se la apodaba *the Argentine Firecracker*.

Charles (Mac) Mathias, de Maryland, intentaron sin éxito poner límites a la regla del *seniority* por medio de una reforma a la Regla 24, proponiendo que los presidentes de las comisiones y los miembros del *board* por la minoría fueran designados individualmente por los caucus de los partidos, pero la propuesta fue rechazada por la Comisión de Reglamento.

Otra iniciativa, que tuvo mejor suerte, fue planteada en enero de 1975. Consistía en que el mandato de los presidentes de las comisiones durara dos años. La modificación fue aprobada, pero no fue impuesta como obligatoria. Se estableció, asimismo, a instancias del caucus demócrata, que a partir del 95° Congreso (1977-1979) la elección de los presidentes de comisión fuera secreta, si así lo solicitaba un quinto del caucus. Obviamente ello impedía que sufrieran represalias quienes no votaban por algún candidato poderoso.<sup>537</sup>

Dentro de este mismo espíritu de apertura, ambas cámaras resolvieron<sup>538</sup> que las sesiones de las comisiones serían públicas, salvo que, por alguna disposición específica, se dispusiera por mayoría lo contrario.<sup>539</sup> Se exigió también que las sesiones fueran transcritas y se llevaran registros electrónicos de sus deliberaciones.

## 29.2. Nuevos líderes en ambas cámaras

A lo largo de la década de 1970, ambas cámaras experimentaron un cambio en sus líderes.<sup>540</sup> En 1971, Carl B. Albert, demócrata de Oklahoma, fue elegido *Speaker of the House* cuando se retiró John W. McCormack. Veterano y experto legislador,<sup>541</sup> Albert fue elegido con la conformidad de casi todas las facciones del Partido Demócrata y, tal vez por este motivo, durante su mandato no confrontó con ninguna ni tampoco apoyó a alguna en particular. Esta neutralidad pasiva entre los conservadores y los liberales reformistas, que aspiraban a ser algo más que *backbenchers*, terminó por no conformar a nadie. En 1977, al fi-

---

537 Estas cuestiones producían disputas típicas entre antiguos senadores, como John C. Stennis, demócrata de Mississippi, un sureño segregacionista, y los más jóvenes, como Frank Church, demócrata de Idaho.

538 El House lo aprobó en marzo de 1973; y el Senado, en noviembre de 1975.

539 Como es habitual, las razones para deliberar a puertas cerradas eran: la seguridad nacional, los asuntos internos del Congreso, cuestiones que pudieran afectar a una personal o invadieran su privacidad, la pérdida del anonimato de una fuente de información, los secretos comerciales, etc.

540 Por cierto, como veremos, estos cambios se produjeron dentro de lo previsible, ya que todos respetaron el *cursus honorum* interno de ambas cámaras.

541 Carl Albert había ingresado al House en 1947 y fue *majority leader* desde 1962.

nal del 94º Congreso (1975-1977), Albert se retiró y fue reemplazado Thomas Phillip (Tip) O'Neill, demócrata de Massachusetts, que era líder de la mayoría desde 1973. O'Neill era un político básico, más interesado en contar votos y hacer acuerdos que en los detalles técnicos.<sup>542</sup> Como tal, apoyó sin reparos la política interna del presidente Carter por mera disciplina partidaria, pero sin interesarse en particular por el contenido específico de la legislación. Con el mismo espíritu se opuso a la de Ronald Reagan. Sus habilidades políticas naturales lo mantuvieron durante diez años al frente del House.<sup>543</sup> Dejó el cargo en enero de 1987, al finalizar el 99º Congreso (1985-1987), y fue reemplazado por James Claude (Jim) Wright Jr., de Texas, que hasta entonces había sido líder de la mayoría.

También en 1977 se produjeron cambios en la conducción del Senado. Al finalizar el 94º Congreso (1975-1977), Mike Mansfield, antiguo líder de la mayoría demócrata, y Hugh Scott, líder de la minoría republicana, anunciaron su retiro, coincidiendo con la llegada de Jimmy Carter a la Casa Blanca.<sup>544</sup> Mansfield fue sucedido por Robert C. Byrd, de West Virginia,<sup>545</sup> y a Scott lo reemplazó Howard H. Baker, de Tennessee. Si bien ninguno de ellos tenía especialmente pasta de líder político, ambos condujeron sus respectivas filas con mano gentil, pero firme. Byrd, un conservador por ideología<sup>546</sup> y un poco pomposo en sus actitudes, no confraternizaba socialmente con sus colegas, pero su larga carrera legislativa le permitía manejar con habilidad las reglas y procedimientos parlamentarios y controlar el aparato partidario por medio de una conducción centralizada.<sup>547</sup> Su posición como líder de la mayoría se extendió hasta 1989, cuando fue reemplazado por George J. Mitchell, de Maine. Baker, por su la-

---

542 Bostoniano de origen irlandés, O'Neill había dedicado toda su vida a la actividad política. Siendo muy joven, había participado en la campaña política de F. D. Roosevelt y, a los 24 años, fue elegido miembro del Massachusetts House of Representatives.

543 Ocupa el tercer puesto en longitud de su mandato, luego de Sam Rayburn y Henry Clay.

544 Luego de una prolongada actividad legislativa, Mansfield, que había sucedido a Lyndon B. Johnson en 1961 como líder de la mayoría, se retiró con el respeto de sus colegas. No le sucedió lo mismo a Scott, quien, por lealtad partidaria, había defendido la política de Nixon y había afirmado que, al escuchar las cintas de la Casa Blanca, se comprobaría que el presidente no estaba involucrado en el caso Watergate. Los hechos probaron lo contrario.

545 Tal como ya mencioné (ver apartado 14), Byrd fue uno de los senadores demócratas que ingresaron luego de la catástrofe electoral que sufrieron los republicanos en 1958.

546 Fue un opositor a los derechos de la comunidad LGBT. En 1993 se opuso al ingreso de homosexuales en las Fuerzas Armadas y combatió también el *gay marriage*.

547 Durante su mandato, el caucus demócrata se reunió escasas veces y el personal del partido le reportaba directamente a él.

do,<sup>548</sup> tenía un estilo relajado y amable que le permitía establecer buenas relaciones con los senadores de ambos partidos,<sup>549</sup> de las cuales sacaba partido para impulsar la legislación que le interesaba. Cuando los republicanos ganaron la elección de 1980, se convirtió en líder de la mayoría, posición que mantuvo hasta 1985, año de su retiro como senador.<sup>550</sup>

### 29.3. Reformas a la Regla de Clausura en el Senado

Durante la segunda mitad de la década de 1970 continuaron los esfuerzos por controlar el *filibuster* en el Senado por medio de reformas a la llamada Regla de Clausura.<sup>551</sup> Por ese entonces, para terminar con el *filibuster*, se requerían dos tercios de los senadores presentes.<sup>552</sup> Numerosas modificaciones, sin éxito, se habían intentado desde 1959; la última de ellas había tenido lugar en 1971 a comienzos del 92° Congreso (1971-1973).

Luego de todos estos intentos fallidos, en marzo de 1975 pudo hacerse una leve modificación cuando, luego de una batalla que duró tres semanas, el número fue reducido a tres quintos.<sup>553</sup> Una de las causas que permitió la reforma fue que los senadores más jóvenes habían moderado el interés en mantener el Cloture Rule, que había permitido el *filibuster* –montado por los sureños en la década anterior– contra la sanción de la legislación sobre derechos civiles.<sup>554</sup> Obviamente, la sanción de todas estas leyes privaba al *filibuster* de la utilidad que había tenido años atrás. Una nueva modificación –que ya se empleaba en la práctica– fue formalmente introducida en abril de 1976. Esta consistió en permitir la introducción en el proyecto de ley de todas las reformas propuestas hasta el anuncio de la Regla de Clausura. Hasta ese momento, tales reformas no se permitían si no habían sido formalmente leídas o tratadas antes del Cloture.

---

548 Había obtenido el cargo luego de montar una breve campaña en la que le ganó el cargo por un voto a su oponente Robert P. Griffin, de Michigan.

549 Se lo conocía como el *Great Conciliator*.

550 Su banca la ocupó Albert (Al) Gore, futuro vicepresidente de William Clinton. Baker luego fue *Chief of Staff* de Reagan (1985-1987) y embajador en Japón (2001-2005).

551 Recordemos que se trataba de la Regla 22, ya mencionada numerosas veces (ver, por ejemplo, el apartado II), que establecía una mayoría bastante exigente para dar por terminado el *filibuster*.

552 Esto implicaba una mayoría de 67 senadores si todos estaban presentes.

553 Si los cien senadores estaban presentes, el número era de sesenta.

554 De todos modos, la nueva mayoría no se aplicaba a todos los casos. Quedaban exceptuadas las modificaciones al Reglamento del Senado (entre ellas, las de la Regla 22), en el que continuaban exigiéndose los dos tercios.

A pesar de estas reformas, los debates sobre la Regla de Clausura continuaron luego con los llamados *postcloture filibusters*, que se convirtieron en una nueva forma de dilatar las sesiones. Bajo la Regla 22, luego de clausurado el debate, cada senador tenía una hora para hablar; sin embargo, técnicamente no estaban incluidas en esa hora las tareas preparativas, tales como el recuento el *quorum* ni el análisis de las enmiendas propuestas antes de decretarse la clausura. Aprovechando este vacío legal, en 1976, el senador James B. Allen, demócrata de Alabama, llevó a cabo varios *postcloture filibusters*, proponiendo recuentos de *quorum* y enmiendas tras enmiendas. Si bien Robert C. Byrd, como líder de la mayoría, intentó poner coto a esta práctica a comienzos de 1977, no tuvo éxito ese momento. El *postcloture filibuster* se convirtió así en una herramienta habitual durante los dos años siguientes,<sup>555</sup> hasta que fue aplicado con motivo de la sanción de una ley de desregulación de los precios del gas natural. Ello le dio a Byrd, a comienzos del 96° Congreso (1979-1981), la oportunidad de proponer nuevos límites a la duración de los debates. La propuesta contenía siete cambios en las reglas sobre el *filibuster*. No solo se proponía establecer un tiempo máximo absoluto para todo el debate *postcloture*, sino también un tiempo máximo para cada instancia legislativa. Luego de seis semanas de debate, el Senado aprobó solamente la implantación de un tiempo máximo total para el debate posterior a la clausura, que fue fijado en cien horas.

#### 29.4. La creación de la Comisión de Ética en el Senado

Ya vimos que, luego del escándalo de Bobby Baker, fue creado en el Senado el Select Committee on Standards and Conduct, el cual llevó adelante varias investigaciones sobre la conducta ética de los senadores.<sup>556</sup> Esta comisión, sin embargo, no parecía ser muy efectiva en sus resultados. Fue por ello que, en 1976, un nuevo estudio recomendó que se la pusiera bajo la jurisdicción de la Comisión de Reglamento. Esta propuesta fue rechazada y, en su reemplazo, se dispuso la creación de una nueva comisión de ética.<sup>557</sup> Nació así, en 1977, el Select Committee on Ethics, que funciona en forma permanente desde entonces.<sup>558</sup>

Cabe mencionar también que, dentro de estos esfuerzos por mejorar la con-

---

555 Si bien era empleado en general por los senadores sureños y conservadores, también era aprovechado por los liberales en algunas ocasiones.

556 Ver apartado 16.

557 Ver Amer (2008, pp. 4-7).

558 Ver: <https://www.ethics.senate.gov/public/>.

ducta ética de todo el Gobierno, al año siguiente fue sancionada la Ethics in Government Act of 1978,<sup>559</sup> que estableció una reglamentación general para todos los funcionarios del Gobierno sobre la información patrimonial que debían poner a disposición luego de ser designados y, entre otras previsiones, creó la Office of Government Ethics (OGE).<sup>560</sup>

### 29.5. La televisión de las sesiones

Creada en la década de 1930, la televisión irrumpió, como medio ya generalizado, en la década de 1950. Si bien inicialmente en algunas ocasiones particulares se permitió la televisión de algunas sesiones legislativas,<sup>561</sup> su empleo en forma permanente tardó en ser admitido. En el House fueron prohibidas en 1952, pero, una década más tarde, prácticamente no había hogares en los Estados Unidos que no contaran con televisión.<sup>562</sup> El escándalo de Watergate y la transparencia en el Gobierno que este disparó aceleró todo este proceso, por lo que, en 1977, fue autorizada en el House la instalación de un circuito cerrado experimental por un plazo de tres meses, una medida que se hizo permanente en 1979 a través de la televisión pública y la de la red C-SPAN.<sup>563</sup>

En el Senado, la primera televisión en vivo de una sesión en el recinto tuvo lugar el 19 de diciembre de 1974, cuando juró como vicepresidente Nelson Rockefeller.<sup>564</sup> Sin embargo, hasta 1986 el Senado no permitió la cobertura televisiva de sus sesiones en forma regular y permanente.<sup>565</sup>

### 30. Las elecciones de 1980

Las elecciones generales del 4 de noviembre de 1980 cambiaron sustancialmente el panorama político de los Estados Unidos. Ese día, Ronald Reagan

---

559 Public law 95-521; 92 Statutes at Large 1824; 5a U.S. Code Appendix 5a.

560 Ver: <https://www.oge.gov/>.

561 En el House fue difundida la apertura de las sesiones del 80º Congreso (1947-1949).

562 Se estima que, para esa época, el 90% de la población contaba con una televisión en su casa.

563 Ver: <https://history.house.gov/Exhibitions-and-Publications/ElectronicTechnology/Television/>.

564 Ya con anterioridad, el Senado había previsto que si Nixon era sometido a juicio político, las audiencias serían televisadas.

565 Ver: [https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/First\\_Television\\_Broadcast\\_from\\_the\\_Senate.htm](https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/First_Television_Broadcast_from_the_Senate.htm).



venció por una amplia mayoría a Jimmy Carter, que no pudo ser reelegido.<sup>566</sup> El triunfo republicano se hizo sentir también en el Congreso. En el Senado, los republicanos ganaron 12 bancas a expensas de los demócratas y recuperaron la mayoría.<sup>567</sup> En el House, los demócratas perdieron 33 bancas y los republicanos recuperaron 34, pero, aun así, los primeros retuvieron la mayoría.<sup>568</sup> Esta elección marcó el inicio de un nuevo período en el Congreso, extendido desde el 97° Congreso (1981-1983) hasta el 109° Congreso (2005-2007), donde el reparto de poder entre uno y otro partido se fue alternando en un equilibrio con ventaja en el Senado para los republicanos y en el House para los demócratas, bien que con menor diferencia.<sup>569</sup>

### 31. Algunas reflexiones a modo de conclusión

Como dije al comienzo, este es un período largo y complejo, homogeneizado por el control que ejerció, casi ininterrumpidamente, el Partido Demócrata en el Congreso. Si bien las causas y las consecuencias en los procesos históricos a veces no son fáciles de detectar y es común que los historiadores se enreden en largas discusiones sobre el origen de los acontecimientos, es indudable que el descrédito en el cual cayeron los republicanos luego de la presidencia de Herbert Hoover contribuyó a este fenómeno.

Aun así, esta línea de continuidad, trazada a partir del dominio demócrata en ambas cámaras, es relativa. Ciertamente, en los dos partidos hubo divisiones internas muy marcadas y, particularmente en el demócrata, ella tiene una demarcación geográfica muy clara entre sureños y norteños que, por momentos, parecen militar en facciones muy diferentes, casi opuestas. Es por ello que la separación entre conservadores y liberales en la sociedad norteamericana –como ocurre también en otras– no se corresponde con la pertenencia a un partido u otro, pues hay conservadores y liberales tanto entre los demócratas como entre los republicanos.

Podrá disputarse, entonces, si los casi cincuenta años que transcurren desde el 73° Congreso (1933-1935) hasta el 96° Congreso (1979-1981) puede ser considerado como un solo período o si son varios en realidad. Pero como la divi-

---

566 En votos populares, Reagan obtuvo una mayoría del 43,9% contra 35,48% de Carter. En el Colegio Electoral, el triunfo republicano fue mayor aún. Reagan ganó con 489 votos contra 49 de Carter.

567 La distribución de las bancas resultó así: 53 republicanos y 46 demócratas.

568 Los demócratas quedaron con 243 bancas; y los republicanos, con 192.

569 A lo largo de estos 13 Congresos, los republicanos tuvieron mayoría en 8 de ellos (97°, 98°, 99°, 104°, 105°, 106°, 108° y 109°) y los demócratas en el House tuvieron la mayoría en 7 (97° a 103°).

sión de la historia en etapas no es un dato científico sino tan solo convencional, que simplemente nos ayuda a entender mejor el proceso general, creo que es válido estudiar este medio siglo en conjunto tomando como referencia la mayoría constante de un partido sobre otro.

Lo que sí me parece que está fuera de toda disputa es que a lo largo de estos años la sociedad norteamericana sufrió transformaciones profundas que sentaron las bases de la que hoy conocemos. Hasta la década de 1930, Estados Unidos era un país que, sin perjuicio de sus divisiones internas, partidarias e ideológicas, era profundamente conservador. El poder político lo ejercía, monopolícamente, una mayoría blanca, masculina y protestante, mientras que las mujeres y las minorías étnicas y religiosas tenían una participación marginal. Sin embargo, desde la década de 1950 en adelante, ese poder fue moderándose lenta, pero inexorablemente. Los norteamericanos no volvieron a hacer ninguna revolución después de 1776, sino que fueron modelando y acomodando su sistema político a las nuevas circunstancias, sin que ningún mesías se arrogara poderes extraordinarios para llevar a cabo la tarea. Todo ello vino acompañado, en la década de 1970, del movimiento en procura de la transparencia en el Gobierno. Sin dudas, en esta tarea cada poder del Estado puso lo suyo y la Corte Suprema fue una pieza clave en todo ello, adelantándose en ocasiones a sus otros pares y marcando el rumbo. El control judicial del *gerrymandering* y la desegregación racial son dos buenos ejemplos de ello.

En lo que se refiere específicamente al Congreso, me permito señalar tres cuestiones.

En primer lugar, tuvo que lidiar con dos problemas internos serios, el del *filibuster* en el Senado y el de sus comisiones legislativas en ambas cámaras. Pese a los esfuerzos realizados, ninguno de ellos fue completamente resuelto; en todo caso, fueron moderados levemente. Las comisiones legislativas, por su lado, no solo plantearon el problema de su hiperinflación, sino que, convertidas en verdaderos órganos legislativos dotadas de gran autonomía dentro del mismo Congreso, generaron dos problemas adicionales: el del *seniority*, merced al cual los antiguos legisladores retenían las posiciones más importantes, y el de haber sido la catapulta política de ciertos legisladores. En algunos casos se las empleó con fines loables, pero en otros fueron usadas como medio para llevar adelante cruzadas personales que concluyeron mal. La Comisión Truman de investigación de los préstamos durante la Segunda Guerra es un ejemplo de lo primero y la Comisión de Investigación de Actividades Antinorteamericanas en el Senado, conducida por McCarthy, pone de relieve lo segundo.

En segundo lugar, están los liderazgos ejercidos en ambas cámaras. En el Senado, Lyndon B. Johnson figura, sin dudas, al tope de la lista. Nadie como él tuvo el control de la cámara tan firmemente, aunque tuvo que pagar las consecuencias de las andanzas de Bobby Baker, su *protegé*, las cuales, felizmente para él, se evanecieron con el asesinato de Kennedy y su ascenso a la presidencia. En el House, el que se lleva las palmas es Sam Rayburn. Sin llegar a ejercer la conducción autoritaria de algunos de sus predecesores, como Thomas Reed y Joseph Cannon a finales del siglo XIX y comienzos del XX, Rayburn fue el *Speaker* con mayor y más largo dominio a lo largo de este período.

En tercer lugar y ya como síntesis, el Congreso norteamericano, a lo largo de este medio siglo, tuvo que enfrentar, como otras tantas legislaturas, el embate arrollador del *administrative state*, el cual –aunque motorizado por la crisis económica de 1930– estaba en marcha desde antes a impulsos de las nuevas doctrinas que reclamaban una mayor intervención estatal en la economía. Nada de ello le hizo perder, sin embargo, su continuidad ni su presencia institucional. Obviamente, sufrió una fuerte merma de poder en el orden internacional con los conflictos regionales de la Guerra Fría, en los cuales tuvo escasa participación, pero en el orden interno se mantuvo en equilibrio con los otros poderes como parte de un sistema donde la separación de poderes no es una mera pieza folclórica, sino un principio al cual se le otorga especial atención.

## Bibliografía

- Alter, J. (2007). *The Defining Moment: FDR's Hundred Days and the Triumph of Hope*. Simon & Schuster.
- Amer, M. L. (2008). *The Senate Select Committee on Ethics: A Brief History of Its Evolution and Jurisdiction*. Congressional Research Service, The Library of Congress.
- Baker, B. y King, L. L. (1980). *Wheeling and Dealing: Confessions of a Capitol Hill Operator*. W. W. Norton & Company.
- Baker, L. (1967). *Back to Back, The Duel Between FDR and the Supreme Court*. Macmillan.
- Barnes, J. A. (2007). *John F. Kennedy on Leadership: The Lessons and Legacy of a President*. AMACOM.
- Bates, E. S. ([1936] 1982). *The Story of the Supreme Court*. The Bobbs Merrill Co.
- Beevor, A. (2012). Introduction. En *The Second World War* (pp. 1-10). Little Brown & Co.
- Bianchi, A. B. (1994). Horizontes de la delegación legislativa luego de la reforma de la Constitución. *Revista de Derecho Administrativo*, vol. 17, 379.
- Bianchi, A. B. (2021). El Congreso de los Estados Unidos. Desde sus inicios hasta la crisis de 1930. *Revista Jurídica Austral*, 2(2), 323-443. <https://doi.org/10.26422/RJA.2021.0202.bia>.

- Black, J. D. (1929). *Agricultural Reform in the United States*. McGraw Hill.
- Bolling, R. W. (1968). *Power in the House: A History of the Leadership of the House of Representatives*. E.P. Dutton & Co., Inc.
- Brzezinski, Z. (1960). *The Soviet Bloc. Unity and Conflict*. Harvard University Press.
- Butler, J. R. (1960). *Lord Lothian*. Macmillan.
- Byrd, R. C. (1988). *The Senate 1789-1989* (Vol. 1). Government Printing Office.
- Caro, R. A. (1982). *The Years of Lyndon Johnson. The path to Power*. Alfred A. Knopf.
- Churchill, W. S. (1948-1953). *The Second World War* (Vols. 1-5). Houghton Mifflin Co.
- Conkin, P. (1967). *FDR and the Origins of the Welfare State*. Thomas Crowell.
- Cox, A. (1976). *The Role of the Supreme Court in American Government*. Oxford University Press.
- Cox, A. (1987). *The Court and the Constitution*. Houghton Mifflin Co.
- Critchlow, D. T. (2005). *Phyllis Schlafly and Grassroots Conservatism: A Woman's Crusade*. Princeton University Press.
- Cushman, B. (2019-2020). The Judicial Reforms of 1937. *William & Mary Law Review*, 61(4), 995-1051.
- De Gregorio, W. A. (2005). *The Complete Book of Presidents* (6<sup>th</sup> ed.). Gramercy Books.
- De Gregorio, W. A. (2013). *The Complete Book of Presidents* (8<sup>th</sup> ed.). Barricade Books.
- Dearing, C. L. (1934). *The ABC of the NRA*. The Brooking Institution.
- Decaux, A. (1967). *Nouveaux dossiers secrets*. Librairie Académique Perrin.
- Dobbs, M. (2021). *King Richard: Nixon and Watergate. An American Tragedy*. Alfred A. Knopf.
- Dorough, C. D. (2011). *Mr. Sam: A Biography of Samuel T. Rayburn, Speaker of The House*. Literary Licencing LLC.
- Dunn, S. (2010). *Roosevelt's Purge: How FDR Fought to Change the Democratic Party*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Engelbrecht, H. C. y Hanighen, F. (1934). *Merchants of Dead. A Study of the International Armament Industry*. Dodd, Mead & Co.
- Fisk, C. y Chemerinsky, E. (1997). The Filibuster. *Stanford Law Review*, 49, 181-254.
- Friedel, F. (1952-1973). *Franklin D. Roosevelt* (Vols. 1-4). Little Brown & Co.
- Galbraith, K. K. (1992). *The Great Crash 1929*. Penguin Books.
- Galloway, G. B. (1951). The Operation of the Legislative Reorganization Act of 1946. *The American Political Science Review*, 45(1), 41-68.
- Gardiner, J. (2010). *The Blitz. The British under Attack*. Harper Press.
- Gaus, J. M. y Wolcott, L. O. (1940). *The Public Administration and the United States Department of Agriculture*. Public Administration Service.
- Gelbman, S. (2021). *The Civil Rights Lobby: The Leadership Conference on Civil Rights and the Second Reconstruction*. Temple University Press.
- Gormley, K. (1997). *Archibald Cox. Conscience of a Nation*. Perseus Books.
- Griffin, W. R. (1968). Louis Ludlow and the War Referendum Crusade, 1935-1941. *Indiana Magazine of History*, 64(4), 267-288.
- Gunther, G. (1974). Judicial hegemony and legislative autonomy: the Nixon case and the impeachment process. *UCLA Law Review*, 22, 30-39.
- Herman, A. (1999). *Joseph McCarthy: Reexamining the Life and Legacy of America's Most Hated Senator*. Free Press.

- Higgins, T. (1989). *The Perfect Failure: Kennedy, Eisenhower, and the CIA at the Bay of Pigs*. W. W. Norton & Company.
- Hitchcock, W. I. (2019). *The Age of Eisenhower: America and the World in the 1950s*. Simon & Schuster.
- Holzer, H. M. (Ed.) (1980). *The Gold Clause. What it is and how to use it profitably*. Books in Focus.
- Horvath, P. y Vanossi, J. R. (1964). El fallo “Baker v. Carr” y la justiciabilidad de las cuestiones políticas. *La Ley*, 114-982.
- Howard, M. (1993). A Thirty Years’ War? The Two World Wars in Historical Perspective. En *Transactions of the Royal Historical Society* (Vol. 3, pp. 171-184). Cambridge University Press.
- Irons, P. H. (1982). *The New Deal Lawyers*. Princeton University Press.
- Jones, C. O. (1970). *The minority party in Congress*. Little, Brown and Company.
- Karim, I. B. (Ed.) (2020). *Malcolm X: The End of White World Supremacy: Four Speeches*. Arcade Publishing.
- Kimball, W. F. (2019). *The Most Unsordid Act: Lend-Lease, 1939-1941*. John Hopkins University Press.
- King, M. L. (2003). *A Testament of Hope: The Essential Writings and Speeches* (Ed. J. M. Washington). Harper One.
- Kissinger, H. (2011a). *The White House Years*. Simon & Schuster.
- Kissinger, H. (2011b). *Years of Upheaval*. Simon & Schuster.
- Kravitz, W. (1990). The Legislative Reorganization Act of 1970. *Legislative Studies Quarterly*, 15(3), 375-399.
- Lemov, M. R. (2011). *People’s Warrior: John Moss and the Fight for Freedom of Information and Consumer Rights*. Fairleigh Dickinson University Press.
- Leuchtenburg, W. (1963). *Franklin D. Roosevelt and the New Deal (1932-1940)*. Harper & Row Pub.
- Lyon, L. S. (1935). *The National Recovery Administration: An Analysis and Appraisal*. The Brookings Institution.
- Marcus, M. (1994). *Truman and the Steel Seizure Case*. Duke University Press.
- McElvaine, R. (1984). *The Great Depression: America, 1921-1941*. New York Times Books.
- McKenna, M. C. (2002). *Franklin Roosevelt and the Great Constitutional War. The Court Packing Crisis of 1937*. Fordham University Press.
- McLendon, W. (1979). *Martha. The Life of Martha Mitchell*. Random House.
- O’Connor, K. (2019). *Postgate*. Post Hill Press.
- Pedroni, J. (1960). *Cantos del Hombre*. Castellvi.
- Pinto, R. (1938). *La Cour Supreme et le New Deal. Jurisprudence Constitutionnel de la Cour Supreme des Etats Unis (1935-1936) et Reforme du Pouvoir Judiciaire (1936-1937)*. Recueil Sirey.
- Plokhly, S. (2021). *Nuclear Folly: A History of the Cuban Missile Crisis*. W. W. Norton & Company.
- Public Papers and Addresses of Franklin D. Roosevelt. (1928-1936). (Vol. II)*. Random House.
- Remini, R. V. (2006). *The House. The History of the House of Representatives*. Smithsonian Books/Collins.
- Roos, C. F. (1937). *NRA Economic Planning*. Da Capo Press.
- Schapsmeier, E. L. y Schapsmeier, F. H. (1985). *Dirksen of Illinois: Senatorial Statesman*. Urbana, University of Chicago Press.
- Schlesinger, A. M. (1959). *The Age of Roosevelt. The Coming of the New Deal*. Houghton & Mifflin Co.
- Schlesinger, A. M. (2004). *The Imperial Presidency*. Mariner Books, Houghton Mifflin Co.

- Schlesinger, A. (Jr.) (2002). *A Thousand Days: John F. Kennedy in the White House*. Mariner Books.
- Sebba, A. (2021). *Ethel Rosenberg: An American Tragedy*. St. Martin's Press.
- Sheehan, N., Smith, H., Kenworthy, E. W., Butterfield, F. y Ellsberg, D. (1971). *The Pentagon Papers: The Secret History of the Vietnam War*. Bantam Books.
- Sheehan, N., Smith, H., Kenworthy, E. W., Butterfield, F. y Ellsberg, D. (2017). *The Pentagon Papers: The Secret History of the Vietnam War*. Racehorse.
- Sirica, J. (1979). *To set the record straight: the break-in, the tapes, the conspirators, the pardon*. W.W. Norton & Co.
- Sorensen, T. (2010). *Kennedy: The Classic Biography*. Harper-Collins.
- Straus, J. R. (2010). *House Committee on Standards of Official Conduct: A Brief History of Its Evolution and Jurisdiction*. Congressional Research Service.
- Swisher, C. B. (1943). *American Constitutional Development*. Houghton Mifflin Co.
- Tansill, C. C. (1938). *America Goes to War*. Little, Brown and Company.
- Tansill, C. C. (1952). *Back Door to War: The Roosevelt Foreign Policy, 1933-1941*. Henry Regnery Co.
- Tye, L. (2020). *Demagogue: The Life and Long Shadow of Senator Joe McCarthy*. Mariner Books-Harper Collins.
- Urosfsky, M. y Finkelman, P. (2001). *A March of Liberty, A Constitutional History of the United States* (2ª ed., Vol. II, pp. 877-882) Oxford University Press.
- Vidyalankar, I. (1980). Pearl Harbor: why surprise? *The Indian Journal of Political Science*, 41(4), 847-869.
- Weinstein, A. (1997). *Perjury: The Hiss-Chambers Case* (2ª ed.). Random House.
- Westin, A. (1980). Introduction essay. En Friedman, L. (Ed.), *United States v. Nixon*. Chelsea House Publishers.
- Williams, C. A. (1999). The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency. *Harvard Law Review*, 112(6), 1197-1306.
- Williams, J. (2002). *Eyes on the prize. America's civil rights years, 1954-1965*. Penguin.
- Woodard, B. y Bernstein, C. (1974). *All the President's Men*. Simon & Schuster.
- Zelikow, P. y Graham, A. (1999). *Essence of Decision: Explaining The Cuban Missile Crisis* (2ª ed.). Longman.



# SOBRE DOS TRADUCCIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS ATRIBUIDAS A MARIANO MORENO

---

**Diego Javier Bauso**

Investigador independiente

diegobauso@gmail.com

**Recibido:** 16/03/2022

**Aceptado:** 25/04/2022

## Resumen

El presente trabajo analiza la problemática que presentan dos manuscritos de la época de la Revolución de Mayo con sendas traducciones de la Constitución de los Estados Unidos atribuidas al doctor Mariano Moreno. Indica la procedencia de ambos documentos y en qué circunstancias le fueron atribuidos al Dr. Moreno. Presenta a continuación evidencia desconocida o dispersa que desafía esta extendida creencia. El artículo revisa algunas inexactitudes de la historiografía y revela al verdadero autor de la versión contenida en uno de estos documentos, que aún permanece inédito en manos privadas. Respecto al segundo y más conocido, que se conserva en el Tesoro de la Biblioteca Nacional Argentina, expone argumentos novedosos que permiten con razonable certeza poner en duda su atribución a Moreno. Plantea atribuciones alternativas acorde a la documentación histórica disponible, lo cual abre nuevos caminos para la investigación y la reflexión crítica sobre este antecedente constitucional argentino.

**Palabras clave:** Mariano Moreno, traducción, Constitución de los Estados Unidos, atribución, Revolución de Mayo.

## On Two Translations of the Constitution of the United States Attributed to Mariano Moreno

### Abstract

This work analyzes the problems presented by two manuscripts from the time of the May Revolution with translations of the United States Constitution attributed to Dr. Mariano Moreno. It indicates the provenance of both documents and in what circumstances they were attributed to Dr. Moreno. Then the article presents unknown or scattered evidence that challenges this widespread belief. It reviews some inaccuracies in the historiography and reveals the true



author of the version contained in one of these documents that still remains unpublished in private hands. Regarding the second and best known, that is kept in the Treasury of the Argentine National Library, it presents novel arguments that allow with reasonable certainty to question its attribution to Moreno. It proposes alternative attributions according to the available historical documentation, which opens new paths for research and critical reflection on this Argentine constitutional antecedent.

**Key words:** Mariano Moreno, translation, Constitution of the United States, attribution, May Revolution.

*I have thought it is my duty to exhibit things as they are, not as they ought to be.*

Alexander Hamilton, carta a Robert Morris, 13 de agosto de 1782.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

El manuscrito más famoso atribuido a Mariano Moreno descansa hoy en la Biblioteca Nacional Argentina (BNMM) que lleva su nombre. Se trata de una traducción de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si bien la existencia de este documento es bien conocida –hoy puede ser consultado en línea en el sitio web de la BNMM (Constitución federativa, 1787)–, no es tan notorio el derrotero que lo llevó a ese repositorio. Su conocimiento, aunado a evidencia hoy dispersa, permitirá plantear nuevas hipótesis sobre la cuestión de fondo: la pertinencia de su atribución a Moreno.

El de la BNMM no ha sido el único manuscrito de una traducción de la Constitución de los Estados Unidos que le fue imputado al prócer de mayo. Existe otro, hoy en manos privadas, que también le fue adjudicado a Moreno. Esta historia ha sido menos difundida, sin embargo, también merece ser revisada.

## 2. El manuscrito de la Biblioteca Nacional

El Dr. Eduardo O. Dürnhöfer fue un apasionado morenista.<sup>2</sup> Había adquirido en la década de 1960, “por vía de canje” al conocido *marchand* y anticuario

---

1 Agradezco a Noemí Goldman y a Manuel J. García-Mansilla, quienes leyeron el borrador –o parte de él, o distintas versiones de él– y aportaron comentarios y bibliografía que enriquecieron este trabajo. Desde ya que los eximo de cualquier error que pudiera contener este ensayo, del cual soy el único responsable. Lo mismo ocurre con las opiniones aquí vertidas.

2 Eduardo Otfried Dürnhöfer (1923-2002) fue abogado, presidente del Instituto Bonaerense de Nu-

Román Francisco Pardo, una importante cantidad de documentos que habían pertenecido al doctor Mariano Moreno (Dürnhöfer, 1994, p. 20). A lo largo de varios lustros, el Dr. Dürnhöfer, con gran generosidad, fue dando a luz los más importantes manuscritos de esa colección (Dürnhöfer, 1972a, 1972b, 1973, 1976, 1979, 1980, 1990, 1994, 2000).<sup>3</sup>

Su publicación inicial fue un singular folleto que editó con motivo del 194º aniversario del nacimiento del prócer. Ese opúsculo, humilde en su composición tipográfica, tuvo sin embargo gran importancia historiográfica. Se trató de la primera oportunidad en la que apareció en letra de molde el notable documento que discutiremos aquí: la traducción de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica que el Dr. Dürnhöfer le atribuyó al Dr. Mariano Moreno. Atribución que desde entonces ha sido casi universalmente aceptada. Fue, entonces, en la primavera de 1972 cuando Moreno dejó de ser solo “el numen de la Revolución de Mayo” (Galván Moreno, 1960; Mitre, 1859, tomo I, p. 367) para ser también el “primer constitucionalista argentino” (Dürnhöfer, 1972a).

El folleto del Dr. Dürnhöfer era, tal como lo declaraba su portada, un anticipo del libro que publicaría solo dos meses más tarde, el primero de los muchos que le dedicó al prócer. *Mariano Moreno, inédito* apareció en noviembre de 1972. El capítulo “El proyecto de Constitución de Moreno” presenta la teoría del Dr. Dürnhöfer y reproduce en letra de molde y facsimilarmente el manuscrito atribuido a Moreno (Dürnhöfer, 1972b, pp. 75-118). Dado el suceso alcanzado por la obra, en enero de 1973 se lanzó una segunda edición.

Esta traducción de la Constitución de los Estados Unidos atribuida a Mariano Moreno no es literal. Algunos incisos aparecen abreviados, otros fueron excluidos por completo. Estas omisiones dieron pie para que se conjeturara que, en realidad, se trataba de un proyecto de constitución para las Provincias del Río de la Plata preparado por el secretario de la Primera Junta luego del 25 de mayo de 1810 (Dürnhöfer, 1972b, p. 75).

---

mismática y Antigüedades, del Instituto Moreniano y de la Sociedad Científica Argentino-Alemana, vicepresidente de la Academia Argentina de la Historia, vocal de la Comisión de Homenaje en el Bicentenario de Mariano Moreno y de la Comisión Nacional para la Erección del Cenotafio a los Caídos en las Islas Malvinas. Asimismo, fue autor de numerosos libros y artículos sobre derecho e historia (Lo Tártaro, 2003).

3 Generosidad que ha sido continuada por su hija, Marianne Dürnhöfer, quien con remarcable nobleza le prestó en 2016 al Museo del Cabildo y de la Revolución de Mayo algunos de los documentos de la colección de su padre y, poco después, le cedió al Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires 78 de ellos para su digitalización y puesta en consulta (<http://ravignani.institutos.filo.uba.ar/documentos-del-dr-mariano-moreno>).

El Dr. Dürnhöfer explicó que este singular manuscrito no había llegado a sus manos con el grueso de los papeles de Mariano Moreno, sino que había ocurrido en otra oportunidad luego de que lo permutara, al mismo *marchand*, “por un texto no menos valioso: la redacción de los viajes de Ulrico Schmidl” (*Nadie puede explicar...*, 1993, p. 49).

### 3. La hipótesis francesa

Coincidiendo con la celebración del bicentenario de la Revolución francesa, surgió la hipótesis de que Moreno no había traducido la Constitución de los Estados Unidos del original en inglés, sino de una versión realizada por Condorcet en su idioma (Dürnhöfer, 1990, p. 77).

Esta traducción había aparecido, en 1788, en el cuarto tomo de la obra del italiano Filippo Mazzei: *Estudios históricos y políticos sobre los Estados Unidos de Norte América* (Un Citoyen de Virginie, 1788).<sup>4</sup> Allí, como una de las notas, Condorcet publicó de forma anónima –firmaba como “Un habitant obscure de l’ancien hémisphère”– su *Influencia de la Revolución de América sobre Europa*.<sup>5</sup> Como uno de los “Supplément”, entre las páginas 314 y 339, apareció el *Project de Constitution* de los Estados Unidos, cuya traducción también le fue atribuida a Condorcet.<sup>6</sup> Tanto el ensayo como la traducción del *Project* fueron incluidos en las *Œuvres complètes* de Condorcet publicadas en el año 1800 y reimpresas en 1804.<sup>7</sup> Hipótesis posteriores plantearon que Moreno pudo haber conocido la Constitución norteamericana en alguna de estas ediciones.

Entre los papeles del archivo de Moreno existía una versión castellana manuscrita del libro póstumo de Condorcet, titulado *Bosquejo de una pintura histórica de los progresos del espíritu humano*. La conjetura que se planteó fue que el Dr.

---

4 Filippo Mazzei fue un médico italiano que en 1773 emigró a Virginia, donde entabló amistad con Thomas Jefferson. Vuelto a Europa en 1779, se convirtió en un promotor de las ideas republicanas.

5 La nota R que existe en la p. 237 del tomo IV y que remite a la p. 213, línea 24, es la *Influence de la Révolution D’Amérique Sur l’Europe* (pp. 237-283). Al parecer, este tratado fue escrito por Condorcet en 1786 y hay quienes lo dan como aparecido en ese año. Sin embargo, los editores de las *Œuvres* de Condorcet (1847, tomo VIII, pp. 3-113) brindan como fuente al libro de Mazzei.

6 La Constitución de los Estados Unidos fue redactada durante la convención de Filadelfia en 1787 y completada el 17 de septiembre de ese año. Para que entrara en vigencia, debía ser ratificada por nueve de los trece estados. Esto se alcanzó recién el 21 de junio de 1788. De allí que en la obra francesa de 1788 se hablara todavía de un “Proyecto de constitución”. Las publicaciones inglesas de la misma época titulaban igual: *Plan of the New Constitution for the United States of America* (1787).

7 Ambas ediciones son similares. La *Influence de la Révolution* aparece en las dos en el tomo XI a partir de la p. 235. El *Projet de Constitution* figura a partir de la p. 332 sin brindar la fuente original.

Moreno también pudo haber sido el autor de esa traducción y que la habría emprendido con el fin de publicarla en el Buenos Aires revolucionario, del mismo modo que había hecho con la del *Contrato Social* de Rousseau en 1810<sup>8</sup> (Dürnhöfer, 1980, pp. 365-370).

Por lo tanto, el razonamiento parece haber seguido la siguiente lógica: Moreno tradujo a Condorcet, Condorcet tradujo la Constitución de los Estados Unidos, entonces, Moreno tradujo la versión de Condorcet de dicha constitución.

#### 4. La autenticidad del manuscrito

Hacia fines de la década de 1970, el Dr. Dürnhöfer resolvió donar al Estado argentino el manuscrito de la presunta traducción de Mariano Moreno de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>9</sup> Sin embargo, puso una condición: que la Biblioteca Nacional llevara el nombre del secretario de la Primera Junta.

Hasta lograr un acuerdo al respecto, el Dr. Dürnhöfer entregó en custodia el manuscrito al Deutsche Bank. Volvió, además, a dárselo a la imprenta (Dürnhöfer, 1979).

Como parte del proceso de donación, el Estado argentino, a través de la Secretaría de Cultura de la Nación, realizó una consulta sobre la autenticidad del manuscrito –ya que este no lleva firma ni certificación alguna– a la Academia Nacional de la Historia (ANH). Esta nombró una comisión académica integrada por los doctores Víctor Tau Anzoátegui y José María Mariluz Urquijo para que examinara al documento. Sus conclusiones fueron leídas por este último en sesión de la ANH del 12 de junio de 1979:

Se trata de una versión, con algunas variantes, de la constitución de los Estados Unidos de puño y letra de Mariano Moreno que no ofrece dudas en cuanto a su autenticidad. Consideramos que el documento es valioso tanto para la historia de las ideas y del derecho argentino [...]. En ese sentido sería deseable que el manuscrito [...] sea conservado en algún repositorio público. (Tau Anzoátegui y Mariluz Urquijo, 1979, pp. 28-29)

8 Aún es materia de discusión si esta traducción, e incluso el resto que le fueron atribuidas, pertenecen a Mariano Moreno. Para una visión actual de este problema, véanse las publicaciones de Noemí Goldman sobre el tema (2016, pp. 186-195, 2018, pp. 161-176).

9 Con desprendimiento, el Dr. Dürnhöfer priorizó esta decisión, desestimando una atractiva propuesta económica de adquisición del manuscrito de parte de una universidad de los Estados Unidos (Lo Tártaro, 2003).

## 5. La donación y la Biblioteca Nacional

Respecto a la segunda cuestión consultada por la Secretaría de Cultura, la que se refería a si efectivamente convenía cumplir con la exigencia del Dr. Dürnhöfer y que la Biblioteca Nacional llevara el nombre de Mariano Moreno, la resolución de la ANH no fue favorable a aquel. Luego de algunas discusiones al respecto, los académicos aprobaron el siguiente informe:

No creemos, sin embargo, que corresponda aceptar la condición pues no parece conveniente que la designación de un organismo como la Biblioteca Nacional dependa del cargo impuesto a una donación particular. Estimamos con este motivo que si se resolviera designar a la Biblioteca Nacional con el nombre de Moreno, el homenaje buscado se empequeñecería al aparecer como una suerte de imposición y no como una espontánea decisión fundada en los méritos del prócer al que se pretende honrar. (Tau Anzoátegui y Mariluz Urquijo, 1979, p. 29)

Finalmente, en 1982 se concretó la donación de este documento al Estado argentino con la intención de que quedara en custodia en el Tesoro de la Biblioteca Nacional. Si bien la cesión fue aceptada por la Secretaría de Cultura de la Nación por resolución N° 512, del 17 de septiembre de 1982, el manuscrito fue entregado a la Biblioteca Nacional recién el 4 de marzo de 1983, día del 172° aniversario de la muerte de Moreno (Biblioteca Nacional Argentina, 1983, p. 151; Dürnhöfer, 1993, pp. 11 y 19).

El Dr. Dürnhöfer aseguró que el acta de aceptación de la donación establecía por resolución N° 746 del Ministerio de Cultura y Educación, de fecha 7 de mayo de 1979, que el nuevo edificio de la Biblioteca Nacional debía llamarse “Mariano Moreno”. Incluso informó que llegó a existir una placa de bronce estableciendo este hecho, pero que luego fue retirada (Dürnhöfer, 2000, p. 280). En la práctica prevaleció el dictamen de la ANH y, por aquel entonces, la Biblioteca Nacional no fue conocida entre el público con dicha designación. El Dr. Dürnhöfer falleció en 2002 sin ver cumplido su deseo y condición. De todas formas, la historia terminaría sonriéndole y dándole la razón, aunque no el reconocimiento. El 28 de noviembre de 2012, el Congreso Argentino sancionó la Ley 26807, promulgada el 8 enero de 2013, por la cual la Biblioteca Nacional pasó a denominarse “doctor Mariano Moreno”. Los considerandos del proyecto de ley ignoran todo lo relacionado con la donación del manuscrito atribuido al prócer (*Boletín oficial de la República Argentina*, 2013, p. 1).

## 6. La desaparición

El Dr. Dürnhöfer sufrió otro disgusto en relación con esta donación. Como resultado de la desidia y falta de organización que a veces reina en muchas de nuestras instituciones, el documento permaneció extraviado por cierto tiempo. Incluso se llegó a sospechar que había sido sustraído de la Biblioteca Nacional (Bouvillon, 1993; *Nadie puede explicar...*, 1993, p. 49). Las autoridades de la Biblioteca se percataron de este hecho a raíz de un homenaje a Moreno planeado para el 7 de junio de 1993. El 19 de julio de ese año, el Dr. Dürnhöfer preguntaba públicamente: “¿Dónde está hoy el proyecto de constitución que escribió de su puño y letra, y que fue entregado a la Biblioteca Nacional en 1983?” (Dürnhöfer, 1993, p. 70). La respuesta llegó dos meses después. En septiembre, la traducción fue hallada traspapelada en la propia Biblioteca Nacional (*Recuperan un manuscrito...*, 1993; *El manuscrito de Moreno...*, 1993). Se encuentra ahora en su Tesoro.

## 7. El segundo manuscrito

En 1994, el Dr. Dürnhöfer comunicó la existencia de una segunda traducción de la Constitución de los Estados Unidos realizada por el secretario de la Primera Junta.

Esta segunda versión es largamente menos conocida que la comunicada en 1972, ya que, según parece, no ha sido publicada y aún descansa en algún archivo privado.

El documento había pertenecido al fallecido diputado Olegario Becerra.<sup>10</sup> Cuando, años más tarde, el Dr. Dürnhöfer supo de él, ya había cambiado de manos. En 1994 explicó que esa traducción se encontraba, en aquel entonces, “en la biblioteca de una ilustre ciudadana de conocida trayectoria pública” (Dürnhöfer, 1994, p. 23).

El Dr. Dürnhöfer advirtió que, a diferencia del códice divulgado por él en 1972, este manuscrito –que bautizó como “documento Becerra”– contenía una traducción literal de la Constitución de los Estados Unidos, sin omisiones ni adaptaciones. Por otro lado, informó otra singularidad del documento: no se trataba de un texto independiente, sino que estaba “contenido en un fascículo con otros manuscritos de Moreno y de amanuenses suyos” sobre derecho

---

10 Es muy probable que Becerra también lo obtuviera de Román F. Pardo. Así lo da a entender el Dr. Dürnhöfer (2000, p. 116) cuando explica que para el momento en el que él adquirió los manuscritos de Moreno al Sr. Pardo este documento ya había sido vendido.

constitucional de los Estados Unidos. Además, reveló que en la página 25 del “documento Becerra” existía una nota “con las propias palabras del prócer” en la que hacía “el siguiente comentario”:

Por esto no deberá extrañarse que la traducción del doctor Villa Vicencio que casi he copiado aquí literalmente, corrigiendo sólo aquellos pasajes en que dio una construcción enteramente arbitraria al original, no traduzca las alteraciones y reformas que se ven en ésta y que se hallan en la última edición que se ha hecho en este año de 1810.

Por lo tanto, según esta teoría, el “documento Becerra” nos estaría brindando el año exacto en el que ambas traducciones fueron realizadas: 1810, “el año de la Revolución” (Dürnhöfer, 1994, p. 23).

Otra singularidad de este documento es que, según se afirmó, estaría rubricado en tres lugares diferentes por Mariano Moreno. De tal modo que esta traducción literal habría sido manuscrita, rubricada y fechada en 1810 por “el propio Moreno” (Dürnhöfer, 1998, p. 115).

Por lo tanto, parecería que ahora nos enfrentamos no a uno, sino a dos manuscritos con dos versiones diferentes de la Constitución de los Estados Unidos que habrían sido realizadas por Mariano Moreno.

Se trata de una idea incitante, pero que, como veremos, no es verídica.

## 8. El “documento Becerra” revelado

Comenzaremos por la elucidación más sencilla, o sea, por la del manuscrito comunicado en 1994, el llamado “documento Becerra”.

El “doctor Villa Vicencio”, el autor de la versión que supuestamente habría seguido Mariano Moreno, resulta ser el venezolano José Manuel Villavicencio. Este abogado fue el primer autor que publicó una traducción castellana de la Constitución de los Estados Unidos. Lo hizo en Filadelfia, en 1810, en una edición dedicada a los abogados de Caracas (Villavicencio, 1810).

La existencia de esta traducción despertó el interés inmediato de las autoridades españolas. En abril de 1810, Luis de Onís, embajador español en Filadelfia, le comunicó a Vicente Emparan, capitán general de Venezuela, la aparición de la traducción de la Constitución de los Estados Unidos realizada por Villavicencio (Grases y Harkness, 1953, p. 33). El 4 de mayo, Onís le dio la noticia con mayor detalle al capitán general de la isla de Cuba:

Un cierto doctor en leyes don José Manuel Villavicencio, natural de Caracas ha estado en ésta hace ya once meses bajo el pretexto de curarse de una enfermedad de que verdaderamente adolece. [...] Acaba de traducir y mandar publicar la constitución republicana de los Estados Unidos para enviarla a sus compatriotas en Caracas y a las demás colonias de S. M., esperando sin duda por este medio sublevarlas y revolucionarlas. (Instituto de Investigaciones Históricas, 1965, p. 165)

Aclarado este punto, daría la falsa impresión de que la suposición del Dr. Dürnhöfer se afianza. Efectivamente, resulta verosímil creer que la traducción de la Constitución de los Estados Unidos publicada por Villavicencio en Filadelfia en abril de 1810 lograra llegar a Buenos Aires en la segunda mitad de ese año, justo a tiempo para que Moreno pudiera utilizarla para preparar una versión propia con el fin de ponerla a consideración de los diputados de las provincias que se estaban congregando en la capital.

Sin embargo, esto no fue así. Moreno no copió ni utilizó la versión de Villavicencio. Entonces, por supuesto, no es el autor de la nota final que existe en ese manuscrito.

Quien se valió de la versión de Villavicencio fue otro venezolano: don Manuel García de Sena.<sup>11</sup> Al año siguiente, también en Filadelfia, este autor publicó una recopilación en castellano de las obras del intelectual revolucionario norteamericano –aunque de origen inglés– Thomas Paine. En ese libro, García de Sena incluyó la traducción de la Constitución de los Estados Unidos realizada por Villavicencio. Así lo aclaró antes de su transcripción. Si uno se adentra en la edición de 1811 –se la puede consultar en línea en Google Books–, en la página 199 hallará exactamente la misma nota que le fue atribuida a Mariano Moreno, o sea, aquella que empieza “por esto no deberá extrañarse [...]”, en la cual se hace referencia a Villavicencio.

El libro de García de Sena se publicó, posiblemente, hacia mediados de 1811. El 9 de julio de 1811, el escribano del distrito de Pennsylvania le concedió privilegio de propiedad a García de Sena por el libro *La Independencia de Costa Firme* (Grases y Harkness, 1953, p. 32). Poco después, Luis de Onís, así como había comunicado a distintas autoridades españolas la aparición de la traducción de la Constitución de los Estados Unidos realizada por Villavicencio, también hizo lo propio con el lanzamiento del libro de García de Sena. Con fecha de 8 de agosto de 1811, desde Filadelfia le escribió al ministro de Estado, Eusebio Bardají:

---

11 Nació en La Victoria, virreinato de Nueva Granada (hoy Venezuela), en 1780. Fue admirador de la democracia norteamericana y ferviente partidario de la independencia de su país. En julio de 1809 llegó por primera vez a Estados Unidos transportando una carga de café para su comercio.



[...] don Manuel García de Sena, caraqueño y revolucionario acérrimo, acababa de traducir parte de las obras del insigne revolucionario Tomás Paine, titulando esta traducción: *La independencia de la Costa Firme, justificada por Thomas Paine treinta años ha*, a cuya traducción había añadido la de las constituciones de varios estados yanquis, además de la general de la Confederación. Imprimió cinco mil ejemplares, envió mil quinientos a Costa Firme y los demás consta que procuró enviarlos a Veracruz, Cartagena, La Habana y Puerto Rico. (Grases y Harkness, 1953, pp. 33 y 58)

El resto del contenido del manuscrito comunicado en 1994, o sea, los otros escritos de derecho público estadounidense que acompañan a esa versión castellana de la Constitución de los Estados Unidos y que aparecen transcritos en el fascículo que alguna vez perteneció al diputado Becerra y que felizmente fueran listados de manera meticulosa por el Dr. Dürnhöfer en su artículo, se corresponden en forma textual con los reproducidos en la obra de García de Sena. El orden y los títulos –salvo algunas peculiaridades ortográficas– son idénticos (Dürnhöfer, 1994, pp. 20-21):<sup>12</sup>

- Declaración de independencia en congreso de 4 julio de 1776 (p. 158).
- En congreso del 8 de julio de 1778: Artículos de confederación y perpetua unión. (“Rubricado por Moreno en dos páginas”) (p. 164).
- Constitución de los Estados Unidos. (“Consta de 26 páginas, la última rubricada”) (p. 176).
- Constitución de Massachusetts (p. 200).
- Connecticut: relación de la Constitución de Connecticut (p. 241).
- Constitución de New Jersey (p. 246).
- Constitución de la República de Pensilvania según se ratificó en la convención el día 2 de septiembre de 1790 (p. 255).
- Constitución de Virginia. La Constitución o forma de gobierno acordada y resuelta por los diputados y representantes de los diversos condados, y corporaciones de Virginia en una convención general tenida en Williamsburgh el 6 de mayo y continuada por prorrogación hasta el 5 de julio de 1776 (p. 281).

Por lo tanto, no puede haber duda de que la traducción de la Constitución de los Estados Unidos atribuida a Mariano Moreno en 1994 es solo una copia manuscrita de la versión de ese texto que apareció publicada en el apéndice documental del libro de García de Sena.

---

12 Entre paréntesis y doble comillas dejamos las notas originales del Dr. Dürnhöfer que señalan dónde están las supuestas rúbricas del Dr. Mariano Moreno. Entre paréntesis, al final, asentamos las páginas donde comienzan estos textos en la edición original del libro de García de Sena.

Entonces, ¿es posible que Mariano Moreno consultara la obra de García de Sena y la traspasara al papel? En definitiva, ¿el manuscrito comunicado en 1994 perteneció verdaderamente a Moreno? Vale recordar que se ha afirmado que ese documento está rubricado en tres lugares diferentes por el secretario de la Primera Junta. Sin embargo, este hecho se presenta como inadmisibile. El libro de García de Sena se publicó hacia mediados de 1811. Moreno partió hacia Europa en enero de ese año sin volver a tocar otro puerto hasta su fallecimiento, a principios de marzo. Por consiguiente, es materialmente imposible que hubiera podido tener en sus manos un ejemplar de la obra de García de Sena como para leerla, transcribirla y rubricarla.

## 9. Manuel García de Sena en el Río de la Plata

De todos modos, la existencia de este manuscrito que contiene el apéndice documental de la obra de Thomas Paine en la versión de García de Sena no debería ser considerada una rareza. En los primeros años de la revolución – aunque no creemos que esto ocurriera antes de 1812–,<sup>13</sup> los libros de Paine circularon con profusión en ambas orillas del Río de la Plata. Sirvieron para dar fundamento y doctrina al incipiente federalismo rioplatense. Este hecho está bien documentado y ha sido discutido en numerosas oportunidades desde que Carlos Aldao (1923, 1924, 1928) llamara la atención sobre la importancia de los escritos de Paine en la historia constitucional del Río de la Plata y en el desarrollo de su federalismo.<sup>14</sup>

La lectura de Paine no era solo para iniciados. En aquellos años inaugurales, las virtudes de esta obra fueron pregonadas desde el púlpito;<sup>15</sup> y sus volúmenes, encomiados y ofrecidos en venta en la prensa porteña.<sup>16</sup>

---

13 Está probado que *La independencia de Costa Firme* se difundió en Caracas hacia fines de 1811 y principios de 1812 (Grases y Harkness, 1953, pp. 53-54). Su divulgación en el Río de la Plata no debió de ser anterior a estas fechas.

14 Desde entonces se ha formado un cuerpo extenso de bibliografía sobre el tema. Una visión actualizada de este problema puede ser encontrada en Goldman (2013). Para una discusión sobre el problema del federalismo argentino en la época de la revolución puede consultarse el texto clásico de José Carlos Chiaramonte (1993).

15 Damaso Larrañaga (1816), en la oración pronunciada con motivo de la inauguración de la biblioteca pública de Montevideo, prometía: “Os pondremos de manifiesto los libros más clásicos que hablaban de vuestros derechos: las constituciones más sabias, entre ellas [...] la de Norte América con las actas de sus congresos hasta la fecha; sus constituciones provinciales y principios de gobierno por Paine [...]” (p. 8).

16 La *Gaceta de Buenos Aires*, Nº 50 (6 de abril de 1816, p. 206, como se citó en Junta de Historia y Nu-

Tal fue la difusión que por entonces alcanzó en Buenos Aires esta obra de Paine que el periodista cubano –a sueldo del cabildo– Antonio José Valdés pudo afirmar públicamente que “vemos, por donde quiera, impresos y manuscritos los principios de Paine”. Valdés no escribió esto con satisfacción. Advirtió que sus preceptos eran “más adecuados para [ser] leídos que para [ser] adoptados en la práctica”. Solicitaba que, tal como ocurría en Inglaterra, las obras de Paine fueran prohibidas. Rogaba, además, que “tan extremosos desvaríos” no los hicieran llorar “lágrimas de sangre”.<sup>17</sup> La transparente alusión de Valdés estaba relacionada con las luchas fratricidas motivadas por el deseo de las provincias de adoptar el sistema federal de gobierno y el uso que Artigas hacía de las doctrinas de Paine.

El general José de San Martín también participó activamente en la difusión de las ideas de Thomas Paine. El 15 de diciembre de 1816, le solicitó al director Pueyrredón que enviara a Chile “varios ejemplares de la obra” de este autor, algo que el Gobierno concedió el 2 de enero de 1817 (Levene, 1956, p. 174).

Pero los revolucionarios de Buenos Aires no solo conocieron los textos de Paine a través del libro de García de Sena. A principio de 1813, en un artículo publicado en *El Grito del Sud*, un articulista anónimo cita al “sabio Thomas Payne” y reproduce largos párrafos de “De la monarquía y sucesión hereditaria”.<sup>18</sup> Esa transcripción proviene de una traducción publicada en Londres en 1811 por Ancelmo Nateiu, seudónimo que ha sido atribuido al sacerdote peruano Manuel José Arrunátegui.<sup>19</sup>

---

mismática Americana, 1912, p. 514) anunciaba la venta de *La independencia de la Costa Firme* junto a la *Historia concisa de los Estados Unidos* de John M’Culloch, también traducida por García de Sena (García de Sena, 1812). *El Censor*, en el N° 33 del jueves 11 de abril de 1816, no solo anunciaba la venta de ambas obras, sino que las recomendaba vivamente para la instrucción de la juventud (Senado de la Nación, 1960, p. 6703). El 15 de octubre de 1816, era *La Prensa Argentina*, N° 57, la que las ofrecía a la venta (Senado de la Nación, 1960, p. 6251).

17 *El Censor*, N° 57 (26 de septiembre de 1816, como se citó en Senado de la Nación, 1960, p. 6880). Estas declaraciones de Valdés se daban en el contexto de la polémica que mantuvo en la prensa de Buenos Aires con el altoperuano Vicente Pazos Kanki, motivada, entre otras causas, por las ideas monárquicas del general Belgrano. Durante la disputa se imputaron mutuamente –y abjuraron a la vez– el sostén de las ideas de Thomas Paine. Véase: *La Crónica Argentina*, N° 19, 30 de septiembre de 1816, y *El Censor*, N° 68, 12 de diciembre de 1816 (Senado de la Nación, 1960, pp. 6319 y 6951).

18 *El Grito del Sud*, N° 26 (5 de enero de 1813, p. 202, como se citó en Academia Nacional de la Historia, 1961, p. 253). En el periódico publicaban sus artículos los miembros de la Sociedad Patriótica que promovían la Independencia de las Provincias Unidas bajo un sistema republicano.

19 Sobre la traducción de Arrunátegui, Merle E. Simmons (1992) dijo alguna vez: “Aunque la obra se publicó en el mismo año que la traducción de García de Sena, 1811, y es de calidad superior, hasta ahora faltan pruebas de que haya circulado ni mucho ni poco en la América española” (p. 352). Ahora contamos con una respuesta –aunque sea parcial– a esa incertidumbre.

Los diplomáticos norteamericanos que pasaron por Buenos Aires en los primeros años de la revolución también han dejado testimonio de la circulación de la constitución de su país y de las versiones de Paine en el Río de la Plata. César A. Rodney, en su informe al secretario de Estado norteamericano sobre la situación de las Provincias Unidas, afirmó que “the Constitutions of the United States, and of the different states, together with a very good history of our country, and many of our most important state papers, are widely circulated” (Rodney y Graham, 1819, p. 109).<sup>20</sup>

Del mismo modo, Henry M. Brackenridge, secretario de esa legación, fue terminante en lo tocante a la popularidad de Paine en las Provincias Unidas. Aseveró que “Paine’s Common Sense, and the American constitutions, have been widely circulated in every part of South America” (Brackenridge, 1819, tomo I, p. 241).<sup>21</sup> Más adelante, luego de manifestar su sorpresa por el entusiasmo que el derecho público norteamericano despertaba entre el común de la gente, afirmó que en Buenos Aires “there are in circulation Spanish translations of many of our best revolutionary writings. The most common are two miscellaneous volumes, one containing Paine’s Common Sense [...] the other is an abridged History of the United States [...] I believe these have been read by nearly all who can read [...]” (Brackenridge, 1819, tomo II, p. 214).<sup>22</sup>

Estas noticias no pudieron sorprender al Gobierno de los Estados Unidos. Desde varios años antes estaba informado sobre la extensa difusión en idioma español que habían alcanzado su constitución federal y la de varios de sus estados. Uno de los informantes fue el propio traductor. El 28 de marzo de 1814, desde Tomlinson’s Tavern (Washington), García de Sena le escribió a James Monroe: “Vos Constitutions se trouvent partout, dans l’Amérique du Sur, traduites en espagnol” (Grases y Harkness, 1953, p. 23).<sup>23</sup>

Existen, entonces, dos coincidencias entre estos cronistas. La primera, en relación con la extensa divulgación y la notable trascendencia que por esos

---

20 “La Constitución de los Estados Unidos y de otros diversos estados, junto con una muy buena historia de nuestro país y muchos de nuestros papeles de estado más importantes, circulan extensamente [por Buenos Aires]” (todas las traducciones a lo largo del artículo, salvo donde se aclare lo contrario, me pertenecen).

21 “El *Sentido común* de Paine y las constituciones americanas han estado circulando ampliamente en cada parte de América del Sur”.

22 “Hay circulando traducciones españolas de muchos de nuestro mejores textos revolucionarios. Los más comunes son dos volúmenes misceláneos, uno que contiene el *Sentido Común* de Paine [...] el otro es una *Historia concisa de los Estados Unidos* [...] Creo que estos han sido leídos por casi todos los que saben leer [...]”.

23 “Vuestras constituciones, traducidas al español, se encuentran en todas partes de la América del Sur”.

años habían adquirido en el Plata los escritos de Thomas Paine. La segunda –y también fundamental en nuestro caso– es que esa difusión no solo se daba a través de obras impresas, sino que estas traducciones circulaban manuscritas de mano en mano. Valdés afirmó que corrían “por donde quiera, impresos y manuscritos los principios de Paine” y Brackenridge que “copies of notices are multiplied with the pen, instead of being printed, which may in part be owing to the expense; even the play bills are in manuscript” (Brackenridge, 1819, tomo II, p. 211).<sup>24</sup>

Luego de haber repasado estas noticias, creemos que se entenderá por qué no negamos que el autor de la copia de la Constitución de los Estados Unidos existente en el manuscrito comunicado en 1994 haya sido un patriota ni que este la realizara en los primeros años de la revolución. Pero resulta materialmente imposible que fuera Mariano Moreno o que el año de su transcripción haya sido 1810.

## 10. El primer manuscrito

La elucidación de la correcta atribución del primero de los manuscritos comunicados, el que hoy descansa en la Biblioteca Nacional, no es tan sencilla como la del anterior. Para quien lo donó a la BNMM, como también para esa institución que lo custodia,<sup>25</sup> para los académicos de la ANH que lo tuvieron en sus manos y para muchos investigadores que se han referido a él, no hay duda al respecto: se trata de una traducción de Mariano Moreno.

Sin embargo, inicialmente, esta aceptación no fue unánime. Por ejemplo, entre otras, conocemos las inmediatas impugnaciones de Alberto Padilla (1973),<sup>26</sup> de su hijo Alejandro Jorge Padilla (1973)<sup>27</sup> y de Arturo Sampay (1975).

---

24 “Las copias de las noticias son multiplicadas por la pluma en vez de ser impresas, lo cual puede deberse, en parte, a los costos; hasta los billetes de teatro son manuscritos”.

25 Figura en su tesoro y en su base de datos como “Constitución Federativa asentada por la Convención de 17 de sept. de 1787 [manuscrito] / [traducida por Mariano Moreno]”.

26 Padilla discrepó sobre el carácter de “un proyecto de constitución de Moreno con rango de documento en nuestra historia constitucional” e insinuó que podía tratarse de una copia de alguna traducción defectuosa (Padilla, 1973, como se citó en Dürnhöfer, 1976, p. 49). En 1920, Alberto Padilla había defendido su tesis doctoral en la cual sostenía que desde los primeros ensayos constitucionales argentinos existió la idea de imitar a la Constitución de Filadelfia (Levaggi, 2005, p. 7), sin embargo, afirmaba “que Moreno no conocía a fondo la Constitución norteamericana, así como también creemos que no la propició como un modelo a adoptarse” (Padilla, 1921, p. 27).

27 Respecto a Moreno como presunto traductor de la Constitución de los Estados Unidos, aseguró que “no existen, sin embargo, elementos de *juicio suficientes* que autoricen una conclusión tan terminante

Todos ellos fueron abogados constitucionalistas y profesores universitarios de la materia.

La primera pregunta que conviene responder es si existe documentación que mencione, positivamente, la existencia de alguna traducción de la Constitución de los Estados Unidos realizada en Buenos Aires luego de la Revolución de Mayo. Efectivamente, se conocen testimonios que aseveran que existieron no una, sino al menos dos versiones castellanas locales de esa constitución. Ninguna de ellas, adelantamos, se relaciona con Mariano Moreno ni con ningún otro nativo del país.

## 11. Alexander Mackinnon

Cuando se instaló la junta de gobierno patriota, Alexander Mackinnon era el presidente de la comisión de comerciantes británicos en Buenos Aires.<sup>28</sup> Había arribado al Río de la Plata solo unos pocos meses antes. No ostentaba –muy a su pesar– ningún cargo oficial de su corona.<sup>29</sup> Buenos Aires no era, en realidad, su destino primitivo. Mackinnon había partido de Londres en febrero de 1809 con dirección al Perú; llevaba mercaderías que pensaba comerciar en ese virreinato. No arribó a Montevideo sino hasta el 1 de junio. En esa ciudad se enteró de que en las costas del Perú y Chile habían sido apresados cuatro barcos británicos. Además, la época del año hacía que la travesía a través del Cabo de

---

[...] Quizás futuras investigaciones confirmen las aseveraciones del autor pero entretanto la prudencia con que debe manejarse el historiador aconseja no compartir conclusiones tan apresuradas”.

- 28 Alexander Mackinnon fue un comerciante y banquero escocés. Si bien en sus años de esplendor había gozado de gran fortuna y renombre, en 1810 su situación era otra. En 1792 se había establecido en Nápoles con el cargo de comisionado de la Alta Corte del Almirantazgo para presas y agente de abastecimiento de la flota de su Majestad Británica en el mar Mediterráneo. En 1795 fue acusado por su socio de malversación de fondos y por el embajador británico de proveer al enemigo francés trigo y otros enceres destinados a la flota británica. Fue encarcelado por el Reino de las Dos Sicilias en el Castillo de Ovo. Logró escapar en 1798 y al año siguiente regresó a Londres. Para ese entonces había perdido su capital, su familia –su esposa lo había abandonado por un oficial de la armada– y todo su buen nombre en la corte británica. Desde ese momento luchó por recuperar su prestigio y su riqueza. Finalmente, decepcionado con sus compatriotas, decidió buscar suerte entre “los salvajes de América” (A. Mackinnon al conde de Wentworth Fitzwilliam, 10 de mayo de 1808, como se citó en López de Lara, 1873, p. 52).
- 29 El 3 de noviembre de 1808 en Londres, George Hammond, del Foreign Office, le escribió a Alexander Mackinnon en nombre del secretario de Estado, George Canning, “[...] to acquaint you that he is much obliged to you for your offer of executing any commissions for him on the coast of Peru; but he has not at present any with which he will trouble you. Mr. Canning wishes you a good voyage [...]” (López de Lara, 1873, p. 73). Una traducción posible sería: “informarle que está muy agradecido con usted por su oferta de ejecutar cualquier comisión para él en la costa del Perú pero, al presente, no tiene nada con qué importarlo. El Sr. Canning *le desea un buen viaje*” (itálicas en el original).

Hornos fuera peligrosa. Por lo tanto, decidió desembarcar su “valioso cargamento” en Buenos Aires. Planeaba quedarse allí “seis u ocho meses, quizá más si otras cosas lo requiriesen”. Aprovechó la oportunidad para volver a ofrecerse para el cargo de cónsul británico en el Río de la Plata.<sup>30</sup> Tampoco logrará este nombramiento. A pesar de no obtener un empleo oficial, sí fue un informante pertinaz y oficioso del Gabinete británico.

Luego de la Revolución de Mayo, Mackinnon entabló una próxima relación con los miembros del Gobierno. Así lo justificó: “En la situación de presidente de la comisión de los comerciantes británicos en Buenos Aires [...], ha sido una parte inevitable de mi deber, tener trato frecuente con la Junta [...]”.<sup>31</sup> Sus intereses, en buena parte, eran comunes a los del Gobierno patriota.

Mucho se ha escrito sobre el carácter de la relación que Alexander Mackinnon mantuvo con Mariano Moreno. Lo menos que se ha dicho es que los unió una notoria amistad, la cual no pudo ser muy larga o eventualmente profunda dado que Mackinnon no arribó al Río de la Plata sino hasta mediados de 1809. También se ha afirmado que Moreno fue el abogado de Mackinnon. Si bien esto es posible, a este respecto también han abundado las conjeturas y escaseado las pruebas documentales (Roberts, 1938, p. 367).<sup>32</sup> Del mismo modo se ha sostenido, sin más fundamento que la intuición, que fue Mackinnon quien redactó la *Representación de los hacendados* y Moreno quien le dio el formato final (Ortega Peña y Duhalde, 1968, p. 178).

Si sabemos que Alexander Mackinnon fue una de las personas que financió la misión diplomática de Moreno a Londres. A pedido de la Junta de gobierno, Mackinnon, junto con José Juan Larramendi, giraron los veinte mil pesos necesarios para cubrir los gastos de esa comisión.<sup>33</sup>

La correspondencia de la esposa de Moreno permite evidenciar algo de la proximidad entre el secretario de la Primera Junta y el comerciante británico. María Guadalupe Cuenca lo menciona en varias cartas enviadas en 1811 a su

---

30 Carta de A. Mackinnon a G. Canning, Montevideo, 11 de junio de 1809 (Instituto de Investigaciones Históricas, 1962, pp. 69-77).

31 Carta de A. Mackinnon al secretario de Estado del Departamento de Relaciones Exteriores de S.M.B., Río de Janeiro, 12 de agosto de 1810 (Núcleo Argentino de Estudios Históricos, 1942, pp. 36-37).

32 Entiendo que quien primero dio esta noticia fue Carlos Roberts (1938), y si bien con su afirmación pretendió agregar méritos a la figura de Moreno, en general este supuesto vínculo jurídico ha sido invocado con el propósito opuesto.

33 Carta de María Guadalupe Cuenca de Moreno al Primer Triunvirato, Buenos Aires, 9 de febrero de 1812 (Dorcas Berro, 1960, p. 321).

esposo cuando aún no sabía de su fallecimiento. Se refiere a Alexander Mackinnon como “el inglés don Alejandro” y “don Alejandro” (21 de junio), “don Alejandro, el viejo” (1 de julio), “don Alejandro, el inglés viejo que te visitaba” (29 de julio) (Williams Álzaga, 1967, pp. 81-83). No parecen ser estas alusiones que describan una estrecha amistad. No obstante, está fuera de discusión que Moreno y Mackinnon mantuvieron una fluida relación.

¿Por qué nos detenemos en este personaje y en esta relación? Porque se ha afirmado que Mackinnon lo ayudó a Moreno a traducir la Constitución de los Estados Unidos (Bandieri, 2010). Sin embargo, no hemos visto evidencia que respalde esta especulación.

En cambio, sí está documentado que Mackinnon tradujo por sí mismo esa constitución durante su estadía en Buenos Aires. Cabría suponer que lo hizo a pedido del Triunvirato o de algún miembro del grupo de poder porteño. El 9 de abril de 1812, Bartolomé Vigors Richards, un comerciante inglés recién llegado a Santiago de Chile procedente de Buenos Aires, le escribió al ministro de relaciones exteriores de su país, el marqués de Wellesley, lo siguiente:

[...] But to return to Buenos Ayres, every preparation is making [tachado ilegible] for a declaration of Independence, and we daily expect intelligence to that effect. The American Constitution has been translated by Mr. McKinnon (an English merchant high in the estimation of the Junta)<sup>34</sup> and is to compose their future law [...].<sup>35</sup>

34 En realidad, Mackinnon era escocés por nacimiento y, por ese entonces, argentino por adopción. En la época en que este informe fue escrito, la “Junta” que ostentaba el poder ejecutivo de las Provincias Unidas era la que hoy conocemos como Primer Triunvirato. Pocos meses antes, este cuerpo le había concedido a Alexander Mackinnon una precoz carta de ciudadanía. La firmaron, el 25 de enero de 1812, Feliciano Chiclana, Manuel de Sarratea, Bernardino Rivadavia y Nicolás Herrera como secretario (López de Lara, 1873, pp. 58-59).

35 “[...] Para volver al tema de Buenos Aires, diré que se hacen todos los preparativos para la declaración de independencia y diariamente esperamos noticias a tal efecto. Mr. McKinnon (comerciante inglés altamente estimado por la Junta) ha traducido la constitución americana y ella constituirá su futura ley” (Barros, 1969, p. 75). Esta carta se conocía en nuestro país desde décadas antes, pero en una traducción que reputó más infiel, que comienza así: “Al volver de Buenos Aires estaban hechos todos los preparativos para una declaración de la independencia [...]” (Núcleo Argentino de Estudios Históricos, 1942, p. 10). Previamente, la carta había sido citada de manera parcial, aunque datada erróneamente en 1811, por Aldao (1931, p. 218). El original del documento se halla en el Museo Británico (DS21/02315 Manuscript 37293, Wellesley Marquis, f. 234). Fue en base a este documento que el Dr. Sampay (1975) le adjudicó la “traducción, notas y supresiones” (p. 89) del manuscrito existente hoy en la BNMM exclusivamente a Alexander Mackinnon. Manuel García-Mansilla consiguió, a través de Enrique Cadenas, una copia fotográfica de la extensa carta original y, con gran generosidad, la compartió públicamente en línea. De allí la transcribimos junto



Vigors Richards escribió esto desde Chile en abril de 1812, con lo cual podemos suponer con razonable certeza que conoció esta traducción, en Buenos Aires, en algún momento de 1811 o muy a principios de 1812.

## 12. Joel Roberts Poinsett

El 15 de febrero de 1811 desembarcó en Buenos Aires el agente de negocios norteamericano Joel Roberts Poinsett. Había partido de Nueva York el 15 de octubre de 1810 con instrucciones del secretario de Estado Robert Smith de promover ventajosas relaciones con las sublevadas provincias hispanas de América del Sur. Al momento de despacharlo, el Gobierno estadounidense del presidente James Madison comprendía perfectamente el estado de situación de esos territorios. Smith abrió su nota con la siguiente declaración:

As a crisis is approaching which must produce great changes in the situation of Spanish America, and may dissolve altogether its colonial relations to Europe [...] it is our duty to turn our attention to this important subject, and to take such steps, not incompatible with the neutral character and honest policy of the United States, as the occasion renders proper. (Manning, 1925, tomo I, pp. 6-7)<sup>36</sup>

Luego de varias consideraciones sobre la amistad y el comercio con las nacientes repúblicas, Smith resume las obligaciones de Poinsett del siguiente modo:

The real as well as ostensible object of your mission is to explain the mutual advantages of commerce with the United States, to promote liberal and stable regulations, and to transmit seasonable information on the subject. (Manning, 1925, tomo I, p. 6)<sup>37</sup>

---

con la referencia que completa las previas conocidas. ([https://drive.google.com/file/d/1DvDg7d-yoCSImtOwz\\_A5k639fe-TDxSV2/view](https://drive.google.com/file/d/1DvDg7d-yoCSImtOwz_A5k639fe-TDxSV2/view)).

36 Carta de R. Smith a J. R. Poinsett, Washington, 28 de junio de 1810. “Como se acerca una crisis que debe producir grandes cambios en la situación de Hispanoamérica y puede disolver por completo sus relaciones coloniales con Europa [...] es nuestro deber dirigir nuestra atención a esta importante materia y tomar las tales medidas que no sean incompatibles con el carácter neutral y la política honesta de los Estados Unidos, según la ocasión lo hace apropiado”. La fecha con que fue publicada esta nota resulta problemática. Los sucesos revolucionarios de Buenos Aires recién fueron conocidos en los Estados Unidos en el mes de agosto. La credencial que el Departamento de Estado le emitió a Poinsett lleva, correctamente, fecha del 27 de agosto (Gallardo, 1984, p. 257).

37 “El objeto real así como ostensible de su misión es explicar las ventajas mutuas del comercio con los Estados Unidos, promover regulaciones liberales y estables y transmitir información oportuna sobre el tema”.

Vemos, entonces, que uno de los fines explícitos de la misión de Poinsett era “promover regulaciones (reglamentos) liberales y permanentes”.

Rápidamente, el estatus de “agente especial” de Poinsett se vio modificado. El 3 de abril de 1811 el presidente norteamericano, James Madison, le expidió credenciales de cónsul “para las provincias españolas de Buenos Aires, Chile y Perú”, con todas las prerrogativas del cargo y con el derecho de nombrar cónsules “para cada uno de los puertos o lugares comprendidos en dichas provincias” (Gallardo, 1962-1963, p. 15).

Luego de una estadía de nueve meses en Buenos Aires, Poinsett decidió continuar con su misión sudamericana. El 27 de noviembre de 1811 emprendió una larga travesía por tierra con destino a Santiago de Chile. Cinco días antes, y de acuerdo con las indicaciones de su Gobierno, designó vicecónsul en Buenos Aires a William Gilchrist Miller.<sup>38</sup>

De entre las numerosas noticias sobre la marcha de la revolución en la región del Plata que Miller envió a su Gobierno, rescatamos una que existe en un oficio fechado en abril de 1812. Entre largas consideraciones, Miller le informaba al secretario de Estado, James Monroe, lo siguiente:

Paraguay continúes tranquilo: the people are very happy under the change: the government is very popular, and affairs are approaching the crisis. Independence will be declared by them ere long. A copy of the constitution of the United States translated by the consul General whilst here has been requested of me by the president of the Junta. The President of the Executive of this Gov., Don Manuel de Sarratea, left Bs. As. this morning to join the army on the other side and direct its operations [...]. (Manning, 1925, tomo I, p. 325).<sup>39</sup>

Por lo tanto, Miller establece –sin margen para duda alguna– que el cónsul ausente, Poinsett, había traducido en 1811 la constitución de su país, que había dejado su trabajo en Buenos Aires y que hacia principios de 1812 se había sacado, al menos, una copia del original.

Poinsett llegó a Chile el 29 de diciembre de 1811. Fue recibido oficialmente el 24 de febrero del siguiente año por el presidente de la Junta chilena, José Mi-

38 *Gaceta de Buenos Aires*, Nº 7 (26 de noviembre de 1811, p. 28) y Nº 14 (del 20 de diciembre de 1811, p. 56, como se citaron en *Junta de Historia y Numismática Americana*, 1911, pp. 28 y 64).

39 “Paraguay sigue tranquilo: la gente está muy contenta con el cambio: el Gobierno es muy popular y los asuntos se acercan a la crisis. Dentro de poco ellos declararán la independencia. El presidente de la Junta me ha solicitado una copia de la constitución de los Estados Unidos traducida por el cónsul general cuando estuvo aquí. El presidente del ejecutivo de este Gob., don Manuel de Sarratea, dejó Bs. As. esta mañana para unirse al ejército en la otra banda [del Río de la Plata] y dirigir sus operaciones”.

guel Carrera,<sup>40</sup> con quien trazaría amistad. En Chile, Poinsett ejerció tareas que excedieron largamente a las de un cónsul de una nación neutral. Se comportó, en realidad, como un entusiasta partidario de la independencia. Incluso llegó a participar de las acciones militares en contra de los realistas.

El cónsul pareció haberse tomado en serio la instrucción recibida de establecer “reglamentos liberales y duraderos”. Más allá de la traducción de la constitución norteamericana dejada en Buenos Aires en 1811, en julio de 1812 Poinsett preparó y le entregó al Gobierno chileno de Carrera un proyecto constitucional original, aunque basado en los preceptos republicanos de la de su país (Miller Collier y Feliú Cruz, 1926).<sup>41</sup>

Tras algunos incidentes con la armada inglesa y luego de la firma del tratado de Lircay (5 de mayo de 1814) y la repulsa de los hermanos Carrera, Poinsett abandonó Chile y se dirigió al Río de la Plata. A mediados de 1814 se hallaba en Buenos Aires. Antes de embarcarse hacia los Estados Unidos, en su última comunicación desde Buenos Aires, el 15 de septiembre de 1814, le escribió a James Monroe:

ambos partidos,<sup>42</sup> pero especialmente la oposición afectan gran veneración por la constitución y el gobierno de los Estados Unidos, y los pueblos muestran en general una gran inclinación por sus hermanos del norte [...]. (Gallardo, 1984, p. 244)

### 13. La traducción ¿de Moreno?

Conociendo estos hechos, volvamos ahora a la traducción de la Constitución de los Estados Unidos atribuida a Moreno que hoy atesora la BNMM. Mucho se ha dicho sobre este documento. Seguramente, mucho más de lo que se lo ha leído. Pese a que se ha proclamado lo contrario, quien se haya tomado el fatigoso trabajo de hacerlo habrá notado ciertas deficiencias en la traducción. Vale la pena discutir, entonces, algunos aspectos que hacen al fondo de esta cuestión.

#### 13.1. De la integridad

Cuando el Dr. Dürnhöfer publicó el manuscrito en 1972 advirtió que presen-

---

40 *Gaceta de Buenos Aires*, N° 37 (18 de diciembre de 1812, p. 172, como se citó en Junta de Historia y Numismática Americana, 1911, p. 358).

41 El proyecto de Poinsett puede ser consultado en línea *in extenso* en Guerrero Lira (2012).

42 El gobernante directorio y su antagonista, el partido federal, liderado por Artigas.

taba omisiones que, en algunos casos, alcanzaban a párrafos enteros. Innegablemente, es esta una versión sumamente incompleta de la Constitución de los Estados Unidos. El motivo de estas supresiones no parece haber sido uno solo. Como sugirió el Dr. Dürnhöfer, varias de ellas aparentan haber ocurrido por un designio intencional del autor con el fin de adecuar el contenido de su versión. Por ejemplo, el traductor dejó de lado aquellas cláusulas que con eufemismos hacían mención a la esclavitud y, curiosamente, las que se referían a cómo suplir las vacantes en el Congreso (todo el inciso IV de la sección 2ª del artículo 1º y parte del inciso II de la sección 3ª del mismo artículo), aunque lo eliminado excede largamente a estos dos temas.

En definitiva, en la “versión Moreno” no encontraremos:

Artículo 1º:

- Secc. 2ª: extensos párrafos del inciso III y todo el inciso IV.
- Secc. 3ª: párrafo final del inciso II.
- Secc. 4ª: párrafo final del inciso II.
- Secc. 7ª: párrafo medio del inciso III.
- Secc. 9ª: todo el inciso I.

Artículo 2º:

- Secc. 1ª: párrafo medio del inciso III y párrafo final del inciso VI.

Artículo 3º:

- Secc. 2ª: párrafo medio del inciso I, todo el inciso II y párrafo final del inciso III.
- Secc. 3ª: todo el inciso II.

Artículo 4º:

- Secc. 1ª: omitida en su totalidad.
- Secc. 2ª: todo el inciso III.
- Secc. 3ª: todo el inciso II.

Artículo 5º:

- Párrafo final.

Artículo 6º:

- Todo el inciso I y parte del inciso II.

Artículo 7°:

- Omitido en su totalidad.

Como se ve, no es poco lo que fue dejado de lado.

### 13.2. De la fidelidad

Otras supresiones parecen haber atendido a una razón más modesta: la simplificación, tanto de la lectura como, más probablemente aún, de la tarea del traductor. Para que el lector pueda sacar sus propias conclusiones, compararemos un par de incisos del original en inglés con la versión “Moreno”.<sup>43</sup>

El artículo 1°, sección 7<sup>a</sup>, inciso III establece:

Every order, resolution, or vote, to which the concurrence of the Senate and House of Representatives may be necessary (except on a question of adjournment) shall be presented to the President of the United States; and, before the same shall take effect, shall be approved by him; or, being disapproved by him, shall be repassed by two thirds of both Houses, according to the rules and limitations prescribed in the case of a Bill.<sup>44</sup>

La versión que brinda “Moreno” es la siguiente:

Todas las órdenes y resoluciones, en que la concurrencia de entrambas Cámaras es precisa, seguirán el mismo reglamento prescripto para los Decretos.

Este modo abreviado de presentar el texto se repite en otras oportunidades dentro de la versión “Moreno”. Por ejemplo, en el artículo 6°, inciso II:

This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the Judges

---

43 Para la confrontación utilizaremos una edición casi contemporánea a la traducción realizada en Buenos Aires: *The Constitution of the United States* (1797).

44 “Todas las disposiciones, resoluciones o votaciones que requieran la conformidad del Senado y de la Cámara de Representantes (salvo en materia de suspensión de las sesiones) se presentarán al Presidente de los Estados Unidos; y entrarán en vigor si las aprueba, o si las desaprueba las podrán aprobar dos tercios del Senado y de la Cámara de Representantes siguiendo las mismas reglas y restricciones prescritas para los proyectos de ley” (Grau, 2010, p. 75).

in every state, shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding.<sup>45</sup>

“Moreno” sintetiza el párrafo del siguiente modo:

Esta constitución y las leyes de los Estados Unidos, y todos los tratados hechos bajo su autoridad, serán ley suprema, no obstante las constituciones o las leyes de cualquier estado.

Es fácil comprobar, entonces, que el autor de la versión “Moreno” no intentó ser excesivamente fiel al original. En varios segmentos no se esforzó por traducir al pie de la letra, sino más bien la idea. Las frases *más o menos complejas* fueron dejadas intencionalmente de lado.

### 13.3. De la excelencia

Poco se ha dicho respecto a la calidad o precisión de la traducción. Es probable que nadie haya querido verse en la obligación de tener que desvirtuar los méritos del presunto traductor. Lo cierto es que, sin ser una versión sumamente incorrecta, el autor incurre en múltiples errores que, sin proponérselo, alteran el sentido de ciertas frases o las vuelve oscuras.

Algunas de las equivocaciones más significativas se repetirán a lo largo de toda la traducción. Las sesiones (*sessions*) de las distintas cámaras invariablemente serán unas inexplicables “secciones” (Art. 1º, Secc. 5ª, inciso IV; Secc. 6ª, inciso I). El castellano de “Moreno” tampoco hace diferencias entre “sesión” de “sesionar” y “cesión” de “ceder” (Art. 1º, Secc. 8ª), ambas acciones son lo mismo: una “sección”.

Quienes deberían tener el privilegio de no ser arrestados (*privileged from arrest*) pasan a ser en forma literal y algo confusa “privilegiados de prisión” (Art. 1º, Secc. 6ª, inciso I).

Indefectiblemente, tener un cargo o un puesto (*hold an office*) en el Gobierno de los Estados Unidos es, en el castellano literal de “Moreno”, “tener un oficio en los Estados Unidos” (Art. 1º, Secc. 6ª, inciso II; Art. 2, Secc. 1ª, inciso I; Art. 3º, Secc. 1ª).

---

45 “Esta Constitución, así como las leyes de los Estados Unidos que se dicten en su cumplimiento y todos los tratados celebrados o que se celebren en el futuro bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de todos los estados estarán obligados a cumplirlas aunque hubiera alguna disposición en la constitución o en las leyes de cualquiera de los estados que dijera lo contrario” (Grau, 2010, p. 95).

“Moreno” lee en el original *no person shall be convicted* (Art. 1º, Secc. 3ª, inciso VI) y traduce que “ninguno será convencido”, en vez de “nadie será condenado” o “no se condenará a nadie”. Irremediamente, para “Moreno” una persona en vez de ser convicta o condenada viene a ser alguien “convencido” (Art. 1º, Secc. 3ª, inciso VI; Art. 3º, Secc. 3ª, inciso I).<sup>46</sup>

En otros incisos, involuntariamente, cambia por completo el sentido del texto original hasta dejarlo vacío de contenido. Así, donde se lee *no tax or duty shall be laid on articles exported from any State* (Art. 1º, Secc. 9ª, inciso V), “Moreno” traduce sin muchos discernimiento que “no se pondrá ningún derecho sobre las mercaderías que sean transportadas de los Estados Unidos”.<sup>47</sup>

Más adelante (Art. 2º, Secc. 3ª, inciso I), el traductor tampoco logra trasladar el sentido de lo que está señalando el párrafo que dice: “He [the President] shall from time to time give to the Congress information of the state of the Union”, ya que traduce “hará el congreso, de tiempo en tiempo, información del estado de la Unión”, cambiando el sujeto que brindará la información y sin explicitar a quien.

Otros errores que alteran el significado de las oraciones y que vale la pena mencionar por su trascendencia ocurren porque algunas palabras inglesas fueron traducidas en forma fonética. Por ejemplo, *proper law* muta en una “ley propia” en vez de “apropiada”, “conveniente” o “adecuada”. “Moreno” traduce *application* como “aplicación” en vez del correcto “a pedido” o “a solicitud” (Art. 4º, Secc. 4ª; y Art. 5º). Del mismo modo, los consejos (*advices*) de las cámaras se convierten en erróneos “avisos” (Art. 2º, Secc. 2ª, inciso II) y *the time* (Art. 2º, Secc. 1ª) pasa a ser el literal “del tiempo” en vez de “el momento”, “oportunidad” o “la fecha”.

Estos ejemplos bastarán para comprender por qué la redacción en algunas partes se vuelve oscura.

---

46 La versión de Villavicencio/García de Sena incurre en esta misma confusión y aún en otras similares a la de “Moreno”, sin por ello dejar de ser superior a esta. En la “Advertencia a los americanos españoles”, que sirve de introducción a su traducción de la *Historia concisa de los Estados Unidos* de John M’Culloch, García de Sena (1812) señala que su manejo del inglés dista de ser óptimo. Escribe: “[...] no obstante mis pocos conocimientos en el idioma inglés, [...] ni los muchos defectos que se encuentran en la traducción [...]” (pp. [III]-IV).

47 Una traducción posible es la siguiente: “No se establecerá ningún impuesto o derecho sobre los artículos [o productos] que se exporten de cualquier Estado”.

### 13.4. Del idioma del original

Como vimos, en un determinado momento (Dürnhöfer, 1990, pp. 77) existió la hipótesis –repetida luego por otros autores– de que la versión castellana de la constitución norteamericana contenida en el manuscrito publicado en 1972 había sido realizada trasladándola desde el francés a partir de la traducción atribuida a Condorcet y no desde el texto original en inglés. Sin embargo, nada tiene que ver esta versión atribuida a Moreno con aquella de Condorcet. Las frases de este autor son mucho más claras, limpias y elegantes y se ajustan mejor al original inglés que el castellano dudoso de la versión “Moreno”.

Como señalamos, en la versión “Moreno” se trasluce el intento de poner en castellano palabras inglesas en forma, muchas veces, fonética. Tomemos el ejemplo ya visto de *advice*. Condorcet traduce fielmente como *conseil*. Si “Moreno” hubiera consultado esta versión, habría escrito correctamente “consejo” y no el erróneo “aviso”.

Donde en inglés dice *hold his office* (Art. 2º, Secc. 1ª), Condorcet traduce por *conserverà son emploi*. Si “Moreno” hubiera traducido desde el francés, habría escrito “conservará su empleo”, nunca, como lo hizo, “tendrá su oficio”, que, además, carece de sentido.

El original anota *convicted* (Art. 1º, Secc. 3ª) y Condorcet traduce *condamnée*. “Moreno” utiliza el inexplicable “convencido” en vez del literal francés “condenado”.

Donde dice *law of nations* (Art. 1º, Secc. 8ª), Condorcet escribe *Droit des gens*. “Moreno” traduce “ley de las naciones” y no “derecho de gentes”.

Asimismo, *on application of the Legislature* (Art. 4º, Secc. 4ª) Condorcet traduce *a la réquisition du pouvoir législatif*. “Moreno” prefiere una traducción fonética –y errónea– desde el inglés: “a la aplicación de su Poder Legislativo”. Si hubiera seguido el francés, habría escrito correctamente “a la requisición” o “a la solicitud” del Poder Legislativo.

Además, en numerosos enunciados del manuscrito se evidencia el traslado directo desde el inglés. Por ejemplo, “Moreno” lee *New States may be admitted by the Congress into this Union* y traduce palabra por palabra “Nuevos Estados pueden ser admitidos a esta Unión por el Congreso”.

Estos pocos ejemplos, de decenas posibles, bastarán para acreditar que si “Moreno” hubiera traducido el texto desde alguna de las versiones francesas de la época, habría optado por otros términos que tienen traducción castellana casi literal desde el francés y no los dudosos que utilizó siguiendo incorrectamente el inglés.



### 13.5. Del idioma del traductor

Debido a la naturaleza de ciertas inexactitudes que han sido señaladas, surge la impresión de que el traductor pudo haber sido un angloparlante que no manejaba con toda suficiencia el castellano. Eventualmente, podría haber ocurrido a la inversa, que el traductor haya sido un hispanohablante que no manejaba con soltura el inglés. Si bien esto es posible, hay ciertas frases y fórmulas que llevan a pensar que la primera hipótesis es la correcta.

Hay un hecho evidente que debería ser conclusivo por sí mismo: el traductor desconoce construcciones castellanas básicas. Así, traduce *on the high Seas* como “sobre los Altos Mares” (!) en vez del inevitable “en alta mar”. Ningún hispanohablante escribiría así.

Por otro lado, el traductor, a pesar de comprender el sentido del texto en inglés, en varios pasajes no logra hilvanar frases límpidas en español. El Art. 2º, Secc. 1ª explica cómo debe ser la sucesión presidencial: “In case of the removal of the President from Office, or of his death, resignation, or inability to discharge the powers and duties of the said Office, the same shall devolve on the Vice President [...]”. Este es uno de los casos en los que el traductor optó por traducir la idea en vez de seguir el texto al pie de la letra, pero pudiendo expresar este concepto con sencillas palabras, como “el vicepresidente lo reemplazará en el cargo”, eligió “el Vice Presidente sucederá al Oficio”. Frase que no tiene ningún sentido en español.

Aprovechamos este mismo enunciado para poner de relieve otro hecho curioso. En ciertos casos, el traductor construyó su castellano siguiendo la ortografía inglesa. Así, en este ejemplo, respetó las mayúsculas y la grafía: *Office* y Oficio, *Vice President* y Vice Presidente (ambos separados) y, más relevante aún, escribió “sucedará” en vez de “sucederá”. El traductor eligió esta palabra a pesar de no existir en la frase original porque expresaba perfectamente el concepto que debía explicar: la sucesión presidencial. Sin embargo, al momento de tener que escribirla en castellano, lo traicionó su lengua. Siguiendo la doble ce del inglés en *succeed*, anotó en castellano “sucedará”. Un hispanohablante no podría haber elegido “sucedará” simplemente porque es una palabra que no existe en español.

Por otro lado, no es la única palabra en la cual el traductor se dejó llevar por su idioma. Como vimos, consistentemente anotó “sección” en vez de “sesión”. La única causa para que esto ocurriera es que el traductor haya seguido la misma lógica que utilizó con *succeed*. “Sesión” en inglés se escribe con doble ese: *session*. En este caso, el traductor usó doble ce por tener un sonido similar a la

ese en castellano sin darse cuenta de que, al hacerlo, cambiaba por completo el sentido de la palabra. Un traductor hispanohablante no podría haber obviado que “sección” nada tiene que ver con “sesión”, ya que en vez de estar hablando de “reuniones” estaría hablando de “partes”.

Además, como se ha mencionado, daría la impresión de que en algunos párrafos un angloparlante buscó las palabras castellanas que más se acercaban fonéticamente al original inglés sin comprender del todo el sentido que luego tomaban al formar la oración completa en castellano. Solo así se entiende por qué pudo haber traducido frases como *no person shall be convicted without the concurrence of two-thirds of the Members present* (Art. 1º, Secc. 3ª) como “ninguno será convencido sin la concurrencia de las dos terceras partes presentes”.<sup>48</sup> Un poco más abajo, el autor reafirma su error. *No person shall be convicted of treason* es traducida como “ninguno será convencido de traición” (Art. 3º, Secc. 3ª). Cualquier hispanohablante que hubiera comprendido suficientemente la frase original en idioma inglés como para traducirla habría escrito “nadie” en vez de “ninguno” y “condenado por” –aun se podría haber aceptado el literal “convicto por”– en vez del desacertado “convencido de”. O en el Art. 1º, Secc. 6ª: “los miembros serán privilegiados de prisión, durante la sección del Congreso”. Debemos convenir que así no se habla en castellano. Y Moreno lo manejaba con soltura.

El peculiar uso de “ninguno” o “alguno” se repite a lo largo de todo el texto. Por ejemplo, en el Art. 1º, Secc. 3ª: “Ninguno será senador que no tenga 30 años”, o en el Art. 2º, Secc. 1ª: “ni será elegido alguno que no tenga 35 años”.<sup>49</sup> Estas construcciones también son ajenas al buen castellano.

Nos parece que estos ejemplos son elocuentes por sí mismos. Deberíamos aceptar que, al momento de la traducción, Moreno olvidó cómo escribir en su lengua.

Existe otra particularidad a tener en cuenta: la del conocimiento previo. El traductor está perfectamente al tanto de realidades puntuales de la vida social y legal norteamericana. Sospecha, además, que el lector criollo –aun el más culto a quien está dirigida esta versión– las podría ignorar. Por eso se trasluce su esfuerzo por explicarlas. Inicialmente lo hace –con disimulo– dentro del articulado. En el Art. 3º, Secc. 2ª escribe: “Todos los crímenes serán juzgados por doce hombres jurados”. Sin embargo, la Constitución de los Estados Unidos

48 Una traducción posible es “nadie podrá ser condenado sin la conformidad de al menos dos tercios de los miembros que estén presentes”.

49 “No Person shall be a Senator who shall not have attained to the Age of thirty Years” (“No podrá ser

solo se refiere al jurado como herramienta legal sin dar ningún detalle de su composición.<sup>50</sup> Quien la tradujo evidentemente conocía cómo se conformaban los jurados en los Estados Unidos –disposición que, a su vez, provenía de una vieja tradición anglosajona– y quiso explicitarlo para los hispanos del Río de la Plata.

Consecuente con su afán docente, el traductor agrega seis notas aclaratorias al final del texto relacionadas con la vida política, legal y social de los Estados Unidos. El conocimiento de algunos de estos pormenores –como el relacionado con la imposibilidad que tienen los cuáqueros para jurar porque va “contra las leyes divinas”, pero, en cambio, sí pueden realizar una “afirmación” (nota 4)– no debió ser algo vulgar para un ciudadano español, aun para uno ilustrado, pero sí para alguien proveniente del mundo anglosajón.

Esta posibilidad –la del traductor angloparlante– explicaría y permitiría comprender el porqué de muchas de las peculiaridades que han sido señaladas.

Sin embargo, existe un hecho que puede hacer dudar de esta interpretación. Nadie de habla inglesa podría haber escrito los nombres de los congresales del modo en que quedaron asentados al final del manuscrito. Podría haber equivocado el castellano pero no el inglés. Nunca habría escrito “Jonh” por John en no menos de cuatro oportunidades. O “Landon” por Langdon, o “Jonkson” por Johnson o “Balawin” por Baldwin. Entonces, ¿esta conjetura es errónea? Creemos que no. Veamos por qué.

### 13.6. De la originalidad del texto

Existe otra posibilidad que podría ser la correcta, la cual no contradice lo que hemos sostenido hasta aquí y que explicaría los hallazgos del manuscrito.

La ausencia de tachaduras y la cadena de errores en los nombres y apellidos de los congresales firmantes nos hacen pensar que, en realidad, lo que tenemos entre manos no es un original, sino una copia de otro manuscrito cuya versión primitiva desconocemos.

En primer lugar, existen varios descuidos que podríamos llamar “de copista” y que nada tienen que ver con el inglés. El más claro lo encontraremos hacia

---

senador ninguna persona que no haya cumplido treinta años de edad”) y “neither shall any Person be eligible to that Office who shall not have attained to the Age of thirty five” (“tampoco será elegible para ese cargo ninguna persona que no haya cumplido treinta y cinco años de edad”).

50 “The trial of all crimes, except in cases of impeachment, shall be by jury” (“Todos los delitos serán juzgados por medio de un jurado excepto en los casos de juicio político”).

el final del documento. La última de las breves notas aclaratorias explica un término *-religious Test-* que aparece citado en artículo 6°. En ambos lugares del manuscrito, la versión castellana menciona un inexistente “Juramento de Yest”. Se trata de un evidente error de copista. El manuscrito original debió decir, correctamente, “Juramento de Test” en relación al *Test Act* de la corona inglesa.<sup>51</sup> El copista, en ambos lugares, vio una Y donde había una T, y como la grafía puede resultar parecida y no conocía a lo que estaba haciendo referencia el texto, escribió algo sin sentido: “Juramento de Yest”. Esta peculiaridad demuestra que quien redactó la nota, alguien que sabía perfectamente qué era el Juramento de Test, no fue la misma persona que la transcribió en este manuscrito. Esta, en cambio, ignoraba hasta el nombre correcto de esa prueba.

Asimismo, podemos asumir con bastante seguridad que este amanuense no era angloparlante ni manejaba adecuadamente ese idioma. Lo evidencia el hecho de que cuando se vio enfrentado con palabras inglesas no supo cómo transcribirlas. Ya vimos qué sucedió con *Test*: escribió “Yest”. Exactamente lo mismo ocurrió con los nombres y apellidos ingleses.

Si un copista, al transcribir un texto manuscrito cuya letra no es suficientemente clara, se enfrenta a una palabra que no llega a descifrar y que tampoco conoce, puede llegar a escribir algo sin sentido o completamente equivocado. Esto fue lo que ocurrió en el manuscrito de “Moreno” con los nombres ingleses de las personas firmantes. Así se explica por qué el apellido Fitzsimons aparece escrito como “Ecizsimons”, Rutledge como “Ruthedge”, Blount como “Blövet”, Broom como “Boroom”, Reed como “Read”, Ingersoll como “Ingersoli”, Clymer como “Chimen”, Baldwin como “Balawin” o Few como “Tew”. Y estos no son los únicos errores en los apelativos.

Deberemos convenir que nadie de habla inglesa pudo escribir de tal modo nombres y apellidos que debían serle, al menos varios de ellos, habituales.

Por otro lado, estos errores no habrían sucedido si el autor del manuscrito hubiera traducido o copiado desde un texto impreso en letras de molde. En ese caso, se comprendería la existencia de algún *-llamémoslo-* descuido, por ejem-

---

51 Los *Test Acts* o Juramentos de Test fueron una serie de leyes penales inglesas establecidas en el siglo XVII que sirvieron como pruebas religiosas para acceder a los cargos públicos. El principio subyacente era que solo los anglicanos eran elegibles para el empleo público. Se debía, entonces, realizar un juramento de lealtad a la Iglesia inglesa firmando una declaración en la que, además, se rechazaba la tesis de la transubstanciación. A propósito de esto, la Constitución de los Estados Unidos establecía que “no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States” (Art. 6°, inciso 3) (“nunca se exigirá una prueba religiosa como requisito para ocupar ningún cargo o mandato publico que dependa de los Estados Unidos”).

plo, escribir “Brearli” en vez de Brearly o “Gorhan” por Gorham, como ocurrió en ambos casos, pero no la colección de errores que indicamos más arriba.

Nos parece, entonces, que la posibilidad más cierta que surge de estas inferencias es que estamos frente a la versión de un copista hispanohablante que no manejaba con soltura el inglés –o que aun lo desconocía– y que transcribió la traducción desde otro manuscrito.<sup>52</sup>

### 13.7. De la datación

El documento, además de no estar firmado o rubricado, tampoco está fechado. Lógicamente, han existido algunas especulaciones a este respecto. Quien lo dio a conocer sostuvo que fue escrito en 1810 luego de la Revolución de Mayo (Dürnhöfer, 1972b, p. 76). Otros autores se aferraron a los años que figuran en el papel sellado sobre el cual fue escrita la traducción (Bandieri, 2010). Allí, además del escudo español de Carlos IV, existe la inscripción de “cuarto, un cuartillo, años de mil ochocientos ocho y mil ochocientos nueve”. Por lo tanto, la evidencia parecería imponernos ciertos límites temporales: enero de 1808 y marzo de 1811, fecha del deceso de Mariano Moreno. Sin embargo, esto no necesariamente debió ser así.

Es bien sabido que los papeles timbrados no empleados en el periodo correspondiente a su validez eran comúnmente reutilizados en años posteriores. Algunos de uso oficial eran resellados para un nuevo bienio; otros, sin resellar, aprovechados para diversas comunicaciones o como papel borrador. Los ejemplos abundan. Se conocen notas y oficios sobre papeles para el bienio 1808 y 1809 datados en un año tan lejano como 1812. Consecuentemente, si aceptáramos que el redactor pudo no ser Mariano Moreno, la ventana temporal de su composición podría extenderse sin mayores dificultades hasta, al menos, 1812.

### 14. Hipótesis provisorias

Por todo lo expuesto, respecto a la versión castellana de la Constitución de los Estados Unidos que existe hoy en el Tesoro de la Biblioteca Nacional de Buenos Aires podemos plantear las siguientes hipótesis:

---

52 Podemos presumir con bastante seguridad que Moreno manejaba con cierta soltura el inglés desde el momento en que su hermano Manuel afirmó que, durante el viaje a Inglaterra –en el que perdería su vida–, Mariano dedicó su tiempo “a traducir del idioma inglés” la extensa obra de Jean-Jacques Barthélemy, *Viaje del joven Anacarsis a Grecia* (Moreno, 1812, p. 319).

1. Que el traductor posiblemente fue angloparlante.
2. Que hizo su versión traduciéndola desde el original en inglés y no desde el francés.
3. Que este documento es una copia de un original hoy desconocido.
4. Que el copista fue un hispanohablante que no manejaba adecuadamente el inglés.
5. Que este copista usó como documento fuente a un manuscrito y no un impreso.
6. Que la fecha de redacción podría ser establecida entre 1808 y 1812.

Hemos visto que hay noticias ciertas de la existencia de al menos dos traducciones de la Constitución de los Estados Unidos realizadas en la ciudad de Buenos Aires en la época de la Revolución de Mayo. Ambas ejecutadas por angloparlantes: una por el comerciante escocés Alexander Mackinnon y otra por el cónsul norteamericano Joel R. Poinsett.

El interés de algunos de los miembros de la Junta de 1810 por los escritos republicanos norteamericanos está largamente acreditado. Mariano Moreno conoció y trabajó con varios de ellos. Aprovechó, además, para darlos a la luz fragmentariamente en la *Gaceta de Buenos Aires*. Por ejemplo, en un decreto de agosto de 1810 incluyó una traducción castellana literal de dos párrafos de la “Declaración de la Independencia de los Estados Unidos”, aunque sin mencionar su origen.<sup>53</sup> Luego, poco antes de su renuncia, en uno de los artículos de la serie de *Sobre las miras del congreso*, Moreno transcribió un largo párrafo de las *Notes on the State of Virginia* de Thomas Jefferson, en este caso, traducido de una versión francesa.<sup>54</sup> También en 1810, otro miembro de la Junta, el vocal devenido en general, Manuel Belgrano, durante su largo derrotero al Paraguay en el que lideró a un improvisado ejército patriota, trabajó en una traducción propia de la *Farewell Address* de Washington. Este manuscrito fue dado a las llamas luego de la derrota de Tacuarí, en marzo de 1811 (Belgrano, 1902, pp. 5-8).

¿Este interés de los revolucionarios de 1810 alcanzó también a la Constitución

---

53 *Gaceta de Buenos Aires*, N° 11, del 16 de agosto de 1810, p. 169 (Junta de Historia y Numismática Americana, 1910, p. 291). Se trata del párrafo que abre la “Orden del día” del 13 de agosto de 1810. Su contenido es significativo ya que habla sin eufemismos de una “separación” entre las provincias del Río de la Plata y el reino de España. Quien dio a conocer esta noticia fue Máximo P. Butta (1960, p. 148).

54 *Gaceta de Buenos Aires*, N° 27, del 6 de diciembre de 1810, pp. 425-426 (Junta de Historia y Numismática Americana, 1910, pp. 695-696). Moreno utiliza la versión francesa de André Morellet titulada *Observations sur la Virginie* (Mackinlay, 2009, pp. 168-178).

de los Estados Unidos? Existen noticias que así lo afirman. En su largo informe al Gobierno español sobre los hechos revolucionarios acaecidos en el Río de la Plata, los desterrados oidores de la Real Audiencia de Buenos Aires mencionaron que los patriotas “estudiaban” y “buscaban con anhelo” la Constitución de los Estados Unidos (Pueyrredón, 1953, p. 643; Senado de la Nación, 1966, p. 16675).<sup>55</sup> Si damos crédito a esta versión y si aceptamos que el manuscrito de la BNMM realmente perteneció a la biblioteca de Mariano Moreno, entonces las posibilidades de que sea esta la versión de Alexander Mackinnon se acrecientan.

Quienes informan sobre la existencia de ambas traducciones además coinciden en que, en 1812, los grupos de poder porteños discutían y consideraban seriamente la posibilidad de declarar la independencia de España.<sup>56</sup> Lógicamente, ello iría de la mano de una nueva organización institucional y seguramente los postulados constitucionales norteamericanos podrían haber servido a tal fin, ya que el sistema republicano de ese país era uno de los modelos a seguir.<sup>57</sup> Sabemos por uno de los traductores que el pueblo de Buenos Aires profesaba “gran veneración por la constitución” de los Estados Unidos (Gallardo, 1984, p. 244).<sup>58</sup>

Por lo tanto, era útil y aún necesario contar con una traducción porteña de la Constitución de los Estados Unidos antes de que comenzara a circular, tanto impreso como manuscrito, el libro de Thomas Paine con la versión castellana de esa constitución realizada por los venezolanos Villavicencio y García de Sena. Esto no parece haber ocurrido antes de 1812.<sup>59</sup>

La existencia de ambas traducciones porteñas tampoco aparenta haber sido

---

55 El documento fue firmado por Francisco T. de Ansotegui, Manuel de Velasco, Manuel J. Reyes, Manuel G. Villota y Antonio Caspe y Rodríguez en la ciudad de Las Palmas, en Gran Canaria, el 7 de septiembre de 1810.

56 Bartolomé Vigors Richards dejó escrito el 9 de abril de 1812 que en Buenos Aires “se hacen todos los preparativos para la declaración de independencia y diariamente esperamos noticias a tal efecto” (Barros, 1969, p. 75). Y el vicecónsul Miller le escribía a Monroe el 10 de agosto de 1812 que “se ha insistido en una inmediata declaración de la independencia” (Manning, 1925, tomo I, p. 330).

57 El editor de la *Gaceta* afirmaba: “Yo he visto frecuentemente presentar como único modelo la constitución de Norteamérica y ansiar por que sean consagrados todos sus artículos” (*Gaceta Ministerial del Gobierno de Buenos Aires*, N° 68, del 18 de agosto de 1813, p. 434. Véase en Junta de Historia y Numismática Americana, 1911, p. 528).

58 Carta de Poinsett a Monroe, Buenos Aires, 15 de septiembre de 1814. Como se ha visto, existen numerosas fuentes de la época que establecen que la Constitución de los Estados Unidos era bien conocida dentro de los círculos ilustrados revolucionarios, los cuales fomentaban su difusión. Los criollos de la Sociedad Patriótica predicaban abiertamente la proclamación de la independencia y pedían: “[...] sería también muy bueno se publicasen impresas las constituciones de los Estados-Unidos de Norte América [...]” (M. P., 1812, pp. 117-118).

59 Otras reediciones de la versión de Villavicencio no parecen haber sido conocidas en Buenos Aires, como la que publicó en Bogotá el padre Diego Francisco Padilla en su periódico *Aviso al Público*

un secreto. Vimos que fueron conocidas en lugares tan lejanos como Chile, Inglaterra y los Estados Unidos, por lo tanto, no es difícil imaginar que hubiera algunas copias de ellas circulando por la ciudad de Buenos Aires.<sup>60</sup> En consecuencia, no debería sorprender que hoy día se encuentren manuscritos con traducciones castellanas de la Constitución de los Estados Unidos que se hubieran divulgado en Buenos Aires en los dos primeros años de la revolución.

### 15. La versión “Moreno” y el Segundo Triunvirato

Según una atractiva hipótesis, la versión de la Constitución de los Estados Unidos atribuida a Mariano Moreno no habría sido solo un oscuro texto privado. En determinado momento habría salido a la luz y cobrado vida en uno de los primeros intentos constitucionales del Río de la Plata.

Se ha afirmado que el texto atribuido a Moreno fue conocido por la Comisión “Ad Hoc” nombrada por el Segundo Triunvirato, según decreto del 4 de noviembre de 1812,<sup>61</sup> y empleado como modelo para redactar algunas de las secciones de su propio proyecto constitucional. Según esta conjetura, “numerosos artículos” de este bosquejo, en particular aquellos que contienen las disposiciones relativas al funcionamiento del poder legislativo (capítulos VII a XV), concordarían “textualmente” con la traducción atribuida a Moreno (Colautti, 1983, p. 16).

Si bien es indudable que esos “capítulos” del proyecto de la Comisión tienen su origen en la Constitución de los Estados Unidos ya que siguen sus secciones e incisos en el mismo orden y respetan buena parte de su contenido, la versión final del proyecto de 1812 nada tiene que ver con la traducción atribuida a Moreno. Más bien sigue con firmeza a la de García de Sena. Daré un único ejemplo que será elocuente:

Original: “Judgment, in cases of impeachment, shall not extend further than to removal from office, and disqualification to hold and enjoy any office of hon-

---

(Nº 10, diciembre de 1810, pp. 83-100) o la que se hizo en España (Cádiz, Imprenta de D. Manuel Ximénez Carreño, 1811) o la nueva versión de Miguel de Pombo (Bogotá, 1811).

60 Por ejemplo, sabemos que el licenciado Nicolás Laguna tenía una copia de esa constitución. En una comunicación al Cabildo de Tucumán, desde Buenos Aires el 31 de mayo de 1813, mencionó: “Las políticas por la federación de los Estados Unidos angloamericanos, cuya constitución he visto y tengo ya a mano” (Posadas, 1910, tomo I, p. 208).

61 La integraron Valentín Gómez, Pedro Somellera, Manuel García, Hipólito Vieytes, Luis Chorroarín y, en seguida, Gervasio Posadas en su reemplazo.



our, trust, or profit, under the United States; [...]" (Art. I, Secc. 3<sup>a</sup>).

Versión "Moreno": "En este caso no se extenderá la sentencia a más que a la misión e inhabilitación para todo empleo honroso, provechoso y de confianza en los Estados Unidos; [...]" (Art. I, Secc. 3<sup>a</sup>).

Versión García Sena: "El juicio en causas de acusación no se extenderá más que a remover del oficio y a declarar la incapacidad de ejercer y obtener algún empleo de honor, de confianza o provecho bajo de los Estados Unidos; [...]" (Art. I, Secc. 3<sup>a</sup>, Inciso VII).

Comisión "Ad Hoc": "El juicio en causas de acusación no se extenderá más que a remover del oficio y declarar la incapacidad de ejercer y obtener algún empleo de honor, de confianza o provecho en la República" (Cap. X, Art. 3).

Esta comparación confirma, además, la pobre fidelidad que en algunos párrafos puede alcanzar la versión "Moreno".

## 16. Discusión final

Los argumentos que he presentado, en mi opinión, alejan la posibilidad de que Mariano Moreno sea el autor de la traducción de la Constitución de los Estados Unidos que hoy conserva la BNMM.

Imagino a los defensores de la autenticidad de la "versión Moreno" presentando varios argumentos en contrario. Sin embargo, no me parece que los válidos sean muchos más que dos.

El primero de ellos se resume a una cuestión de autoridad: quien comerció el manuscrito afirmó que había sido encontrado entre los papeles de Mariano Moreno. A esta observación podríamos enfrentarla con varios reparos. En primer lugar, deberíamos confiar en la palabra de un anticuario que lo recibió *150 años después de la muerte del prócer de Mayo*, lo que hace casi imposible conocer cuándo ese documento se sumó a la colección de papeles de una familia como la de los Moreno, con tantos partícipes de la vida política y cultural del país. Ese documento no se hallaba entre el conjunto de los papeles de Moreno cuando el Dr. Dürnhöfer los adquirió en la década de 1960, sino que lo canjeó posteriormente en forma individual. Por lo tanto, ¿perteneció al archivo de Moreno y el vendedor lo apartó para comercialarlo luego por separado? Vale la pena recordar que otro manuscrito de una traducción de la Constitución de los Estados Unidos también atribuida a Mariano Moreno –incluso con tres supuestas "rúbricas" de este prócer– fue negociado, muy probablemente, por la misma persona que comerció originalmente el manuscrito que existe hoy en la Biblioteca Nacional y que, luego, fue un mismo autor quien reafirmó la

autoría de Moreno de ambos escritos. Hoy sabemos, fehacientemente, que el segundo nada tuvo que ver con el secretario de la Primera Junta. Por último y principal, la existencia de un documento en un archivo personal no implica necesariamente que el poseedor haya sido su autor. El contenido de lo que hoy conocemos como “archivo de Mariano Moreno” era múltiple y contenía numerosos textos de otros autores, algunos de fácil identificación, como Félix de Azara o Beccaría, y otros de origen más oscuro. Esto hizo que muchos fueran erróneamente atribuidos a Moreno (Dürnhöfer, 1972b, 1975) hasta una fecha reciente en la que se estableció la real autoría de la mayoría de ellos (Bauso, 2017; Goldman, 2016, p. 188).

La segunda objeción que podría ser presentada a lo que he conjeturado entiendo es la que realmente importa: la de la caligrafía. Tenemos el veredicto de dos historiadores de la ANH, quienes, luego de analizar el documento, concluyeron que había sido escrito por Mariano Moreno. La perita calígrafa que había consultado el Dr. Dürnhöfer había arribado a la misma conclusión.<sup>62</sup> Sin embargo, juzgo que esta noción aún puede y debe ser desafiada. Luego de haber hecho un cuidadoso cotejo de la letra del documento con la de Mariano Moreno, mi convicción es que aquella no pertenece al prócer de Mayo. Estoy persuadido de que cualquiera que se tome el mismo trabajo de forma desapasionada arribará indefectiblemente a la misma conclusión. Valdría la pena, entonces, tener un nuevo dictamen realizado por peritos calígrafos independientes.

En todo caso, pretendo llamar la atención sobre la inconveniencia de aceptar la autenticidad del manuscrito, *a priori*, sin mayores cuestionamientos.

Aun si se llegara a confirmar que el documento de la Biblioteca Nacional perteneció a Mariano Moreno y que fue manuscrito por él, quedaría por probar que no es una simple copia de época de otro original desconocido. En este trabajo he dado algunos argumentos de por qué esto podría resultar así.

Las pruebas en uno u otro sentido en nada afectarían los méritos del secretario de la Primera Junta. Existen sobradas razones para considerar a Mariano Moreno como la primera persona que manifestó abiertamente la necesidad de que las Provincias del Río de la Plata tuvieran una constitución que rigiera su destino y, además, de que esta se obtuviera democráticamente a través de

---

62 La opinión de esta no deja de ser solo la de un perito de parte. Vale recordar que, por ejemplo, le adjudicó a Moreno un documento manuscrito con una caligrafía completamente diferente a la suya –algo que cualquier lego podría notar–, justificando esta decisión en que se “infería suponer que una motivación especial hiciera que su autor disimulara su escritura habitual corriente” (Dürnhöfer, 2000, p. 118).

la colaboración y el voto de los representantes de los pueblos reunidos en un congreso general. Los escritos de la serie *Sobre las miras del congreso* así lo atestiguan (Moreno, 1836, pp. 203-256).<sup>63</sup> Esta honra pública no la cambiará un manuscrito privado.

## Bibliografía

- Aldao, C. (20 de noviembre de 1923). Las proyectadas reformas constitucionales. *La Nación*.
- Aldao, C. (1924). *Contribución al estudio del derecho constitucional*. M. A. Rosas.
- Aldao, C. (1928). *Errores de la constitución nacional: ensayos históricos-constitucionales*. Impr. de Felipe Gurfinkel.
- Aldao, C. (1931). La Constitución de los Estados Unidos y la Constitución de la República Argentina. Estudio comparado. *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 8, 218.
- Bandieri, L. M. (2010). Sobre un proyecto de constitución atribuido a Mariano Moreno. *El Derecho*, (Suplemento Constitucional), 341-350. <http://bicentenarioorioplatense.blogspot.com/2010/04/sobre-un-proyecto-de-constitucion.html>.
- Bauso, D. J. (2017). Mariano Moreno, apócrifo: los artículos que no escribió. *Investigaciones y Ensayos*, 64, 119-154.
- Barros, J. M. (1969). Situación de Chile en 1812. Informe de Bartholomew V. Richards. *Boletín de la Academia Chilena de la Historia*, 36(81), 69-79.
- Belgrano, M. (1902). *Despedida de Washington al pueblo de los Estado-Unidos*. Dalmazia.
- Biblioteca Nacional Argentina. (1983). Crónica de la Biblioteca. Donación de un manuscrito de Mariano Moreno. *Revista de la Biblioteca Nacional*, 3, 151.
- Boletín Oficial de la República Argentina*. (15 de enero de 2013). Buenos Aires, N° 32562, p. 1.
- Bouvillon, W. G. (30 de junio de 1993). Robaron valioso manuscrito de Moreno de la Biblioteca Nacional. *La Nación*, p. 12.
- Brackenridge, H. M. (1819). *Voyage to South America, performed by order of the American Government in years 1817 and 1818, in the frigate Congress*. (s.e.).
- Butta, M. (mayo-octubre de 1960). Moreno y Strangford: dos políticas. *Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación*, (81), 131-156.
- Chiaramonte, J. C. (1993). El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. En Carmagnani, M. (Coord.), *Federalismos latinoamericanos: México / Brasil / Argentina* (pp. 81-132). El Colegio de México/Fondo de Cultura Económica.

---

63 Sabemos, además, que en esta aspiración fue secundado, al menos temporariamente, por el deán Funes. Véanse en la *Gaceta* de 1810 los artículos firmado por “Un ciudadano” (*Gaceta extraordinaria*, 20 de noviembre de 1810, pp. 1-9; *Gaceta de Buenos Aires*, N° 26, 29 de noviembre de 1810, pp. 405-410; N° 28, 13 de diciembre de 1810, pp. 441-447, como se citó en Junta de Historia y Numismática Americana, 1910, pp. 627-635, 667-672 y 723-729).

- Colautti, C. E. (1983). *Proyectos constitucionales patrios, 1811-1826*. Ediciones Culturales Argentinas, Secretaría de Cultura de la Presidencia de la Nación.
- Constitución Federativa asentada por la Convención de 17 de sept. de 1787 [manuscrito] (Trad. M. Moreno). [https://catalogo.bn.gov.ar/F/FGYYY1JJGMD1PJ6KXDLQVUDG29KJTNLHFRN\\_TSTMI7QVAE1PNUT-15285?func=full-set-set&set\\_number=003515&set\\_entry=000015&format=999](https://catalogo.bn.gov.ar/F/FGYYY1JJGMD1PJ6KXDLQVUDG29KJTNLHFRN_TSTMI7QVAE1PNUT-15285?func=full-set-set&set_number=003515&set_entry=000015&format=999).
- Cremonte, N. (2010). *La Gazeta de Buenos-Ayres de 1810: luces y sombras de la ilustración revolucionaria*. Universidad Nacional de La Plata.
- Dorcas Berro, R. (1960). La flébil leyenda de los mitones de luto y de la fortuna de Moreno. En *Tercer Congreso Internacional de Historia de América* (tomo III, pp. 317-329). Academia Nacional de la Historia.
- Dürnhöfer, E. (1972a). *Moreno: primer constitucionalista argentino. (Extracto de un capítulo del libro "Mariano Moreno, inédito")*. Edición del autor.
- Dürnhöfer, E. (1972b). *Mariano Moreno, inédito. Sus manuscritos*. Plus Ultra/Casa Pardo.
- Dürnhöfer, E. (1973). *Moreno y su primer proyecto de organización nacional*. Instituto Popular Moreniano.
- Dürnhöfer, E. (1976). *Mayo y el antecedente norteamericano*. Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades.
- Dürnhöfer, E. (1979). *El primer antecedente constitucional argentino*. Deutsche Bank AG.
- Dürnhöfer, E. (1980). Mariano Moreno y la revolución francesa. En *Congreso Nacional de Historia Sanmartiniano-Moreniano* (pp. 357-376). Municipalidad de Quilmes.
- Dürnhöfer, E. (1990). Trascendencia de la filosofía de la Revolución Francesa en la Revolución de Mayo. En *Comité Argentino para el Bicentenario de la Revolución Francesa (Ed.), Imagen y recepción de la revolución francesa en la Argentina* (pp. 69-78). Grupo Editor Latinoamericano.
- Dürnhöfer, E. (1993). *Crimen de estado. La eliminación de Mariano Moreno*. Academia Argentina de la Historia.
- Dürnhöfer, E. (1994). El primer proyecto constitucional argentino. *Historia*, 14(54), 16-28.
- Dürnhöfer, E. (1998). La constitución en 1810. *Boletín del Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades*, 19, 115-118.
- Dürnhöfer, E. (2000). *Mariano Moreno*. Dunker.
- Dürnhöfer, M. (2016). Eduardo O. Dürnhöfer y sus esfuerzos en la conservación y divulgación de los escritos y el ideario de Mariano Moreno. Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. <http://ravignani.institutos.filo.uba.ar/eduardo-o-d%C3%BCrn-h%C3%B6fer-y-sus-esfuerzos-en-la-conservaci%C3%B3n-y-divulgaci%C3%B3n-de-los-escritos-y-el-ideario-de>.
- El manuscrito de Moreno jamás fue robado de la Biblioteca Nacional*. (29 de noviembre de 1993). La Nación, p. 12.
- Gallardo, G. (1962-1963). El viaje de Buenos Aires a Santiago de Chile de Joel Roberts Poinsett. Primer agente comercial y primer cónsul de los Estados Unidos de Norteamérica en Buenos Aires y en Chile. *Revista de historia americana y Argentina*, IV(7-8), 9-49.
- Gallardo, G. (1984). *Joel Roberts Poinsett, agente norteamericano, 1810-1814*. Emecé.
- Galván Moreno, C. (1960). *Mariano Moreno: el numen de la Revolución de Mayo*. Claridad.
- García de Sena, M. (Trad.). (1812). *La independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta años ha. Extracto de sus obras*. Imprenta de T. y J. Palmer.

- M'Culloch, J. (1812). *Historia concisa de los Estados Unidos desde el descubrimiento de la América hasta el año de 1807* (Trad. M. García de Sena, 3ª ed.). Imprenta de T. y J. Palmer.
- Goldman, N. (2013). Lecturas de La Independencia de Costa Firme en el Río de la Plata. Desde las Instrucciones del año XIII hasta la caída del poder central. En Caetano, G. y Ribeiro, A. (Coords.), *Las instrucciones del año XIII, 200 años después* (pp. 265-277). Planeta.
- Goldman, N. (2016). *Mariano Moreno. De reformista a insurgente*. Edhasa.
- Goldman, N. (2018). ¿Fue Moreno el traductor de Del Contrato Social? Nuevas consideraciones sobre su traducción y circulación en América. En Entin, G. (Ed.), *Rousseau en Iberoamérica: lecturas e interpretaciones entre monarquía y revolución* (pp. 161-276). SB.
- Grases, P. y Harkness, A. (1953). *Manuel García de Sena y la Independencia de Hispanoamérica*. Secretaría General de la Décima Conferencia Interamericana.
- Grases, P. (1961). *Traducciones de interés político-cultural en la época de la independencia de Venezuela*. Comisión de Historia del Instituto Panamericano de Geografía e Historia.
- Grau, L. (2010). *Nosotros, el Pueblo de los Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas. 1787-1992* (Ed. bilingüe). Universidad Carlos III/Editorial Dykinson. [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8517/grau\\_constitucion\\_US.pdf?sequence=5](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8517/grau_constitucion_US.pdf?sequence=5).
- Guerrero Lira, C. (2012). El proyecto constitucional de Joel. R. Poinsett para Chile: 1812. *Cuadernos de historia*, Santiago de Chile, (37), 225-240. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0719-12432012000200008](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-12432012000200008).
- Instituto de Investigaciones Históricas. (1962). *Mayo documental* (Tomo IX). Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.
- Instituto de Investigaciones Históricas. (1965). *Mayo documental* (Tomo XI). Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires.
- Jos, E. (1941). Notas sobre Juan Vicente Bolívar y su misión diplomática en los Estados Unidos (1810-1811). *Revista de Indias*, 2(4), 135-163.
- Junta de Historia y Numismática Americana. (1910). *Gaceta de Buenos Aires (1810-1921)* (Reimpresión facsimilar. Tomo I). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Junta de Historia y Numismática Americana. (1911). *Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)* (Reimpresión facsimilar. Tomo III). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Junta de Historia y Numismática Americana. (1912). *Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*. (Reimpresión facsimilar. Tomo IV). Compañía Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Larrañaga, D. (1816). *Oración inaugural que en la apertura de la Biblioteca Pública de Montevideo, celebrada en sus fiestas Mayas de 1816*. (s.e.).
- Levaggi, A. (2005). Constitucionalismo argentino: 1810-1850. *IUSHISTORIA*, revista electrónica, 2, 1-30. <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1662/2095>.
- Levene, R. (1956). *El mundo de las ideas y la revolución hispanoamericana de 1810*. Editorial Jurídica de Chile.
- Lo Tártaro, D. (2003). *Rememorando a nuestro ex-Presidente Eduardo O. Dürnhöfer*. Instituto Bonaerense de Numismática y Antigüedades. <https://www.ibna.com.ar/rememorando-a-nuestro-ex-presidente-eduardo-o-durnhufer/>.
- López de Lara, F. (1873). *Causa de D. Alejandro Mackinnon súbdito británico, banquero y comerciante en Nápoles, ante el gobierno italiano*. El Eco de Ambos Mundos.
- M. P. [Perdriel, M]. (30 de octubre de 1812). Concluyen las reflexiones que dirigió a la Sociedad Patriótico-literaria a un socio de ella. *El Grito del Sur*, I(15), 113-119.

- Mackinlay, A. (2009). *El Enigma de Mariano Moreno*. Ed. del autor.
- Manning, W. R. (1925). *Diplomatic Correspondence of the United States concerning the Independence of the Latin American Nations*. Oxford University Press.
- Miller Collier, W. y Feliú Cruz, G. (1926). *La primera misión de los Estados Unidos de América en Chile*. Imprenta Cervantes.
- Mitre, B. (1859). *Historia de Belgrano*. Imprenta de Mayo.
- Molina, R. (1967). Lord Strangford y el Río de la Plata. Su correspondencia secreta. (Año 1811). *Historia*, 12(47), 3-45.
- Moreno, M. (1810). El editor a los habitantes de esta América. En Rousseau, J. J., *Del Contrato Social ó principios del derecho político* (Tomo I, pp. I-VI). Real Imprenta de Niños Expósitos.
- Moreno, M. (1812). *Vida y memorias del Dr. Dn. Mariano Moreno*. J. M'Creery.
- Moreno, M. (1836). *Colección de arengas en el foro y escritos*. Jaime Pickburn.
- Nadie puede explicar cómo desapareció el manuscrito de Moreno*. (2 de julio de 1993). Clarín, p. 49.
- Narancio, E. M. (1961). Un proyecto de "constitución provisoria" para las provincias del Río de la Plata. 1811. *Boletín de Historia Argentina y Americana*, Segunda serie, VI(10), 58-83.
- Nateiu, A. [Seud. de Arrunátegui, Manuel José]. (1811). *Reflecciones políticas escritas baxo el título de Instinto común por el ciudadano Tomás Paine*. (s.e).
- Núcleo Argentino de Estudios Históricos. (1942). *Alejandro Mackinnon y la Junta de Mayo*.
- Ortega Peña, R. y Duhalde, E. L. (1968). Mariano Moreno: utopía y revolución. En Astrada, C. (Comp.), *Claves de historia argentina* (pp. 179-198). Merlín.
- Padilla, A. (1921). *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*. Jesús Menéndez.
- Padilla, A. (8 de febrero de 1973). Moreno y la Constitución de los Estados Unidos. *La Prensa*, p. 6.
- Padilla, A. J. (1973). *Reseña bibliográfica a Mariano Moreno*, inédito. *Criterio*.
- Petit Muñoz, E. (1956). *Artigas y su ideario a través de seis series documentales*. Instituto de Investigaciones Históricas, Facultad de Humanidades y Ciencias, Universidad de la República Oriental del Uruguay.
- Plan of the New Constitution for the United States of America*. (1787). J. Debrett.
- Posadas, G. (1910). *Memorias*. En *Memorias y autobiografías*. Museo Histórico Nacional.
- Pueyrredón, C. A. (1953). *1810: La Revolución de Mayo según amplia documentación de la época*. Peuser.
- Recuperan un manuscrito en la Biblioteca Nacional*. (17 de septiembre de 1993). *La Nación*, p. 16.
- Roberts, C. (1938). *Las invasiones inglesas del Río de la Plata (1806-1807)*. Peuser.
- Rodney, C. A. y Graham, J. (1819). *The Reports on the Present State of the United Provinces of South America*. Baldwin, Cradock and Joy.
- Rousseau, J. J. (1810). *Del Contrato Social*. Real Imprenta de Niños Expósitos.
- Sampay, A. E. (Recopilación, notas y estudio preliminar). (1975). *Las constituciones de la Argentina, (1810/1972)*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Senado de la Nación. (1960). *Biblioteca de Mayo*. (Tomo VIII).
- Senado de la Nación. (1966). *Biblioteca de Mayo*. (Tomo XVIII).
- Simmons, M. E. (1992). *La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*. Mapfre.
- Tau Anzoátegui, V. y Mariluz Urquijo, J. M. (1979). Documento de Mariano Moreno. *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, 52, 28-29.
- The Constitution of the United States. (1797). En *The Constitutions of the Sixteen States which Compose the Confederated Republic of America, According to the Latest Amendments* (pp. 30-43).

Manning & Loring. <https://quod.lib.umich.edu/cgi/t/text/text-idx?c=evans;cc=evans;q1=N24939;rgn=main;view=text;idno=N24939.0001.001>.

Un citoyen de Virginie [Seud. de Mazzei, F.]. (1788). *Recherches historiques et politiques sur les États-Unis de l'Amérique Septentrionale: où l'on traite des établissements des treize colonies, de leurs rapports & de leurs dissensions avec la Grande-Bretagne, de leurs gouvernements avant & après la révolution, &* (Tomos 1-4). Froullé, libraire.

Villavicencio, J. M. (Trad.). (1810). *Constitución de los Estados Unidos de América*. Imprenta de Smith & M'Kenzie.

Williams Álzaga, E. (1967). *Cartas que nunca llegaron. María Guadalupe Cuenca y la muerte de Mariano Moreno*. Emecé.

# LA JUSTICIA NATURAL Y LA LEALTAD AL LEGISLADOR EN LA TEORÍA DE LA EQUIDAD DE ARISTÓTELES

---

**Eduardo Magoja**

Universidad de Buenos Aires

magojaeduardo@gmail.com

**Recibido:** 09/12/2021

**Aceptado:** 02/03/2022

## Resumen

En lo que respecta a la teoría de la equidad (*epieikeia*) de Aristóteles, existen en la literatura dos posturas enfrentadas: mientras que algunos dicen que la equidad es mejor que la justicia legal (*nomikós*), ya que se identifica con la justicia natural (*physikós*), otros afirman que el único criterio de corrección de la ley es resolver el caso de acuerdo con lo que “el legislador habría dicho de haber estado presente”. Focalizado en tal discusión, este trabajo tiene un doble propósito. En primer lugar, mediante un estudio de *Ética Nicomaquea* (V.10) y de *Retórica* (I.13.3), se realizará una evaluación de aquellos dos tipos de posturas y se intentará demostrar que entre ambas se puede encontrar un punto de consenso. Según creemos, Aristóteles no rechaza que la justicia natural, entendida como los valores sustantivos de la *pólis*, intervenga en el acto de adjudicación judicial ni tampoco dice que exclusivamente el juez debe reproducir la voluntad legislativa. Al contrario, veremos que en el proceso de equidad lo justo natural tiene un rol fundamental, y ello por cuanto expresa los principios prácticos básicos contemplados por el legislador en su obra. En segundo lugar, se explicará cómo el juez traslada tanto la justicia natural como la intención del legislador en la resolución de los casos excepcionales que desafían la ley.

**Palabras clave:** *epieikeia*, Aristóteles, justicia natural, legislador, ley.

## Natural Justice and Loyalty to the Legislator in Aristotle’s Theory of Equity

### Abstract

Scholars have two opposing points of view regarding Aristotle’s theory of equity (*epieikeia*). Some claim that equity is better than legal justice (*nomikos*) as it identifies with natural justice (*physikos*). Others hold that the only criterion for correcting the law is to settle the case according to what “the legislator would have said if he had been present there”. I shall focus on



that discussion to hold two claims. Firstly, by studying *Nicomachean Ethics* (V.10) and *Rhetoric* (I.13.3), I aim to assess those two points of view and demonstrate that it is possible to find a point of consensus between them. In my opinion, Aristotle does not reject that natural justice, understood as the substantive values of the *polis*, takes part in the act of judging a case, nor does he assert that judges only must replicate the legislative will. On the contrary, we shall see that, within the equity process, natural justice has a fundamental role, as that expresses the basic practical principles considered by the legislator in his piece of work. Secondly, I shall explain how the judge applies natural justice and the legislator's intent to deal with exceptional cases that defy the statutory law.

**Key words:** *epiēkeia*, Aristotle, natural justice, legislator, law.

οἴονται μὲν οὖν τινες ἐπίτηδες ἀσαφεῖς αὐτὸν ποιῆσαι τοὺς νόμους, ὅπως ἢ τῆς κρίσεως ὁ δῆμος κύριος. οὐ μὴν εἰκός, ἀλλὰ διὰ τὸ μὴ δύνασθαι καθόλου περιλαβεῖν τὸ βέλτιστον· οὐ γὰρ δίκαιον ἐκ τῶν νῦν γιγνομένων ἀλλ' ἐκ τῆς ἄλλης πολιτείας θεωρεῖν τὴν ἐκείνου βούλησιν.

*Algunos piensan que [Solón] hizo a propósito las leyes poco claras, para que el pueblo sea soberano en el juicio. Pero ello no es probable, sino que [fue] a causa de no ser capaz de definir lo mejor de manera general; pues no es justo considerar la voluntad de él a partir de lo que acontece ahora, sino por el resto de la constitución.*

Aristóteles, *Ath.* 9.2.

## 1. Introducción

Una de las mayores aspiraciones de un Estado es el establecimiento de un ordenamiento jurídico uniformemente definido, que sus engranajes se acoplen entre sí mediante un funcionamiento coordinado y en el que la seguridad jurídica, la garantía básica que expresa la confianza hacia las instituciones, gobierne el desarrollo de la empresa estatal. A tales fines, sin duda la jurisdicción debe estar en la misma sintonía que la legislación: trabajar al unísono, respetar el principio básico de sumisión a las leyes y, cuando sea necesario para preservar un principio fundamental, realizar los ajustes de la norma en función de las características del caso concreto y los derechos involucrados.<sup>1</sup>

---

1 Esto es lo que marca, por ejemplo, el artículo 37 del Código Iberoamericano de Ética judicial cuando dice “[e]l juez equitativo es el que, sin transgredir el derecho vigente, toma en cuenta las peculiaridades del caso y lo resuelve basándose en criterios coherentes con los valores del ordenamiento y que puedan extenderse a todos los casos sustancialmente semejantes”.

El Estagirita se ocupó de reflexionar sobre este problema al teorizar sobre el imperio de la ley (*nómos*), pero en especial al tratar la equidad o *epiēikeia* (*ἐπιείκεια*):<sup>2</sup> la virtud paradigmática del juez y de otros por extensión (Shiner, 1994, p. 1252).<sup>3</sup> Esta institución recibe su mayor desarrollo en *Ética Nicomaquea* (V.10) –contenido reproducido en *Ética Eudemia* (IV.10)–, una exposición más reducida en *Retórica* (I.13) y en *Magna Moralia* (II.1), y unas breves referencias en *Política* (1287a25-28) y en *Tópicos* (141a15-18). La dinámica que presenta es sencilla: la ley gobierna todos los aspectos generales de la vida comunitaria y los jueces tienen que ocuparse de los casos particulares, pero cuando en esta tarea la ley no regula con corrección el asunto (pues su generalidad a veces lo impide), ellos deben rectificarla con miras a alcanzar una decisión justa.<sup>4</sup> Dicho con las propias palabras de Aristóteles, “la naturaleza de lo equitativo [es ser] corrección de la ley” (*ἡ φύσις ἢ τοῦ ἐπιεικοῦς, ἐπανόρθωμα νόμου*) y, de esta manera, siendo del mismo género que la justicia, “lo equitativo es mejor [que lo justo legal]” (*κρεῖττον τὸ ἐπιεικές*) (*EN* 1137b12-26).<sup>5</sup>

La teoría de la equidad de Aristóteles es ese tipo de ideas que atraviesa la historia del pensamiento jurídico y que tiene una indudable incidencia incluso en el quehacer interpretativo judicial actual.<sup>6</sup> Pero también es esa clase de propuestas que admite diversas interpretaciones, resemantizaciones y apropiacio-

- 
- 2 Se traduce *epiēikeia* por equidad. No existe consenso en la literatura acerca de su traducción. La mayoría de los especialistas suele traducirlo en español de esa forma (Pallí Bonet y Calvo Martínez, 2007; Sinnott, 2007) o su equivalente en lenguas modernas (*equity*, *equità*, etc.), pero algunos eligen otras alternativas, tales como “decencia” (*decency*) (Irwin, 1999), “trato justo” (*fairness*) (Kennedy, 2007), “honestidad” (*honnêteté*) (Chiron, 2007) y “bondad en la justicia” (*Güte in der Gerechtigkeit*) (Dirlmeier, 1956). Sin embargo, creemos que “equidad”, en el sentido de rectificación de la ley, designa mejor lo que Aristóteles tiene en mente en el campo de la decisión judicial.
  - 3 Vale aclarar, pues, que si bien la mayoría de los autores como –Nussbaum (1993) y Brunschwig (1996)– suelen situar la equidad en la esfera de la práctica judicial y al hombre equitativo como el buen juez, lo cierto es que la equidad no es propiedad exclusiva de ese campo, sino que también se aplica al plano más amplio de las deliberaciones políticas. Así se ha expresado, en particular, Schilling (2018).
  - 4 No podemos, ni tampoco es nuestro interés en esta oportunidad, desarrollar las características de la *epiēikeia* en Aristóteles, pues ello nos desviaría de los propósitos de este artículo. A tales fines nos remitimos a los trabajos de Beaver (2004), Brunschwig (1996), D’Agostino (1973), Gardner (2000), Georgiadis (1987), Lamas (1991, pp. 435-438), Massini-Correas (1998) y Shiner (1994), entre muchos otros.
  - 5 En lo que respecta a los textos griegos, en el caso de *Ética Nicomaquea* hemos tomado la edición de Bywater (1988); de *Retórica*, la edición de Kassel (1976); de *Política*, la de Ross (1957); y de *Magna Moralia*, la versión clásica de Susemihl (1883). Todas las traducciones del griego al español nos pertenecen.
  - 6 Son muchos los trabajos que señalan el rol de la equidad dentro de los sistemas jurídicos actuales. Así, por ejemplo, podemos mencionar a Lell (2017), Rabbi-Baldi (1999), Rossi (2007), Tale (2011) y Vernengo (1974).

nes, incluso por cosmovisiones enfrentadas. En este sentido, advertimos en la literatura dos posturas enfrentadas con respecto al rol que tienen el legislador y la justicia natural en el proceso de rectificación de la ley. Así, una gran parte de los autores sostiene que la afirmación de Aristóteles acerca de que la equidad es justa y, al mismo tiempo, mejor que la justicia se justifica en la distinción entre la justicia legal (*nomikós*) y la justicia natural (*physikós*) (Gauthier y Jolif, 2002; Hamburger, 1965; Siegfried, 1942; Sinnott, 2007; Trude, 1955). Sin embargo, otros especialistas –como Brunschwig (1996)– niegan que la justicia natural tenga papel alguno en la teoría de la equidad aristotélica y afirman que el único criterio de corrección es resolver el caso de acuerdo con lo que “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών), tal como el propio Aristóteles indica en el pasaje 1137b22-23 de su ética.

Este trabajo tiene un doble propósito. En primer lugar, principalmente mediante un estudio de *Ética Nicomaquea* (V.10) y *Retórica* (I.13.3), se realizará en los apartados 2 y 3 una evaluación crítica de aquellos dos tipos de posturas y se intentará demostrar que entre ambas, antes que exclusión, se puede encontrar un punto de consenso. Según creemos, Aristóteles no rechaza que la justicia natural, entendida como los valores sustantivos de la *pólis*, intervenga en el acto de adjudicación judicial ni tampoco dice que exclusivamente el juez debe reproducir la voluntad legislativa en el caso concreto. En realidad, veremos que en la práctica del magistrado *epieikés* lo justo natural tiene un rol fundamental en cuanto expresa los principios prácticos básicos que se erigen como una instancia de justificación fundamental contemplada por el legislador en su obra. En segundo lugar, y con el fin de precisar los puntos alcanzados en la primera parte, veremos cómo el juez traslada tanto la justicia natural como la intención del legislador en la resolución de los casos excepcionales que desafían la ley.

## 2. El criterio de corrección de la ley: ¿justicia natural o el legislador?

En lo que respecta a la dinámica de la equidad y en especial al criterio que sigue el juez para corregir la ley, Gauthier y Jolif (2002) sugieren que para Aristóteles tal magistrado tiene que pasar el enunciado normativo bajo el tamiz de “ley inscrita en la naturaleza de los hombres, la norma del derecho natural que se opone a las leyes escritas” (pp. 432-433). Asimismo, dicen que la equidad, al exigir que la ley escrita tenga que ser rectificadas, muestra el reconocimiento de la existencia de una ley natural superior que opera de pauta para medir la

justicia de todas las leyes. En un sentido parecido se pronuncia Sinnott (2007), quien sostiene que “lo equitativo expresa en realidad la justicia natural, y la justicia a la cual se lo contrapone, y de la cual en ocasiones se ve que difiere, es la justicia convencional” (p. xlvi).

Este tipo de lectura que identifica o relaciona la equidad con la justicia natural, de la cual hemos ofrecido unos pocos ejemplos, no es para nada una interpretación apresurada de los autores ni mucho menos carente de justificación. Al contrario, existen diferentes buenos argumentos a favor de que Aristóteles invoca, aunque sea implícitamente, la justicia natural como fundamento de la corrección. Estos van desde la ubicación que tiene el tratamiento de la equidad en el texto aristotélico hasta algunas indicaciones indirectas en el lenguaje que utiliza. Así, Sinnott (2007), por ejemplo, cree ver una remisión directa a la justicia natural cuando Aristóteles dice que la equidad es “mejor que cierta justicia, pero no que [la justicia] en sentido absoluto” (βέλτιόν τινος δικαίου, οὐ τοῦ ἀπλῶς) (p. xlv, nota al pie 142). En su opinión, lo justo en sentido absoluto representaría lo que es justo por naturaleza (*tò phisikón*) o lo justo primario (*tò prôton*) (Sinnott, 2007, p. 193, nota al pie 938).<sup>7</sup> Ahora bien, a pesar de que pareciera haber una referencia a la justicia natural en dicha expresión, lo cierto es que no resulta del todo claro que en verdad sea así. En efecto, mediante el uso del adverbio *haplôs* (ἀπλῶς), que además de “absolutamente” admite como traducciones “simplemente”, “generalmente” o “sin cualificación” (Liddell y Scott, 1996), Aristóteles solo hace referencia a lo justo en un sentido genérico que incluye tanto lo equitativo como lo justo legal (Apostle, 1975, p. 274). Lo justo en sentido absoluto o sin cualificación expresa la justicia en términos globales, aquella que comprende todas las demás especies de justicia (Beever, 2004, p. 34). No hay indicación alguna de que se utilice la expresión como sinónimo de “lo natural” ni tampoco parece ser la intención del filósofo de acuerdo con el hilo argumentativo que tiene el pasaje en cuestión.

Aristóteles no dice de modo expreso que la persona equitativa se inspire en una justicia natural (Brunschwig, 1996, p. 141; Horn, 2006, pp. 156-157), más allá de que hable de ella en el libro V.7 de su *Ética Nicomaquea*. El principal criterio que indica respecto al ejercicio de la *epiêikeia* es resolver el caso de acuerdo con lo que “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών). Como explica Brunschwig (1996, p. 151), en esta sentencia se determina, de modo expreso, cómo se debe proceder

7 La identificación entre la justicia natural, la justicia primaria y la justicia absoluta es también marcada por Gauthier y Jolif (2002, p. 391).

en la corrección y, de modo implícito, que se está en presencia de un caso excepcional. Dicho de otra forma, para el autor aquí estaría la norma fundamental del instituto de la equidad. Sin embargo, y a pesar de que Brunschwig tiene en parte razón, ello no es motivo suficiente para negar que la justicia natural tenga algún papel en la equidad. Pero el camino para trazar esta relación, más que recurrir a una referencia implícita en el concepto de *haplós* o la cercanía que tiene el desarrollo de la equidad con el tratamiento de la justicia natural, debe ser otro y este no tiene que apelar, como hacen Gauthier y Jolif (2002), a una ley suprapolítica o metajurídica.

A tales fines, el primer paso es recordar que el propio filósofo dice que la justicia política (*politikòn dikaion*) incluye, además de la dimensión formal de la ley, una dimensión material: la justicia natural, es decir, la que no está sujeta al parecer humano y tiene en todos lados la misma fuerza (EN 1134b25-26). Esta dimensión sustantiva es la que serviría, en ocasiones, de pauta para determinar cuándo la estricta aplicación de la ley escrita deviene en una injusticia y, por ello, debe ser rectificada. En palabras de Horn (2006), “puede haber aspectos relacionados con el interés público o con la ‘ley natural’ que pueden tener una importancia primordial; de ahí que la aplicación de la ley a veces deba relativizarse con bienes más fundamentales” (p. 150). Esta misma idea parece tener en mente Pakaluk (2005) cuando dice que actuar de manera equitativa significa actuar a favor de juicios de justicia que atañen a la realidad que se le presenta al agente, en los que se reconocen “algunas limitaciones, principios u ordenamientos como, en algún sentido, ‘justos’ antes de la ley, y como lo que la ley pretende lograr” (p. 204).

Si, como entienden algunos especialistas, la justicia natural expresa los valores político-morales básicos y fundamentales de la *pólis* (Vega, 2014a, 2014b), entonces no habría buenas razones para negar su función en el campo de la interpretación y aplicación de la ley. La afirmación que realiza Brunschwig (1996, p. 151) acerca de que tal clase de justicia, además de no tener vínculo alguno con la equidad, no jugaría ningún papel y que el principal criterio es solo la intención del legislador, pierde fuerza. En efecto, lo que no ve el autor es que los valores sustantivos que recoge la justicia natural son aquellos sobre los que se fundan las leyes escritas y hacia los que estas se orientan. En palabras de Vega (2014a), “la justicia legal es instrumental: su fin es la justicia como valor sustantivo que se erige en la médula de la entera *politeía*” (p. 436).

El desarrollo que hace Aristóteles en *Retórica* (1355a29-b39) sobre el uso de las pruebas por persuasión da cuenta, en cierta medida, de que la determina-

ción de lo justo debe hacerse, cuando sea oportuno y necesario, a partir del uso de argumentos que vayan en línea con aspectos sustantivos que exceden la letra de la ley escrita. A este respecto, Aristóteles divide las pruebas por persuasión en “propias del arte” (ἔντεχνοι) y en “ajenas al arte” (ἄτεχνοι). Las primeras son aquellas que pueden prepararse con método y por nosotros mismos, y las segundas aquellas que no se producen por nosotros, sino que existen de antemano: de este modo, mientras que las primeras se inventan, las segundas se utilizan en la construcción del discurso. En este escenario, Aristóteles especifica que la ley escrita se enmarca dentro de las pruebas no técnicas de derecho y la menciona junto a otros cuatro tipos de pruebas: los testigos (*mártures*), los contratos (*synthékai*), las confesiones bajo tortura (*básanoi*) y los juramentos (*hórkoi*). Lo interesante de todo esto es que, cuando analiza cómo debe emplearse la ley escrita, sostiene que si ella no es favorable al caso, se debe recurrir a la “[ley] común y a [argumentos] de equidad como más justos” (τῷ κοινῷ [...] καὶ τοῖς ἐπιεικέσιν ὡς δικαιότεροις) (*Rh.* 1375a28-29). Incluso señala que la fórmula del juramento de los jueces que ordena decidir “con el mejor juicio” (γνώμη τῆ ἀρίστη) significa precisamente eso: que no hay que servirse con exclusividad de las leyes escritas.<sup>8</sup>

El planteo de Aristóteles muestra que, en lo que respecta a la estructura de la justificación jurídica, hay una discriminación entre la ley escrita y sus bases sustantivas, entre lo legal-formal y lo legal-material. En la búsqueda de la justicia, los jueces pueden, y a veces deben, apelar a otra instancia de justificación y no quedarse atados, a la hora de juzgar, a la rigidez de la letra de la ley. A la luz del desarrollo de *Ética Nicomaquea* (V.7), hay que precisar, por cierto, qué es la justicia natural y cómo en dicha instancia de justificación ella ocupa un lugar privilegiado. Lo primero que cabe decir es que, en Aristóteles, la justicia natural no es externa a la politicidad, es decir, una instancia metafísica que se sustrae a la institución del derecho ni en modo alguno rivaliza con la ley positiva. No es prepolítica ni metajurídica ni ajena al orden jurídico. Sacarla de estos dominios es algo que Aristóteles difícilmente aceptaría. Seguramente, el origen de trazar erróneamente una oposición entre aquella y el derecho convencional se origina por el hecho de tratarla como una universalidad natural, como “el fuego [que] quema tanto aquí como en Persia” (τὸ πῦρ καὶ ἐνθάδε καὶ ἐν Πέρσῃ καίει) (*EN* 1134b26). El error sería, pues, ver a la justicia natural con un carácter

8 El juramento dicástico aparece en diversas fuentes de la oratoria forense, como por ejemplo Aeschin. 3.6, Antiphon. 5.7 y Dem. 20.118. Sobre el tema, ver Harris (2006, 2013, pp. 101-137), Johnstone (1999, pp. 40-42), Mirhady (2007) y Todd (1993, pp. 54-55).

inmutable y necesario que hace imposible su conciliación con la convencionalidad y la variabilidad de la justicia positiva. Lo que no se logra advertir es que en realidad ambas, como formas de la justicia política, son de carácter práctico: se vinculan a los asuntos humanos, a la acción, la prudencia y la deliberación de los agentes en el entramado de las relaciones intersubjetivas. Seguramente, por esto Aristóteles dice que tanto la justicia natural como la legal están “sujetas al cambio” (κινητὰ).<sup>9</sup>

Semejante expresión acerca de la variabilidad de la justicia no significa en modo alguno caer en un relativismo. En contra de aquellos que sostienen que el significado de la justicia cambia de un lugar a otro, Aristóteles dice que si bien ello puede ser verdadero en cierto sentido, no lo es en sentido absoluto. En efecto, aun cuando la justicia es cambiante, “hay entre nosotros también algo [justo] por naturaleza” (παρ’ ἡμῖν δ’ ἔστι μὲν τι καὶ φύσει) (EN 1134b29). Pero no hay que pensar que la justicia natural es algo necesario, esto es, lo que no puede ser de otro modo. Aristóteles no es Platón, no predica un *parádeigma* que se sustrae al mundo sensible y que es inmutable, como sucede con la idea de Bien (Villey, 1981, p. 38). Claro, el problema es cómo entender que si bien la justicia natural tiene la misma fuerza en todos lados y escapa al parecer humano, aun así es variable. Dicho de otro modo, la dificultad se presenta en que ella tiene en algún punto un carácter que hace que no sea reductible a lo convencional. Aristóteles no explica en *Ética Nicomaquea* (V.7) la forma de cambio a la que está sujeto lo justo por naturaleza. Sin embargo, de acuerdo con la materia, lo cierto es que no podría ser una regularidad absoluta, sino una regularidad relativa, es decir, aquello que sucede “en la mayor parte [de los casos]” (ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ) (Sinnott, 2007, p. 180 nota al pie 867; Varela, 2014, p. 114).<sup>10</sup> Sobre este punto, pues, lo que está claro es que Aristóteles, como explica Baracchi (2008, pp. 161-162), se niega a elegir entre dos concepciones dicotómicas de naturaleza: una, que la ve como aleatoria, indiferente e injusta, frente

9 La tesis de la variabilidad de la justicia natural también se encuentra en *Magna Moralia* (1194b30-32), en la que Aristóteles dice que ella “no debe entenderse en el sentido de que no pueda cambiar nunca” (δεῖ δ’ οὕτως ὑπολαμβάνειν μὴ ὡς μηδέποτε ἂν μεταπεσόντα); incluso, agrega que “las cosas que son por naturaleza participan del cambio” (τὰ φύσει ὄντα μεταλαμβάνουσι μεταβολῆς).

10 Quizá en este sentido se debería entender la analogía de la justicia natural con la mano derecha, respecto a la cual Aristóteles dice en *Ética Nicomaquea* (1134b33-35) que “es por naturaleza la más fuerte y sin embargo todos pueden llegar a ser ambidiestros” (φύσει γὰρ [...] κρείττον, καίτοι ἐνδέχεται πάντα ἀμφιδεξίους γενέσθαι). Sin ir más lejos, cuando en *Magna Moralia* (1195a3) se refiere a este ejemplo, dice que lo justo por naturaleza es aquello que “persiste en la mayor parte [de los casos]” (ἐπὶ τὸ πολὺ διαμένον). En relación con el significado de esta metáfora, ver Duke (2020, p. 135) y Miller (1995, pp. 75-77).

a la cual las leyes humanas proporcionarían cierta seguridad; la otra, como un horizonte estático que fundamenta por sí misma toda autoridad. Aristóteles, claramente, busca trascender tanto un relativismo superficial como el derecho natural esencialista y dogmático.

La regularidad que expresa el carácter natural de la justicia política encuentra su base, antes que en el plano de la *phýsis*, en la *práxis* misma.<sup>11</sup> Así, como explica Vega (2014a), se trata de una universalidad circunscripta a las acciones humanas, es decir, “una universalidad que tiene que ver con los valores prácticos, y no con las reglas teóricas que gobiernan la *phýsis*” (p. 439). Este universalismo de la justicia natural no se substrahe ni deja de estar incluido en la institucionalización del derecho positivo en su contexto político y moral (Vega, 2011, p. 312). En este orden de ideas, se puede decir que la justicia natural expresa los principios prácticos sobre los que se asienta la actividad legislativa, los valores político-morales –incluso religiosos–<sup>12</sup> **básicos y fundamentales de la pólis** que dependen de su dimensión institucional.<sup>13</sup> En esto radica la naturalidad que tiene la justicia política: respecto a las bases, la racionalidad y finalidad del **régimen político** (*politeía*) según su especie, algo que no puede ser ajeno a la institucionalización de las leyes; de lo contrario, estas no tendrían razón de ser.

Si esto es correcto, se puede decir –tomando una famosa metáfora de Descartes– que la ley escrita es como las ramas de un árbol, que se conectan con el tronco y este, mediante las raíces, se fija a la tierra y se nutre de ellas. La ley hace cuerpo y materializa, en un instrumento asible y fácil de reconocer, los criterios de moralidad y racionalidad que estructuran la *politeía*. Esto explica su valor y por qué la regla es que los jueces lleven a cabo, siempre que sea posible y no se arribe a una resolución injusta, una aplicación directa de la ley. Aristóteles es claro respecto a este punto cuando dice en *Retórica* (1354a31-b16) que los legisladores deben dejar al juez lo menos posible sin regular y que solo aquello que no se pueda determinar con precisión debe quedar bajo la autoridad de

---

11 Es importante señalar este punto, pues, de lo contrario, si se lleva muy lejos la analogía entre la física y la ética, se corre el riesgo de caer en un naturalismo ético y situar la ética en el campo de una ciencia demostrativa.

12 En rigor no es correcta hacer esta distinción, ya que lo moral, lo político y lo religioso en el pensamiento griego antiguo iban de la mano. Sin embargo, mientras se tenga presente ello, no hay inconvenientes en trazarla; de hecho, nosotros lo hacemos.

13 Unos principios políticos básicos del sistema democrático serían, por ejemplo, la igualdad de derechos políticos de todos los ciudadanos (*isonomía*) y la libertad de expresión (*isegoría*), sin los cuales sería impensable la propia noción de ciudadanía. Como valor moral se puede mencionar el deber de *gerotrophía* (el deber de honrar a los padres), tal como lo atestiguan X. Mem. 4.4.20, A. Supp. (vv. 707-709), entre otros.



los magistrados.<sup>14</sup> Solo donde la norma general se quedó corta en la realización de la justicia, el juez puede ejercer cierta creatividad interpretativa, pero con restricciones. Lo deseable, entonces, es que los jueces, en cuanto guardianes de la ley y del criterio de ordenación que siguió el legislador en su obra, sigan con mucha fidelidad lo dispuesto en la norma, sin aventurarse a realizar una exégesis que, más que preservar su autoridad, la prive de sentido y le quite su razón de ser.

Pero esto no significa que la ley escrita sea el último tribunal de apelación sobre lo justo o injusto. Es una pauta muy importante que los litigantes y jueces deben seguir, pero no es la única ni la final. En los casos en que lo dispuesto de forma textual en la ley sea insuficiente, el juez debe ir a los principios sobre los que se apoya el *nómos* para determinar cómo alcanzar con suficiencia la justicia en el caso: en nuestra metáfora, hay que ir a las raíces del árbol, que es aquello que mantiene firme la norma y también lo que le ofrece a esta los ingredientes necesarios para mantenerla con vida. En dicha instancia más básica se encuentra la justicia natural, los principios prácticos sobre los que se asienta la actividad legislativa. Entonces, cuando Aristóteles dice que el criterio fundamental respecto a cómo procede la equidad es mirar lo que hubiera hecho el legislador, lo cierto es que no niega que haya que ir a los fundamentos últimos y los criterios de ordenación que este utilizó al establecer la ley. La justicia formal de la ley, que tiene un carácter instrumental y se maneja siguiendo estándares de conducta generales, tiene sus limitaciones. Es una condición necesaria para resolver el caso con corrección, pero no es suficiente ni tampoco constituye un fin en sí misma (Vega, 2014b, p. 126). Ella está ligada a valores materiales que le dan sustancia y la estructuran con base en los fines y la concepción de bien común que el legislador desee poner en práctica mediante sus normas; de ahí que estos principios son para aquel juez que quiere practicar la equidad la me-

---

14 Los argumentos del filósofo son básicamente tres. En primer lugar, dice que es más fácil encontrar en la ciudad uno o algunos pocos legisladores con buen sentido, sabios y prudentes que una multiplicidad de jueces con estas mismas cualidades. En segundo término, sostiene que la promulgación de leyes tiene lugar luego de una larga deliberación sobre los asuntos; en cambio, los juicios se llevan a cabo con rapidez, de manera que es difícil que los jueces determinen con precisión lo que es justo y conveniente. Por último, explica que el juicio del legislador no se refiere a un caso en particular, sino que versa “sobre lo futuro y lo universal” (*περὶ μελλόντων τε καὶ καθόλου*); en cambio, los jueces tienen que juzgar inmediatamente sobre lo presente y determinado, por ello existe un mayor riesgo de verse afectados por “la amistad” (*τὸ φιλεῖν*), “el odio” (*τὸ μισεῖν*) y “la conveniencia propia” (*τὸ ἴδιον συμφέρον*). Su imparcialidad corre el riesgo de deformarse y en la búsqueda por la verdad también pueden extraviarse, pues las pasiones oscurecen el juicio; el legislador, al contrario, se encuentra relativamente más protegido frente al peligro de caer en estas desviaciones.

por guía al momento de determinar, en casos difíciles y problemáticos, lo justo.

Uno puede pensar que, según el desarrollo que se ofrece en *Retórica*, en realidad no hay un orden de prioridad de la justicia natural con respecto a la ley escrita. Así se pronuncia Yack (1993, pp. 185-186), quien dice que, según Aristóteles, las partes del litigio pueden valerse de la ley escrita o la ley común y esto es algo facultativo que se realiza dependiendo de cuál de aquellos dos tipos de leyes es más conveniente y apropiada para satisfacer sus propósitos. No hay algo así, pues, como un sistema jurídico que establezca jerarquías normativas. La observación de aquel autor es cierta, pues en el ámbito de *Retórica* Aristóteles está preocupado por indagar la cuestión de la argumentación y persuasión.<sup>15</sup> Sin embargo, el problema es que se queda con el tratamiento que hace Aristóteles de la ley natural en dicha obra y no toma en cuenta el concepto de “justicia natural” que ofrece en *Ética Nicomaquea*. Hay que ir en particular a este último texto para ver la distinción y el orden de prioridad normativo, y que la ley escrita sin estar nutrida de esa base material es una cáscara vacía de moralidad.

En *Política* y en *Ética Nicomaquea*, Aristóteles les da mucha importancia a las ideas de orden y de buena legislación y administración (de gobierno y judicial) dentro de un régimen justo. Tiene un fuerte interés en que todos sus engranajes funcionen del modo más armónico posible, de modo tal de mantener la integridad de la práctica jurídica y el correcto desarrollo de la *pólis*. No es exagerado decir, pues, que la realización de los valores político-morales de la *politeía* es lo que mantiene, a nivel jurídico, la coherencia normativa y, a nivel político, lo que garantiza una unidad de sentido comunitario: un cuerpo que sepa apuntar y direccionar todas sus fuerzas hacia un mismo lugar. Es por eso que el juez tiene que interpretar con responsabilidad el material legislativo disponible, en concordancia con los principios de la *pólis*, y votar a favor de la parte cuya argumentación sea la más congruente y la que de mejor modo se ajuste a los principios prácticos sobre los que se estructura la actividad legislativa: satisfacer no meramente una consistencia lógica, sino una coherencia o congruencia axiológica (Vega, 2014b, p. 130). La justicia natural, de acuerdo con la interpretación propuesta, tiene entonces un rol fundamental.

---

15 Así, por citar unos ejemplos, Irwin (1996) dice que “el propósito del tratado aparentemente no ofrece razón alguna para suponer que estas cosas deban ser el propio pensamiento de Aristóteles” (p. 142), y Burns (2011) sostiene que aquellas aseveraciones son “dispositivos estratégicos, o puntos de debate, a los que los estudiantes de retórica podían apelar de manera plausible si desean argumentar un caso particular” (p. 110).

### 3. La lealtad al legislador

El juez que mediante el ejercicio de la equidad discierne lo justo tiene que seguir determinados criterios objetivos que garanticen la racionalidad y la moralidad de su decisión. En una concepción en la cual la ley tiene un lugar importante en la escala de las instituciones jurídicas, el juez que rectifica la norma general, como primera medida, no debe ir a buscar en otro lado el modo de corrección más que en la norma misma, juzgando como “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών) (EN 1137b22-23). Esto significa que en el campo jurisdiccional los jueces tienen la exigencia de dirigir todos sus esfuerzos interpretativos para mantener en la mayor medida de lo posible una firme lealtad con el autor de la ley (Brunschwig, 1996; Zahnd, 1996, p. 267). El legislador es quien expresa en el *nómos* un discurso recto y racional, libre de pasiones, que regula la conducta humana del modo más sabio y que guía a los ciudadanos hacia el buen vivir. El juez encontrará allí la garantía de que el ejercicio de su actividad se ajusta a la justicia y los fines de la *pólis*. Bajo este panorama, se puede afirmar que el ejercicio de la actividad de la *epieikeia* debe realizarse de un modo muy restringido, pues cuando el juez se vale de ella tiene que ser lo más fiel posible a la voluntad del legislador, conciliando lo fáctico con lo normativo.

Esta interpretación cobra fuerza si se tiene presente, además, un pasaje de *Retórica* (1374b2-23) en el que Aristóteles enumera varios actos que son equitativos y otros que no. Los ejemplos ofrecidos se pueden reunir, un tanto arbitrariamente, en cuatro grandes grupos: en primer lugar, son equitativos los actos que expresan indulgencia y en los que se prefiere diferenciar entre el error (*hamártema*), el acto injusto (*adikema*) y el hecho desafortunado (*atýkhema*); en segundo término, aquellos mediante los cuales se practica la reciprocidad y la gratitud; en tercer lugar, es equitativo someter el conflicto a la institución del arbitraje (*díaita*); y, finalmente, la disposición a mirar, ante todo, la voluntad del legislador. Mientras que los dos primeros casos se vinculan con cuestiones mayormente sustantivas y el tercero con una cuestión procesal, el último expresa cuál es el criterio que debe guiar la actividad interpretativa del juez en pos de actuar con equidad. Este se materializa en diversos lineamientos que Aristóteles se ocupa de especificar. Así, dice que es propio de la equidad no mirar simplemente hacia la ley, sino “hacia el legislador” (πρὸς τὸν νομοθέτην), no atenerse a la “letra” (λόγον), sino a la “inteligencia del legislador” (διάνοιαν τοῦ νομοθέτου), ni al hecho, sino a la “intención” (προαίρεσιν), ni tampoco a la parte, sino al “todo” (τὸ ὅλον).

Estas pautas, si bien parecieran decir lo mismo, enfatizan aspectos distintos. En primer lugar, la idea de mirar hacia el legislador y atenerse a su inteligencia expresa un argumento de corte psicológico por el cual el significado que el juez le atribuye a las palabras de la ley debe corresponderse con la voluntad de su autor (directriz de la voluntad del legislador). En segundo término, cuando Aristóteles pone el énfasis en la intención del legislador destaca la necesidad de reconstruir los fines de la norma, los cuales, si bien están dados por su artifice, se independizan: la norma, pues, cobra autonomía, vida y racionalidad propias (directriz teleológica). Finalmente, en cuanto a la pauta de privilegiar el todo antes que la parte, Aristóteles parece decir que la identificación de la auténtica voluntad del legislador debe realizarse considerando la norma puntual que se aplica al caso en correspondencia con todas las demás manifestaciones legislativas que conforman un sistema jurídico (directriz sistemática). Esta estrategia involucra dos aspectos que van de la mano. Lo primero que busca es descubrir con cierta suficiencia cuál habría sido la solución del legislador, pues ciertamente uno de los modos más eficaces para lograr esa identificación es mediante un examen de la legislación como un todo (Harris, 2013, p. 28). Pero, además, al privilegiarse el todo antes que la parte, el intérprete se asegura de seguir aquella opción que sea coherente y esté en conformidad con la práctica jurídica global. Se trata de salvaguardar la coherencia normativa, la cual constituye un dispositivo de justificación que presupone la idea de que el derecho es una empresa racional, concibe las normas como partes de un todo dotado de sentido, promueve la certeza y permite guiar la conducta de las personas (Atienza, 2005, p. 119). En términos más amplios, lo que está en juego, dicho con algunas ideas de MacCormick (2010, p. 12), es un sentido de coherencia global (*overall coherence*) que aspira a la armonía del sistema normativo sobre la base de los principios. Toda decisión judicial se sitúa dentro de un contexto que limita la creatividad interpretativa y la orienta hacia el cumplimiento de la coherencia como ideal regulativo (*regulative ideal*) al que debe tender la actividad judicial (MacCormick, 2010, pp. 47-48).

A pesar de estas sutiles diferencias, en el enfoque que ofrece Aristóteles las directrices apuntan hacia un mismo lugar: el legislador. Mediante tal movimiento, el juez se asegura de que su decisión se ajuste a la razón que inspira la ley, que expresa la propia norma y que informa el sistema normativo como un todo coherente y ordenado. El magistrado que realiza un acto de equidad no solo lleva a cabo un amoldamiento de la norma al caso concreto, sino también, y sobre todo, una adaptación fiel de la norma a la voluntad del legislador.

Muy probablemente esta es la razón por la cual Aristóteles en *Ética Nicomaquea* (1137b22-24) dice de modo expreso que si el legislador hubiera previsto el evento que genera problemas en la aplicación de la ley, lo habría incluido en su obra. O, como afirma el filósofo en *Magna Moralia* (1198b29-30), el juez que elige aquello que el legislador tuvo la intención de establecer sin lograrlo, “él es equitativo” (ὁ τοιοῦτος ἐπιεικής).

Esa es una regla fundamental que ordena cómo se debe proceder respecto a la equidad; incluso es la que indica cuándo se debe aplicar la equidad (Brunschwig, 1996, p. 151). Pero al respecto hay que realizar una precisión de acuerdo con las consideraciones realizadas en el apartado 2. Que todos los esfuerzos interpretativos se dirijan a amoldar la ley de acuerdo con la intención, la inteligencia o sencillamente la voluntad del creador del *nómos* no equivale en modo alguno a defender el imperio del legislador (Vega, 2014a, p. 459). No es esto lo que plantea la equidad, pues de ser así se estaría defendiendo el gobierno de un hombre, lo cual es algo que Aristóteles al parecer rechaza.<sup>16</sup> En realidad, la equidad consiste en el imperio de los valores político-morales de la *pólis* y que se expresan por medio del *nómos* a través de la razón del legislador. El fundamento de la corrección no es, como dicen algunos especialistas (Michon, 2010, p. 37; Shanske, 2008, p. 356), simplemente la intención legislativa, sino que va más allá. Se trata, pues, de utilizar como criterio los cimientos mismos de la *politeía*, aquellos sobre los cuales se asienta la legislación en general. Tal como explica Schillinger (2018, p. 341), Aristóteles no sostiene que la ley exige una corrección a la luz de la intención del legislador en el plan original que estableció para las prácticas e instituciones de la ciudad, pues un fundador político no puede anticipar todas las contingencias que enfrentará el régimen en el futuro. Aristóteles no cae en el error de pensar al legislador como un ser ultrarracional que previó todo en su obra. En realidad, lo que dice es que la ley exige una corrección en la forma en que el propio legislador ejerció originalmente su inteligencia práctica cuando fundó el régimen político. Uno y otro caso son cosas por completo distintas.

---

16 En efecto, como dice el filósofo en el pasaje 1134a35-b1 de *Ética Nicomaquea*, “por lo cual no dejamos que [nos] gobierne un hombre, sino la ley, porque [aquel] lo hace para sí mismo y se convierte en tirano” (διὸ οὐκ ἐδῶμεν ἄρχειν ἄνθρωπον, ἀλλὰ τὸν νόμον, ὅτι ἑαυτῷ τοῦτο ποιεῖ καὶ γίνεται τύραννος). Cabe destacar que, a diferencia de la edición base que utilizamos, en lugar de *λόγον* (“razón”) preferimos seguir la variante *νόμον* (“ley”) ofrecida en el código Marcianus 213. En relación con ese punto, ver asimismo *Política* (III. 15-16), donde se discuten los pro y contra del gobierno del *nómos* frente al del mejor hombre, y Aristóteles ofrece su famosa definición “la ley es inteligencia sin apetito” (ἄνευ ὀρέξεως νοῦς ὁ νόμος ἐστίν).

La equidad es un recurso necesario para garantizar, en ocasiones, el imperio de la ley y, en última instancia, mantener los principios de la ciudad. En este sentido, como explica Vega (2014b), la equidad expresa la actividad jurisdiccional como “aquel punto de apoyo o soporte fundamental de la propia práctica de la legislación y, por tanto, de la política misma, del ‘gobierno de las leyes’ en su integridad” (p. 116). Tanto jurisdicción como legislación guían la acción mediante valores y principios base a la luz de la excelencia de la justicia. En el caso particular de la actividad judicial, el juez que practica la *epieikeia* tiene la difícil tarea de conciliar lo universal con lo particular y, en este proceso, la razón que informa la ley se muestra como una buena guía para alcanzar lo justo.

El juez está sometido a la ley y debe realizar lo que ella dispone, y cuando su letra le impide fallar con rectitud, debe atenerse a su espíritu; nunca ir más allá, pues de hacerlo corre el riesgo de salirse de los contornos de la razón del *nómos*. En el contexto de resolución de conflictos judiciales, como explica Zahnd (1996, p. 290), no existe un procedimiento de decisión equitativo sin referencia a un estándar universal. La toma de decisión no opera en un vacío libre de toda determinación normativa. El juez que busca la equidad solo la alcanza dentro de criterios universales fijados por la ley, pero realizando aquello a lo que aspiró el legislador, esto es, los valores sustantivos que se expresan como justicia natural. Quien actúa al dirimir un conflicto judicial continúa el trabajo que ha comenzado el legislador, amplificándolo o corrigiendo; nunca abandonado las leyes (Duke, 2020, p. 156; Horn, 2006, p. 152). Se puede decir, pues, que es una forma de superar la impersonalidad de la justicia legal, pero sin salirse de sus propios contornos (Ruíz-Gallardón, 2017, p. 174). Dicho con las palabras de Vega (2014b), la idea aristotélica de equidad es “como una especie de hilo rojo que va de la práctica del juez a la práctica del legislador (al ‘gobierno de las leyes’ o Estado de derecho) y liga ambas con la justicia (o sea, con ciertos valores político-morales)” (p. 117).

En la concepción de derecho de Aristóteles, los principios de la *politeía*, sus fines, la legalidad y la equidad son eslabones de una misma cadena. La *epieikeia* ocupa el último lugar de un proceso que toma la forma de una construcción escalonada. En el primer nivel se encuentra lo más fundamental y estructurante de la comunidad política, aquello que determina el tipo de *politeía*.<sup>17</sup> En un

---

17 Como es sabido, sobre la base de si persiguen el bien común o no, Aristóteles ofrece una clasificación de seis regímenes, tres rectos y tres corruptos. En el primer grupo se encuentran la monarquía, la aristocracia y la *politeía*, este último designado con el término común a todos los regímenes, pero que puede ser traducido como “república” para evitar ambigüedades. Los regímenes desviados, que

segundo nivel están las leyes, es decir, los estándares de conducta que buscan promover la excelencia cívica de los ciudadanos y la justicia de acuerdo con la concepción que se tiene en ese régimen constitucional en particular. Finalmente, el tercer escalón es aquel donde se realiza la justicia en una situación concreta. En este último nivel es donde precisamente cobra protagonismo el instituto de la *epiēikeia*, cuando la ley por sí sola no alcanza para garantizar que la justicia efectivamente se materialice. A nivel teórico, de estas consideraciones se pueden extraer dos observaciones interesantes respecto al pensamiento iusfilosófico de Aristóteles. La primera es que la práctica de la equidad no puede prescindir de la concatenación que mantiene con los otros niveles, mientras que la otra es que la justicia que garantiza la equidad es la síntesis de elementos generales y particulares, de los criterios fijados en la ley y de lo que brota de especial de la situación concreta. En el ámbito judicial, no hay justicia según la *epiēikeia* sin la comunión de estos elementos.

#### **4. El juez como cocreador de derecho en el último eslabón de la práctica jurídica**

El juez equitativo prosigue el fin al que aspira la tarea legislativa en los casos en que la regla general fijada en la norma es deficiente. La exigencia parte de la base de respetar y mantener con fidelidad un trabajo en equipo entre legislador y juez, pero no como si se tratara de una mera alianza (una *symmakhía*) signada por cuestiones de utilidad, sino de una suerte de comunidad estructurada por fines éticos omniabarcantes. Hay así una concepción muy fuerte de pensar el derecho como una organización legal y ética, una empresa coordinada en la cual los engranajes apuntan hacia la misma dirección, respetando las formas (las reglas) y sus bases materiales.

Semejante idea de coordinación y orden (*táxis*) supone una división de funciones institucionales que deben ser ejercidas con seriedad. Si el derecho busca coordinar las conductas, promover la realización de determinadas acciones y la abstención de otras con el fin de generar hombres virtuosos, esto se debe hacer desde todas las instituciones encargadas de establecer normas de comportamiento. De arriba para abajo, es decir, de lo universal a lo particular, la ley fija los estándares generales que organizan a toda la comunidad; desde abajo, el juez, situado en el terreno de lo particular y contingente, pero observando lo universal, verifica que la aplicación de la norma realiza el valor supremo de la

---

son las formas degeneradas de cada uno de los rectos, son respectivamente la tiranía, la oligarquía y la democracia (Pol. 1279a y b).

justicia. En caso de que ello no fuera así, se vale de la equidad para, en un movimiento de rectificación, mantener su autoridad y garantizar la continuidad del gobierno de la razón (el *nómos*). Ello implica apoyar el propio punto de vista del legislador, abstracción que contiene el *lógos*, el *télos* y los valores sustantivos de la *pólis*. No hay, pues, una sustitución del punto de vista del legislador por el del juez, por eso, el juicio que ofrece el juez al momento de juzgar un caso que convoca la equidad sustenta más que socava el sistema legal (Kraut, 2002, p. 110).

De esta manera, la equidad, como dispositivo que garantiza la validez de la ley y la integridad funcional del derecho, logra que aun en el terreno de lo extraordinario e imprevisible la jurisdicción tenga la capacidad de continuar la tarea de la legislación de modo armónico (Vernengo, 1974). Esto es una necesidad de toda comunidad organizada y un requisito esencial para establecer un buen orden legal, que tenga una fuerte correspondencia y coherencia entre las normas generales y las normas particulares. Ciertamente, el fin de los legisladores, quienes son los encargados de crear las normas generales, y el fin de los jueces, quienes tienen la tarea de interpretarlas y aplicarlas, son como dos líneas paralelas que van por senderos distintos, pero que convergen al final entre sí. Entre legislador y juez debe darse una continuidad, un trabajo mutuo sin el cual no sería posible la ordenación que pretende imponer el *nómos*; de lo contrario, la empresa jurídica estaría condenada al fracaso.

Dicho esto, se puede apreciar un aspecto interesante. En la medida en que el juez amolda la norma al caso, mediante un acto de interpretación y rectificación, se vuelve cocreador del derecho. Esta afirmación debe ser aclarada, pues puede generar malentendidos y, además, desfigurar la fuerte sospecha que Aristóteles tiene contra la discrecionalidad y libertad de los jueces en *Retórica* (1354a31-b16). En efecto, la regla es que el juez decida de acuerdo con el texto de la norma, sin aventurarse a salirse de sus contornos cuando el caso no lo permita; solo en aquellos supuestos en los que la ley por sí sola no resuelve con corrección el conflicto él asume un rol activo y sale al auxilio del legislador para garantizar la realización de la obra legislativa en consonancia con los fines de la *pólis* y el valor supremo de la justicia. La coautoría es la excepción, pues Aristóteles considera que en una *pólis* bien ordenada la mayoría de los asuntos tienen que estar regulados con precisión en las leyes y a los jueces se les debe dejar el menor margen de acción posible.

En esta tarea de cocreación, vale aclarar, el legislador y el juez no están en modo alguno al mismo nivel; no son dos novelistas que diseñan a la par y con la misma autoridad un relato. Al contrario, hay una clara preminencia del au-



tor de la ley, pues el juez que recurre a la equidad debe mirar la intención del legislador, su inteligencia y la lógica de su obra; no puede evadir estos límites ni reemplazar su voluntad ni los fines a los que aspira por los suyos, pues, de ser así, el orden y la razón serían sustituidos por el caos y la arbitrariedad. Sería como que en la construcción de una hermosa catedral de estilo gótico algunos obreros empiecen a alterar el diseño de base fijado por el arquitecto y confeccionen las ventanas y otras partes de la obra con un estilo barroco o cubista.

Aristóteles no ofrece una explicación rigurosa acerca de cómo puede hacer el juez para traer al legislador y los principios desde los que este parte al caso concreto o, dicho con sus propias palabras, para que juzgue el caso como “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κἂν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών) (EN 1137b22-23) sin alterar su trabajo. El Estagirita no explicita con claridad cómo en un juicio de equidad el juez logra que la rectificación de la ley llevada adelante tenga cobijo dentro del sentido que el legislador quiso darle al enunciado normativo. No obstante, este punto se puede explicar mediante el uso de algunas categorías contemporáneas de la teoría de la interpretación, que en rigor son propias de la filosofía del lenguaje y se han vuelto clásicas a partir de la teoría de Austin (1962) de los actos de habla. Así, habría que distinguir aquello que *quiso decir* el legislador con la ley, esto es, la “intención lingüística”, de aquello que *quiso hacer*, es decir, la “intención pragmática” o “performativa” (Moore, 1985, p. 339; Zambrano, 2009, p. 394). Si aplicáramos esta distinción a un caso en el que el juez rectifica la ley para evitar una injusticia que deviene de la aplicación literal y mecánica, está claro que su actividad interpretativa no es un acto que pura y exclusivamente intenta precisar, mediante un método literal, lo que el legislador quiso decir cuando enunció la proposición normativa. Más bien lo que sucede es que el juez va más allá del sentido de las palabras de la ley (una interpretación textual) y se focaliza, en su lugar, en desentrañar y recuperar lo que quiso hacer el legislador cuando emitió el enunciado normativo: se trata, pues, de enfocarse en la teleología que informa tanto la norma como al propio sistema del derecho.

Tomemos el ejemplo que ofrece Aristóteles en *Retórica* (1374a35-b1) para precisar un poco lo dicho hasta aquí de forma un tanto apresurada. Así, dice que “si uno llevando un anillo levanta la mano o golpea a otro, será culpable y comete injusticia según la ley escrita” (κἂν δακτύλιον ἔχων ἐπάρηται τὴν χεῖρα ἢ πατάξῃ, κατὰ μὲν τὸν γεγραμμένον νόμον ἔνοχος ἔσται καὶ ἀδικεῖ). Pero inmediatamente aclara que “de acuerdo con la verdad no comete injusticia, y esto es lo equitativo” (κατὰ δὲ τὸ ἀληθὲς οὐκ ἀδικεῖ, καὶ τὸ ἐπιεικὲς τοῦτό ἐστιν).

Como sugiere la mayoría de los intérpretes, el ejemplo parte implícitamente de una ley general que castiga penalmente a todo aquel que lastime a otro con un instrumento de metal; un delito que, por su gravedad, debe distinguirse de las simples lesiones causadas sin ningún elemento y, por ello, sancionarse con mayor dureza.<sup>18</sup> Al redactar la figura agravada del delito de lesiones, el legislador no tiene otra opción que valerse de una fórmula general, pues no sería capaz de especificar con precisión el tamaño y el tipo de arma que alguien podría emplear para herir a su víctima. Pero en la práctica, aplicar este agravante a quien usó un anillo –de dimensiones normales– al momento de golpear a otro, incluso quizá sin intención de valerse de tal elemento para generar un mayor daño, no parece ser justo. Este es, pues, un caso a favor de la *epieikeia*, en el cual la generalidad de la ley debe ser rectificada.

Ahora bien, frente al caso en que, por un lado, un hombre lastime a otro con un puñetazo (teniendo un anillo en su mano) y, por el otro, la norma jurídica disponga que “todo aquel que lesione a otro con un instrumento de metal será castigado con pena de multa de 1000 dracmas”, no parece que el juez, al decidir si aplica la figura agravada del delito de lesiones, pueda alcanzar un resultado justo si se limitara a determinar la intención lingüística mediante una interpretación textual. En efecto, con desentrañar qué quiso decir el legislador con sus palabras se quedaría gravitando en torno a un plano acotado que, al no ofrecer otro criterio más que lo expresado en el enunciado de la ley, es insuficiente a los fines de llevar a cabo una rectificación de la norma y encontrar una respuesta que se adecue mejor y con más justicia al caso concreto.

Lo que tiene que hacer el juez es indagar la intención pragmática del enunciado normativo y ver si hay un exceso en cuanto a los fines a los que se dirige la intencionalidad del autor. Esto, vale aclarar, a veces es muy complejo, pues la intencionalidad no se dirige a un objeto único, sino a una cadena de fines y objetivos (Zambrano, 2009, p. 189). En nuestro ejemplo, la norma que pena con mayor dureza las lesiones ocasionadas mediante un elemento de metal ha sido promulgada con la intención inmediata de castigar con mayor dureza a quien se vale de un elemento de metal porque su empleo en la agresión generaría mayor daño en la víctima. Ello, a su vez, se ajusta a la intención mediata de evitar que los individuos se dañen gravemente entre sí, lo cual a su vez puede

---

18 Cf. Georgiadis (1987, p. 161), Harris (2013, p. 31), Horn (2006, p. 154) y Zahnd (1996, p. 267), entre otros. Shiner (1994, p. 1252), por su parte, entiende que el ejemplo es acerca de una persona que roza (*brush against*) a otra mientras lleva un anillo en su mano y que, a partir de ello, se convierte técnicamente en culpable del delito de agresión.

ordenarse a la intención más remota de desalentar acciones delictivas y así hasta llegar a la intención mucho más general, que informa a todo el derecho, de alcanzar la paz social.

Hay que reconocer que Aristóteles es por completo ajeno a este tipo de instrumental teórico que distingue intencionalidades en un acto de habla. Sin embargo, no resulta exagerado afirmar que el Estagirita, en alguna medida, no desconoce estos distintos niveles que se pueden identificar en la norma. Una clara prueba de ello es, por un lado, la afirmación de que el juez equitativo juzga como “el propio legislador diría si estuviera allí presente” (ὁ κἄν ὁ νομοθέτης αὐτὸς ἂν εἶπεν ἐκεῖ παρών) (EN 1137b22-23) y, por el otro, el conjunto de las pautas interpretativas que guían la actividad del juez: mirar “al legislador” (τὸν νομοθέτην), su “inteligencia” (διάνοιαν), su “intención” (προαίρεσιν) y al “todo” (τὸ ὅλον) antes que quedarse en una interpretación parcial focalizada pura y exclusivamente en “ley” (νόμον), su “letra” (λόγον), el “hecho” (πρᾶξις) y “la parte” (τὸ μέρος) (Rh. 1374b11-15). Nos hemos ocupado de desarrollar este tema en el apartado 3, por lo que no hace falta volver sobre él. Sin embargo, nos interesa agregar aquí, de acuerdo con las ideas que venimos formulando, que mediante tales directrices el juez logra desentrañar la intención pragmática del legislador y, al llevar a cabo eso, lo trae a los hechos: lo hace presente en el aquí y ahora que se juzga y, como si fuese el mismo juez, se le da la oportunidad para que subsane el defecto, voluntario o involuntario, de su obra.

Salir a la búsqueda de aquello que haría el legislador en una situación concreta a la luz de la intención pragmática, tomando como punto de partida las expresiones lingüísticas contendidas en la ley y como guía última los fines estructurales del régimen constitucional, es una operación fundamental del recurso de la equidad que le permite al juez descubrir, ante un caso extraordinario, imprevisible y de difícil resolución, el sentido jurídico de la norma y el espíritu que la nutre con el fin de obtener, luego de su enderezamiento, una resolución adecuada, racional y justa. Así, el juez recupera y continúa la racionalidad deliberativa del legislador y los principios prácticos básicos que orientan su obra (Zahnd, 1996, p. 269), de un modo que atiende tanto el bien común del régimen como las demandas del momento oportuno que plantea el caso bajo su jurisdicción. No hay mejor forma de brindar homenaje a la ley que mediante el juicio de equidad. El juez no la juzga en modo alguno ni cuestiona su valor ni su validez (Könczöl, 2013, p. 169; Vega, 2013, pp. 196-197). Lo que hace es juzgar a partir de ella y con ella de acuerdo con los criterios de ordenación establecidos y los valores morales y políticos sobre los que se apoya. Esto es

algo que hemos dicho varias veces, pero que, al ser un punto central de nuestro trabajo, nunca está de más insistir sobre él.

## 5. Conclusiones

Hemos visto que Aristóteles no niega que en la equidad la justicia natural intervenga en el acto de adjudicación judicial ni tampoco dice que exclusivamente el juez debe reproducir la voluntad legislativa en el caso concreto. Al contrario, ambos se condensan en un mismo acto. Lo que sucede es que la justicia natural no debe ser entendida como algo que se substraer a la *pólis* ni que deja de estar incluido en la institucionalización del derecho positivo en su contexto político y moral; en realidad, ella expresa los principios prácticos sobre los que se asienta la propia actividad legislativa, los valores político-morales básicos y fundamentales de la *pólis* que dependen de su dimensión institucional. Así, pues, cuando Aristóteles dice que el juez debe resolver el caso de acuerdo a como lo haría “el propio legislador diría si estuviera allí presente”, no apela meramente a una directriz de corte psicológica (“la voluntad del legislador”), sino a una figura en la que reúne el sabio ejercicio de la racionalidad deliberativa en consonancia con el conocimiento integral de las características del régimen político. Dicho de otro modo, el juez recurre a una abstracción que contiene el *lógos*, el *télos* y los valores sustantivos de la *pólis* que no se pueden perder de vista en todo acto de aplicación de la ley.

En este marco, el ejercicio de la equidad, lejos de ser una operación simple y sencilla, involucra varios aspectos. Siendo más precisos, se trata de un acto complejo en un doble sentido: por un lado, el terreno en el que trabaja ofrece grandes desafíos a nivel epistemológico y también respecto al ejercicio de las capacidades intelectuales; y, por el otro, su complejidad radica en que es una virtud cuyo despliegue involucra distintos pasos. El enderezamiento de la ley se da luego de varias mediaciones que, en un movimiento oportuno que se direcciona hacia la realización de la justicia, integra la excepcionalidad, le da dinamismo a la norma y continúa la obra legislativa en el plano de lo particular, considerando especialmente la figura del legislador y la intención pragmática del enunciado normativo.

## Bibliografía

- Apostle, H. G. (1975). *The Nicomachean Ethics*. Reidel.
- Atienza, M. (2005). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. UNAM.
- Austin, J. L. (1962). *How to do Things with Words*. Oxford University Press.
- Baracchi, C. (2008). *Aristotle's Ethics as First Philosophy*. Cambridge University Press.
- Beever, A. (2004). Aristotle on Justice, Equity, and Law. *Legal Theory*, 10, 33-50.
- Brunschwig, J. (1996). Rule and Exception: On the Aristotelian Theory of Equity. En Frede, M. y Striker, G. (Eds.), *Rationality in Greek Thought* (pp. 115-155). Oxford University Press.
- Burns, T. (2011). *Aristotle and Natural Law Theory*. Continuum.
- Bywater, I. (Ed.) (1988). *Aristotelis. Ethica Nicomachea*. Oxford Clarendon Press.
- Chiron, P. (2007). *Aristote. Rhétorique*. Flammarion.
- D'Agostino, F. (1973). *Epieikeia: il tema dell'equità nell'antichità greca*. A. Giuffrè.
- Dirlmeier, F. (1956). *Aristoteles: Nikomachische Ethik*. Akademie Verlag.
- Duke, G. (2020). *Aristotle's Legal Theory: The Politics of Nomos*. Cambridge University Press.
- Gardner, J. (2000). The Virtue of Justice and the Character of Law. *Current Legal Problems*, 53(1), 149-184.
- Gauthier, R. A. y Jolif, J. Y. (2002). *Aristote. L'Ethique à Nicomaque* (Vol. 2). Peeters.
- Georgiadis, C. (1987). Equitable and Equity in Aristotle. En Panagiotou, S. (Ed.), *Justice, Law, and Method in Plato and Aristotle* (pp. 115-156). Academic Printing & Publishing.
- Hamburger, M. (1965). *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*. Biblio & Tannen.
- Harris, E. M. (2006). The Rule of Law in Athenian Democracy: Reflections on the Judicial Oath. *Dike*, 9, 157-181.
- Harris, E. M. (2013). *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*. Oxford University Press.
- Horn, C. (2006). *Epieikeia: The Competence of the Perfectly Just Person in Aristotle*. En Reis, B. (Ed.), *The Virtuous Life in Greek Ethics* (pp. 142-166). Cambridge University Press.
- Irwin, T. (1999). *Nicomachean Ethics*. Hackett.
- Johnstone, S. (1999). *Disputes and Democracy: The Consequences of Litigation in Ancient Athens*. University of Texas Press.
- Kassel, R. (Ed.) (1976). *Aristotelis. Ars Rhetorica*. Gruyter.
- Kennedy, G. (2007). *Aristotle. On Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*. Oxford University Press.
- Könczöl, M. (2013). Legality and Equity in the Rethoric: The Smooth Transition. En Hupperts-Cluysenaer, L. y Coelho, N. M. (Eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice* (pp. 171-201). Springer.
- Kraut, R. (2002). *Aristotle: Political Philosophy*. Oxford University Press.
- Lamas, F. A. (1991). *La Experiencia jurídica*. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.
- Lell, H. M. (2017). La equidad y la seguridad jurídica. El equilibrio como desafío a la ética judicial. *Lex Humana*, 9(1), 26-45.
- Liddell, H. G. y Scott, R. (1996). *A Greek-English Lexicon*. Oxford Clarendon Press.
- MacCormick, N. (2010). *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*. Oxford University Press.
- Massini-Correas, C. I. (1998). La sistemática de la justicia en la filosofía de Aristóteles. *Persona y Derecho*, (39), 237-286.

- Michon, C. (2010). L'epieikeia aristotélicienne comme correctif de la loi. *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2, 33-49.
- Miller, F. D. (1995). *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's Politics*. Oxford University Press.
- Mirhady, D. C. (2007). The Dikasts' Oath and the Question of Fact. En Sommerstein, A. y Fletcher, J. (Eds.), *Horkos: The Oath in Greek Society* (pp. 48-59). Liverpool University Press.
- Moore, M. (1985). A Natural Law Theory of Interpretation. *Southern California Law Review*, 58(1-2), 277-398.
- Nussbaum, M. (1993). Equity and Mercy. *Philosophy & Public Affairs*, 22(2), 83-125.
- Pakaluk, M. (2005). *Aristotle's Nicomachean Ethics: An introduction*. Cambridge University Press.
- Palli Bonet, J. y Calvo Martínez, T. (2007). *Ética*. Gredos.
- Rabbi-Baldi, R. (1999). La interpretación del derecho de acuerdo a "equidad" en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. *Persona y Derecho*, (40), 445-486.
- Ross, W. D. (Ed.) (1957). *Aristotelis. Politica*. Oxford Clarendon Press.
- Rossi, A. E. (2007). Afianzar la justicia. *El Derecho*, (223), 849-852.
- Ruiz-Gallardón, I. (2017). La equidad: una justicia más justa. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 20(2), 173-191.
- Schillinger, D. (2018). Aristotle, Equity, and Democracy. *Polis: The Journal for Ancient Greek Political Thought*, 35(2), 333-355.
- Shanske, D. (2008). Revitalizing Aristotle's Doctrine of Equity. *Journal of Law, Culture and the Humanities*, 4, 352-381.
- Shiner, R. (1994). Aristotle's Theory of Equity. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27(4), 1245-1264.
- Siegfried, W. (1942). *Der Rechtsgedanke bei Aristoteles*. Schultess.
- Sinnott, E. (2007). *Aristóteles. Ética Nicomaquea*. Colihue.
- Susemihl, F. (Ed.). (1883). *Aristotelis. Magna Moralia*. Teubner.
- Tale, C. (2011). *La equidad o epiequeya (Concepto, criterios y aplicaciones)*. Trejo y Sanabria.
- Todd, S. C. (1993). *The Shape of Athenian Law*. Oxford University Press.
- Trude, P. (1955). *Der Begriff der Gerechtigkeit in der Aristotelischen Staatsphilosophie*. Gruyter.
- Varela, L. E. (2014). *Filosofía práctica y prudencia. Lo universal y lo particular en la ética de Aristóteles*. Biblos.
- Vega, J. (2011). Aristóteles, el derecho positivo y el derecho natural. *Anuario de filosofía del derecho*, (27), 281-317.
- Vega, J. (2013). Legal Rules and Epieikeia in Aristotle. Post-positivism Rediscovered. En Huppes-Cluysenaer, L. y Coelho, N. M. (Eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice* (pp. 171-201). Springer.
- Vega, J. (2014a). Reglas prácticas y equidad en Aristóteles. *Anuario de filosofía del derecho*, (30), 413-463.
- Vega, J. (2014b). La actualidad de la equidad de Aristóteles. Doce tesis antiformalistas sobre el derecho y la función judicial. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (29), 113-144.
- Vernengo, R. (1974). Sobre algunas funciones de la equidad. *La Ley*, (155), 1200-1209.
- Villey, M. (1981). *El pensamiento jus-filosófico de Aristóteles y Tomás de Aquino*. Ghersi.
- Yack, B. (1993). *The Problems of a Political Animal: Community, Justice, and Conflict in Aristotelian Political Thought*. University of California Press.

Zahnd, E. G. (1996). The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law. *Law and Contemporary Problems*, 59(1), 263-296.

Zambrano, P. (2009). La interpretación jurídica como co-creación. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, (3), 375-414.

# DERECHO ADMINISTRATIVO, DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

---

**Jaime Rodríguez-Arana**

Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Universidad de la Coruña

[jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es](mailto:jaime.rodriguez-arana.munoz@udc.es)

**Recibido:** 04/01/2022

**Aceptado:** 10/03/2022

## Resumen

La pandemia ha puesto a nuestra consideración la solidez y vitalidad del modelo del Estado social y democrático de derecho fundado sobre la centralidad de la dignidad humana. El derecho administrativo, concebido para regular racionalmente y según la justicia los intereses generales, debe encontrar el camino para defender y proteger los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** derecho administrativo, dignidad humana, derechos fundamentales, pandemia.

## Administrative Law, Human Dignity and Fundamental Social Rights

### Abstract

The pandemic has drawn our attention to the soundness and vitality of the model of the social and democratic state subject to the rule of law rooted in the primacy of human dignity. Administrative law, conceived to rationally and justly regulate general interests, needs to find a way to defend and protect fundamental rights.

**Key words:** administrative law, human dignity, fundamental rights, pandemic.

## 1. Introducción

Los derechos humanos, los derechos fundamentales de la persona, vienen siendo interpretados, también en este momento tan inquietante de la historia del mundo que nos ha tocado vivir por mor de la pandemia, desde una perspectiva individualista esencialmente. Tal orientación, presente en muchas legislaciones



de muchas latitudes, no es más que la expresión en clave jurídica de una ola de profunda insolidaridad que lesiona gravemente al bien común, al interés general. La dimensión subjetiva prima de forma casi absoluta, mientras que la dimensión social brilla por su ausencia a causa de esa idea tan extendida de concebir la libertad desgajada de la realidad, de límites, de compromisos, de la comunidad.

No es ninguna casualidad. Las tecnoestructuras dominantes imponen, con notable éxito, determinados esquemas de comportamiento y de estilo de vida que convierten a una población indefensa en masa dócil y sumisa ante los dictados de quienes realmente mueven los hilos y se benefician de ello.

En este contexto, cada vez es más urgente llamar la atención acerca de la necesidad de armonizar la dimensión individual, personal, con la consideración social, con el empeño por la mejora de las condiciones de vida de todos los ciudadanos. Si prevalece la perspectiva individualista, cada persona termina por convertirse en la medida primera y última de todo y de todos abriéndose un espacio de insensibilidad social de letales consecuencias. Ahí tenemos en nuestras ciudades especialmente una legión de personas solas, de ciudadanos abandonados a su suerte, de vecinos sin lazos comunitarios que quizás puedan vivir cómodamente, pero que han perdido la capacidad relacional tan importante para el libre y solidario desarrollo del ser humano.

La exaltación del lucro, del beneficio, del resultado, de la eficiencia conduce, desde la instauración del pensamiento único, a la conversión del ser humano, sea del que está por venir, del que es –pero vive en malas condiciones– y del que está a punto de dejar de ser, en puro objeto de usar y tirar. Ahí está, por ejemplo, el caso de las retribuciones de los becarios, ahí está esa brecha cada vez más amplia entre los que tienen salarios altos y bajos, y ahí está, sobre todo, esa globalización de la indiferencia que tanto daño le hace al tejido social y a la calidad de vida de las personas.

El dominio de la técnica y de la eficiencia suele llevarnos a ambientes en los que la persona es reducida a un mero engranaje de una estructura que la convierte en un bien de consumo, que, cuando ya no sirve a la causa, es desechado sin reparo. Ahí están los enfermos terminales, los ancianos abandonados y sin cuidados y, sobre todo, los niños a los que se condena a no poder existir.

El derecho administrativo, concebido como el derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, debe convertirse en un ordenamiento de protección, defensa y promoción de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de ella dimanantes.

Por eso, la dignidad humana debería volver a ser el centro de las políticas públicas, el centro y la raíz del orden social, político y económico, no ese sucedáneo que queda tan bien en discursos y escritos, pero que a nada compromete. Afirmar la supremacía de la dignidad humana, como dijo el papa Francisco en el Parlamento Europeo hace unos años, “significa reconocer el valor de la vida humana, que se nos da gratuitamente y, por eso, no puede ser objeto de intercambio o comercio”. Y, como también les recordó Bergoglio a los europarlamentarios, “cuidar la fragilidad quiere decir fuerza y ternura, lucha y fecundidad, en medio de un modelo funcionalista y privatista que conduce inexorablemente a la cultura del descarte”.

En el tiempo en que vivimos, contemplamos cómo los derechos humanos, los derechos fundamentales de la persona, se conciben –y se practican– de forma netamente individualista. Incluso muchas políticas públicas que se diseñan para expandir los derechos se concentran únicamente en el campo de las opciones o preferencias individuales. Tales operaciones, que lesionan básicos derechos sociales fundamentales de la persona, no tienen presente las condiciones reales de ejercicio de la libertad. Por ejemplo, afirmar que una mujer es libre para abortar cuando se la deja sola a su suerte, sin ayudas integrales, sin medios o posibilidades de criar dignamente a su hijo, es inaceptable. Igualmente, facilitar la eutanasia del enfermo incurable sin ofrecer un plan razonable de cuidados paliativos suele encerrar una perspectiva utilitaria de la vida humana. Por eso, hoy cobra especial relevancia construir derechos sociales fundamentales que atiendan a la defensa de la fragilidad humana y eviten esta cultura del descarte en la que los seres humanos, incluso los que están por llegar, son objeto de usar y tirar.

Las diferentes posiciones existentes en relación con el concepto de “libertad” y con la noción de “solidaridad” se enfrentan, es lógico, en tiempos de zozobra y de crisis como los actuales, surcados por una dolorosísima pandemia. En estos casos, y en estos tiempos, las cuestiones tienden a simplificarse y, con ocasión y sin ella, aparece el pensamiento bipolar y maniqueo, lamentablemente tan español como acredita nuestra historia. Por supuesto, los conceptos de “libertad” y “solidaridad” no se escapan de estos esquemas.

Efectivamente, una concepción puramente individualista de la libertad, que suele acompañar algunas posiciones liberales doctrinarias, entiende la libertad como una capacidad para el uso y disfrute exclusivamente individual. La libertad, según estas interpretaciones, es solo libertad para mí; me interesa la libertad de los demás en tanto en cuanto se erija como una garantía de la mía pro-

pia. En última instancia, concibo la libertad de los otros como una limitación de la mía, porque donde empieza aquella termina esta. Libertad de expresión, de manifestación, de reunión...

En la posición contraria, desde las posiciones socialistas –y también, por cierto, desde las nacionalistas–, se entiende la libertad solo en un sentido colectivo, la libertad de una clase universal o la libertad nacional, de modo que las libertades individuales aparecen sometidas o condicionadas por los intereses superiores que el Estado debe administrar.

Esta contraposición clásica entre libertad e igualdad ha estado presente en la secular discordia simbolizada en el enfrentamiento político entre derechas e izquierdas, hoy todavía presente en muchas latitudes. Sin embargo, los límites de esas mismas definiciones quedan patentes cuando la socialdemocracia se presenta a sí misma –legítimamente– como defensor de las libertades individuales, y la derecha democrática reivindica –con no menos legitimidad– sus reales e históricas aportaciones a la integración social.

La utopía socialista tiene, desde luego, su valor –histórico, ideológico, emotivo–, pero desde un punto de vista político ha perdido todo su sentido, según lo prueba el reiterado fracaso de las tentativas de aplicación en tantas latitudes y épocas y con tantas fórmulas. Además, ha dejado patente su nocividad cuando se establece como guía en la acción de gobierno, como la experiencia acreditada fehacientemente. Lo mismo podríamos decir de la utopía liberal, aunque en algunas formulaciones del liberalismo doctrinal cabría más bien hablar de su error de partida, señalado tantas veces por algunos de sus críticos, como lo es la suposición de que todos somos, realmente y en la misma medida, seres libres y autónomos.

El ejercicio y la promoción de la libertad solidaria es la clave para entender estos dos conceptos en el Estado social y democrático de derecho. En efecto, o somos capaces de conjugar adecuadamente estos dos vectores fundamentales de la vida social y política o posiblemente los sistemas democráticos habrán culminado su carrera histórica. No se trata de ningún descubrimiento, se trata de la constatación de un hecho. Nadie en su sano juicio puede discutir hoy la necesidad de los emprendedores, de un sector empresarial dinámico, innovador, imaginativo, eficiente, ni se puede pasar por alto la necesidad de priorizar la atención de los menos favorecidos, entre ellos, los pensionistas y los parados, y de contar con la presencia de los agentes sociales, muy particularmente de los sindicatos, en el planeamiento y aplicación de la política nacional o supranacional.

La libertad tiene su fundamento antropológico en la centralidad de la per-

sona, de cada ciudadano individual, como eje de la acción política, y una dimensión ética más real en cuanto a la solidaridad, por tanto, la integración y el equilibrio social no se consideran posibles –en un régimen auténticamente democrático– sin el concurso de todos los sectores sociales.

Una política de solidaridad libre y socialmente asumida, no impuesta desde los mecanismos del Estado, solo es posible desde los fundamentos culturales de una sociedad realmente libre y solidaria, no desde la imposición. O la acción de gobierno se conjuga con el sentir y la iniciativa social o carecerá de efectos, o, lo que es peor, se aplicará impositivamente con consecuencias potencialmente devastadoras sobre el tejido social y productivo. Pretender una acción solidaria desde un sentir mayoritario que no represente de hecho el sentir general, de todos los sectores componentes de la ciudadanía, es imposible. Ahí no hay solidaridad porque no hay libertad.

Igualmente, una libertad que no tome en cuenta la dimensión social de la persona, además de tratarse de una libertad reducida, es falsa, porque lo real es que la libertad pueda ser ejercida por todos, también por aquellos que precisan de acciones positivas de los poderes públicos para realizarla. Además, la libertad de los demás no es solo garantía de la mía, sino que me hace realmente más libre, de manera que la posibilidad de hacer más libres a los demás aumenta cuando desde mi propia libertad busco la cooperación con ellos. Es un imperativo ético y político la creación de las condiciones sociales y culturales que hagan posible el ejercicio de una libertad auténtica por parte de cada ciudadano. Aquí atisbo una conexión de fondo de la política con la ética pública –si podemos hablar así– que trascendería el marco de un simple código de comportamientos.

Libertad solidaria es una expresión cada vez más actual y necesaria. Porque la libertad es el marco adecuado, necesario, para que se produzca la apertura a los demás que se afirma en la solidaridad. Así, la libertad de los demás ya no se entiende primariamente como un límite de la mía –aunque lo sea, considerada negativamente–, sino que la libertad de los demás posibilita, mediante el acuerdo, el diálogo, el entendimiento, una ampliación sin límites de mi propia libertad. Es decir, para que la libertad sea tal debe ser solidaridad, y para que la solidaridad se realice de verdad, debe ser libre.

El derecho administrativo, bien lo sabemos los que nos dedicamos cotidianamente a su estudio e investigación, está en constante transformación hacia la búsqueda de la mejor regulación del servicio objetivo a los intereses generales. Por un lado, porque hunde sus raíces en la realidad, cambiante y dinámica por

definición, y, por otro, porque permanentemente ha de estar buscando las categorías e instituciones más apropiadas para la ordenación racional del interés general según los imperativos de la justicia.

Hoy, en situación de emergencia sanitaria a causa de la pandemia, esta rama del derecho público adquiere un significado especial, pues, en los últimos tiempos, no ha sido capaz de cumplir con la función que le corresponde de ser el derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas, la de ser un derecho comprometido con la dignidad del ser humano. Más bien, la situación de desigualdad reinante, la indignidad que campea a nivel planetario, ponen de relieve que nuestra disciplina ha fracasado, pues, en términos generales, no ha sido capaz de alumbrar técnicas jurídicas adecuadas e idóneas para una efectiva protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales de la persona.

En este sentido, el derecho administrativo de un Estado social y democrático de derecho es una rama del derecho público en continua evolución, el cual presenta un común denominador que lo caracteriza esencialmente: el servicio objetivo al interés general anclado en la dignidad humana. En efecto, su inserción en un Estado social y democrático de derecho lo obliga a asumir con más intensidad su papel defendiendo, protegiendo y promoviendo tal dignidad y los derechos fundamentales que de ella se derivan, sean individuales, sean sociales.

Hoy, en una época de grave crisis general, política, económica, social y cultural agudizada por la pandemia, el derecho administrativo se encuentra ante una encrucijada. Hay quienes quieren convertirlo en el expediente que justifique las tropelías y arbitrariedades de los poderes políticos, económicos y financieros, y hay quienes, tanto en el plano político como en el económico-financiero o social, querrían doblegarlo para hacer buenas sus aspiraciones de perpetuación en la cúpula. Sin embargo, el camino de este magnífico instrumento de *civiltà*, como lo denominó Giannini, es otro. A través de sus técnicas y categorías, el derecho administrativo está llamado a articular y diseñar un espacio de servicio objetivo al interés general centrado en la dignidad humana, a través del cual se mejoren sustancialmente las condiciones de vida de los ciudadanos, especialmente de los desfavorecidos, de los excluidos, de los que no tienen voz, de los más pobres de este mundo, de los más frágiles y vulnerables. Hoy, en tiempo de pandemia, tal funcionalidad marca y orienta su sentido y misión en este mundo tan sorprendente como el que nos ha tocado en suerte.

Precisamente en estos momentos, el derecho administrativo vuelve a estar de palpitante y rabiosa actualidad porque forma parte del destino de los hombres

y mujeres que aspiran al progreso de sus sociedades, porque es un producto cultural, porque es una rama del derecho público y, como tal, aspira a construir espacios de justicia y de racionalidad profundamente humana. Nos guste más o menos, la intervención pública hoy especialmente puede ordenarse a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos o, por el contrario, tal y como hoy acontece en tantas latitudes, a satisfacer las ansias de poder y privilegios de determinados grupos que aspiran al control social, hoy como ayer.

Hoy más que nunca se precisa de la real proyección del Estado social y democrático de derecho sobre nuestra disciplina y, sobre todo, se necesita una aproximación a una nueva forma de entender el derecho administrativo, liberada de prejuicios y clichés del pasado, que tenga su eje central en un concepto más humano y racional del interés general inscrito en la realidad y en permanente exigencia de argumentación y participación social. Hoy, el derecho administrativo emerge como un ordenamiento para la realización plena y completa de los derechos fundamentales, especialmente los de orden social

El derecho administrativo, en la medida en que es el derecho del poder público para la libertad solidaria de las personas o, también, el derecho que ordena racionalmente los asuntos de interés general de acuerdo con la justicia, se nos presenta en este convulso tiempo como un ordenamiento desde el cual comprender mejor el alcance de las actividades tradicionales de los poderes públicos de limitación, de ordenación, de fomento y de servicio público. Además, la dimensión global de la crisis aconseja construir un derecho administrativo global conectado con el Estado social y democrático de derecho. Igualmente, la perspectiva dinámica del Estado de bienestar, tan ligada al derecho administrativo, reclama hoy nuevas maneras de entender las categorías tradicionales de nuestra disciplina. Del mismo modo, el aspecto ético nos invita a considerar que esta consideración tal ligada al derecho no puede quedar al margen de lo jurídico como si derecho y moral fueran fenómenos paralelos o, peor, enemigos o antagonistas.

El derecho administrativo y la Administración pública son dos realidades íntimamente unidas. Tanto que una sin la otra no tienen explicación. La Administración pública precisa del derecho para que los poderes y potestades estén al servicio objetivo del interés general. Y el derecho administrativo ordena jurídicamente el ejercicio del poder público que ordinariamente proviene de la actuación administrativa. Por eso, las políticas públicas no se pueden estudiar al margen del derecho, aunque, efectivamente, el derecho no sea el único aspecto a considerar, pues es menester analizar, dada la consideración plural y

multidisciplinar de la Administración pública, los enfoques económicos, organizativos, históricos o sociológicos.

El derecho administrativo es, en el tiempo en que vivimos, una rama del derecho público que, partiendo de la norma fundamental, aspira a la realización efectiva del modelo del Estado social y democrático de derecho que hoy caracteriza la forma de Estado dominante en el planeta. Desde sus orígenes, el derecho administrativo se nos presenta dependiente del interés general, de aquellos asuntos supraindividuales que a todos afectan por ser comunes a la condición humana y que reclaman una gestión y administración equitativa y que satisfaga las necesidades colectivas en un marco de racionalidad y de justicia.

El derecho administrativo, en sentido estricto, especialmente a partir de la Revolución francesa, bien lo sabemos y bien lo hemos estudiado, surge como un derecho autoritario sobre la base del acto administrativo y sus principios atributos: ejecutividad y ejecutoriedad, propiedades inherentes a la actuación administrativa que se entienden desde ese tiempo, en buena parte hasta nuestros días, en clave de privilegio y prerrogativa.

Eran tiempos en los que la legalidad administrativa procedente del Estado liberal de derecho era la guía y el norte de la actuación administrativa. La administración solo podía hacer única y exclusivamente aquello que le permitía la ley o, más adelante, solo podía desarrollar su actividad siempre que no estuviera prohibida por la ley. En este contexto, los derechos fundamentales de la persona eran los de libertad, los tradicionales civiles y políticos, ante los cuales el Estado no tenía más remedio que la abstención y la no interferencia. Por cierto, los derechos civiles y políticos nacieron, es fuerza reconocerlo, anclados a una determinada manera de comprender el derecho de propiedad y, sobre todo, a una determinada clase social –la burguesía–, que precisaba de instrumentos de conservación y mantenimiento del poder para afirmar su posición en la vida social de aquel tiempo, como gráficamente se deducía de la conformación sociológica de las primeras asambleas parlamentarias de la república francesa.

El paso del tiempo contribuyó, especialmente a raíz de la industrialización y del éxodo masivo de la población del campo a la ciudad, con las consiguientes limitaciones y dificultades laborales de esa etapa histórica, a que creciera la conciencia social del Estado y a que este considerara que debía no solo defender y proteger los derechos fundamentales puramente individuales, sino que también, y de modo central, debía promover las condiciones que hicieran posible el libre y solidario desarrollo de la persona. Aparece el Estado social de derecho en el que la solidaridad es también una función del Estado que debe

compartir con las instituciones sociales. Más tarde, la participación social se presentó como una condición inexcusable para el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas, y a la caracterización social del Estado se agrega su condición democrática. En este contexto, la Constitución sustituye a la legalidad administrativa como la principal fuente del derecho y comienza tímidamente un proceso en el que la Administración pública, más allá de esa legalidad administrativa, positiva o negativa, se compromete con la realización de los valores y objetivos constitucionales, especialmente de los postulados del Estado social y democrático de derecho en la cotidianidad a través, sobre todo, de la acción del complejo Gobierno-Administración pública.

La primacía de los valores y principios constitucionales reclama que la legalidad administrativa se integre y se aplique a partir de estos valores y principios. Tal tarea, lamentablemente todavía *in fieri*, se pone de manifiesto precisamente cuando se estudia la funcionalidad de los derechos sociales fundamentales en el derecho administrativo. Entonces, como intentamos demostrar a lo largo de estas páginas, nos topamos con algunos valladares casi inexpugnables que impiden que, efectivamente, la luz de esos valores y principios constitucionales impregnen también el quehacer de las Administraciones públicas después de más de dos centurias de la célebre Revolución francesa.

El denominado “derecho administrativo constitucional” exige nuevos estudios e investigaciones más conectados con los valores y principios constitucionales, entre los que se encuentran, entre otros, el servicio objetivo al interés general, la centralidad de la dignidad del ser humano, la función promocional de los poderes públicos y, por supuesto, una concepción más abierta de los derechos fundamentales de la persona, entre los que se encuentran también los denominados “derechos fundamentales sociales”.

La cláusula del Estado social trae consigo una profunda transformación en el tradicional entendimiento del derecho administrativo. En efecto, el Estado debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en los que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden su efectividad y fomentando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural. Por tanto, esta impronta constitucional, en España reconocida en el artículo 9.2 de la carta magna, debe presidir el sentido y funcionalidad de todas las categorías e instituciones del derecho administrativo. Un derecho administrativo que habrá de tener una nueva textura y sensibilidad, para lo que precisará de instituciones y técnicas adecuadas a las nuevas finalidades que la Constitución le impone.



Especialmente relevante en la construcción del derecho administrativo constitucional es la participación ciudadana, pues, como ya señaló el Tribunal Constitucional Español en una sentencia de 7 de febrero de 1984, el interés general debe definirse con participación social. Atrás quedaron las versiones cerradas y unilaterales del interés general, abriéndose las puertas a nuevas perspectivas que han de contar con la presencia y participación de los ciudadanos. Es decir, el interés general ya no se define unilateral y monopolísticamente por la Administración pública, como antaño. Ahora es preciso convocar y recibir la vitalidad real que emerge de la vida social, lo que reclama una cada vez más intensa y honda participación social.

En este sentido, el concepto de “interés general”, ahora abierto a la participación por exigencias de un Estado que se presenta como social y democrático de derecho, presenta un irreductible núcleo básico conformado precisamente por la efectividad de los derechos fundamentales de la persona, los individuales y los sociales. Es más, no se comprendería que las realizaciones y operaciones administrativas promovidas desde el interés general no estuvieran acompañadas en todo momento de su compromiso radical con la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos fundamentales de la persona, concebidos en su origen como derechos de libertad, derechos ante los que el Estado debía declinar toda actuación, por mor de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, se amplían hacia nuevos caminos, imprescindibles para una vida digna. Es el caso de los derechos sociales fundamentales, entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a la alimentación, al vestido, a una vivienda digna, a la protección social, a la igualdad en el acceso al mercado de trabajo, a la educación o a la salud. En estos casos, la sociedad y la institución estatal han de facilitarles a las personas los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos, concibiéndose como obligaciones de hacer en favor de ciudadanos. El derecho fundamental al mínimo vital o existencial debe estar cubierto en nuestras sociedades y, a partir de este suelo mínimo, a través de los principios de progresividad de las políticas sociales y prohibición de la regresividad de las medidas sociales, se debe transitar hacia mayores cotas de dignidad en el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos sociales fundamentales deben tener acomodo constitucional como derechos fundamentales que son. Y mientras ello no acontezca, siguiendo la estela del Tribunal Constitucional alemán, entre otros, nuestros tribunales constitucionales deberían, a través de la argumentación racional a partir de la

centralidad de la dignidad humana, alumbrar dichos derechos como exigencias inmediatas de un Estado que se define en su Constitución como social y democrático de derecho. La pandemia ha conseguido que en España, en la España de 2021, se haya regulado un derecho al mínimo vital digno para que las personas que hayan quedado sumidas en situación de extrema pobreza puedan recibir una asignación con cargo a los presupuestos públicos para poder vivir con dignidad.

Los derechos sociales fundamentales son cruciales para una construcción avanzada del Estado social y democrático de derecho. En el tiempo en el que estamos, aprovechando inteligentemente la crisis general e integral que se ha desatado en estos años, deberíamos poner negro sobre blanco esta cuestión y reconocer –es el primer paso– que nuestro derecho administrativo aún sigue prisionero de determinados enfoques y aproximaciones que le impiden volar hacia su condición de ordenamiento de defensa, protección y promoción de derechos fundamentales a través de los diferentes quehaceres y políticas públicas que conforman la actuación constitucional del complejo Gobierno-Administración pública.

En la medida en que los derechos sociales fundamentales, o derechos fundamentales sociales, implican ordinariamente, en virtud del superior criterio de la subsidiariedad, que sea comúnmente el Estado quien deba asumir esas obligaciones de hacer que permiten el despliegue de estos derechos, el derecho fundamental a la buena administración brilla con luz propia como derecho básico para que estas prestaciones se realicen adecuadamente. Las características de la buena administración –equidad, objetividad, racionalidad y plazo razonable– aseguran que la realización de estas prestaciones públicas, en defecto de la actuación social, puedan efectivamente hacer posible en tiempo y forma el ejercicio de unos derechos que son realmente fundamentales para la existencia digna y adecuada de los ciudadanos.

En efecto, el derecho a la buena administración, enmarcado en las modernas tendencias de un derecho administrativo menos apegado al privilegio y más conectado a la tarea de contribuir a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, es crucial para el normal despliegue de los derechos sociales fundamentales. Especialmente, en el caso de los derechos sociales fundamentales mínimos, el plazo razonable en la prestación de las obligaciones que compete a la Administración, en defecto de actuación social, es de tal calibre que es determinante para que la dignidad del ser humano sea respetada o gravemente violada. Ejemplos hay y tan obvios, algunos de expresión gráfica en este tiempo, que huelgan demasiadas glosas o comentarios al respecto.

El derecho administrativo se ha dedicado por largo tiempo a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos individuales de los ciudadanos. Ahora, sin embargo, los postulados del Estado social y democrático de derecho y las exigencias del interés general nos invitan a pensar en un nuevo derecho administrativo también comprometido con los derechos sociales fundamentales, pues la dignidad del ser humano se refiere a la persona también en su dimensión social.

Es decir, el interés general, por mucho tiempo vinculado a la protección, defensa y promoción de los derechos civiles y políticos, debe abrirse a la defensa, protección y promoción también ahora, sobre todo de los derechos sociales fundamentales. Por una razón bien obvia: porque los derechos fundamentales de la persona, lo han confirmado y ratificado hasta la saciedad las principales cartas y declaraciones internacionales en la materia, son universales e inescindibles, porque son y pertenecen al ser humano y, por ello, forman parte indeleble de la misma condición de miembro de la especie humana al estar inscritos en la misma dignidad que caracteriza y reconoce a las personas. La categoría de los derechos fundamentales es única y su régimen jurídico, también en lo que respecta a la protección jurisdiccional, no admite despliegues o proyecciones diversas según circunstancias de oportunidad o conveniencia política.

Si convenimos en que la dignidad del ser humano es la piedra de toque del ordenamiento del Estado social y democrático de derecho, tendremos que empezar a actualizar y replantear todas las categorías e instituciones jurídicas en esta dirección. Una dirección, quién podría imaginarlo, que en este tiempo va a contracorriente a causa de la intensa mercantilización de la vida social, política y cultural también de la actividad pública.

Por eso merece la pena recordar que la dignidad humana es de tal calibre y condición jurídica que se levanta, se yergue –omnipotente, soberana y todopoderosa– frente a cualquier embate del poder político o financiero por derribarla, o, lo que es peor, ignorarla. Por eso, cuando por alguna causa esa dignidad es lesionada en el grado que sea, por acción u omisión de los entes públicos, de las autoridades o funcionarios que actúan en su nombre, el derecho público se nos presenta como la fuente para restaurar de inmediato la dignidad violada o lesionada para que el ser humano en todo momento pueda estar en las mejores condiciones posibles para desarrollarse libre y solidariamente.

El derecho administrativo, como bien sabemos, ha sido a lo largo de la historia objeto de muchas definiciones y de variadas aproximaciones, tantas casi como autores han escrito sobre el particular. Desde la idea del poder, pasando por el servicio público o por la noción de equilibrio entre prerrogativa y garan-

tía, se han sucedido muchas formas de entender esta rama tan importante del derecho público. Entre nosotros, por largo tiempo prevaleció una perspectiva subjetiva que focalizaba la cuestión en la Administración pública como punto central de nuestra disciplina. Eran los tiempos del primado del Estado liberal de derecho, los tiempos en los que la potencia de la luz revolucionaria imponía sus dictados y, más o menos, con mayor o menor intensidad, se pensaba que el derecho administrativo cumplía su tarea conformando una panoplia de instituciones y categorías capaces de restaurar los nocivos efectos de una Administración acostumbrada al privilegio y a la prerrogativa.

Pues bien, a pesar del tiempo transcurrido desde la formulación del Estado social y democrático de derecho, no son muchos los estudiosos del derecho administrativo que han caído en la cuenta de que este es algo más que un ordenamiento dispuesto para reaccionar jurídicamente contra el exceso o abuso del poder, contra la desviación del poder. Meilán Gil (1967), en su monografía *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, pionera de la definición del derecho administrativo desde el primado de los intereses colectivos al subrayar su centralidad como *punctum dolens* para la definición del derecho administrativo, ayuda así a comprender el alcance del concepto de “interés general” en el Estado social y democrático de derecho como piedra toque del moderno derecho administrativo (Rodríguez-Arana, 2013).

En efecto, el interés general en el Estado social y democrático de derecho, además de ser un concepto que se incardina necesariamente en la realidad administrativa concreta y que ha de ser expresado en forma racional, dispone de un núcleo indisponible que responde precisamente a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona, los denominados “de libertad” y, por supuesto, también los de naturaleza social. En este sentido, el derecho administrativo de este tiempo aparece comprometido con la cláusula del Estado social y democrático de derecho, con la promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural.

Desde este punto de vista, cobra especial actualidad la tesis del profesor argentino Balbín (2014) cuando señala que, precisamente en el marco del Estado social y democrático de derecho, el derecho administrativo es un derecho de inclusión social, un derecho que, más allá de restaurar jurídicamente los daños causados a los ciudadanos por los poderes públicos, es preventivo precisamente

comprometido con esa tarea de crear condiciones igualitarias que hagan posible el libre y solidario desarrollo de los habitantes.

En efecto, el derecho administrativo de este tiempo, más si lo contemplamos desde la crisis de la versión estática del Estado de bienestar en un mundo próximamente en pospandemia, debe replantear muchas de sus categorías y conceptos, demasiado deudores de una legalidad administrativa anclada en el siglo XIX, hoy superada por la misma definición del Estado como social y democrático de derecho. Este estudio parte precisamente de esta consideración: la primacía de la Constitución y de la forma de Estado en ella alumbrada, reflexión que ha de trascender y reinterpretar el conjunto de un sistema pensado y diseñado para otro tiempo. Sencillamente, hoy la clave es la dignidad del ser humano, que es raíz y centro del Estado, y desde ahí, a partir de esta sólida base, deberemos acercarnos a estudiar y analizar todas y cada una de las categorías que conforman el derecho administrativo; desde las fuentes, el reglamento, el acto administrativo, la actividad de limitación, de servicio público o de fomento, la potestad sancionadora y los bienes públicos hasta, por supuesto, las diferentes expresiones sectoriales de la actividad administrativa.

## **2. Dignidad humana y derecho administrativo**

La crisis actual del derecho administrativo, atravesada por variadas y complejas causas, demanda en este tiempo de profunda crisis –agudizada por la pandemia que estamos sufriendo a escala planetaria– su reconstrucción, su reinención a partir de la cláusula del Estado social y democrático de derecho anclada en la dignidad humana.

Escribo de intento “reinención” porque las técnicas e instituciones que hoy configuran esta rama del derecho público están obsoletas en la medida en que, en general, no ofrecen marcos adecuados para definir e implementar políticas públicas que de verdad mejoren las condiciones de vida de las personas, políticas públicas que efectivamente tengan a la libertad solidaria como el centro de su formulación y realización. Si el derecho administrativo es un instrumento esencial, junto con la Administración pública, para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, entonces, a juzgar por la calidad de las condiciones vitales en las que se encuentran tantas personas en el mundo entero, tiene un problema que debe plantearse y que debe resolver, pues esas técnicas e instituciones precisan de nuevo enfoques, de nuevas aproximaciones.

En efecto, dichas técnicas e instituciones no han sido reconstruidas –a pesar

de las crisis que atraviesan el globo de uno a otro confin- desde los fundamentos de un Estado social y democrático de derecho anclado en la dignidad del ser humano, hoy, el principal basamento sobre el que se levanta el edificio del derecho administrativo de nuestros días. De ahí la necesidad de proceder con una renovación profunda y completa de todo el derecho administrativo, dejando a un lado la deriva tecnoestructural y la concepción hiperformalista que terminó por ahogar los valores del Estado de derecho, hoy, como comprobamos a diario, desgajados de la realidad normativa y, por ello, condenados a ser, en el mejor de los casos, simples objetos decorativos, extravagancias o consecuencias de la burguesía corrupta de tiempos anteriores.

La ausencia de respuestas satisfactorias a los problemas colectivos de nuestro tiempo reclama del derecho administrativo una reflexión honda y radical, un test en profundidad de sus contradicciones y aporías, un alto en el camino y una reconstrucción de sus fundamentos, una nueva estructura y nuevos desarrollos. Precisamos una nueva metodología -más inductiva- en alianza estratégica con otras ciencias sociales, más apegada a la real realidad. Necesitamos categorías e instituciones a través de las cuales discurran los valores constitucionales con la finalidad de la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales, individuales y sociales, del ser humano.

El derecho administrativo, como es sabido y como comprobamos en esta época, no ha conseguido ser un ordenamiento para la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona que dimanen de la dignidad del ser humano. Los datos de la real realidad lo acreditan fehacientemente. La desigualdad y la pobreza continúan creciendo ante la impotencia de un derecho concebido desde la prerrogativa y el privilegio de la Administración pública, ante un ordenamiento falto de reflejos, por haberse retirado de sus funciones propias para ofrecer soluciones efectivas y profundamente humanas. No han permeado suficientemente los valores y parámetros constitucionales en su seno a causa de resistencias de todo orden que hoy deben superarse a partir del impulso y la potencia de la dignidad humana proyectada sobre las categorías e instituciones del derecho administrativo.

En efecto, en el marco de una emergencia humanitaria de incalculables consecuencias, el examen al que está sometido el derecho administrativo refleja su incapacidad para ofrecer soluciones acordes a la dignidad de los seres humanos. Que esto sea así, según parece, trae causa de décadas y décadas de desconexión del derecho administrativo de la cláusula del Estado social y democrático de derecho. La crisis de la emergencia sanitaria de 2020 por COVID-19, hoy todavía

presente, ha puesto de manifiesto, como la financiera de 2007-2008, una vez más –ahora de forma indubitable–, las insuficiencias de esta rama del derecho público para regular los asuntos del interés general de acuerdo con la justicia. Necesitamos un derecho administrativo de rostro humano con técnicas e instituciones idóneas para que prime el servicio objetivo al interés general.

Desde hace bastante tiempo, el edificio del derecho administrativo presenta fallas en sus fundamentos, fallos en la estructura y, por su supuesto, también hay desperfectos en los complementos o acabados. Es más, el derecho administrativo como correa de transmisión de los valores dignidad, libertad o justicia ni está ni, en su actual conformación, se lo espera. Es tal el grado de descamino en el que se encuentra sumido que no hay más remedio que salir en su ayuda para reinventarlo, reconstruirlo, replantearlo, por qué no, refundarlo partiendo de la real realidad y de una nueva metodología más inductiva que facilite esta aproximación, de arriba abajo y de un lado hacia el otro, en la que el principio y fin de su concepción sea la dignidad humana.

El descamino es integral, proverbial: tenemos una estructuración jurídico-administrativa del siglo XIX para resolver asuntos de un Estado-nación que ha sido desbordado por arriba y por abajo. Los medios de los que dispone la Administración pública para su actividad de servicio objetivo al interés general están obsoletos, las estructuras no están incardinadas en la realidad ni cuentan con los efectivos precisos, el personal en ocasiones es ajeno a su misión de servicio a la comunidad, las categorías centrales: acto administrativo, disposiciones administrativas, contratos, fomento, policía, servicio público, control, bienes... no están a la altura de las necesidades colectivas de los ciudadanos ni, es lo más grave, están orientadas en su diseño a la propuesta de mejores condiciones de vida para las personas.

La realidad de la pandemia está poniendo a prueba, efectivamente, el entero sistema del derecho administrativo, todavía a día de hoy demasiado vertical y poco sensible con la dignidad del ser humano y los derechos humanos que de ella dimanar.

Por si fuera poco, al descamino sigue, lógicamente, el descrédito. En efecto, ¿por qué hoy la sola mención de la expresión “derecho administrativo” o “Administración pública” o, en general, la referencia a lo público –no digamos a lo oficial– provoca tanto rechazo y se identifica tantas veces con irracionalidad, dilación, favoritismo o inequidad? Probablemente porque, a pesar del tiempo transcurrido desde el advenimiento del Estado social y democrático de derecho, la legalidad administrativa –y sus principales actores– no han conectado

a fondo con sus valores y vectores principales ni con las repuestas efectivas que este nos propone. Las causas parecerían ser variadas, habrá que contrastarlas, por lo que deberíamos preguntarnos acerca de la necesidad de remozar los basamentos de un derecho administrativo en el que la palabra “dignidad humana”, es verdad, no suele hacer acto de presencia en los manuales y cursos de la disciplina. Por eso, cuando recibí en 2012 el encargo del Consejo Latinoamericano de la Administración Pública para el Desarrollo (CLAD) para elaborar un borrador de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, rubricada por todos los ministros de la Administración pública de la región el 10 de octubre de 2013 en Panamá, incluí en varios pasajes la palabra “dignidad humana”, como también la definición del derecho fundamental de todo ciudadano a la buena administración pública.

¿Por qué el derecho administrativo no es un ordenamiento de transformación social en el que sus categorías e instituciones se diseñen precisamente para la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, para una vida digna? La respuesta, con todos los riesgos que entraña –que no son pocos–, afecta los fundamentos, las fuentes, las modalidades de la actuación administrativa, el control; en definitiva, todo el sistema del derecho administrativo, en la actualidad moribundo y lánguido, incapaz y sin recursos morales para atender debidamente las obvias y evidentes, hoy acuciantes, necesidades colectivas en tantas partes del mundo. El vehículo, el derecho administrativo, deambula desconcertado por la ruta, sin rumbo fijo, porque no acierta a comprender lo que le muestra su mirada con las potenciales de su auto. El conductor y acompañantes, que manejan un automóvil de otro tiempo por una vía que por momentos cambia de fisonomía, parecen autistas probablemente por no querer, o quizás no poder, contemplar la real realidad. Por eso, es momento de parar, de detenerse y de cuestionarse todo, absolutamente todo: la idoneidad del coche, la pericia del conductor, la función de los acompañantes, las condiciones de la ruta, las señales de tránsito y, por supuesto, el fin del camino. Aquí radica la novedad y la originalidad de la idea y su ingreso a las fronteras del conocimiento.

En este sentido, debemos plantearnos la construcción de un nuevo paradigma para reinventar, desde una perspectiva más profundamente humana y social, el conjunto de las categorías e instituciones propias de esta área de conocimiento del derecho. En esta tarea será necesario un especial replanteamiento del interés general aplicado a la actividad administrativa social, con el objeto de



esta reconstrucción *in toto* que conduzca a lo que es, ha sido y debe ser, ahora más que nunca, el derecho administrativo en un Estado social y democrático de derecho: el derecho del poder público para la libertad equitativa y solidaria de los ciudadanos para una vida en dignas condiciones

En efecto, desde los actos administrativos y los reglamentos, pasando por la actividad administrativa de policía, fomento y servicio público, y siguiendo por el resto de las materias, es menester reconstruir y rediseñar la dimensión social del derecho administrativo, hoy bajo mínimos a causa de una preocupante privatización del interés general y del olvido sistemático de su razón de ser, de sus orígenes. La originalidad de esta reflexión descansa en la pertinencia de recuperar hoy, en este tiempo, el punto de partida: la vocación de compromiso social con la que nació el derecho administrativo y que pareciera que se ha ido diluyendo poco a poco a partir de la influencia de factores económicos y políticos, en cuya virtud se ha ido sometiendo paulatinamente el derecho a criterios exclusivamente económicos, de eficiencia y eficacia, al margen de la ética y, sobre todo, alejados cada vez más de esa equidad inscrita en el alma de esta rama del derecho público que tanto tiene que hacer para combatir las desigualdades, la fragilidad y la vulnerabilidad en las que se encuentran tantos millones de habitantes en el mundo entero.

En este sentido, precisamos una nueva fundamentación del derecho administrativo desde la dignidad humana que permita reconstruir y rediseñar las principales categorías e instituciones de esta rama del derecho público, necesitadas desde hace tiempo de ser comprendidas a partir de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, recuperando así nuestra disciplina, la impronta social inscrita desde sus orígenes en su esencial conformación.

Además, si el derecho administrativo es, esencialmente, el derecho constitucional concretado, es necesario, desde el pensamiento complementario, tener bien presente y extraer toda su potencia, que no es poca, acerca de lo que he denominado en mis trabajos, tal y como me enseñó Meilán Gil, “derecho administrativo constitucional”, pues la propia estructura de los valores constitucionales del Estado social y democrático de derecho conduce inexorablemente a su asunción por parte del entero sistema del derecho administrativo, de todas y cada una de sus categorías e instituciones iluminadas por el sentido y consecuencias de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, cláusula que descansa en la excelsa dignidad humana.

Lamentablemente, durante demasiado tiempo la realidad acredita que se ha diseñado un derecho administrativo de corte tecnoestructural, preñado de

burocratismo y verticalidad tanto para los agentes económico-financieros como para los políticos, olvidando que en el ADN de esta rama del derecho público está la lucha contra las inmunidades del poder, por una parte, y, por otra, en sentido positivo, la defensa jurídica del interés general en un Estado de derecho. En este sentido, es menester una inversión copernicana del abordaje estructural de la ciencia jurídico-administrativa en un área que perdió su brújula hace ya demasiados años, tal y como esta crisis pandémica ha puesto crudamente en evidencia. Debemos recuperar ese espacio de civilidad innato al origen del derecho administrativo del que tanto hablaba Giannini, hoy olvidado por el fragor de las derivas tecnosistémicas y la esclavitud de las ideologías cerradas. De abajo arriba, de un lado al otro, desde la realidad social comprobaremos la solidez de los fundamentos y, desde allí, rediseñaremos el conjunto de las categorías e instituciones.

Esta construcción del derecho administrativo sobre la base de la dignidad humana reclama tratar cuestiones bien controvertidas y polémicas en este tiempo, como pueden ser, entre otras, la efectividad, justiciabilidad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales, la necesidad de construir un nuevo derecho administrativo global desde la centralidad de la dignidad humana, la exigencia de controles independientes de la actividad administrativa, nuevas formas de afrontar la formación permanente en las escuelas de administración pública, en las escuelas para la preparación y formación de jueces y fiscales y, por supuesto, en el plan de estudios del grado de Derecho.

El impacto de la dignidad humana sobre el sistema del derecho administrativo no solo plantea una nueva fundamentación del derecho administrativo consecuencia de la asunción íntegra de los valores constitucionales del Estado social y democrático de derecho sobre el entero sistema del derecho administrativo. También influye, y no poco, sobre la reconstrucción de la noción de “interés general” ínsita en el alma de todas las categorías del derecho administrativo, que habrán de ser repensadas desde esta perspectiva. Las distintas modalidades de la actuación administrativa –de policía, fomento, servicio público y ahora de prevención o precaución– deben ser objeto de reformulación. Como la lógica de los procedimientos administrativos, de elaboración de actos, normas y de toda la contratación, ahora entendidos desde la centralidad de la posición de los derechos del ciudadano derivados del derecho fundamental a una buena Administración pública. El marco teórico de la intervención pública, al igual que la justificación del despliegue de las potestades y poderes, no privilegios o prerrogativas de la Administración, debe revisarse, así como todas las formas de

control de la actividad administrativa. De igual manera, el proceso judicial de control de las actuaciones administrativas debe sufrir drásticos cambios y transformaciones, así como el ejercicio de la potestad sancionadora. Los distintos sectores de la actividad administrativa, con especial referencia a la salud, la educación, la inmigración y los servicios sociales, deben también replantearse en su sentido y funcionalidad. Y, por supuesto, el derecho presupuestario, que debe adscribirse a técnicas más realistas y más en consonancia con las necesidades colectivas de los ciudadanos, especialmente las de los más frágiles y vulnerables. Finalmente, es menester una reforma integral y completa de las instituciones y procedimientos del derecho administrativo global, hoy al margen, en muchos de sus ámbitos, de los principios del Estado de derecho.

De acuerdo con algunos presupuestos metodológicos de las ciencias sociales, en especial el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario –que llevo años aplicando a la investigación en derecho administrativo–, constatamos que los cambios y transformaciones en nuestra disciplina se plantean retóricamente, pero sin resultados prácticos, porque en muchos casos es menester resistir muchas inercias y el peso de una tradición que condena a un inmovilismo lampedusiano. Sin embargo, hoy, el derecho administrativo debe inexorablemente prepararse para albergar en su seno categorías e instituciones profundamente replanteadas y reconstruidas desde la centralidad de la dignidad humana que desplieguen su eficacia con urgencia, pues la deriva totalitaria que se divisa en el horizonte apremia, y mucho.

La tarea consiste en rediseñar, reconstruir, reinventar, desde los pilares, las categorías e instituciones centrales del derecho administrativo a partir de un enfoque centrado en la dignidad de la persona humana, no tanto en los poderes y potestades administrativas. El principal objetivo es colmar una laguna pendiente desde hace décadas en el derecho administrativo y sobre la que llevo reflexionando desde hace mucho tiempo: ¿por qué todavía, en 2021, no disponemos de un derecho administrativo en el que la cláusula del Estado social de derecho haya desplegado todas y cada una de sus consecuencias o efectos? ¿Por qué todavía seguimos presos de esa autotutela ejecutiva y de esa unilateralidad absolutas que les provocan tanta indefensión a los ciudadanos? ¿Por qué no ha penetrado con toda su potencia la dimensión ética del servicio objetivo al interés general en la forma de administrar y de gestionar lo público?

Hoy, en 2021, es momento de plantear con claridad y radicalidad que la dignidad humana, además de vector central de la filosofía o de la ética, es el principio y fin del derecho. Afirmación que significa que es tal el relieve y el

rango –no solo ético o filosófico, sino también jurídico– de la dignidad humana, que se levanta y se yergue, omnipotente, todopoderosa y soberana, como antes señalamos, frente a cualquier intento del poder –cualquiera sea su naturaleza– por eliminarla o, lo que –tal vez– es peor, ignorarla en su camino. Por eso estamos persuadidos de que pensar y construir jurídicamente desde la dignidad nos lleva a desafíos y propuestas realmente novedosas, tanto en su postulación proactiva como en su desarrollo y corolarios.

Hoy, en 2021, el fracaso del derecho administrativo como instrumento para garantizarles y preservar condiciones de vida dignas a las personas es una realidad sobre la que la ciencia jurídica, en sinergia con las demás ciencias sociales, debe trabajar en los próximos tiempos. Las causas de ese fracaso y las vías para revertir el estado actual es uno de los principales desafíos de la comunidad científica jurídica mundial, hasta el momento en punto muerto debido a la falta de perspectiva integral para comprender la magnitud del problema y a la falta de reflexión sobre las causas de tales insuficiencias y aporías, en especial sobre la necesidad de una metodología claramente pluridisciplinar.

Desde el derecho administrativo, probablemente a causa del funcionalismo y de las urgencias y emergencias de distinto tipo, no se han abordado, con la profundidad debida, aspectos que tienen que ver con su sentido y misión en este tiempo, recuperando su impronta social anclada en la dignidad humana. El documento del Consejo de Europa *Viviendo con dignidad en el siglo XXI. Pobreza y desigualdad en sociedades de derechos humanos: La paradoja de las democracias* (2013), nos interpela a replantear el actual Estado de bienestar y el mismo interés general para que la universalidad, la indivisibilidad e la integridad de los derechos humanos sean una realidad, lo que implica una visión radicalmente distinta de la aproximación a la pobreza y desigualdad reinante. En este sentido, la necesaria liberalización del ser humano de la actual cosificación, como plantea el Consejo de Europa, debe presidir nuevas y disruptivas formas de entender el sentido del Estado de bienestar, anclado en la estaticidad, y alumbrar nuevas formas de realización de políticas públicas, especialmente en el ámbito social.

Existen algunos trabajos relevantes sobre la dignidad humana como valor constitucional, como la monografía de Aharon Barak *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right* (2015) y, desde una perspectiva más filosófica, la obra de Stephen Riley *Human dignity and Law: legal and philosophical investigations* (2017) y la de Andrea Sangiovanni *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights* (2017). En el orden del derecho global, se destaca la obra colectiva *Globalization of law. The role of human dignity* (Dybowski y

García Pérez, 2018). Y en el campo de los derechos sociales deben citarse las obras de Luis Jimena Quesada *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis* (2016) y de Thomas M. Antkowiak “A ‘dignified life’ and the resurgence of social rights” (2020), así como las obras colectivas *Addressing inequality from a human rights perspective: Social and economic justice in the Global South* (Rodríguez Garavito, 2019) y *Property and human rights in a global context* (Xu y Allain, 2019).

Entre los síntomas reconocidos de la profunda crisis en la que está el derecho administrativo se encuentran el fracaso del Estado estático del bienestar, la crisis de la justicia administrativa, la tecnocracia, la sobrerregulación o la vetocracia. El modelo del Estado de bienestar, anclado en versiones estáticas y tecnosistémicas, no ha conseguido desarrollar y desplegar plenamente su dinamismo y potencialidad y los resultados de las políticas públicas no han mejorado las condiciones de vida de los ciudadanos. La justicia administrativa, por diversas circunstancias que se avizoran en el horizonte, no ha culminado su esencial tarea de darle a cada uno lo suyo (*iussum cuique tribuendi*). Las políticas públicas, en muchas latitudes, nacen lastradas por su dependencia tecnocrática, no se dirigen resueltamente a la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales; en ocasiones –no pocas–, el personal al servicio de la Administración pública sigue sin superar la tentación del dominio y señorío de los procedimientos, manifestando en algunos casos preocupantes carencias formativas de base y, sobre todo, una ausencia notable de hábitos y cualidades democráticas. La protección y defensa de las libertades por parte de las Administraciones públicas, dominadas por una sobrerregulación o rerregulación asfixiantes, han provocado un intervencionismo que reduce al ser humano, en muchas latitudes, a un ser inerte, condenado a esperar todo, absolutamente todo, de los poderes públicos.

En definitiva, el derecho administrativo global, a pesar del tiempo transcurrido, continúa *in fieri*, contando con instituciones en las que todavía rige una vetocracia injustificable, en las que prevalecen intereses parciales y en las que la justicia real es sencillamente una quimera; la eficiencia y la eficacia al servicio del funcionalismo han ido, con el paso del tiempo, dominando a la ética incardinada en el corazón mismo del derecho administrativo, con las consecuencias por todos conocidas.

Entre los remedios ensayados sin éxito se encuentra el sistema actual del derecho público presupuestario, incapaz de atender a la real realidad manifestada en la fragilidad y vulnerabilidad de millones de seres humanos; anclado

en técnicas pretéritas, debe adecuarse a la realidad y buscar la manera de que el contenido de los presupuestos públicos, sobre todo en las áreas sociales, pueda atender efectivamente, con indicadores susceptibles de medición científica, apremiantes necesidades colectivas que hoy en día lesionan la dignidad de millones de personas en todo el globo. La dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Cada vez son más las voces autorizadas que propugnan construir el derecho administrativo sobre la base de la conciencia clara de que no nos referimos necesariamente a la pobreza económica, pues la desigualdad y su capacidad de destrucción de la dignidad de tantas personas no es necesariamente vinculable a un nivel determinado de ingreso o gasto económicamente apreciado; es cultural y social y, por ello, el derecho administrativo, como producto cultural que es y como instrumento de civilización y humanidad que explica su nacimiento y desarrollo, debe estar presente en estos graves dilemas y ofrecer aportaciones positivas.

Según todos los indicios existentes, estamos instalados en una comprensión y desarrollo del derecho administrativo que precisa abandonar la economía como rampa única de análisis y renovar sus fundamentos y su marco teórico, pues es patente que a su través no se ha conseguido, ni mucho menos, el grado de desarrollo social que cabría esperar, sobre todo si tenemos en cuenta la potencialidad que tiene la cláusula del Estado social y democrático de derecho, pilar fundamental del ordenamiento europeo. Es apremiante, urgente, que, de una vez por todas, la proyección del modelo de Estado social y democrático de derecho, abierto y dinámico, arroje su luz con toda su intensidad sobre el entero sistema del derecho administrativo, hoy todavía enclaustrado en perspectivas tecnoestructurales y en interpretaciones cerradas del interés general.

Hoy, en 2021, el Estado de bienestar debe superar la dimensión estática del presente y recuperar la senda dinámica e inclusiva que le es propia para despertar y apoyar iniciativas sociales valiosas que puedan colaborar con los poderes públicos para mejorar la calidad de la atención a los sectores más frágiles y vulnerables, hoy muy descuidados y en pleno crecimiento exponencial. Las ayudas, subvenciones y subsidios públicos pueden, y deben, con un adecuado rediseño de su tratamiento jurídico y nuevo dinamismo, contribuir a construir salidas efectivas y prácticas a estas relevantes deficiencias en el marco de los principios de solidaridad y subsidiariedad.

Hoy, en 2021, es imprescindible erradicar sistemas de trabajo y funciona-

miento de las Administraciones públicas propios de otros tiempos, los cuales deben mudar para que la sensibilidad de los funcionarios de los tres poderes del Estado aumente exponencialmente con relación a la justiciabilidad y efectividad de los derechos humanos en todos los niveles gubernamentales. Hace falta una mejor Administración, una buena administración de lo público que parta de la defensa, protección y promoción efectiva de la dignidad humana.

Hoy, en 2021, el interés general es, con frecuencia, manejado por la función pública como un espacio reservado a su conocimiento y especialización, debiendo abrirse en abanico a una visión abierta, plural, vital, dinámica y complementaria que debe concretarse, motivarse y vincularse a la efectiva realización de la dignidad humana animada por la participación social. Si no profundizamos en la impronta democrática del interés general, tal y como se reclama desde el Estado social y democrático de derecho, será imposible afrontar los cambios y transformaciones necesarios para hacer real y efectivo el compromiso social del nuevo paradigma del derecho administrativo. Sin participación social efectiva construida desde técnicas surgidas de la real realidad a partir de las aportaciones de quienes conocen y experimentan el funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, será muy difícil –imposible– levantar un auténtico derecho administrativo social con fundamento *in re*.

Hoy, en 2021, no podemos ni debemos dejar pasar la oportunidad de detectar con tiempo suficiente los riesgos sociales, con un derecho administrativo mejor preparado para la prevención, la precaución y la propuesta de cursos de acción eficaces con dimensión global y comprensiva de las complejidades que nos desafían las crisis, como la padecida a partir de 2007 y la reciente –y aún existente– crisis sanitaria.

Hoy, en 2021, el derecho administrativo debe recuperar espacios perdidos, abordar destinos ignorados o factores no considerados con la intensidad necesaria. Los trabajos de campo y el diagnóstico revelarán estas deficiencias en la concepción tradicional del derecho administrativo y el nuevo itinerario deberá afrontarlas.

Hoy, en 2021, según todos los indicios existentes, estamos instalados en una comprensión y desarrollo del derecho administrativo que precisa abandonar la economía como rampa única de análisis y renovar sus fundamentos y su marco teórico, pues es patente que a su través no se ha conseguido, ni mucho menos, el grado de desarrollo social que cabría esperar, sobre todo si tenemos en cuenta la potencialidad que tiene la cláusula del Estado social y democrático de derecho, pilar fundamental del ordenamiento europeo. El derecho administrativo no puede esperar, como lo ha hecho en reiteradas oportunidades, a que

la economía solucione los problemas de dignidad y de su raíz en cuestiones de equidad, pues no se encuentran ellos entre sus metas ni cometidos específicos. Ya está comprobado que un excelente PBI de ningún modo asegura ni garantiza una justa distribución o apoyo a los sectores sociales más desfavorecidos.

### **3. Reflexión conclusiva: un derecho administrativo para la dignidad humana**

Los derechos fundamentales de la persona son derechos que les conceden a sus titulares un conjunto variado de posiciones jurídicas dotadas de tutela reforzada y que le imponen al poder público una gama diversificada de obligaciones correlativas a las diferentes funciones derivadas de cada una de dichas posiciones jurídicas (Wunder Hachem, 2014, p. 132). Desde esta perspectiva debemos afirmar que la aplicabilidad inmediata es la misma en el caso de los derechos fundamentales individuales que en los sociales; aunque las técnicas a emplear puedan variar, se derivan de la diversidad de funciones incardinadas en cada derecho. No es que en un caso estemos en presencia de derechos de defensa y, en otro, de derechos prestacionales, el problema es que los derechos fundamentales son una categoría única que admite una expresión multifuncional. En otras palabras, es necesario comprender los derechos fundamentales –todos– desde la perspectiva de un todo, de manera que cada derecho fundamental presente un conjunto de posiciones jurídicas fundamentales de las que deriven funciones de respeto, funciones de protección y funciones de prestación (Wunder Hachem, 2014, p. 132).

El hecho de que la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, reconocidos *ad hoc*, por conexión, por argumentación racional del supremo intérprete de la Constitución o por recepción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos –caso del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales– cueste más dinero no quiere decir que no sean fundamentales. Es solo una cuestión accidental que no afecta a la sustancia. Y como lo accidental o formal debe seguir a lo sustancial o material, lo lógico es orientar las estructuras de facilitación de estos derechos colocando el presupuesto público a su servicio y no al revés.

El problema de la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales, de sus costes de implementación, no se encuentra al interior de estos derechos fundamentales de la persona, sino en la existencia de obstáculos e impedimentos sin cuento a las funciones de protección y de prestación inherentes a todo derecho fundamental, sea de la naturaleza que sea.

Los derechos fundamentales son una misma categoría con un mismo régi-



men que deriva de la misma dignidad humana, y esta tiene las mismas condiciones de exigibilidad sea cual sea el derecho del que se trate. Las estructuras y los procedimientos se diseñan y actúan al servicio de las personas, no al revés. En un presupuesto público hay que atender muchas necesidades y conceptos, pero en puridad la cantidad que se debe presupuestar para estas finalidades debe estar en función de la situación de los derechos sociales fundamentales en el país y de los medios disponibles porque otra cosa sería imposible. Pero de ahí a lo que acontece en la actualidad, en la que en muchos sistemas estos derechos no son fundamentales y su exigibilidad está puesta en cuestión, hay un largo trecho. El tema está en afirmar el carácter fundamental de estos derechos y empezar a caminar en este terreno. A partir de ahí, los progresos serían notables. No se trata de negar la realidad, que las disponibilidades presupuestarias son las que son y que conforman el marco para averiguar la racionalidad de las demandas judiciales en la materia. Se trata, simple y llanamente, de afirmar que estos derechos sociales fundamentales pertenecen a la categoría única de los derechos fundamentales de la persona.

Una cuestión que, en tiempos de pandemia, afecta –y de qué manera– la dignidad humana se refiere al alcance y funcionalidad del derecho al mínimo vital, un derecho fundamental de mínimos que permite que no se quiebre la condición humana, que no se lesione la misma dignidad humana.

En este sentido, debemos recordar que existen unos derechos sociales fundamentales mínimos que el Estado o la sociedad, según los casos y las posibilidades, deben asegurar y garantizar para evitar la deshumanización de la persona. En este punto, sin embargo, debe quedar claro que, en efecto, la aplicabilidad inmediata de los derechos sociales fundamentales no se reduce al reconocimiento del mínimo vital o existencial. Todos los derechos sociales fundamentales –todos–, por ser derechos fundamentales de la persona, poseen eficacia directa sencillamente porque disfrutan de la misma categoría y régimen jurídico de los derechos fundamentales.

El marco de lo que es imprescindible para una existencia humana responde al derecho al mínimo vital, pero más allá de esta garantía de mínimos existen otros derechos sociales fundamentales, ordinarios, como puede ser el derecho a una salud digna, el derecho a una protección social digna, el derecho a una educación digna... Es decir, una cosa es lo mínimo imprescindible para una existencia o para una vida propia de una persona humana y otra distinta es la garantía de un marco de racionalidad y progresividad en el ejercicio de estos derechos que apunta más allá de lo imprescindible, de lo mínimo.

Si entendemos el mínimo existencial como el techo mínimo, el suelo mínimo de los derechos sociales fundamentales, comprenderemos que a partir de este solar se pueden levantar o edificar derechos sociales fundamentales. A partir de esa esfera de una existencia mínimamente digna, aplicando el principio de progresividad podemos llegar a afirmar la existencia de derechos sociales fundamentales que consisten en garantías y prestaciones, junto a protecciones y defensas, de posiciones jurídicas dignas, de una dignidad superior a la mínima. No de otra manera deben interpretarse las apelaciones que las constituciones de nuestra cultura jurídica realizan a una mejor calidad de vida para las personas o una existencia o vida dignas.

En el marco de los deberes de protección y de promoción de prestaciones fácticas positivas, debe afirmarse que el contenido de las prestaciones que integran el mínimo existencial son siempre y en todo caso exigibles ante cualquier juez o tribunal a través de cualquier instrumento procesal con independencia de la existencia de disponibilidades presupuestarias o de estructura organizativa pública, pues afectan el contenido de la mínima dignidad posible, aquella que diferencia al ser humano de los animales irracionales o de los simples objetos o cosas.

Los derechos sociales fundamentales pueden estar previstos en la Constitución como tales, no es lo más frecuente, o pueden derivarse de la relación con otros derechos fundamentales o de una argumentación racional a partir de las bases mismas de la Constitución en relación con los postulados del Estado social y democrático de derecho y de la centralidad de la dignidad del ser humano.

El derecho fundamental de la persona a un nivel de vida adecuado (artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), a una digna calidad de vida, como reza el preámbulo de la Constitución española de 1978, es, siguiendo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XI, la que permitan los recursos públicos y los de la comunidad, o, dice el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados. Tales previsiones sitúan en el centro del orden social, político y económico a la dignidad del ser humano, lo que implica, lisa y llanamente, que las disponibilidades presupuestarias del Estado y de la sociedad, de la comunidad, han de orientarse y gestionarse para que, en efecto, se les garantice a todos los hombres y mujeres una digna calidad de vida.

El artículo 130.1 de la Constitución española les reclama a los poderes públicos que equiparen el nivel de vida de los españoles a partir de una política económica adecuada a este fin. Tal nivel de vida, como sostiene Perez Hualde

(2009, pp. 93-94), es el que implica y exige, para ser tal, la satisfacción de determinadas necesidades de naturaleza económica que, a su vez, garantizan el acceso a otros derechos también humanos y fundamentales, también de gran importancia. Pérez Hualde (2009) sitúa el epicentro de los derechos sociales fundamentales en las necesidades colectivas de los ciudadanos, como el agua potable, el servicio sanitario, el servicio eléctrico y el suministro del gas, de transporte público, de corredores viales, del correo, actividades que ordinariamente se garantizan, al menos muchas de ellas, a través de la técnica de la intervención pública.

Tanta intervención como sea imprescindible y tanta libertad solidaria como sea posible es una famosa máxima que se hizo célebre entre los profesores de la Escuela de Friburgo a mediados del siglo pasado. En realidad, el fin del Estado reside en que cada persona pueda realizarse libre y solidariamente. Para ello, el Estado ha de asumir este compromiso cuando las instituciones e iniciativas sociales no sean capaces de ayudar a los individuos a su libre y solidaria realización.

El problema de la técnica del servicio público para estos menesteres reside, como ya advirtiera certeramente Devolvé no hace mucho tiempo, en que las actividades objeto del servicio público son de titularidad pública, algo que no se puede predicar, por ejemplo, de la educación o de la sanidad, que son derechos fundamentales de la persona y, por ende, no deben ser calificadas como de ámbitos de titularidad pública. En cambio, bajo la técnica de la *ordenatio*, de las autorizaciones, licencia so permisos, las cosas caminan por otros derroteros, puesto que en estos supuestos se trata de regular actividades privadas de los ciudadanos que son de interés general.

En efecto, el Estado, en virtud de la subsidiariedad, tiene, por su propia estructura y esencia, la superior tarea de garantizar el pleno, libre y solidario ejercicio de los derechos, cometido supremo de la instancia estatal que, como señalara Bidart Campos (1997, p. 427), no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio –me permito apostillar solidario– de los derechos humanos.

Sin embargo, como apunta Pérez Hualde (2009, p. 105), desde la concepción del servicio universal, que no es una característica privativa del servicio público en sentido estricto sino más bien de las actividades privadas de interés general, es posible paliar de alguna manera, a causa de la intervención pública –servicio de interés general– dirigida a este fin, la situación de injusticia objeti-

va, por desigualdad material, en la que se encuentran las personas necesitadas de esos bienes económicos imprescindibles para un nivel de vida adecuado, acorde a la comunidad en la que se desarrolla.

Poco a poco, en este tiempo de convulsiones y de transformaciones, esperamos que la efectividad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales ocupe un lugar por derecho propio en la mente y en la agenda de las principales decisiones que tomen las autoridades políticas, económicas, sociales y culturales. Nos jugamos mucho en ello, tanto como que la dignidad del ser humano y sus derechos inalienables funden de nuevo, ahora con más fuerza, un remozado orden jurídico, económico y social que ya no puede esperar más tiempo.

Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad, que es lo mismo, son el canon fundamental para medir la temperatura y la intensidad del Estado social y democrático de derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del derecho administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianeidad.

El colapso económico-financiero que se avecina tras la propagación masiva del coronavirus a nivel planetario nos ayudará a replantear muchas cosas, también el sentido de la libertad, hasta ahora entendida por millones de personas casi exclusivamente desde el plano individual y personal, al margen de la comunidad, al margen de la vida social. Es decir, la libertad individual sin más límites que los que cada uno, en función de sus posibilidades, querría establecer.

Ciertamente, ni el postulado de la solidaridad social ni el de la participación están hasta el momento asentados convenientemente al interior del sistema político e institucional. Los recortes sociales de los últimos tiempos han puesto de relieve una perspectiva de la estabilidad financiera al servicio de los grandes inversores internacionales. Hoy, tras la crisis del coronavirus, queda muy claro que los derechos sociales fundamentales son exigencias de una vida social digna y deben empezar a guiar la acción de los Estados a escala global.

Además, frente al intento que vendrá –si no está ya en camino– de consolidar sistemas autoritarios, es menester apostar con intensidad, porque la participación real caracteriza de verdad la vida pública en nuestros países, pues en las políticas públicas, en todas las fases de su realización, debe crecer la participación de la ciudadanía.

En este sentido, el concepto de “libertad solidaria” que vengo manejando desde hace más de veinte años en mis publicaciones permite comprender mejor la esencia del Estado social y democrático de derecho como estructura y matriz

de la defensa, protección y promoción de derechos fundamentales y remoción de los obstáculos que impiden su efectividad. En este sentido, adquieren su lógica los planteamientos abiertos de reconocimiento de derechos sociales fundamentales, donde la Constitución no lo haga, a través de las bases esenciales del Estado de derecho, teniendo en cuenta la centralidad de la dignidad humana y la capitalidad del libre y solidario desarrollo de la personalidad de los individuos en sociedad.

Por tanto, es necesaria una relectura desde la dignidad del ser humano de todo el desarrollo y proyección que se ha realizado de este modelo de Estado en el conjunto de derecho público, hoy urgente tras la pandemia del coronavirus, y las consecuencias que puede tener para las restricciones a las libertades tal y como se pronostica en estos tiempos.

El problema radica en que se ha intentado entender el Estado social y democrático de derecho sobre mimbres viejos y el resultado es el que todos contemplamos ante nuestro más absoluto asombro. La tarea, pues, de proyectar el supremo principio de la dignidad humana sobre el entero sistema de fuentes, categorías e instituciones de derecho público es apremiante. La crisis del coronavirus lo demanda. A gritos.

## Bibliografía

- Antkowiak, T. M. (2020). A “dignified life” and the resurgence of social rights. *Journal of Human Rights*, 18(1). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1222&context=njihr>.
- Balbín, C. (28 de mayo de 2014). Un Derecho Administrativo para la inclusión social. *La Ley*.
- Barak, A. (2015). *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right*. Cambridge.
- Bidart Campos, G. J. (1997). La responsabilidad en los Tratados de jerarquía constitucional. En Bueres, J. A. y Kemelmajer de Carlucci, A. (Dirs.), *Homenaje al profesor doctor Atilio Anibal Alterini*. Abeledo Perrot.
- Consejo de Europa. (2013). *Viviendo con dignidad en el siglo XXI. Pobreza y desigualdad en sociedades de derechos humanos: La paradoja de las democracias*.
- Dybowski, M. y García Pérez R. (Dirs.). (2018). *Globalization of law. The role of human dignity*. Aranzadi.
- Jimena Quesada, L. (2016). *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis*. Tirant lo Blanch.
- Meilán Gil, J. L. (1967). *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de la Administración Pública.

- Perez Hualde, A. (2009). El sistema de derechos humanos y el servicio universal como técnica para una respuesta global. En Embid Irujo, A. (Dir.), *Derechos Económicos y sociales*. Iustel.
- Riley, S. (2017). *Human dignity and Law: legal and philosophical investigations*. Routledge.
- Rodríguez Garavito, C. (Dir.). (2019). *Addressing inequality from a human rights perspective: Social and economic justice in the Global South*. Dejusticia- Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad.
- Rodríguez-Arana, J. (2013). *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de bienestar*. Iustel.
- Sangiovanni, A. (2017). *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights*. Harvard University Press.
- Wunder Hachem, D. (2014). *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por un implementacao espontânea, integral e igualitaria* (Tesis doctoral). Universidad Federal de Paraná.
- Xu, T. y Allain, J. (Eds.). (2019). *Property and human rights in a global context*. Hart Publishing.



# IL FATICO SO PROCEDERE DELLA PERSONA UMANA TRA I CRINALI DELLA STORIA

---

## Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

**Recibido:** 06/12/2021

**Aceptado:** 25/02/2022

### Riassunto

Negli ultimi decenni sono stati affermati in via giurisprudenziale nuovi diritti, in precedenza non riconosciuti da nessuna carta costituzionale o dichiarazione internazionale. Il fenomeno è in sé positivo, ma occorre evitare derive individualistiche, che stridono con il modello di società, personalista e pluralista, sotteso non soltanto alla Costituzione italiana del 1948, ma in generale alla gran parte degli Stati costituzionali moderni. Da qui l'esigenza di elaborare e strutturare uno statuto dei diritti della persona, il più universalmente valido: al riguardo, fondamentale criterio di discernimento è il riconoscimento della dignità e della relazionalità di ogni persona umana, a partire dalla formazione del genoma. Anche in materia eticamente sensibile, l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze spetta primariamente ai legislatori nazionali, ma sulle Corti costituzionali nazionali grava la responsabilità di verificare la ragionevolezza e la proporzionalità del bilanciamento, raggiunto in sede legislativa. L'analisi ragionata delle soluzioni raggiunte, anche in funzione critica rispetto a possibili involuzioni contrarie a Costituzione, e l'argomentata elaborazione di alternative possibili costituiscono uno dei contributi più importanti che l'accademia può apportare all'esperienza giuridica contemporanea.

**Parole chiave:** nuovi diritti, statuto dei diritti della persona, dignità, relazionalità, Corti costituzionali.

## El fatigoso proceder de la persona humana entre las cumbres de la historia

### Resumen

En las últimas décadas, en la jurisprudencia se han afirmado nuevos derechos, no reconocidos anteriormente por ninguna carta constitucional o declaración internacional. El fenómeno es



positivo en si mismo, pero es necesario evitar derivaciones individualistas que chocan con el modelo de sociedad, personalista y pluralista, que subyace no solo en la Constitución italiana de 1948, sino en general en la mayoría de los Estados constitucionales modernos. De ahí la necesidad de elaborar y estructurar un estatuto de los derechos de la persona, el más universalmente válido: en este sentido, el criterio fundamental para el discernimiento es el reconocimiento de la dignidad y la relación de toda persona humana a partir de la formación del genoma. Incluso en asuntos éticamente delicados, la identificación de un razonable punto de equilibrio de las necesidades opuestas recae principalmente en los legisladores nacionales, pero los tribunales constitucionales nacionales tienen la responsabilidad de verificar la razonabilidad y proporcionalidad del equilibrio alcanzado en el contexto legislativo. El análisis razonado de las soluciones alcanzadas, también en una función crítica respecto a la posible involución contraria a la Constitución, y la elaboración razonada de posibles alternativas constituyen uno de los aportes más importantes que la academia puede hacer a la experiencia jurídica contemporánea.

**Palabras clave:** nuevos derechos, estatuto de los derechos de la persona, dignidad, razonabilidad, tribunales constitucionales.

## The weariness of the human person between the summits of history

### Abstract

In recent decades, new rights have been established in case-law, not recognised previously by any constitution or international declaration. The phenomenon is itself positive, but we must avoid individualistic drifts, which clash with the model of society, personalist and pluralist, underlying not only the Italian Constitution of 1948, but in general the majority of modern constitutional states. That is why emerges the need to elaborate and structure a statute of the person's rights, the most universally valid: in this regard, the fundamental criterion of discernment is the recognition of the dignity and reasonableness of every human person, starting from the formation of the genome. Even in ethically sensitive matters, the identification of a reasonable balance of the opposing needs is primarily the responsibility of national legislators, but the national constitutional courts are responsible of verifying the reasonableness and proportionality of the balance achieved in the legislative process. The reasoned analysis of the solutions reached, also in critical function respect to possible involutions contrary to the Constitution, and the well-argued development of possible alternatives are one of the most important contributions that the Academy can make to contemporary legal experience.

**Key words:** new rights, statute of the person's rights, dignity, reasonableness, constitutional courts.

1.\* Paolo Grossi ha di recente magistralmente ricordato<sup>1</sup> che il primo Ottocento ha segnato il primato della *legislatio*. Secondo il pensiero del Montesquieu,<sup>2</sup> semplificando, lo Stato manifestava la sua sovranità sul territorio attraverso il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giurisdizionale. Il potere legislativo veniva considerato onnipotente, in quanto ad esso era riservato il monopolio sulla creazione del diritto,<sup>3</sup> mentre, in posizione subordinata, stavano il potere esecutivo, che poteva agire soltanto in presenza di una legge, ed il potere

---

(\*) Il presente studio costituisce riproduzione, con alcune aggiunte, dell'articolo già pubblicato dall'Autore, con lo stesso titolo, sulla rivista giuridica italiana *Il diritto di famiglia e delle persone* (2021, n. 3, pp. 1245-1287), edita dalla Casa editrice Giuffrè Francis Lefebvre.

1 Mi riferisco alla *Lectio magistralis*, dal titolo *Il diritto giurisprudenziale in Italia oggi*, che il Prof. Grossi, presidente emerito della Corte costituzionale, giurista di conclamata fama internazionale, ha tenuto il 12 ottobre 2020 presso l'Università degli Studi di Padova, in occasione del conferimento del Dottorato di ricerca *ad honorem* in Giurisprudenza. Durante la *lectio* il Prof. Grossi ha trattato l'argomento nella prospettiva storica, di sua specifica competenza, seguendo un filo conduttore, che mi sembra qui opportuno ripercorrere, sia pure per sommi capi.

Gli anni che ci separano dalla Rivoluzione francese del 1789 "sono segnati da una pesante discontinuità" nel modo di concepire la natura e la genesi del diritto. Il cippo, che ha segnato il passaggio tra l'epoca moderna e quella *post* moderna, è stato "il risveglio della società civile". La Rivoluzione francese aveva avuto il grande merito di cancellare i vecchi ceti privilegiati, ma aveva accentuato ancora di più il divario tra abbienti e nulla tenenti e (con la c.d. legge *Le Chapelier* del 1791) aveva "annichilito" ogni assetto associativo. Dalla Rivoluzione era uscito un "paesaggio giuridico individualistico", nel quale: tutto era riconducibile a due soggetti fondamentali (lo Stato e l'individuo singolo abbiente); la società civile era divenuta una massa amorfa, una piattaforma inerte; lo Stato era unico produttore del diritto e quest'ultimo era di per sé vincolato al potere politico.

A seguito del progressivo riaffermarsi nel corso dell'ottocento delle più diverse formazioni sociali ("sindacali, parapolitiche, economiche, religiose, assistenziali, mutualistiche e cooperativistiche"), che la Rivoluzione francese aveva preteso di poter annullare, la società civile è risorta come "realtà dinamica"; parallelamente il diritto ha cessato di essere un atto della volontà, un comando, collegato al potere politico, ma ha incominciato ad imporsi come realtà, che si trova alle radici della società. Si è così progressivamente passati dal monismo giuridico del primo ottocento (che ancora vedeva la legge come sola fonte del diritto) al pluralismo giuridico post-moderno (che segna il tramonto della dimensione idolatrica della legge, intesa come unica fonte del diritto, capace di manifestare la volontà generale, ed afferma l'esistenza di una pluralità di fonti del diritto), riflesso del pluralismo che vi è nella società: "il diritto è per sua natura pluralista, perché riflette il pluralismo della società". Di tale epocale passaggio culturale, avvertito tra i primi da Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, 1918), è rimasta traccia negli Atti dell'Assemblea Costituente e nella Costituzione repubblicana del 1948, dove (soprattutto nei primi dodici articoli) freme "la società civile osservata nella sua complessità e dinamicità". In questo contesto, il diritto giurisprudenziale si pone come "attuazione del messaggio costituzionale" e va avvertito da parte dell'interprete "il dovere etico e giuridico di ampliare lo sguardo oltre la legalità". Non ha invece senso parlare del diritto giurisprudenziale come fonte creativa del diritto, in quanto "il diritto non lo inventa neppure il legislatore", ma "va cercato e trovato alle radici della società civile, dove vi sono valori e interessi, che diventano principi e che si trasformano poi in diritti fondamentali".

2 Cfr. De Montesquieu (1784, pp. 311 e ss., 1977, Libro XI cap. VI).

3 Cfr. Luhmann (1978, p. 55). Per un complessivo inquadramento epistemologico, si cfr. altresì dello stesso Autore, *La differenziazione del diritto* (Luhmann, 1990, pp. 313-378).

giurisprudenziale, il cui ruolo era meramente applicativo. Il dogma dell’onnipotenza del legislatore era espressione del positivismo giuridico, che riduceva il diritto alla legge ed escludeva l’esistenza di altre fonti del diritto.<sup>4</sup>

Nel Novecento il quadro si è profondamente modificato (Riccio, 2017, p. 857): si è risvegliata la società civile (per riprendere la bella espressione usata da Paolo Grossi nella citata *lectio magistralis*). Effetti di tale risveglio sono stati: dapprima, l’avvento del costituzionalismo moderno, che ha affermato il primato della Costituzione sulla legge ed ha attribuito alla giurisdizione – ed in particolare alla Corte costituzionale (nei sistemi di costituzionalità accentrati) e a tutti i giudici comuni (nei sistemi di costituzionalità diffusi o decentrati) – il potere di controllare la costituzionalità delle leggi (e, quindi, di invalidare le leggi incostituzionali); e, poi, il progressivo affermarsi di carte europee sovranazionali, aventi valore costituzionale, e, quindi, superiore alla legge.

In questo mutato quadro i giudici comuni sono soggetti non più soltanto alla legge dello Stato (come richiesto dall’art. 101 comma 2 Cost.), ma, più in generale, al diritto vivente, nazionale e sovranazionale: essi, invero, hanno il dovere di osservare in primo luogo la Costituzione e, quindi, il diritto dell’Unione Europea e il diritto della Convenzione EDU e gli altri vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (come espressamente impone l’art. 117 comma 1 Cost.). E’ un indiscutibile dato di fatto che la giurisprudenza nel suo complesso svolge ai giorni nostri non più soltanto la tradizionale “*funzione ricognitiva dichiarativa*”,<sup>5</sup> ma anche e soprattutto una “*funzione innovativa-costitutiva*”,<sup>6</sup> tanto che

4 Sul tema Galgano (2007, pp. 407 e ss.), il quale richiama Hobbes (1959, p. 533).

5 La bibliografia sul punto è sterminata. Tra tutti si cfr. Betti (1949, pp. 48 e ss.); Briguglio (1984, pp. 1375 e ss.); Gorla (1970, pp. 489 e ss.; 1990, pp. 1 e ss.); Inzitari (1998, pp. 526 e ss.); Marinelli (2002, pp. 871 e ss.).

In giurisprudenza cfr. Cass. civ., Sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, che –chiamata a pronunciarsi sul problema se un mutamento giurisprudenziale (nella specie sulla natura degli usi, se normativi o contrattuali, che giustificano l’anatocismo) sia equiparabile ad una successione della legge nel tempo, con la conseguenza che i rapporti instaurati prima del *rèvirement* giurisprudenziale resterebbero sottoposti al più antico orientamento – ha statuito che: “*la funzione assolta dalla giurisprudenza, nel contesto dei sillogismi giudiziari, non può essere altra che quella ricognitiva dell’esistenza e dell’effettiva portata della regola, e non anche una funzione creativa della regola stessa*”. In altri termini: un mutamento di indirizzo giurisprudenziale è mutamento (non del diritto, ma) della interpretazione del diritto, con la conseguenza che il diritto è sempre lo stesso, prima e dopo il *rèvirement*, quantunque diversamente interpretato.

6 Francesco Galgano, del quale ho avuto l’onere di essere discepolo, era solito individuare già dagli anni Ottanta cinque distinte ipotesi nelle quali, a suo avviso, nella quotidiana prassi giudiziaria forense, veniva in rilievo l’intervento creativo del giudice comune.

Precisamente: a) l’ipotesi in cui manca nell’ordinamento una norma alla stregua della quale risolve il singolo caso della vita; ed il giudice, al quale quel caso è sottoposto, si adopera per colmare la

il diritto vivente, rappresentato dall'effettività dell'orientamento consolidato (Ascarelli, 1957, p. 352; Morelli, 1995, pp. 169 e ss.; Sicchiero, 1995, pp. 263 e ss.), costituirebbe oggi una fonte del diritto.<sup>7</sup>

Tale funzione innovativa-costitutiva: viene indubbiamente svolta dalla Corte costituzionale, che, in ogni giudizio di costituzionalità (incidentale e principale), oltre a svolgere una funzione di «*legislatore negativo*»,<sup>8</sup> ha facoltà di emettere varie forme di sentenze,<sup>9</sup> che possono essere anche espressione in un certo qual modo di «*funzioni legislative positive*»,<sup>10</sup> in quanto creative di norme di diritto (Cartabia, 2010).

Viene svolta anche dal giudice comune, che è chiamato ad interpretare la legge nazionale in modo conforme non soltanto a Costituzione,<sup>11</sup> ma anche al

---

lacuna mediante il ricorso agli strumenti interpretativi riconosciutigli dall'art. 12 delle preleggi; b) l'ipotesi in cui la norma esiste, ma è suscettibile di una pluralità di interpretazioni, tutte congrue rispetto al dato legislativo; ed il giudice accoglie un'interpretazione, piuttosto che un'altra, ritenendola maggiormente rispondente alla realtà sociale del momento; c) l'ipotesi in cui ad essere suscettibili di applicazione, con pari congruenza logica, siano più norme; ed il giudice, tra più norme astrattamente applicabili, applica quella che gli sembra più conforme ad esigenze di giustizia; d) l'ipotesi in cui la norma suscettibile di applicazione è soltanto una ed il suo tenore è chiaro ed inequivoco, ma è ritenuta comunemente superata, non più adeguata ai tempi; ed il giudice si fa carico di adeguarla ai mutamenti della realtà, dandone una interpretazione evolutiva; e) l'ipotesi in cui la legge introduce clausole generali o formula norme elastiche; ed il giudice utilizza il potere discrezionale, conferitogli dal legislatore, per dare contenuto alla clausola generale o alla norma elastica. Proprio, con riferimento a questi casi, Galgano era solito insistere a lezione già negli anni 80 del secolo scorso sulla funzione creativa (in senso lato), svolta dalla giurisprudenza (e di tanto vi è traccia in numerosi suoi scritti: cfr., ad es., Galgano 2004, 2005, 2009).

Tuttavia, il senso compiuto del rilievo che Galgano dava alla giurisprudenza, a mio avviso, appare chiaro soltanto in articolo pubblicato postumo (2012, pp. 77 e ss.), nel quale dichiarava espressamente di aderire alla c.d. teoria dichiarativa, non senza aggiungere, richiamando Leibniz, che il giudice pratica, in *civil law* come in *common law*, l'*ars inveniendi* piuttosto che la creativa *ars combinatoria*: la sua funzione sta nello scoprire, e non nel creare, la regola (reperibile nel sistema di *civil law* attraverso i diversi strumenti interpretativi a sua disposizione; e nel sistema di *common law* nelle consuetudini giudizialmente accertate e nel sistema dei precedenti), alla stregua della quale rendere giustizia.

Mi piace qui sottolineare la convergenza intellettuale dei due Maestri, che, pur trattando il tema del diritto giurisprudenziale da una diversa prospettiva di osservazione (Galgano, quella della prassi giudiziaria-forense; Grossi, invece, quella storico e culturale), sono pervenuti alle medesime conclusioni.

- 7 Cfr. Morelli (2015, pp. 28 e ss.); Vincenti e Morelli (2011, pp. 5 e ss.); Zaccaria (2007, pp. 9 e ss.).
- 8 Cfr. Kelsen (1994, pp. 273-274), che si pone il problema di possibili conflitti tra il legislatore positivo (i legislatori nazionali) ed il legislatore negativo (le corti costituzionali nazionali) e prospetta, come modalità per contenere il problema, che sia lo stesso parlamento a nominare tutti i membri delle corti costituzionali.
- 9 Cfr. Zagrebelsky (1987, pp. 626 e ss.).
- 10 Cfr. Crisafulli (1966, pp. 206-232).
- 11 Cfr. Amoroso (2008, pp. 768 e ss.); Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 26; 21 gennaio 2010 n. 17; 23 ottobre 2009 n. 263; 30 luglio 2008 n. 305; 20 giugno 2008, n. 219; 27 ottobre 2006 n. 343.

diritto europeo<sup>12</sup> ed al diritto convenzionale CEDU,<sup>13</sup> come interpretati rispettivamente dalla Corte di giustizia di Lussemburgo e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo.<sup>14</sup>

E viene svolta soprattutto dalle Corti Supreme europee, le cui giurisprudenze esercitano una indubbia influenza sulla giurisprudenza nazionale. Perfino il giudicato, espressione del potere giurisdizionale nazionale, ha perso oggi la sua originaria incontrovertibilità, potendo essere messo in discussione mediante la riapertura del processo, qualora la sentenza passata in giudicato sia in contrasto con un diritto dell'uomo riconosciuto dalla Corte EDU.

Il costituzionalismo moderno ha così comportato una rivoluzione profonda della teoria del diritto e dello Stato<sup>15</sup> e, con essa, il superamento del positivismo giuridico, dell'onnipotenza del legislatore e dell'equazione, per cui dissertare di legittimità significava dissertare di legalità.<sup>16</sup>

Ai giorni nostri può dunque accadere che una norma di legge, benché legalmente formata, in quanto espressione della volontà sovrana di una maggioranza parlamentare, venga dichiarata illegittima, perché ritenuta dalla Corte costituzionale arbitraria, incongrua, incoerente, ingiusta, lesiva di fondamentali valori della civiltà giuridica.<sup>17</sup> Come pure può accadere che, nella prassi giudiziaria-forense, nascano nuovi diritti,<sup>18</sup> riconosciuti non dal legislatore, ma dalla giurisprudenza.<sup>19</sup>

2. Terminata la seconda guerra mondiale, la firma dello Statuto delle Nazioni Unite, il 26 giugno 1945, ha consacrato l'inizio del processo di transizione verso un *nuovo ordine internazionale*, in cui i diritti della persona umana giungono ad affermarsi non solo *dentro* gli Stati ed in conformità alla loro azione, ma anche, se necessario, *contro* gli Stati (Trujillo e Viola, 2014), in base ad un sempre più riconosciuto *principio di antecedenza* della persona sull'istituzione,

---

12 Cfr. Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 28; 13 giugno 2000 n. 190.

13 Cfr. Corte EDU, 27 marzo 2003, Scordino; Corte cost. 5 gennaio 2011 n. 1.

14 Cfr. Franzoni (2010, pp. 366 e ss.).

15 Cfr. Buongiovanni (2005, 45 ss.); Galgano (2007, p. 411).

16 Cfr. Galgano (2007, p. 411).

17 Cfr. Galgano (2007, p. 411); D'Andrea (2005); Ruggeri (2006, p. 531); Zagrebelsky (1988, p. 155, 1992, p. 183).

18 Cfr. Cartabia (2010, pp. 17 e ss); Modugno (1996, pp. 5 e ss.); Morelli (2015, pp. 28 e ss.).

19 È indubbio che in una società in rapida trasformazione, come la nostra, l'adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà non si presta ad essere più soltanto opera del legislatore ma richiede ancor prima di essere opera della giurisprudenza.

che a sua volta rimanda ad una *concezione del potere come servizio* (e non come mera forza funzionale agli arbitri e agli interessi del Principe). E la tutela dei diritti umani rappresenta non più soltanto un'esigenza legata agli interessi di uno o più Stati, ma una delle condizioni essenziali al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali.

Si consideri che la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, ad esito di articolati lavori preparatori, viene approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite; proprio nello stesso contesto temporale nel quale, oltre alla celebrazione dei processi di Norimberga, in Europa vengono approvate le nuove Carte costituzionali di alcuni Stati e vengono perfezionati trattati, che avviano una fase di integrazione europea destinata a proiettarsi gradualmente in tutto il Continente.<sup>20</sup>

Il progressivo e quasi inarrestabile sviluppo delle costituzioni nazionali e delle fonti internazionali ed europee ha imposto il superamento della contrapposizione tra legge e diritto, quale retaggio di un anacronistico legalismo. D'altra parte, il parallelo svilupparsi di una tecnica legislativa per principi, anche di valenza assiologica, quale quelli contenuti nelle suddette carte e dichiarazioni, ha subito prodotto effetti notevoli sull'attività del giurista, essendo divenuto elemento imprescindibile di ogni interpretazione a fini applicativi il controllo di conformità alla legalità costituzionale ampiamente intesa.<sup>21</sup>

La dottrina italiana (il riferimento è a Emilio Betti, Angelo Falzea, Michele

---

20 In particolare: a) il 22 dicembre 1947 l'Assemblea costituente approva la Costituzione della Repubblica italiana; b) il 23 maggio 1949 viene promulgata la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca; c) il 5 maggio 1949 a Londra viene firmato il trattato che istituisce il Consiglio d'Europa, che comprende inizialmente dieci Stati europei; nel relativo statuto viene ribadita l'adesione incondizionata agli ideali di libertà e democrazia che rappresentano il patrimonio comune degli Stati europei e il mutuo impegno di cooperazione per realizzare un'integrazione sempre più stretta volta alla salvaguardia e all'ulteriore promozione di tali ideali; d) il 4 novembre 1950 a Roma viene firmata la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nell'ambito del Consiglio d'Europa; e) il 18 aprile 1951 i governi di sei Paesi europei (tra i quali l'Italia) firmano a Parigi il Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, quale primo passo del processo di integrazione europea; f) il 25 marzo 1957 gli stessi Stati fondatori firmano a Roma il Trattato che istituisce la Comunità economica europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica. Si potrebbe continuare a lungo ad elencare le numerose dichiarazioni fondative di un nuovo ordine costituzionale ad ogni livello – nazionale, regionale, mondiale – che si sono susseguite nel breve volgere di pochi anni mentre sul continente europeo erano ancora fumanti le ceneri lasciate dall'ultimo conflitto bellico.

21 Sull'argomento si cfr. Perlingieri (1983). L'opera ha avuto largo e meritato successo, testimoniato dalla IV edizione (2020), in cinque volumi, che, al pari della precedente, reca un'eloquente integrazione del titolo: "secondo il sistema italo-comunitario delle fonti". A commento della terza edizione si cfr.: D'Amico (2008, pp. 657 e ss.); Grossi (2009, pp. 914 e ss.); Maddalena (2009, pp. 65 e ss.).

Giorgianni, Natalino Irti, Luigi Mengoni, Ugo Natoli, Rosario Nicolò, Salvatore Pugliatti, Pietro Rescigno e a tanti altri, che mi si perdonerà se qui non ricordo espressamente), consapevole di questo passaggio epocale, ha prontamente colto l'urgente necessità di una rilettura della legislazione ordinaria alla luce dei principi costituzionali.

Sul principio del primato della persona, quale significato più profondo della legalità costituzionale, si è poi sviluppato particolarmente il pensiero di Piero Perlingieri: questi, fin dall'opera del 1972 su *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, ha elaborato un'impostazione unitaria della tutela della persona, secondo la quale le norme che tutelano la sua dignità sono di ordine pubblico ("anzi della gerarchia più alta dell'ordine pubblico, quella che costituisce proprio il fondamento dello stesso ordinamento costituzionale") ed il valore della persona umana, per attuarsi, richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, il rifiuto di ogni forma di individualismo.

Sullo sfondo di questo retroterra culturale, sul finire degli anni 80, Norberto Bobbio, comunemente considerato uno dei massimi teorici del diritto e filosofo della politica della seconda metà del Novecento, pubblicava un libretto dal titolo *L'età dei diritti*, nel quale affermava che, dal punto di vista della filosofia della storia, a seguito della promulgazione della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, si era andato formando un dibattito ("tanto ampio da aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali"), che poteva essere interpretato come un "segno premonitore" del *progresso morale dell'umanità* (Bobbio, 1992c, p. 49).

L'età dei diritti, di cui parlava Bobbio, rappresentava l'esito di una rivoluzione copernicana, che aveva progressivamente portato ad affermare la priorità dell'individuo umano sulla società e a considerare il rapporto tra governanti e governati dalla prospettiva (non dei primi, ma) dei governati; e, nel contempo, costituiva l'inizio di un nuovo processo storico, al termine del quale i diritti dell'uomo sarebbero stati "non più soltanto proclamati o soltanto idealmente riconosciuti ma effettivamente protetti, anche contro lo stesso Stato che li ha violati" (Bobbio, 1992d, p. 23).<sup>22</sup> Secondo Bobbio, "solo dopo la Dichiarazione possiamo avere la certezza storica che l'umanità, tutta l'umanità, condivide

---

22 Il radicale mutamento di prospettiva, sotteso alla età dei diritti, secondo Bobbio, si era realizzato in due distinte fasi: la prima fase era stata quella del giusnaturalismo razionalista settecentesco e, in particolare, del pensiero di John Locke: "proprio partendo da Locke si capisce bene che la dottrina dei diritti naturali presuppone una concezione individualistica della società e quindi dello Stato,

alcuni valori comuni” (Bobbio, 1992d, p. 21), anche se “la storia dei diritti dell’uomo, meglio non farsi illusioni, è quella dei tempi lunghi” (Bobbio, 1992a, p. 269).

La fiducia nella sussistenza di un consenso universale su alcuni valori e la scommessa in un futuro migliore rappresentavano le caratteristiche fondamentali dell’età dei diritti, pensata dal Bobbio. Presupposto di tale fiducia e di tale scommessa era l’idea che, una volta riconosciuti i diritti umani, il più fosse stato fatto: rimaneva soltanto il problema, pratico, di proteggerli.

Il pensiero di Norberto Bobbio ha avuto grande influenza nella letteratura filosofico-giuridica e filosofico-politica contemporanea, che, per lo meno in grande parte, tuttora consapevolmente evita di andare alla ricerca di una giustificazione che sia in grado di fondare il consenso universale sui diritti umani:<sup>23</sup> il timore è che la ricerca di una fondazione razional-filosofica dei diritti umani possa condurre a divisioni radicali e, dunque, possa inficiare l’accordo, faticosamente raggiunto, sui diritti.

In realtà il desiderio di mettere tra parentesi il problema del fondamento dei diritti dell’uomo può essere una strategia utile nel breve periodo, ma nel lungo periodo è destinata a rivelarsi illusoria (Schiavello, 2013).

Convergono in questa direzione molteplici fattori.

Occorre innanzitutto prendere atto del fatto che il linguaggio dei diritti è indeterminato, con la conseguenza che l’attività interpretativa volta a individuare il significato ed il contenuto dei singoli diritti è caratterizzata da un’ampia discrezionalità e, quindi, l’argomentazione giustificativa difficilmente può eludere la questione del fondamento razionale. D’altronde, con il passare degli anni e,

---

contrastata dalla ben più solida e antica concezione organica, secondo cui la società è un tutto, e il tutto è al di sopra delle parti” (Bobbio, 1992d, p. 58); la seconda fase, invece, era stata quella che aveva fatto seguito alla Rivoluzione americana ed alla Rivoluzione francese e che era stata caratterizzata dal fatto che i diritti umani, da un lato, avevano assunto maggiore concretezza, in quanto avevano incominciato ad essere positivizzati, dall’altro, avevano perso in universalità, in quanto appartenevano (non più all’essere umano in quanto tale, ma) all’essere umano in quanto cittadino.

23 Jacques Maritain, nell’introduzione ad un volume sui diritti umani (patrocinato dall’Unesco nell’occasione della promulgazione della Dichiarazione universale) pubblicata originariamente nel 1949, notava con ottimismo come esponenti di ideologie radicalmente contrapposte si erano trovati d’accordo sui diritti umani, ma solo a condizione di non domandarsi il perché. Tale osservazione – formulata dal Maritain, si ribadisce, nel 1949 – era all’evidenza espressione del comprensibile entusiasmo per l’imminente promulgazione della Dichiarazione universale e per la conclusione dei lavori congressuali che l’avevano preceduta.

Non sembra invece parimenti condivisibile l’analogia osservazione fatta da Norberto Bobbio (1992b) nel corso di una relazione tenuta in un Convegno svoltosi nel 1964, allorquando disse: “il problema di fondo relativo ai diritti dell’uomo è oggi non tanto quelli di *giustificarli*, quanto quelli di *proteggerli*. È un problema non *filosofico* ma *politico*”.



in particolare, con il proliferare delle dichiarazioni dei diritti, quest'ultimi sono divenuti sempre più numerosi, con la conseguenza che sempre più frequenti sono i conflitti tra diritti rivendicati da soggetti diversi, e, quindi, si impone come necessario un bilanciamento, che difficilmente può eludere il problema del fondamento razionale. Può essere poi utile ricordare che l'esercizio di ogni diritto individuale (in particolare dei diritti sociali) presuppone politiche di spesa, che ne garantiscano la tutela e che vanno giustificate in un contesto democratico: circostanze queste che richiamano ancora una volta la questione del fondamento. Infine, la complessa relazione che intercorre tra diritti e democrazia, da un lato, e, dall'altro, le problematiche connesse al multiculturalismo – nel sollevare poliedriche questioni sul numero e sulla titolarità dei diritti, oltre che sulla determinazione del loro contenuto – evocano ancora una volta la riflessione sul fondamento razionale dei diritti, che si vogliono riconoscere e tutelare.

Tutti i suddetti fattori incrinano la fiducia che caratterizzava l'età dei diritti, inaugurata dalla Dichiarazione universale del 1948, ma, ben lungi dal provocare scoramenti, devono indurre a sempre maggiore riflessività.<sup>24</sup>

Nessuno dubita che il pluralismo giuridico contemporaneo, con il risveglio della società civile e con il ruolo sempre più importante assunto dai diritti umani fondamentali, è fenomeno che va salutato con estremo favore.

Tuttavia, occorre interrogarsi su quale società si voglia costruire e se questa corrisponda a quella disegnata nella Costituzione.<sup>25</sup>

Non si tratta di voler fomentare “temi divisivi”. Si tratta semplicemente di

---

24 Sergio Cotta (1989) nell'articolo dal titolo *Attualità ed ambiguità dei diritti fondamentali*, proprio richiamando Bobbio, esordiva ponendosi la seguente fondamentale domanda: “Siamo davvero tutti d'accordo sui diritti fondamentali, nel senso che su di essi si possa registrare un consenso universale?”. Rilevava quindi che nella nostra tradizione plurisecolare il giuridico era considerato come *ius quia iustum* (116): rompendo tale tradizione, la gran parte dei giuristi dell'800 aveva affermato che il giuridico altro non era che *ius quia iussum*; e, accogliendo tale corrente di pensiero, anche il volontarismo di certe correnti della filosofia moderna consegna il giuridico al dominio della volontà. Senonché, senza corrispondenza bilaterale di diritti ed obblighi, il diritto del soggetto non è pensabile (121): ciò implica che il diritto del soggetto va ripensato entro quell'universo della misura e dell'armonia, di cui è espressione la legge. In definitiva, secondo Cotta, non vi è diritto senza la determinazione della legge, sempre che quest'ultima sia intesa (non già quale misura imposta dalla volontà, ma) quale misura richiesta dalla stessa struttura antropologica dell'uomo.

25 “L'attuazione dei principi costituzionali è un impegno giuridico – perché il giurista non può non attuarli – ed un impegno politico, perché il giurista deve mostrare sensibilità ai problemi della società; l'attuazione dei principi costituzionale significa trasformare la società reale, che attualmente ancora non li ha attuati, in quella che è la società costituzionale (art. 3, comma 2, Cost.). L'opera di congiungimento tra l'attuale società e la società prevista dalla Costituzione è opera indubbiamente da giurista, perché è opera che utilizza il dato normativo” (Perlingieri, 1972, p. 27).

prendere consapevolezza che, se non si parte da una precisa visione antropologica, si corre il rischio di non riuscire a costruire nulla.

La domanda antropologica non può essere demandata al dibattito culturale, filosofo o politico, ma deve essere tenuta presente anche nel dibattito giuridico: sarebbe ingenuo ignorare che l'età dei diritti, che caratterizza la nostra epoca, ha inevitabili ripercussioni sul ruolo dell'interprete e, in particolare, del giudice.

La posta in gioco è alta, in quanto è in discussione lo stesso modo di ragionare del giudice, cioè lo stesso modo di argomentare la decisione, che è ormai suscettibile di essere caratterizzato non soltanto da un ventaglio sempre più ampio di fonti giuridiche astrattamente applicabili, tra loro peraltro di problematico raccordo, ma anche di uno strumentario interpretativo oggi sempre più articolato (basti pensare che agli ormai superati criteri ermeneutici, previsti dall'art. 12 delle preleggi, si aggiungono ora, con tutta la loro carica innovativa, l'interpretazione conforme e l'argomento comparativo).

L'attuale c.d. *sistema multilivello* in materia di diritti fondamentali non può costituire un quadro di libera interpretazione, nel quale ciascun giudice territoriale sceglie a proprio piacimento elementi utili per sostenere la soluzione che intende dare al singolo caso concreto. Al contrario, proprio in quanto sistema, esso deve perseguire un ordine complessivo. Tale ordine comporta necessariamente la presenza di precise regole di interpretazione, che, nel silenzio del legislatore (nazionale o europeo), devono essere elaborate dalle corti supreme, nazionali ed europee (tenendo conto delle indicazioni provenienti non soltanto dalle giurisprudenze di merito ma anche dall'accademia). Diversamente opinando, specie quando si tratta di risolvere casi eticamente controversi (non ancora passati al vaglio del dibattito politico), concreto è il pericolo che il giudice territoriale decida il "singolo caso concreto" secondo regole (che non si giustificano per corrispondere ad una ragionata *interpretazione sistematica* della normativa o dei principi *rilevanti*, ma), che vengono elaborate per tutelare l'interesse (l'esigenza, l'aspettativa), selezionato di volta in volta come *prevalente*. Ma, così operando, si trasforma in diritto fondamentale (proprio di ogni persona) esigenze, aspettative o interessi, che sono invece soltanto di singoli individui o di singoli gruppi. In definitiva, l'esigenza di poche, ma chiare regole interpretative (e, conseguentemente, di un certo ordine sistematico) discende non solo e non tanto da una preoccupazione di ordine formale, ma soprattutto dalla necessità di evitare che ogni singolo giudice territoriale possa scegliere una lettura piuttosto che un'altra di questo o quel diritto fondamentale, "pescando" fra le molteplici opportunità presenti, con una sorta di *law shopping*, il cui obietti-

vo finisce per essere quello di privilegiare una determinata opzione ideologica (Biavati, 2012, p. 1).

Tale ordine di considerazioni mi sembra sia sotteso a quanto sostenuto alcuni anni da Marta Cartabia (2010), presidente emerito della Corte costituzionale italiana, nel corso di una relazione congressuale. In quell'occasione la Cartabia, proprio prendendo spunto dall'espressione bobbiana *età dei diritti*, osservava (p. 1) che, a seguito del crollo del muro di Berlino, era stata inaugurata: *l'età dei "nuovi" diritti* (Modugno, 1989). E, per rappresentare le caratteristiche di contenuto di questa nuova età, prendeva le mosse (p. 9) da due sentenze, entrambe pronunciate dalla Corte EDU ("autorità capace di irradiare i suoi effetti capillarmente in tutto il continente") con riferimento alla legislazione austriaca.

Nella prima sentenza,<sup>26</sup> in materia di *fecondazione assistita*, la Corte europea aveva sostanzialmente affermato il diritto al figlio con tecniche di laboratorio in base all'argomento secondo cui la distinzione tra fecondazione omologa ed eterologa viola il principio di non discriminazione (affermato dall'art. 14 della Convenzione)<sup>27</sup> fra coppie che soffrono di problemi di sterilità e una violazione del loro diritto alla vita privata e familiare. Il diritto al figlio veniva desunto dalla Corte dalla matrice dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cioè dal diritto al rispetto della vita privata e familiare.<sup>28</sup> "tutti gli argomenti della Corte europea legati alla discriminazione tra diverse coppie – sosteneva la Cartabia (2010, p. 10) – presuppongono un'altra affermazione e cioè che il diritto al rispetto della vita privata e familiare implichi il diritto ad avere un figlio".

Nella seconda sentenza, in materia di *matrimonio tra persone dello stesso sesso*,<sup>29</sup> la Corte europea aveva adoperato le stesse argomentazioni, in quanto, sempre interpretando gli articoli 8 e 14 della Convenzione, aveva ritenuto che le coppie omosessuali, anche se non godono della protezione dell'art. 12, debbono essere considerate "famiglie" e quindi sono protette dall'art. 8, nella parte in cui tutela la vita familiare come sfera privata.

"Entrambe le decisioni – scriveva Cartabia (2010, p. 12) – sono foriere di nuovi diritti, mai esplicitati in nessuna carta o dichiarazione scritta di diritti

---

26 Corte EDU, 1° aprile 2010, n. 57813/00, *S. H. e altri c. Austria*.

27 Secondo giurisprudenza consolidata della Corte, il principio di non discriminazione può essere invocato soltanto in combinato disposto con un diritto, protetto dalla Convenzione.

28 La giurisprudenza della Corte EDU, come è noto, generalmente riconduce al diritto al rispetto per la vita privata e familiare (tutelato dall'art. 8 della Convenzione): il diritto di stabilire e sviluppare relazioni con altri esseri umani; il diritto di autodeterminazione; il diritto al nome ed all'identificazione della persona, nonché il diritto all'orientamento sessuale ed alla vita sessuale.

29 Corte EDU, 24 giugno 2010, n. 30141/04, *Schalk and Kopf c. Austria*.

umani: il diritto ad avere un figlio e il diritto di una coppia omosessuale al riconoscimento giuridico di una unione di tipo familiare. Per essere precisi, le due decisioni pongono i primi elementi per lo sviluppo di tali diritti. I due nuovi diritti non hanno (ancora) una propria autonomia, ma costituiscono emanazioni, ramificazioni di diritti e principi scritti nella Convenzione (artt. 8 e 14). E tuttavia ne costituiscono uno sviluppo nuovo, potenzialmente costitutivo di una nuova posizione giuridica soggettiva. In entrambi i casi la *produzione* di nuovi diritti si radica in due matrici culturali precise. Il diritto alla vita privata e il principio di non discriminazione. Si tratta delle stesse matrici culturali e giuridiche che sono alla base di tutta la stagione dei diritti individuali di matrice *liberal* che ha segnato una intera epoca del costituzionalismo americano. (...) Con questa nuova generazione di nuovi diritti originati dalla *privacy* si diffonde sempre più la versione *libertarian* dei diritti umani”.

Gli art. 8 e art. 14 della Convenzione – continuava la Cartabia (2010, pp. 13 e ss.) – specie se considerati in combinato disposto, “si prestano ad essere interpretati come clausole aperte per la produzione potenzialmente illimitata di nuovi diritti”, fondati sul *principio della privacy*, inteso come incondizionata possibilità di autodeterminazione nella propria vita privata, e sul *divieto di ogni discriminazione*, inteso come riconoscimento di medesime situazioni giuridiche soggettive in situazioni di fatto tra loro diverse. Senonché, tutto diventa possibile “*se si muove dal presupposto che le differenze di fatto*” – per esempio i diversi tipi di sterilità o la differenza fra una relazione omosessuale di per sé non feconda e quella eterosessuale – “*non possano mai riflettersi in differenze di diritto*”, “neppure quando fosse necessario per la tutela di altri beni e interessi generali” – quali l’identità biologica del figlio, la prevenzione dell’uso commerciale del corpo o di parti di esso, la pratica eugenetica, il diritto del bambino ad avere una madre e un padre, e così via.

Marta Cartabia concludeva il suo studio,<sup>30</sup> osservando che (2010, pp. 15 e ss.): “Oggi si assiste a una duplice tendenza: da un lato vi è una continua espansione del novero dei diritti individuali; d’altra parte, i nuovi diritti rispondono

---

30 Proprio in relazione allo scenario dei nuovi diritti descritto da Marta Cartabia, Pierpaolo Donati (2021), sociologo contemporaneo considerato uno dei padri della moderna teoria relazionale della società, ha rilevato che, dietro quello scenario “... si intravede una rivoluzione antropologica, che vediamo tradotta nelle applicazioni giurisprudenziali. Il fondamento dei diritti della persona non è più la dignità umana fondata sull’ontologia della persona, in qualche modo presupposta ai fatti empirici, ma è quello dell’autodeterminazione soggettiva. I due principi del diritto alla privacy e della non discriminazione conducono verso una società di perfetto individualismo, dove le relazioni sono certamente cercate e desiderate, ma come proiezioni del proprio ‘Io’”.

ad una precisa concezione culturale, la concezione individualistico-libertaria dei diritti, che porta a negare o a rimuovere ogni forma di limitazione ai diritti soggettivi”. Rilevava che “la concezione antropologico-individualistica, sottesa alla versione libertaria dei diritti”, comporta numerosi aspetti problematici, riconducibili tutti ad un grande equivoco culturale di sfondo: può accadere, infatti, che, all’insegna della massimazione della tutela dei diritti fondamentali, vengano promossi semplicemente interessi di alcuni gruppi di potere, più influenti di altri, o, peggio ancora, che i nuovi diritti, “anziché servire lo scopo originario di baluardo della persona umana contro le degenerazioni del potere”, diventino essi stessi “strumenti di potere” sulla persona ovvero corrispondano a “semplici interessi di alcuni gruppi più influenti”.

In definitiva, i nuovi diritti pongono una “sfida giuridica” diversa da quella posta dai diritti umani in tutta la seconda metà del XX secolo. “Se allora il problema giuridico principale era quello di assicurare una tutela effettiva ai diritti proclamati sulla carta e quindi potenziare gli strumenti di garanzia e implementazione dei diritti, oggi il problema più grande e delicato è quello di preservare la natura dei diritti individuali”: far sì che essi continuino ad essere garanzia della persona nei confronti di ogni forma di potere, senza diventare a loro volta strumento di potere sulla persona da parte di gruppi o potentati di qualunque genere.<sup>31</sup>

3. Ai giorni nostri, dunque, sul piano dei diritti fondamentali della persona umana, si stanno svolgendo “*dinamiche epocali*”: sia in riferimento ai rapporti tra cittadini ed autorità, sia in riferimento ai rapporti tra diversi tipi di ordinamento.

Sarebbe ingenuo pensare di potere affrontare queste dinamiche senza una precisa concezione della persona, titolare dei diritti, che si vuole solennemente affermare.

La persona umana, nel suo valore individuale e nella sua valenza socio-relazionale, ha fin qui costituito il fondamento della civiltà giuridica occidentale. Sotto altro profilo, anche se non esiste una definizione di diritto universalmente condivisa, è un dato comunemente accettato il fatto che il diritto è una realtà antropologica di carattere universale, una realtà cioè che appartiene strutturalmente all’essere della persona umana.<sup>32</sup>

---

31 Il problema dei diritti dell’uomo, pertanto, continua ad essere – anzi, è sempre di più – un problema che, ancor prima che giuridico e politico, è un problema culturale.

32 “Tutti i documenti di cui disponiamo, siano essi storici in senso stretto o archeologici, sono concordi nel mostrarci l’effettiva presenza, in tutto il corso della vicenda umana, del fenomeno giuridico della regolamentazione vincolativa, in disparte le sue specificazioni in diverse statuizioni normative

Nel dibattito in corso sui diritti individuali, nell'attuale società pluralista e globalizzata, il giurista è sollecitato a porsi il problema antropologico.

A seguire, indicherò alcuni elementi, che, a mio avviso, potrebbero costituire utili criteri di discernimento nell'elaborazione e nella strutturazione di uno statuto dei diritti della persona umana conforme alla *recta ratio*.

3.1. Il primo è rappresentato dalla *dignità* della persona umana. Il relativo concetto, si sa, è stato caro ai pensatori dell'Umanesimo e del Rinascimento,<sup>33</sup> ed è divenuto centrale nell'opera dei filosofi moderni, a partire da Kant.<sup>34</sup> La loro linea di pensiero può essere considerata la matrice filosofica dell'argomento dignitario, oggi accolto in tante costituzioni nazionali e in tante dichiarazioni internazionali sui diritti umani.<sup>35</sup>

Precisamente, la Carta costituzionale italiana fa esplicito riferimento alla dignità della persona umana:<sup>36</sup> nell'art. 3, che stabilisce la "*pari dignità sociale*" di tutti i cittadini; nell'art. 36, in base al quale la retribuzione del lavoratore

---

concrete. Ciò significa che il fenomeno giuridico non è inscritto in, non appartiene in modo esclusivo a, una cultura o a talune culture affini, a uno o a taluni periodi storici, a uno a o a taluni enti politici, bensì è rintracciabile in tutte queste forme dell'esistere umano. Ne consegue che esso è un fenomeno transculturale, trans-storico, transpolitico, ossia un fenomeno sincronicamente trasversale e diacronicamente transitivo" (Cotta, 1991, pp. 236-237).

- 33 Risale al pieno Rinascimento italiano (1496) l'*Oratio de Dignitate Hominis* di Pico della Mirandola.
- 34 Nel 1785, tre secoli dopo Pico, Immanuel Kant, proprio sviluppando la tesi di Pico della Mirandola, assumeva il principio dignitario come l'elemento chiave per la distinzione (fondamentale per la riflessione etica, giuridica e politica) tra persone e cose. Cfr Kant (1785, p. 89) "Gli esseri la cui esistenza riposa non sulla nostra volontà, bensì sulla natura, hanno anch'essi, se sono esseri privi di ragione, solo un valore relativo, come mezzi, e si chiamano perciò cose, dove al contrario gli esseri razionali sono chiamati persone, perché la loro natura li contraddistingue già come fini in se stessi, ossia come qualcosa che non può essere usato semplicemente come mezzo, e in conseguenza limita ogni arbitrio (ed è un oggetto del rispetto)".
- 35 Si cfr., ad es., la Carta dei diritti dell'Unione Europea (2007), che – dopo aver affermato nel Preambolo che l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, oltre che sui principi della democrazia e dello stato di diritto – dedica un intero titolo (il titolo I, costituito da 5 articoli) alla "dignità". Le "Spiegazioni" (pre-disposte dal *Presidium* della Convenzione, che aveva redatto la Carta, e destinate a costituire uno strumento per l'interpretazione delle disposizioni della Carta medesima) si spingono oltre: invero, nel Preambolo e nella Carta, la dignità umana sembra posta sullo stesso livello di altri valori (quali la libertà, l'uguaglianza e la solidarietà), mentre, secondo il *Presidium*, essendo la dignità alla base dei diritti fondamentali, non è ammissibile alcun suo bilanciamento o comunque alcuna sua limitazione in funzione di una maggior tutela di uno qualsiasi dei diritti fondamentali, tutelati dalla stessa Carta (interpretazione questa che si fonda sul rilievo che la Carta dichiara inviolabile soltanto la dignità umana).
- 36 Si veda, però, Grossi (2008, pp. 97 e ss.), che tiene conto anche dell'art. 48 Cost., u. c., e del riferimento in esso contenuto ai "casi di indegnità morale indicati dalla legge", come limitazione del diritto di voto.

deve essere sufficiente ad assicurare “*un’esistenza dignitosa*” al lavoratore stesso e alla sua famiglia; e nell’art. 41, che individua la “*dignità umana*” come limite all’iniziativa economica privata.<sup>37</sup>

Accanto a tali previsioni, nella Costituzione si trovano numerosi termini o espressioni che richiamano in maniera indiretta il concetto di dignità. Si considerino: l’art. 2, anello di congiunzione tra il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo e l’adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale; l’art. 13, quarto comma, laddove prevede che è punita ogni violenza fisica o morale sulle persone sottoposte a restrizioni di libertà; l’art. 27, terzo comma, secondo cui le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato; l’art. 32, sia nella parte in cui garantisce cure gratuite agli indigenti, sia, in modo più evidente, in tema di trattamenti sanitari obbligatori, laddove stabilisce che la legge non può mai violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.

Il fatto, in sé indiscutibile, che la Costituzione italiana introduca il concetto di dignità soltanto nella norma, che afferma nella maniera più generale il principio di uguaglianza, e la torni a menzionare solamente altre due volte, come limite dell’iniziativa economica privata e come criterio di valutazione della remunerazione del lavoro, attesta l’importante, ma limitata, funzione, che i Padri costituenti assegnavano al termine.<sup>38</sup> In effetti, principio guida dell’ordinamento repubblicano italiano, non è tanto la dignità, ma, la *persona umana*: i verbali dell’Assemblea Costituente, la complessiva formulazione della Carta costituzio-

---

37 Negli artt. 36 e 41 il concetto di dignità sembra avere un campo di applicazione limitato, in quanto è riferito o alla categoria, pur intesa in senso ampio, dei lavoratori, oppure figura come limite in grado di conformare una libertà specifica, quella di iniziativa economica; mentre più esteso appare il riferimento contenuto nell’art. 3 Cost., per quanto non sia stato particolarmente approfondito dalla dottrina e non sia stato utilizzato dalla giurisprudenza in modo autonomo rispetto al contestuale principio di uguaglianza.

38 Rilievo ancora maggiore all’argomento dignitario è dato dalla Costituzione tedesca del 1948, che, fin dal suo primo articolo, sancisce l’intangibilità della dignità dell’uomo (“La dignità dell’uomo è intangibile. E’ dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. Il popolo tedesco riconosce quindi gli inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. I seguenti diritti fondamentali vincolano la legislazione, la giurisdizione come norme giuridiche immediate”), mentre, al secondo articolo, pone una clausola generale della tutela della persona (“Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale”). Non è casuale che ad una ricognizione critica del concetto di dignità si sia dedicato un filosofo tedesco del rango di Spaemann (2009), di recente scomparso. Si tratta di un volumetto prezioso che aiuta a comprendere i rischi di ambiguità e gli equivoci racchiusi nel ricorso alla dignità nel diritto, nonché una possibile via di uscita.

nale italiana e la lettura che di essa è stata data in questi decenni, da parte dei più diversi orientamenti, confermano la prospettiva personalistica come vera cifra del testo costituzionale italiano e come luogo d'incontro delle sue famose "tre anime" (quella comunista, quella democristiana e quella liberale).

Tuttavia, l'interpretazione, che la Corte costituzionale italiana ha dato alla Costituzione, attesta che il *principio personalista* può trovare piena attuazione soltanto a condizione che vi sia un effettivo rispetto della dignità umana. Ancora negli anni più recenti, si è ribadito il nesso indissolubile tra persona umana e dignità.<sup>39</sup> Il riconoscimento di siffatto nesso indissolubile tra persona umana e dignità comporta l'implicito riconoscimento che la dignità umana trova un fondamento generale nella Costituzione italiana, anche a prescindere dai richiami contenuti nelle tre disposizioni sopra indicate.<sup>40</sup>

Riprendendo argomentazioni già svolte in altro studio,<sup>41</sup> articolazioni per una sistemazione razionale dell'argomento dignitario potrebbero dunque essere le seguenti:

- la dignità è un attributo della persona umana, che prescinde non soltanto dalla posizione che quest'ultima occupa nella gerarchia sociale, ma anche dello *status* di cittadinanza in cui essa versa: il valore universale dei diritti umani fondamentali, intimamente connessi alla dignità umana, impone di superare quella barriera, secondo la quale la cittadinanza è requisito necessario per la loro titolarità;

- la dignità della persona umana impone il rispetto di quest'ultima da parte di tutti, a partire dalle autorità pubbliche, secondo un criterio di precedenza del singolo rispetto al collettivo; proprio in questo emerge una delle caratteristiche principali della struttura dei diritti fondamentali: la loro resistenza al potere; lungi dal consistere in graziose concessioni delle istituzioni pubbliche, nazionali o sovranazionali, i diritti fondamentali si oppongono con forza ai possibili abusi di potere da parte di ogni istituzione pubblica. Le stesse giurisdizioni costituzionali nazionali, così come quelle sovranazionali, trovano la loro fondamentale ragion d'essere nell'esigenza di limitare il potere sovrano in relazione all'effettività di tutela dei diritti fondamentali;

- la dignità della persona umana costituisce non un diritto bilanciabile, ma il criterio e lo scopo di ogni possibile bilanciamento tra diritti fondamentali: se ha

---

39 Cfr., tra gli altri, Silvestri (2007).

40 Si è occupato a lungo e con profondità di questi temi Ruggeri (2018).

41 Mi sia consentito rinviare a Gianniti e Sartea (2019), pp. 279-280.



un senso la molteplicità di questi ultimi, tale senso consiste nell'armonizzazione finale, data per l'appunto dal concetto di persona umana e della sua dignità.

La dignità della persona umana, pertanto:

- costituisce il fondamento di tutti i diritti strettamente connessi allo sviluppo della persona umana e delle sue relazioni sociali;
- esprime un principio supremo, che caratterizza l'ordine costituzionale di ogni paese democratico, determinando al contempo le finalità primarie che il sistema sociale e politico intende perseguire;
- integra un generale criterio di interpretazione, per il quale una disposizione suscettibile di assumere più significati deve essere interpretata nel senso più conforme al principio di dignità, mentre non può essere interpretata con modalità che siano contrarie o confliggenti con tale principio.

3.2. Al riconoscimento della dignità della persona umana, se si vuole evitare che il relativo concetto sia oggetto di strumentalizzazioni ideologiche,<sup>42</sup> deve poi seguire un ulteriore riconoscimento: occorre domandarsi chi sia la persona umana, alla quale va riconosciuto il generale credito di dignità, di cui si è detto.

Per evitare che le enunciazioni teoriche rimangano tali, occorre avere il coraggio di riconoscere la dignità umana anche quando alla persona mancano le qualità che più facilmente in essa suscitano ammirazione: ricchezza, salute, intelligenza, forza, bellezza, capacità di relazioni, ecc. Situazione questa che ricorre non di rado all'inizio ed alla fine della vita umana (nell'embrione, nascosto nel grembo materno o in una provetta di laboratorio; nel bambino appena nato, che è stato il frutto di uno sbaglio; nel malato in camera di rianimazione, le cui prospettive di vita sono ormai ridotte ad un luccichio), ma che si ritrovano anche in numerose altre situazioni dell'esistenza umana (nella persona anziana, che ha perso la memoria; nel malato di mente, che ha difficoltà relazionali; nel barbone, che vive di espedienti al margine della strada; nella persona di colore, che giunge in Europa nella speranza di poter trovare un futuro migliore; nel tossico, che non riesce a liberarsi dalla sua dipendenza; nell'autore anche dei più efferati delitti, che, espiata la pena, vorrebbe essere reintegrato nella società civile a pieno titolo, ecc.).

Con specifico riferimento all'embrione, la Consulta, come è noto, con sentenza n. 27 del 1975, ha depenalizzato l'aborto, dichiarando l'illegittimità costi-

---

42 Nell'attuale contesto socio-culturale, nel quale non è ravvisabile un condiviso quadro antropologico di riferimento, la dignità umana corre il rischio di non essere considerata una caratteristica *intrinseca* di ogni vita umana, essendo anzi sostenuto che essa non ricorra in alcune forme di esistenza umana.

tuzionale dell'art. 546 del codice penale del 1930 (che catalogava tale reato tra i «Delitti contro l'integrità della stirpe»), nella parte in cui non prevedeva che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato e non altrimenti evitabile, per la salute della madre. Sulla base della sentenza n. 27/1975, il Parlamento italiano ha approvato nel 1978 la tuttora vigente legge n. 194, che consente l'interruzione volontaria della gravidanza (c.d. IVG) nei primi tre mesi di gestazione a condizione che la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comportino un *serio* pericolo per la salute fisica e psichica della donna (art. 4), in relazione al suo stato di salute, alle condizioni economiche, sociali e familiari, alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento e alla previsione di anomalie o malformazioni del feto. Successivamente al termine dei 90 giorni, l'interruzione di gravidanza può essere praticata solo se sussistono *gravi* pericoli per la vita e la salute della donna, determinati dalla prosecuzione della gravidanza o da processi patologici del feto (art. 6).

Dico subito che, a mio modo di vedere, la declaratoria di illegittimità della Corte costituzionale italiana va ancor oggi salutata con estremo favore: il piano penale non è in alcun modo adeguato per affrontare il complesso problema dell'inizio della vita umana e dell'interruzione della sua gestazione.<sup>43</sup>

Tuttavia, non mi sembra condivisibile il passaggio in cui la Corte, nella sentenza n. 27/1975, dopo aver riconosciuto che l'embrione è soggetto di diritto<sup>44</sup> (e, in particolare, un essere umano, titolare del diritto alla vita), ha aggiunto

---

43 Del tutto inadeguato è il ricorso alla sanzione penale in un momento dell'esperienza umana che, forse più di ogni altro, richiede capacità di dialogo, ascolto e compassione (nel senso etimologico del termine). In altri termini, la donna, che è in dubbio se abortire, non è mai una persona da stigmatizzare, ma è sempre una persona da ascoltare e comprendere e, se del caso, assistere e consigliare.

44 Sull'errore che si annida nella identificazione della personalità con la capacità giuridica, cfr., tra tutti Perlingieri (1972, pp. 138 e ss.), dove tra l'altro si legge: "La tutela della personalità non si può limitare al profilo fisico, strutturale, esistenziale; personalità non vuol dire semplicemente attitudine ad essere titolare di situazioni soggettive, perché, anzi, va tutelato proprio il profilo opposto, cioè la possibilità che quel soggetto sia titolare di situazioni soggettive di contenuto idoneo alla sua personalità".

La soggettività giuridica del concepito – già affermata dal codice civile vigente agli artt. 462 e 784 (che riconoscono la di lui capacità di succedere per causa di morte e di ricevere donazioni) – è stata ribadita dal legislatore all'art. 1 della legge n. 40/2004, che, nell'indicare le finalità della procreazione medicalmente assistita, ha statuito espressamente la tutela di tutti i soggetti coinvolti "*compreso il concepito*" (peraltro, la Corte costituzionale con sentenza n. 45/2005 ha dichiarato inammissibile la richiesta di sottoporre a *referendum* abrogativo la legge n. 40/2004, perché "costituzionalmente necessaria" in relazione agli interessi tutelati, anche a livello internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione di Oviedo).

Successivamente le Sezioni Unite della Corte di cassazione in due storiche sentenze sul "danno da nascita" e sul "danno di morte" (sentenze nn. 25767 e 15350/2015), nell'affrontare temi sensibili

che “persona deve ancora diventare”.<sup>45</sup> Nel 1975, su detto ultimo punto, non vi era affatto alcun consenso unanime della comunità scientifica internazionale:<sup>46</sup> eppure la Corte nella sentenza n. 27 non ha indicato il fondamento scientifico di tale sua affermazione. D'altra parte, neppure sembra aver considerato che la posta in gioco era così alta che, quand'anche fosse stata soltanto dubbia la presenza personale nell'embrione umano, detta presenza non avrebbe dovuto essere esclusa, giacché *in dubio, pro vita*.

In ogni caso, alla luce di più recenti sviluppi della scienza,<sup>47</sup> è ormai dato ac-

---

e complessi della bioetica (quali l'inizio e la fine della vita umana), hanno trattato anche – nella prospettiva propria del diritto e nei limiti del sindacato ad esse demandato – la questione della soggettività giuridica, dedicando spiccata attenzione agli aspetti comparatistici emergenti dalla giurisprudenza delle Corti supreme (sia di *common law* che di *civil law*) ed interrogandosi sul ruolo e sui confini della giurisdizione in tali delicati ambiti.

In particolare, quanto al danno tanatologico, le Sezioni Unite con sentenza n. 15350/2015 hanno negato la risarcibilità a titolo ereditario del *danno da morte immediata*, per tale intendendosi la perdita della vita che segua immediatamente o entro brevissimo tempo alle lesioni da fatto illecito. Così statuendo, le Sezioni Unite hanno assicurato continuità all'orientamento tradizionale (conforme agli orientamenti della giurisprudenza delle Corti di legittimità europee) ed hanno respinto la suggestione di accentuare la funzione deterrente della responsabilità civile attraverso i cc.dd. «danni punitivi». Lo snodo decisivo della motivazione è stato collocato proprio sul piano della soggettività giuridica, mediante il cosiddetto argomento di Epicuro (“quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi”), nel senso che l'immediatezza della morte elimina la soggettività, alla quale dovrebbe ricollegarsi il danno, della cui trasmissione ereditaria si controverte. Sul tema della soggettività giuridica, si cfr. anche la sentenza n. 10741/2009 con la quale la Terza Sezione Civile della Corte di cassazione aveva tratto spunto proprio dalla configurabilità del nascituro quale soggetto di diritto per svolgere una interessante riflessione sulla funzione interpretativa del giudice e sulla c.d. *giurisprudenza normativa*.

- 45 E' stato osservato (Sartea, 2020, p. 112): “Proprio la necessità logica di declassare ontologicamente e giuridicamente l'embrione dipende, con ogni evidenza, dalla difficoltà di accordare protezione prioritaria all'autodeterminazione della gestante nei casi in cui si tratti di decisione abortiva funzionale alla salute, rispetto al diritto alla vita del nascituro. In altre parole, non vi sarebbe stato bisogno di procedere a *spericolate definizioni della persona umana*, se nello schema dei giudici della Consulta non fosse stata implicita la prevalenza del diritto alla vita su quello alla salute e sugli altri diritti di libertà connessi con la decisione di interruzione della gravidanza”.
- 46 Basti solo considerare che al 1969 risale la Convenzione interamericana dei diritti dell'uomo (adottata dagli Stati membri dell'Organizzazione degli Stati americani a San José di Costa Rica), la quale, all'art. 4 paragrafo primo prevede espressamente che il diritto alla vita “è tutelato a partire dal momento del concepimento”.
- 47 Il trattamento del genoma umano forma attualmente oggetto di due documenti delle Nazioni Unite (la Dichiarazione Universale sul Genoma e i Diritti Umani dell'11 novembre 1997 e la Dichiarazione Universale sulla Bioetica e i Diritti Umani del 9 ottobre 2005), nonché della Convenzione di Oviedo per la protezione dei diritti umani e della dignità dell'essere umano rispetto all'utilizzazione della biologia e della medicina (entrata in vigore il 10 dicembre 1999 in 27 Stati membri del Consiglio d'Europa: l'Italia ha autorizzato la ratifica per mezzo della legge n. 145/2001, ma non ha ancora depositato il relativo strumento). La relazione tra dignità umana e genoma, che detti testi affermano per ogni “essere umano”, comporta conseguenze difficilmente eludibili sul piano dell'ermeneutica giuridica.

quisito che, sul piano strettamente biologico, lo zigote è, sia pure in miniatura, un essere umano nuovo, unico e completo,<sup>48</sup> che inizia a vivere, anche se con potenzialità ancora inattuata ed anche se incapace di vita indipendente:<sup>49</sup> la trasformazione dell’embrione da *res* a persona (*id est*, la teoria della personificazione progressiva) è retaggio di pregiudizi culturali del passato, ma è superata dalle moderne acquisizioni scientifiche, che consentono di affermare con certezza che nel *genoma umano* vi è già tutta la vita passata, presente e futura della persona umana.<sup>50</sup>

“Se di fronte a un essere vivente della specie uomo, qualcuno fosse autorizzato a domandarsi se si tratta veramente di un soggetto di diritti — spiegava Robert Spaemann (1987, pp. 509 e ss.)<sup>51</sup> — quel tale avrebbe la possibilità di privare gli altri dai loro diritti, in virtù di proprietà che non dipendono dal loro libero arbitrio (stato evolutivo, colore della pelle, ecc.). Allora i diritti umani non sarebbero diritti inerenti alla condizione umana, ma una concessione da parte di colui o di coloro che possono decidere chi è giuridicamente uomo. Se diciamo, per esempio, che il feto merita tutela giuridica a partire dal 14° o dal 90° giorno, è chiaro che la vita umana resterebbe interamente nelle nostre mani, perché arriveranno al 14° o al 90° giorno soltanto coloro che saranno stati rispettati durante il periodo precedente. Il fondamento del rispetto non sarà più la condizione umana, ma l’accettazione benevola e gratuita da parte dei genitori, della società o dello Stato. La vita sarebbe allora una concessione, e non più un diritto umano inalienabile. In questo senso si può affermare che il modo stesso in cui un embrione o un feto diventa bambino, ragazzo e adulto implica che si deve già in anticipo trattarlo, non come una cosa, ma come quello che è: un essere umano. Se fosse trattato come una cosa fino al momento in cui si manifestano in lui i primi segni della ragione, della capacità di relazione, o di qualsiasi altro criterio convenzionale di umanità, questi primi segni non si manifesterebbero mai. L’idea di diritto umano implica che colui che è stato concepito da madre umana possieda fin dal primo istante il diritto a un credito d’umanità”.

48 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.).

49 Non solo i nati, ma anche coloro che sono da poco nati sono incapaci di vita indipendente: senza la costante cura da parte della madre o di altre persone che lo assistono, il neonato non sopravviverebbe e morirebbe ben presto.

50 Illuminante la relazione resa nel 1989 dal Prof. J. Lejeune, nella sua qualità di genetista, ad un processo a Maryville (Tennessee, USA), e successivamente dallo stesso pubblicata nel volume *L’embrione segno di contraddizione. Dai verbali del processo di Maryville*, edito nel 1992.

51 Cfr. Habermas (2002, p. 45).

E', dunque, quanto mai necessario che il legislatore recuperi piena consapevolezza sul significato di persona, tenendo conto dei più recenti portati della genetica, che sono peraltro in linea con la nostra tradizione giuridica<sup>52</sup> (e con quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sentenza 18 ottobre 2011)<sup>53</sup>: bisogna avere il coraggio di riconoscere che, quanto meno a partire dalla formazione del *genoma*, si è di fronte ad un essere umano personale.

3.3. Terzo imprescindibile criterio di discernimento, nel tentativo di elaborare e strutturare un diritto conforme alla *recta ratio*, a mio avviso, dovrebbe essere il riconoscimento della *relazionalità* della persona umana.

Sul piano dell'esperienza si constata che l'individuo umano è sempre in relazione:<sup>54</sup> lo è sotto l'aspetto fisiologico naturalistico già a partire dalla relazione bio-genetica, che gli dà la vita,<sup>55</sup> per prolungarsi nelle innumerevoli relazioni, che contraddistinguono lo sviluppo della sua esistenza.<sup>56</sup>

52 I giuristi romani consideravano il concepito già persona. Lo dice espressamente Gaio, che in 2.242 qualifica il *postumus alienus* come *incerta persona* in ragione dello *ius naturae*. Lo ricorda Tertulliano, al quale va attribuito il felice aforisma: "*Homo est et qui est futurus: etiam fructus omnis iam in semine est*" (*Apologeticum* IX, 8)

53 La Corte di giustizia con sentenza 18 ottobre 2011 ha avuto modo di precisare che il rispetto della persona umana, fin dalle prime fasi del suo sviluppo, ha un primato sui meri interessi della scienza e della ricerca, per quanto apprezzabilissimi. Precisamente la Corte europea (investita del quesito di come interpretare l'art. 6, n. 2, lettera c della Direttiva del 1998 del Parlamento europeo che esclude dalla brevettabilità «le utilizzazioni di embrioni umani a fini industriali e commerciali») con la citata sentenza 18 ottobre 2011 – dopo aver ricordato che il diritto dei brevetti in generale (cui va riferito il divieto di brevetto previsto dal già citato art. 6) si fonda sul principio generale del doveroso rispetto della dignità della persona e dell'integrità del corpo umano – ha dichiarato che, per tutelare a tutto tondo la dignità umana, *la nozione di embrione umano va interpretata nel senso più ampio possibile*: dunque, è embrione non solo l'ovocita fecondato (e fin dal momento della fecondazione), ma qualunque ovocita che a seguito di qualsivoglia manipolazione abbia la potenzialità di svilupparsi e di dar vita a un individuo umano. In linea con il *dictum* che precede, la Corte europea ha escluso la brevettabilità di qualunque "invenzione" su materiale cellulare che presupponga la distruzione di embrioni umani (non solo nel caso in cui il brevetto risponda a meri interessi commerciali dell'inventore, ma anche quando esso venga richiesto da scienziati nel contesto di ricerche scientifiche), mentre ha ammesso la brevettabilità di invenzioni terapeutiche e diagnostiche utili allo sviluppo dell'embrione.

54 Osserva Cotta (1989, pp. 77 e ss.): "Poco importa che sia (per Hobbes e Spinoza) una relazione dominata da impulsi passionali e dalla forza bruta, oppure sia guidata (per Locke) da una ragione naturale non ancora assicurata rispetto alla sua soggettività: la presenza della relazione, pur non tematizzata, è data per indiscussa. Solo nel Rousseau del *Discours sur l'inégalité* troviamo l'idea di una originaria esistenza isolata e autosufficiente della persona. Ma egli stesso la dichiara non una verità storica, bensì una ipotesi convenzionale, necessaria solo quale parametro per giudicare le società attuali".

55 Come ha rilevato il *Tribunal constitutional* spagnolo nella sentenza n. 53/1985, "il vincolo naturale che lega il nascituro alla madre crea una relazione di natura speciale di cui non vi è parallelo in nessun altro comportamento sociale".

56 Secondo la moderna sociologia relazionale, la persona umana forma e specifica la sua identità nella

Nella disciplina delle relazioni, agli albori dei tempi, la prima e l'ultima parola spettava alla *forza fisica*.<sup>57</sup> Soltanto quando alla forza fisica si è andata sostituendo la *ragione* (o, quanto meno, il *consenso sociale*), si è andato formando un primo embrione di diritto, inteso come insieme di norme volte a garantire la convivenza tra più soggetti, portatori di interessi contrapposti, in un gruppo ordinato.<sup>58</sup> In tale gruppo, l'uso della forza non viene eliminato del tutto, ma resta un rimedio estremo, da utilizzare allorquando le regole di convivenza non vengono osservate. Anche l'applicazione della sanzione, pertanto, resta soggetta a regole determinate.

---

relazione: essa non può trovare la propria identità rimanendo in sé stessa, ma solo se si relaziona ad altri da sé. È soltanto la relazione all'altro che dice alla persona umana chi essa sia (secondo una felice immagine di Andrea Camilleri, scrittore italiano di recente scomparso, *ognuno di noi, rispetto all'altro, è l'altro*). A sua volta, la stessa società civile è realtà originaria (non derivata dallo Stato), proprio perché nasce come relazione intersoggettiva dai soggetti umani che la compongono.

La realtà della *relazione* – complessa e polivalente, essendo praticamente utilizzata in tutte le discipline (dal diritto alla filosofia, dalle scienze naturali e umane alle scienze sociali, ecc) – in Italia forma da anni oggetto di studio da parte di Donati (si cfr., in particolare, la sua *Introduzione alla sociologia relazionale*, 1983).

In termini sostanzialmente convergenti, ma sul piano più strettamente proprio dell'argomentazione giuridica: “È necessario, preliminarmente, prendere posizione contro la concezione che considera l'individuo valore presociale, rilevante anche dal punto di vista giuridico, a prescindere dalla relazione con gli altri individui [...]. La visione individualistica non è conforme al sistema costituzionale [...] E' importante concepire i diritti della personalità non più come appartenenti al singolo al di fuori della comunità in cui vive, ma come strumenti per realizzare una comunità, che diventa il mezzo per la loro esplicazione” (Perlingieri, 1972, p. 143).

Con specifico riferimento al diritto all'identità personale, cfr. Vitelli (2013, pp. 47-48), secondo il quale: “Dignità e relazione sono i due elementi portanti su cui si basa il diritto all'identità personale: la dignità dell'essere umano in quanto persona costituisce il fondamento della personalità; la relazione diventa il veicolo, lo strumento attraverso il quale la personalità dell'individuo si rivela”.

- 57 In una società primitiva le regole di comportamento riguardano inizialmente l'uso di determinati beni o del territorio, la vita o l'integrità fisica della persona. Ad es., si stabilisce che tra due soggetti in conflitto per l'uso di una cosa, debba prevalere quello che per primo se ne è impossessato. Oppure, nel conflitto tra l'interesse del singolo e l'interesse del gruppo sociale, in una determinata circostanza, ad es. quando è in gioco la difesa del gruppo, si stabilisce che debba prevalere quello della collettività, anche a discapito della vita del singolo. Man mano che la società diventa più complessa si producono regole che guidano la vita dell'intera collettività, oltre che i rapporti fra le singole persone. In tal modo si formano norme sulla scelta dei capi e norme che vietano determinati comportamenti per il bene della società, fino a giungere alla formazione di norme che indicano come sanzionare comportamenti vietati e come formare regole nuove.
- 58 Cotta (1991, pp. 64, 69, 169-186). L'a. sostiene che la più elementare osservazione del fenomeno giuridico empirico permette di rilevare che esso si costituisce per soddisfare fondamentali esigenze esistenziali della persona umana: la sicurezza rispetto agli altri, la cooperazione con gli altri e la durata per mezzo degli altri; e, al fine di verificare la suddetta affermazione, prende in esame, a titolo di esempio quattro istituti giuridici (proprietà, associazioni e giudizio, inteso quale decisione di controverse litigiose) che, pur con determinazioni formali e sostanziali diverse, si ritrovano presenti nelle più varie culture e possono perciò dirsi tipici dell'esperienza giuridica in generale.

Nel faticoso procedere dell'uomo sul sentiero del diritto, la tradizione giuridica dell'Europa occidentale ci ha consegnato uno *Jus*, che era 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.

Anche in epoca moderna, la relazionalità della persona umana non è stata mai negata, ma è stata interpretata e tematizzata lungo linee filosofiche-culturali, tra di loro contrastanti:<sup>59</sup>

a) l'*individualismo* – di cui partecipano l'illuminismo e soprattutto il pensiero empirico anglosassone – che considera la persona come una unità in sé compiuta, fulcro del tutto autonomo di ogni attività conoscitiva e pratica, che dà origine e forma ai rapporti sociali per iniziativa autonoma della propria volontà (utilitaria, come in Hobbes, Locke, Voltaire, Bentham, ecc.; o razionale, come in Kant);

b) il *societarismo* – di cui è espressione il volontarismo politico di Rosseau, lo storicismo idealistico di Hegel e lo storicismo materialistico di Marx – secondo il quale la persona non può essere considerata indipendentemente dalla società, ma trae la propria concreta realtà solo in e da questa;

c) il *comunitarismo*, che tenta di superare le due precedenti posizioni, facendo perno sull'opposizione nominalistica tra persona ed individuo: quest'ultimo sarebbe egocentrico e utilitarista, mentre alla persona verrebbe attribuita una relazione interpersonale di "comunità".

Alle suddette posizioni, osservava Sergio Cotta (il cui angolo visuale, come è noto, era quello del *pensiero sociale cristiano*), "manca un'analisi della struttura interna della persona che metta in luce in essa il fondamento della sua relazionalità". La persona è sé stessa soltanto quale *essere relazionale*. "Tale relazionalità non è il prodotto né della volontà personale, né dell'imposizione di un ente collettivo ideale o storico-ideologico. È determinazione ontologica e pertanto è condizione intrascendibile dell'esistenza umana".

Scendendo dalle enunciazioni astratte alle applicazioni concrete, a mio avviso, affermare la dimensione relazionale dei diritti individuali significa riconoscere che ogni diritto individuale riguarda non soltanto la persona umana, che ne è il titolare, ma anche il complesso intreccio relazionale, nel quale ciascuna persona è inserita, con la conseguenza che in ogni rapporto deve essere tenuto in considerazione anche il soggetto passivo, a sua volta portatore della sua dignità.

---

59 Cotta (1989, pp. 80-82): dove viene anche sottolineato che nella concezione della persona come relazionale in sé, concordano: sul piano etico, Kant e, per altro verso, la filosofia dei valori (Scheler, Hartmann e seguaci); sul piano conoscitivo, l'ontologia di Husserl; sul piano esistenziale, l'ontologia di Heidegger; e sul piano ontologico strutturale, il pensiero cristiano.

4. Ricapitolando quanto fin qui si è detto: il tentativo di elaborare e strutturare uno *statuto dei diritti della persona umana*, a mio avviso, dovrebbe articolarsi in tre fondamentali passaggi: si è in presenza di una persona umana a partire dal momento della formazione del *genoma*; ad ogni persona umana va riconosciuta una *dignità* sua propria dal primo all'ultimo momento della sua esistenza storica; la persona umana è di per sé un *essere in relazione*.

4.1. La dimensione relazionale dei diritti della persona trova adeguata attuazione nel settore del diritto minorile, dove, in quasi tutte le legislazioni, è accolto il criterio del *best interest*.

Tale criterio – 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” –<sup>60</sup> allude proprio al fatto (curioso e provocatorio per certe dottrine soggettiviste) che l'interesse del minore non coincide di per sé con quanto vogliono i genitori del minore o comunque i soggetti che sul minore esercitano la potestà genitoriale (che, peraltro, non di rado sono in disaccordo tra loro) e non coincide neppure 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

---

60 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) ed è stata recepita dalla giurisprudenza a livello internazionale (in particolare, dalla Corte EDU, con riferimento all'art. 8 della Convenzione) fino a diventare un principio generale ormai consolidato all'interno dell'ordinamento giuridico di numerosi Stati.

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano, la Consulta riconosce pacificamente rilievo costituzionale al principio del superiore interesse del bambino, inteso (con riferimento all'art. 30 Cost.) come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata la “soluzione ottimale” in concreto per l'interesse del minore (così testualmente la sentenza n. 11/1981; si cfr. no altresì le sentenze nn. 76/2017, 239/14, 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).



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 sua decisione).<sup>61</sup> Anzi, al riguardo, è stato anche osservato che 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.<sup>62</sup>

4.2. Altro settore in cui viene in rilievo la relazionalità della persona umana (e, quindi, del diritto) può essere quello della *maternità surrogata*: tema questo di recente emersione sociale.

Le Sezioni unite civili con sentenza 8 maggio 2019, n. 12193 avevano affermato il principio secondo cui non può essere riconosciuto nell'ordinamento italiano un provvedimento straniero che riconosca il rapporto di genitorialità tra un bambino nato in seguito a maternità surrogata e il c.d. "genitore d'intenzione".

Successivamente la Prima Sezione della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale di alcune norme (e, precisamente, dell'art. 12, comma 6, della legge 19 febbraio 2004, n. 40; dell'art. 64, comma 1, lettera g), della legge 31 maggio 1995, n. 218 e dell'art. 18 del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396). In sostanza, le questioni di legittimità, che erano state formulate, sollecitavano la Corte costituzionale a esaminare lo stato civile dei bambini nati attraverso la pratica della maternità surrogata (vietata nell'ordinamento

---

61 Il concetto di *best interest of the child* si presta a varie traduzioni nella 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 testi 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, comunque, concerne non la questione terminologica, ma la valenza sostanziale 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 giurisprudenza della corte di legittimità 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. 16 febbraio 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).

62 Nel celebre saggio di McCormick (1976, pp. 305-317). I minori d'età, per la legislazione italiana 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).

italiano dall'art. 12, comma 6, della legge n. 40 del 2004); e, in particolare, la possibilità di dare effetto nell'ordinamento italiano a provvedimenti giudiziari stranieri che riconoscano come genitore del bambino non solo chi abbia fornito i propri gameti (e, dunque, il genitore cosiddetto "biologico"); ma anche la persona che abbia condiviso il progetto genitoriale, pur senza fornire il proprio apporto genetico (e, dunque, il cosiddetto genitore "d'intenzione").

La Corte costituzionale con la recente sentenza n. 33 del 27 gennaio 2021 ha dichiarato inammissibile la questione; ma, in motivazione – dopo aver ribadito che la pratica della maternità surrogata “offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” (sentenza n. 272 del 2017) e dopo aver rilevato che i relativi accordi «comportano un rischio di sfruttamento della vulnerabilità di donne che versino in situazioni sociali ed economiche disagiate» (preoccupazioni queste che, verosimilmente, sono alla base della condanna di «qualsiasi forma di maternità surrogata a fini commerciali» espressa dal Parlamento europeo nella propria Risoluzione del 13 dicembre 2016) – ha focalizzato la sua attenzione sugli interessi del bambino nato mediante maternità surrogata, nei suoi rapporti con la coppia (nella specie, omosessuale) che, sin dall'inizio, aveva condiviso il percorso (che aveva condotto al concepimento e alla nascita nel territorio di uno Stato, dove la maternità surrogata non era contraria alla legge), per poi portare in Italia il bambino, del quale da anni si era preso quotidianamente cura.

Proprio in considerazione degli interessi del bambino, la Corte ha ribadito il principio secondo il quale in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei “migliori interessi” (*best interests*) o dell’ “interesse superiore” (*intérêt supérieur*) del minore, inteso come necessità che nelle decisioni concernenti il minore venga sempre ricercata «la soluzione ottimale “in concreto” per l’interesse del minore, quella cioè che più garantisca, soprattutto dal punto di vista morale, la miglior “cura della persona”» (sentenza n. 11 del 1981). E, affermando un principio innovativo, ha ritenuto indubbio “l’interesse di un bambino, accudito sin dalla nascita (nel caso oggetto del giudizio *a quo*, ormai da quasi sei anni) da una coppia che ha condiviso la decisione di farlo venire al mondo”, ad ottenere “un riconoscimento anche giuridico dei legami che, nella realtà fattuale, già lo uniscono a entrambi i componenti della coppia”.

La Corte ha quindi concluso, affermando che: “Il compito di adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di

disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori, nei termini sopra precisati – non può che spettare, in prima battuta, al legislatore, al quale deve essere riconosciuto un significativo margine di manovra nell'individuare una soluzione che si faccia carico di tutti i diritti e i principi in gioco. Di fronte al ventaglio delle opzioni possibili, tutte compatibili con la Costituzione e tutte implicanti interventi su materie di grande complessità sistematica, questa Corte non può, allo stato, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore, nella ormai indifferibile individuazione delle soluzioni in grado di porre rimedio all'attuale situazione di *insufficiente tutela degli interessi del minore*".

La sentenza n. 33/2021 della Corte costituzionale italiana è di notevole rilievo almeno sotto un duplice rilievo: sia perché attribuisce rilievo al legame che intercorre tra il bambino ed i componenti (genitori, non biologici) della coppia che, dapprima, ne hanno voluto la nascita e, poi, lo hanno accudito (esercitando così di fatto la responsabilità genitoriale); sia perché – nel porre in bilanciamento l'interesse superiore del minore (a veder riconosciuto il suo legame anche con il genitore non biologico) con lo scopo legittimo dell'ordinamento (a disincentivare il ricorso alla pratica della maternità surrogata, penalmente sanzionata) – sollecita il legislatore a porre mano ad una speciale procedura di adozione per consentire una adeguata tutela degli interessi del minore.<sup>63</sup>

4.3. Dove invece mi sembra assente o comunque lacunoso il riconoscimento della dimensione relazionale dei diritti individuali è tuttora il particolare settore dell'inizio vita: qui parte della cultura contemporanea sembra davvero riuscita ad oscurare la percezione, personale e collettiva, del valore della vita umana.

Cerco di spiegarmi meglio. Si è già detto che la Corte costituzionale italiana con sentenza n. 27/1975 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale. Occorre ora aggiungere che la Consulta, nella motivazione di quella storica sentenza, dopo aver individuato gli interessi in gioco (il benessere fisico e l'equilibrio psichico della gestante, da un lato, la salvaguardia della vita dell'embrione, dall'altro), ha operato tra i suddetti beni un bilanciamento, stabilendo che la gravidanza possa essere interrotta, oltre che per l'imminente pericolo di vita della gestante, anche «quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo

---

63 La Corte costituzionale italiana con la sentenza 33/2021, che va annoverata nell'ambito delle c.d. "decisioni monitorie", ha ritenuto che la tutela di cui all'art. 44 comma 1, lettera d) della legge 4 maggio 1983, n. 184 (che aveva formato il fulcro argomentativo della sentenza n. 12193 del 2019 delle Sezioni Unite civili) non è del tutto adeguata ai principi costituzionali e sovranazionali: sia

*grave, medicalmente accertato (...) e non altrimenti evitabile*, per la salute della madre». Ed ha terminato il suo argomentare ponendo a carico del legislatore ordinario un *preciso obbligo*: quello di “predisporre le cautele necessarie per impedire che l’aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione”, con la dichiarata conseguenza che la legittimità “dell’aborto deve essere ancorata ad una *previa valutazione* della sussistenza delle condizioni atte a giustificarla”.

A fronte di questo preciso *dictum* della Corte, inadeguate mi sembrano le modalità con le quali l’interruzione della gravidanza è stata in concreto disciplinata dalla legge n. 194/1978 (agli articoli 4 e 5): di fatto, in Italia, oggi, per la donna che intende abortire, è sufficiente, nei primi novanta giorni della gravidanza, presentarsi al consultorio o a un suo medico di fiducia o a una struttura socio sanitaria ed ivi esprimere, con l’analisi di gravidanza in mano, la propria volontà di interromperla, ottenendo un certificato (attestante il suo stato di gravidanza e la sua richiesta di abortire), con il quale qualche giorno dopo può presentarsi all’ospedale per abortire gratuitamente. In tale contesto fattuale si volatilizza il riferimento (contenuto nell’art. 4) al “serio pericolo per la sua salute fisica o psichica” che potrebbe derivare dalla prosecuzione della gravidanza, dal parto o dalla maternità in considerazione del “suo stato di salute, delle condizioni economiche, o sociali, o familiari, o delle circostanze in cui è avvenuto il concepimento o della previsione di anomalie o malformazioni del concepito”: ciò che conta è soltanto ed esclusivamente la decisione della donna, la sua autodeterminazione.

Ma ciò non era stato affatto affermato dalla Corte costituzionale. Anzi, la Corte, si ribadisce, aveva tracciato per il legislatore nazionale un preciso percorso: realizzare il bilanciamento tra il pericolo per la salute della donna e il diritto alla vita del bambino, passando attraverso una valutazione “*previa*”, cioè precedente all’aborto, dell’effettività del pericolo per la madre, in modo che fosse salvata, quando ciò sia possibile, la vita del feto.

Per le ragioni che precedono, la legge n. 194/1978 non mi sembra affatto

---

perché non attribuisce la genitorialità all’adottante; sia perché non consente inequivocabilmente di stabilire vincoli di parentela tra il bambino e coloro che appaiono socialmente (e sono dal bambino percepiti) come propri nonni, zii, fratelli e sorelle; sia perché richiede, per il suo perfezionamento, il necessario assenso del genitore “biologico”, che potrebbe non essere in concreto prestato.

Tenuto conto di quanto sopra, nonché del fatto che il Parlamento nazionale non ha fin qui dato attuazione al monito contenuto nella sentenza n. 33, la Prima Sezione Civile della Corte con ordinanza 1842 del 18 ottobre 2021 ha rimesso gli atti al Primo Presidente, sollecitando nuova assegnazione alle Sezioni Unite.

interpretata ed applicata in conformità del *dictum* della Corte costituzionale laddove viene intesa configurare l'aborto come un diritto soggettivo potestativo della donna.<sup>64</sup> Non è coerente con il quadro costituzionale italiano (come ricostruito nella sentenza n. 27/1975) ammettere che nessuno possa opporsi alla richiesta di aborto, formulata dalla donna: se desta perplessità la posizione del medico (il cui eventuale rifiuto a rilasciare la prevista attestazione<sup>65</sup> porta banalmente la donna a rivolgersi ad altro sanitario, più compiacente), come pure la posizione dei genitori della minorenni (l'eventuale dissenso dei quali può essere aggirato con il ricorso al giudice tutelare), ancora maggiori sono le perplessità quando viene mantenuto estraneo a tale decisione anche il *partner* della donna (il cui legame con il concepito, del quale è genitore biologico, è fuori di discussione).<sup>66</sup> In generale, la scelta della madre – riguardo al frutto del concepimento – non può mai essere arbitraria, perché, opinando diversamente, il nascituro sarebbe privo di ogni tutela.

Spiace poi constatare la Corte costituzionale, dopo aver dato avvio nel 1975 alla legalizzazione dell'aborto volontario indicando un percorso che essa stessa definì obbligatorio per il legislatore, ha sì successivamente più volte preso in considerazione la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza.<sup>67</sup> ma

---

64 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. Piuttosto, in materia, va evocato il "fondamentale principio di responsabilità che riguarda ogni forma di procreazione" (richiamato, sia pure con riferimento ad altra problematica, dalla Prima Sezione civile della Corte con la citata ordinanza n. 1842/2022).

65 L'interruzione della gravidanza è infatti condizionata all'attestazione della struttura consultoriale o del medico di fiducia, interpellati dalla gestante, che la continuazione della gravidanza potrebbe creare un rischio effettivo per la sua sopravvivenza ovvero per la sua integrità psico-fisica.

66 Per la precisione, la Corte costituzionale con ordinanza 389/1988 – in un giudizio nel quale era stata eccepita la illegittimità costituzionale (per violazione del principio di uguaglianza tra i coniugi) dell'art. 5 della legge 22 maggio 1978, n. 194, nella parte in cui non riconosce rilevanza alla volontà del padre del concepito – ha dichiarato inammissibile la questione, affermando tuttavia incidentalmente che detto articolo "è frutto dell'insindacabile scelta politico-legislativa di lasciare la donna unica responsabile della decisione di interrompere la gravidanza" e "tale scelta non può considerarsi irrazionale in quanto è coerente al disegno dell'intera normativa e, in particolare, all'incidenza, se non esclusiva sicuramente prevalente, dello stato gravidico sulla salute sia fisica che psichica della donna".

Le affermazioni incidentali, effettuate dalla Corte costituzionale con ordinanza 389/1988, non sono mai state dalla stessa successivamente ribadite ed anzi sono di fatto smentite dalla sentenza n. 35/1997 (di cui alla nota che segue). Esse, d'altra parte, si pongono in insanabile contrasto con la posizione della Grande Camera della Corte EDU, che, con sentenza 16 dicembre 2010 (A, B e C contro Irlanda, ricorso n. 25579/05), oltre a ribadire che nella nozione di "vita privata" rientra anche il diritto a scegliere di avere o di non avere figli o di diventare genitori biologici, ha espressamente precisato che non è configurabile un diritto all'aborto sulla base dell'art. 8 della Convenzione.

67 Dal 1975 la Corte costituzionale, oltre che in sede di giudizi incidentali di legittimità (promossi da

fin qui si è sempre sottratta al compito di verificare se il percorso, disegnato nel 1975, è stato correttamente seguito dal legislatore del 1978.

La Corte costituzionale, si ribadisce, con sentenza n. 27/1975 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 546 del codice penale, “nella parte in cui non prevede(va) che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi *danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato* nei sensi di cui in motivazione e *non altrimenti evitabile*, per la salute della madre”; ed aveva affermato l' “*obbligo del legislatore predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla realtà e gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione*”.

Eppure, il legislatore con legge n. 194/1978 nulla ha preveduto: né in punto di accertamento medico del danno o del pericolo per la salute della madre; né in punto di gravità di detto danno e di detto pericolo; men che meno in punto di non altrimenti evitabilità del danno e del pericolo.

Tale circostanza è stata in vario modo evidenziata dai diversi giudici tutelari, che, chiamati a prendere parte alla procedura dell'aborto delle ragazze minorenni, hanno ritenuto di dover chiedere alla Corte costituzionale una pronuncia sul merito della legittimità della regolamentazione legislativa, proprio invocando i principi che erano stati affermati dalla sentenza n. 27/1975.

Tuttavia, la Corte, fino ad oggi, ha *sempre* evitato di rispondere nel merito, riparandosi dietro l'usbergo della inammissibilità della questione.<sup>68</sup>

Ad oggi, dunque, è sempre rimasta elusa la domanda se la legge 194/1978 tutela effettivamente i diritti inviolabili del concepito, pur solennemente affermati dalla Corte costituzionale con sentenza n. 27/1975.

Eppure, secondo la giurisprudenza della Corte,<sup>69</sup> anche in relazione alle questioni che toccano “temi eticamente sensibili”, “l'individuazione di un ra-

---

giudici tutelari), ha preso in considerazione la disciplina dell'interruzione di gravidanza anche in sede di esame di ammissibilità di *referendum* abrogativi (nonché in sede di esame di conflitti di attribuzione insorti in connessione con richieste referendarie). In particolare, la Corte, con sentenza n. 35/1997, nel dichiarare inammissibile una richiesta di *referendum* (volto alla totale liberalizzazione dell'aborto nei primi 90 giorni di gravidanza), ha ribadito “il diritto del concepito alla vita” (escludendo che l'interruzione della gravidanza possa essere un mezzo per il controllo delle nascite) ed ha aggiunto che “è precluso al legislatore e conseguentemente anche alla deliberazione abrogativa del corpo elettorale” ricondurre la vicenda abortiva “ad un regime di totale libera disponibilità da parte della singola gestante, anche in ordine alla sorte degli interessi costituzionalmente rilevanti in essa coinvolti”.

68 In sintesi, secondo l'ordine di considerazioni svolto dalla Corte costituzionale, i giudici tutelari non hanno il compito di applicare l'articolo 4, ma soltanto di valutare la maturità della madre minorenni (che chiede di abortire senza il consenso dei genitori), ragion per cui svolgerebbero un ruolo “non rilevante” (!) nella vicenda giudiziaria disciplinata dall'art. 12 della legge 194.

69 Corte costituzionale, sent. n. 162 del 9 aprile 2014, dalla quale è tratta la citazione riportata nel testo.

gionevole punto di equilibrio delle contrapposte esigenze, nel rispetto della dignità della persona umana, *appartiene «primariamente alla valutazione del legislatore»* (sentenza n. 347 del 1998), *ma resta ferma la sindacabilità della stessa*, al fine di verificare se sia stato realizzato un non irragionevole bilanciamento di quelle esigenze e dei valori ai quali si ispirano”.

Non sfugge a nessuno: che è questa materia, quanto mai insidiosa, sulla quale si è ormai formato un diffuso consenso sociale; che, oltre a quella italiana, molte altre legislazioni contemporanee, consentono alla donna di richiedere l'interruzione volontaria di gravidanza entro i primi 90 giorni di gestazione per motivi di salute, economici, sociali o familiari; che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo,<sup>70</sup> pur proclamando espressamente il diritto alla vita (all'art. 2), non menziona il nascituro, mentre la Corte EDU, custode di quella convenzione, pur ritenendo ampia la tutela offerta dall'art. 2, non ha mai fin qui affermato l'incompatibilità convenzionale della normativa di uno Stato parte, che autorizzi l'interruzione della gravidanza.<sup>71</sup>

70 La Convenzione EDU, all'articolo 2, garantisce il diritto alla vita ed espone le circostanze nelle quali può essere giustificato infliggere la morte. L'art. 2, unitamente all'art. 3, che vieta i trattamenti inumani o degradanti, rappresenta il c.d. *nocciolo duro* della Convenzione, in relazione al quale non può essere autorizzata alcuna deroga (con conseguente inammissibilità di qualsiasi operazione di bilanciamento). 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.

71 In via generale, la Corte EDU è ferma nell'interpretare in senso lato la tutela offerta dall'art.2, fino a ricomprendere nel cono d'ombra della disposizione anche i casi nei quali non si è verificata la morte di un uomo, ma la condotta violatrice è stata astrattamente idonea ad uccidere. La corte è altresì ferma nell'affermare che l'articolo 2, § 1 impone allo Stato non soltanto l'astensione dal procurare volontariamente ed illegalmente la morte, ma anche un preciso obbligo positivo di protezione: l'adozione, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico interno, di ogni misura necessaria alla tutela della vita delle persone sotto la sua giurisdizione (con la conseguenza che, ogni qualvolta il ricorso alla forza comporta la morte di un uomo, lo Stato deve procedere ad una inchiesta effettiva sulle circostanze che hanno cagionato la morte, a prescindere da chi sia stato l'autore).

Il problema del bilanciamento tra diritti della madre e diritti del nascituro, nella giurisprudenza della Corte EDU, fino ad ora è stato sfiorato nelle celebri sentenze *Open Door e Dublin Well Woman c. Irlanda* del 1992 e *Woman on Waves c. Portogallo* del 2010 (entrambe in tema di art. 10 Cedu), nella decisione di irricevibilità *Boso c. Italia* del 2002 (resa su ricorso proposto dal padre del nascituro, che lamentava di non aver avuto voce in capitolo nella decisione della madre di interrompere la gravidanza), nonché nella sentenza *A, B et C c. Irlanda* del 2010 (in tema di art. 8 Cedu). Peraltro, in detto ultimo caso, la Grande Camera della Corte EDU (cfr. sentenza 16/12/2010, emessa sul ricorso 25579/05) ha precisato che: “nella nozione di “vita privata” rientra, anche il diritto a scegliere di avere o di non avere figli o di diventare genitori biologici, ma da tale norma non deriva un diritto all'aborto” (per una interessante riflessione gius-filosofica sull'inconfigurabilità di un diritto all'aborto, si cfr. Sartea, 2013, pp. 767 ss.).

Nell'ulteriore caso *Vo c. Francia* (deciso dalla Grande Camera della Corte EDU con sentenza 8 luglio 2004) è sì venuto in rilievo il rispetto dell'art. 2 della Convenzione, ma il caso aveva ad og-

Tuttavia, fermo restando che non mancano Paesi nei quali l'interruzione della gravidanza non è legalizzata (come ad es. la Polonia)<sup>72</sup>, occorre riflettere sul ruolo del consenso sociale nell'interpretazione della Convenzione da parte della Corte di Strasburgo<sup>73</sup> (e, di riflesso, nell'interpretazione della Carta dei

---

getto (non un'interruzione volontaria della gravidanza, ma) la morte di un embrione causata non intenzionalmente da un medico. In quell'occasione la Corte, con 14 voti a favore e 3 contrari, ha deciso che non vi era stata violazione dell'art. 2. La sentenza va comunque ricordata in quanto: a) anche in questo caso la Grande Camera ha evitato di prendere posizione esplicita sull'estensione all'embrione della protezione di cui all'art. 2 della Convenzione; b) se davvero l'art. 2 fosse inapplicabile alle problematiche dell'embrione, la Corte avrebbe dovuto – come richiesto dal Governo francese – dichiarare l'inammissibilità del ricorso, senza trattarlo nel merito; c) come osservato dal giudice Costa nella sua opinione concorrente, anche nei casi che pongono il tema dell'aborto, la Corte, applicando il test dell'equo temperamento degli interessi della madre e dell'embrione, implicitamente ritiene applicabile a quest'ultimo la protezione dell'art. 2 (essendo l'embrione titolare del solo primordiale diritto alla vita).

Resta poi il fatto che fino ad oggi è rimasta inesplorata la problematica del rispetto dell'art. 2 della Convenzione in tutti quei casi in cui la dignità umana possa essere lesa per effetto di una qualche applicazione delle nuove scoperte in materia di ingegneria genetica. Sorprende che fino ad oggi la Corte EDU non sia mai stata chiamata a dare un parere sull'art. 1 della Convenzione di Oviedo (che verte sulla stessa materia dell'art. 2 della Convenzione), in forza della espressa previsione contenuta nell'art. 29 della stessa Convenzione.

- 72 Il Tribunale costituzionale polacco con sentenza 22 ottobre 2020 ha dichiarato incostituzionale l'aborto farmacologico nei casi in cui esami prenatali o altre valutazioni mediche indichino un'elevata probabilità che il feto presenti un'anomalia grave e irreversibile o una malattia incurabile.

La sentenza ha sollevato molte polemiche, ma da un punto di vista strettamente giuridico, a me sembra ineccepibile: essa, lungi dal limitare la tutela della salute psico-fisica della donna partorientente, salvaguarda il diritto alla vita dei soggetti malformati. Tanto peraltro avviene in conformità alle diverse disposizioni internazionali che, esplicitamente o implicitamente, vietano il ricorso a pratiche eugenetiche (si cfr.: l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; l'articolo 11 della Convenzione di Oviedo, nonché l'articolo 14 della Convenzione EDU, nella parte in cui vieta la discriminazione in base a qualunque altra condizione rispetto a quelle espressamente elencate) e anche in linea con la giurisprudenza della Corte di cassazione italiana (cfr. sentenza n. 14488/2004, dove si legge che «...non esiste nel nostro ordinamento l'aborto eugenetico, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti. Esso inoltre non esiste né come diritto della gestante né come un diritto del nascituro, per quanto da far valere successivamente alla nascita, sotto il profilo risarcitorio per il mancato esercizio». Tale orientamento è stato successivamente confermato dalle Sezioni Unite della Corte con sentenza n. 25767/2015).

L'eventuale possibilità di abortire in seguito alle malformazioni del feto causerebbe un'evidente discriminazione, con violazione del principio di uguaglianza, poiché la vita del nascituro sano sarebbe ritenuta più degna di tutela giuridica rispetto alla vita del nascituro non sano: «L'ottica eugenetica mina alle radici il concetto stesso di democrazia e, in particolare, il principio di uguaglianza, in quanto rompe l'assunto fondamentale secondo cui il rispetto dei diritti umani e, in particolare, del diritto alla vita, dipende esclusivamente dall'esistenza in vita di un certo individuo, e non dal giudizio sulle sue condizioni» (cfr. Eusebi, 2009, p. 44)

- 73 Per la Corte EDU, il consenso è complementare al margine di apprezzamento, nel senso che, rispetto ad una data questione, al crescere del consenso, cresce l'incisività del sindacato della Corte europea (nel valutare la compatibilità dell'interferenza introdotta dallo Stato in difformità dalla regolamentazione uniforme raggiunta a livello europeo), mentre diminuisce il margine di apprez-



diritti fondamentali dell'Unione europea da parte della Corte di Lussemburgo, alla luce della giurisprudenza CEDU e delle delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri), nonché sulla necessità di sottoporre il bilanciamento, raggiunto in sede politica, alla verifica di legittimità costituzionale.

4.4. La *dottrina del consenso*, accanto ad indubbi lati positivi,<sup>74</sup> presenta l'inconveniente di subordinare l'esigenza di protezione elevata dei diritti fondamentali ad un "consenso" (del quale peraltro la Corte europea non ha fino ad oggi mai precisato: né le modalità di acquisizione degli elementi conoscitivi, e neppure le caratteristiche e l'estensione che esso deve presentare per essere rilevante).<sup>75</sup>

È stato correttamente osservato che: "Affermare che l'assenza di un *common ground* può giustificare il mancato innalzamento della tutela significa, in definitiva, affidare ad un dato numerico o elettivo la protezione di valori fondamentali che, invece, vanno tutelati anche oltre il consenso dei destinatari e, anzi, contro la maggioranza, se tale maggioranza finisca con il porsi su un binario lesivo di siffatti valori" (Conti, 2012, p. 585).

Risuonano al riguardo convergenti, pur partendo da presupposti filosofici differenti, gli insegnamenti di Norberto Bobbio – quando affermava che "la regola della maggioranza non è applicabile a tutte le situazioni"<sup>76</sup> ed insisteva

---

zamento di ogni singolo Stato contraente. Al contrario, al ridursi del consenso, si riduce l'ambito del sindacato della Corte europea, mentre si espande il sindacato delle autorità nazionali (espresso attraverso il loro margine di apprezzamento) e, conseguentemente, l'ambito delle possibili interferenze a livello statale.

In via generale, la *dottrina del consenso* ha l'obiettivo di salvaguardare le tradizioni storico – giuridico – sociali di un Paese aderente alla CEDU al quale viene riconosciuto il potere di adottare misure limitative di diritti fondamentali, sul presupposto che: o le autorità nazionali si trovino in una posizione migliore rispetto al giudice europeo per individuare i limiti (ad es., correlati alla sicurezza nazionale ed alla salute – v. caso *Irlanda c. Regno Unito*, 18 gennaio 1978); o non si riscontrano nella legislazione domestica dei vari Paesi contraenti concezioni europee uniformi (come spesso di verifica per le questioni di carattere etico, morale o religioso).

74 Invero, l'accresciuta sensibilità rispetto ad un valore può giustificare l'innalzamento del suo livello di protezione anche nei confronti di chi non ha aderito alla manifestazione espressa dalla maggioranza; e, d'altra parte, la giurisprudenza europea non può che essere collegata alle tradizioni culturali dei singoli Paesi, dalle quali le Corti europee non possono che attingere.

75 Oltre al grave inconveniente indicato nel testo, occorre rilevare che la *dottrina del consenso* può comportare che, in relazione ad un medesimo diritto fondamentale, il sistema di protezione può variare con il variare del Paese contraente: pertanto, un medesimo diritto fondamentale può essere diversamente regolato a livello dei singoli Stati.

76 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

nel dire che 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 (Bobbio, 1983).<sup>77</sup> – e gli insegnamenti di Joseph Ratzinger – quando, non ancora giunto al soglio pontificio, individuava come “uno dei rischi più gravi”, per il diritto, ai giorni nostri, è proprio l’affermarsi del “consenso, come fonte del diritto”.<sup>78</sup>

Sotto altro profilo, nessuno dubita che sia ineludibile il ricorso al *bilanciamento*, quale tecnica di applicazione di principi costituzionali, ogni qual volta in una determinata situazione si verifica un conflitto tra principi differenti (come per l’appunto nel caso dell’interruzione volontaria della gravidanza, nel quale vengono in rilievo il diritto alla vita del nascituro, da un lato, ed il diritto alla salute della madre, dall’altro).

Tuttavia, non va dimenticato che il giudizio di bilanciamento è di per sé un giudizio di valore, in quanto implica stabilire la relazione che si pone tra i due principi, con riguardo alla situazione normativa in cui essi vengono a collidere. Pertanto, la logica, sottesa al bilanciamento, presenta l’inconveniente di essere suscettibile di dissolvere i principi costituzionali in valutazioni, che, in ultima analisi, possono essere soggettive e imprevedibili.

Per evitare che ciò si verifichi, la dottrina da tempo si esercita nella ricerca di schemi logici<sup>79</sup> in grado, se non di eliminare, quanto meno, di contenere il

---

da Bobbio a “La Stampa” del 15-V-1981 e richiamata da Palini, 1992, p. 74). E’ indubbio che il principio dell’inviolabilità assoluta della vita umana innocente risponde a valori sostanziali e principi fondamentali, che stanno alla base dello Stato democratico e costituzionale moderno.

77 Secondo Bobbio (1983, p. 18), 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. In una prospettiva di etica politica, occorre poi 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.

78 Si cfr. la *lectio* pronunciata da Joseph Ratzinger il 10 novembre 1999 presso l’Università LUMSA di Roma, in occasione del conferimento del dottorato *honoris causa* in giurisprudenza, laddove si legge: “se la ragione non è più in grado di trovare il cammino verso la metafisica, vi sono per lo Stato solo le comuni convinzioni sui valori dei cittadini, convinzioni che si rispecchiano nel consenso democratico. Non la verità crea il consenso, ma il consenso crea non tanto la verità, quanto ordinamenti comuni. La maggioranza determina ciò che deve valere come vero e come giusto. Ciò significa che il diritto è esposto al gioco delle maggioranze e dipende dalla coscienza dei valori della società del momento, che a sua volta è determinata da molteplici fattori”.

79 Lo schema scientifico più famoso è probabilmente quello elaborato da Robert Alexy (Alexy, 2014, pp. 52-55). Altro schema generale del test di proporzionalità è stato elaborato da Roberto Bin, già dagli anni Novanta (Bin, 1992).

suddetto inconveniente (e, quindi, di compensare l'elasticità del principio di proporzionalità con una stabilizzazione dei metodi per la verifica del suo rispetto) ogni qualvolta due principi costituzionali sono in conflitto tra loro.

Eppure, nonostante la particolare delicatezza della materia, la Corte costituzionale italiana ha sin qui evitato di prendere posizione sulla correttezza e ragionevolezza del bilanciamento realizzato in sede legislativa tra il diritto alla salute della donna partoriente ed il diritto alla vita del nascituro.

4.5. Il punto è che sulla legalizzazione dell'interruzione volontaria della gravidanza (emblematica negazione della dimensione relazionale dei diritti individuali) si è formato oggi un consenso sociale così largo<sup>80</sup> che neppure le giurisdizioni costituzionali, 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* (del cui influsso, anzi, talvolta, finiscono di correre il rischio di risentire):<sup>81</sup> accade così che, mentre è diffusa la consapevolezza del disvalore di discriminazioni sulla base del colore della pelle ovvero sulla base di convinzioni politiche o religiose, è assai debole la consapevolezza del disvalore del diritto fondamentale alla vita degli 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.<sup>82</sup>

---

Oltre ai suddetti due schemi generali, esistono anche schemi di portata più limitata (per ulteriori ragguagli, si rinvia a Ruggeri y Spadaro (2019), pp. 147 e ss.).

80 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 del grembo 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. D'altronde, una società, che non conosca limiti, finisce con il tradire sé stessa, perché, se non ci sono limiti, può essere permessa ogni cosa.

81 Perlingieri (1972): “La maggioranza non può limitare arbitrariamente la persona umana: le limitazioni si giustificano esclusivamente se tendono allo stesso sviluppo dell'uomo” (p. 134), “Il valore della personalità umana è sottratto alla disponibilità della maggioranza” (p. 135).

82 Considerazioni in parte analoghe valgono anche per il trattamento che molte legislazioni nazionali riservano al fine vita. Invero, 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

A mio avviso, i legislatori nazionali, dovrebbero avere il coraggio di ritornare sulla regolamentazione dell'interruzione della gravidanza:<sup>83</sup> non soltanto per renderla più coerente con i principi costituzionali e con le più recenti acquisizioni scientifiche sul genoma umano, ma anche per rivedere i diversi istituti (di protezione della maternità e di assistenza dei minori abbandonati), già esistenti nei diversi ordinamenti nazionali (e, in tal senso, sia pure con riguardo alla maternità surrogata, è anche il suggerimento nella recente sentenza monito n. 33/2021 della Corte costituzionale italiana). Peraltro, così operando, si verrebbe 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.<sup>84</sup> Più in generale, è necessario pensare ad un sistema di sicurezza sociale, a carattere speciale ed integrale, che, fin dall'inizio della gravidanza, protegga il nascituro e la madre partoriente.

In definitiva, per scongiurare il pericolo di *derive individualistiche* (ben evidenziato da Marta Cartabia), che non si collocano nel solco della nostra tradizione culturale e che possono essere di pregiudizio per l'armonico sviluppo del modello di società, personalista e pluralista, sotteso a gran parte delle costituzioni democratiche moderne, occorre a mio avviso mantenere il coraggio di voler affermare sempre, in tutte le sue conseguenze, il primato della persona umana (a partire dalla formazione del genoma), la sua intrinseca dignità e la sua natura relazionale,<sup>85</sup> quali riferimenti essenziali per il discernimento dei diritti umani autentici,

---

non uno spreco per la società (in termini di occupazioni di posti-letto, costi delle terapie ecc.), ecc.

83 Se la donna partoriente non va mai colpevolizzata (ed anzi il più delle volte va difesa, perché subisce la vicenda abortiva sotto le pressioni del *partner*, della famiglia o dell'ambiente sociale in cui vive), neppure può essere legalizzata la pretesa della donna a perseguire un proprio asserito maggior benessere fisico o psichico, facendone ricadere le conseguenze sul nascituro, peraltro al carissimo prezzo della vita. Se non si può pretendere che una donna accetti un figlio che non ha desiderato, neppure si può pretendere che detto rifiuto si traduca nella soppressione legalizzata di una vita innocente.

84 Resta comunque sullo sfondo il fatto che la soppressione della vita nascente non dovrebbe mai essere un modo per risolvere problemi, che devono trovare altrove la loro soluzione.

85 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.

Al riguardo, cfr. Epiedendio y Piffer (2011), dove viene indicato, come esempio emblematico, il caso di chi, volendo affermare il suo diritto a guidare la moto senza casco (come diritto a muoversi come vuole, anche a costo, nel caso di incidente stradale, di subire gravi lesioni o di mettere a repentaglio la sua stessa vita), deduca a fondamento di tale suo preteso diritto la preminenza del suo desiderio su ogni altro confligente interesse (quale l'interesse generale a prevenire le ingenti spese sanitarie connesse agli incidenti stradali e quale l'interesse che altri hanno all'adempimento dei suoi doveri, in quanto membro di una comunità di persone, legate tra loro da reciproci rapporti di solidarietà).

in seno ad una dinamica giuridica, che oggi sta diventando sempre più complessa. Soltanto così, si sarà in grado di non confondere “l’universalismo dei diritti fondamentali con l’universale che appartiene alla comune esperienza umana”, e, quindi, si sarà in grado di sottoporre la categoria dei diritti fondamentali *al vaglio della ragione e dell’esperienza umana universale* perché essi rimangano “primigeni strumenti di giustizia” Cartabia (2008, pp. 399-409, 2009, pp. 537 e ss.).

5. Nonostante la varietà delle fonti normative applicabili e l’esistenza di nodi problematici assai complessi da sciogliersi, anche nell’attuale sistema multilivello il giurista non può esimersi dal cercare di individuare *un ordine di collegamento sistematico*.<sup>86</sup>

Essendo un dato di fatto che non esistono norme espresse di coordinamento tra i diversi sistemi (non soltanto tra quello nazionale e quello euro-unitario, ma neppure tra quello nazionale e quello convenzionale e tra quest’ultimo e quello euro-unitario), un *ruolo integratore* tra i suddetti distinti ordinamenti non può che essere svolto dalla giurisprudenza<sup>87</sup> e dalla dottrina.<sup>88</sup>

D’altra parte, i giuristi di tutto il mondo – attraverso la comparazione della giurisprudenza e della legislazione di diversi Paesi –<sup>89</sup> sono oggi impegnati nella ricerca di *connessioni orizzontali*, che consentano di ricostruire, in materia di

---

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-de-siderio” occulta il fatto che trasformare in diritto una pretesa soggettiva, quand’anche apprezzabile, implica sempre affermare obblighi a carico di altri.

86 In generale, ogni operatore del diritto – sia esso un teorico o un pratico del diritto – è di per sé chiamato a “mettere ordine”, nel “rispetto della complessità e della pluralità del reale”, cioè a perseguire una unità che rispetta le diversità, ma nel contempo le armonizza.

87 Nella complessità dell’attuale contesto ordinamentale, l’esercizio della giurisdizione può essere un decisivo fattore unificante: sia perché l’intervento del giudice si realizza su casi, cioè soltanto su questioni nelle quali è richiesto ed in vista dell’interesse delle parti che al caso sono interessate; sia perché ogni decisione giudiziaria si modella sui precedenti (di talché è garantita in un certo qual modo la sua prevedibilità), ma è di per sé aperta ai mutamenti normativi; sia, infine, perché ogni decisione giudiziaria interviene nel contraddittorio delle parti, sulla base di materiale probatorio acquisito e valutato nel rispetto di precise regole processuali, e deve essere motivata. Tuttavia, affinché le decisioni giudiziarie possano essere il perno per la ricostruzione di un ordine in un sistema complesso, è necessaria una formazione giuridica nuova, che trasmetta il senso della complessità del sistema e della rilevanza della normativa e della giurisprudenza sopranazionale nell’esercizio quotidiano della giurisdizione.

88 Cfr. Cassese (2009, p. 10), secondo il quale giurisprudenza e dottrina «...consentono la cooperazione, agendo da “frizione”, per collegare e scollegare i sistemi giuridici, o da “collante”, per tenerli insieme».

89 La comparazione ha oggi un rilievo centrale, come da tempo sottolineato da attenta dottrina. Cfr., in particolare, Repetto (2011).

diritti fondamentali, una sorta di patrimonio comune,<sup>90</sup> composto in modo eterogeneo da principi desumibili dal diritto internazionale consuetudinario, da convenzioni internazionali multilaterali, dalla partecipazione degli Stati a organizzazioni sopranazionali, dalle stesse costituzioni nazionali, ecc.. A tali vincoli si aggiungono, per i Paesi europei, che sono parte della Convenzione EDU o che siano membri dell'Unione europea, quelli derivanti dal diritto convenzionale e dal diritto europeo, come rispettivamente interpretati dalla Corte EDU di Strasburgo e dalla Corte di giustizia di Lussemburgo.

Quanto sin qui osservato non riguarda soltanto casi particolarmente controversi e difficili da risolvere, ma investe ormai tutti i campi del diritto ed è strettamente connesso alla c.d. “*crisi dello Stato*” (Cassese, 2002), cioè al fatto che esso non rappresenta più come un tempo la dimensione in cui i fatti sociali assumono senso e valore (e, quindi, l'ambito tipico della loro rilevanza giuridica), nonché al passaggio da un diritto del *territorio* (statale) ad un diritto degli *spazi* (europei, comunitari, transnazionali) che giunge a caratterizzare anche settori tradizionalmente legati alla sovranità statale, quale quello penale.

Gli spazi sovranazionali rappresentano la patria di elezione per la costruzione di *carte di diritti*, che codificano *principi*, di per sé astrattamente idonei ad essere applicati in più Stati (se non in tutta la comunità internazionale). Tutto ciò impone anche di ripensare il rapporto tra giudice ed il diritto.

Ecco dunque aprirsi una nuova fase, nella quale il ruolo dell'operatore del diritto, prima ancora di applicare la norma, è quello di *ricostruire* un ordinamento, che in materia di diritti fondamentali è a più livelli: come nel secolo XX si è dovuto adeguare le categorie giuridiche, ricevute dalla precedente tradizione, al nuovo contesto ordinamentale, derivante dall'entrata in vigore della Costituzione pluralista e personalista del 1948; così, ai giorni nostri, in un contesto ordinamentale, derivante dall'intreccio di normative nazionali e sopranazionali sempre più numerose e dalla sempre maggiore centralità del diritto (più che della legge), si impone un'ulteriore opera di adeguamento, che sappia aprirsi al nuovo, salvaguardando il primato della persona umana, nella sua dignità e nella sua relazionalità.

Quanto mai fondamentale, pertanto, è il lavoro della dottrina, sia pratica che teorica, volto ad approfondire il fondamento antropologico dei diritti fondamentali,<sup>91</sup> affinché, anche nell'attuale magmatico contesto ordinamentale,

---

90 Un simile patrimonio comune sarebbe in definitiva il prodotto di “*convergenze interpretative*” dei giudici dei singoli Stati e delle giurisdizioni sopranazionali su alcuni valori fondanti da ritenersi inviolabili per il loro contenuto: così Zagrebelsky (2008, pp. 398 e 410).

91 Più in generale, è oggi quanto mai necessaria una nuova dogmatica giuridica, che orienti il legisla-

la dignità e la relazionalità della persona umana possano costituire bussole di orientamento della riflessione giuridica e della legislazione. Ascrivere la dignità e la relazionalità della persona umana ad una sfera sottratta ad ogni arbitrio, e scavarne i contenuti tipici, è forse il contributo più importante che una riflessione sui diritti soggettivi può fornire all'esperienza giuridica contemporanea come orizzonte normativo della coesistenza.

## Bibliografía

- Alexy R. (2014). Constitutional Rights and Proportionality. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, (22), 51-65.
- Amoroso, G. (2008). I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nelle decisioni della Corte di Cassazione. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (3), 769-806.
- Ascarelli, T. (1957). *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Rivista di Diritto Procesuale*, 1, 352-364.
- Betti, E. (1949). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*. Giuffrè.
- Biavati, P. (2012). La protección de los derechos humanos en Europa: relaciones entre los tribunales supranacionales y los tribunales constitucionales de los estados. *Revista General de Derecho procesal*, (28).
- Bin, R. (1992). *Diritti e argomenti*. Giuffrè.
- Bobbio, N. (1983). La regola della maggioranza e i suoi limiti. En Dini, V. (Dir.), *Soggetti e potere. Un dibattito su società civile e crisi della politica*.
- Bobbio, N. (1992a). I diritti dell'uomo, oggi. En *L'età dei diritti* (pp. 255-270). Einaudi.
- Bobbio, N. (1992b). Sul fondamento dei diritti dell'uomo. En *L'età dei diritti* (pp. 5-16). Einaudi.
- Bobbio, N. (1992c). L'età dei diritti. En *L'età dei diritti* (pp. 45-65). Einaudi.
- Bobbio, N. (1992d). Presente e avvenire dei diritti dell'uomo. En *L'età dei diritti* (pp. 17-44). Einaudi.
- Briguglio, A. (1984). Creatività della giurisprudenza, mutamento giurisprudenziale e giudizio di rinvio. *Rivista Trimestrale Di Diritto E Procedura Civile*, 1375 e ss.
- Buongiovanni, G. (2005). *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Laterza.
- Cartabia, M. (2008). Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali. *Iustitia*, 61(4), 399-410.
- Cartabia, M. (2009). L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti". *Quaderni costituzionali*, (3), 537 e ss.
- Cartabia, M. (2010). I "nuovi diritti". Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose, 1-17.

---

tore nel disciplinare i diversi problemi della vita sociale, secondo ragione, in modo adeguato alla complessità del reale, alla dimensione relazionale del diritto ed alla centralità della persona umana, *caput et fundamentum* della civiltà giuridica occidentale.

- [https://scienzepolitiche.unicat.it/bacheca/archivio/materiale/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/2.CARTABIA%20\(17%20pgg\).pdf](https://scienzepolitiche.unicat.it/bacheca/archivio/materiale/18/Corso%20diritti%20e%20cittadinanza%20-%202019-2020/2.CARTABIA%20(17%20pgg).pdf).
- Cassese, S. (2002). *La crisi dello Stato*. Laterza.
- Cassese, S. (2009). *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*. Donzelli.
- Conti, R. (2012). Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alti Corti. *Politica del diritto*, 43(4), 555-601.
- Cotta, S. (1989). *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli.
- Cotta, S. (1991). Attualità ed ambiguità dei diritti fondamentali. En *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè.
- Crisafulli, V. (1966). Le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica del sistema: esperienze e prospettive. *Rivista di diritto processuale*, XXI(2), 206-232.
- D'Amico, G. (2008). Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico nel prisma dell'interpretazione. Il contributo di un Maestro. *Corti calabresi*, 657 e ss.
- D'Andrea, L. (2005). *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*. Giuffrè.
- De Montesquieu, C. (1784). *De l'esprit des lois*. Barrillot & Fils.
- De Montesquieu, C. (1977). Divisione dei poteri e garanzia di libertà. En Matteucci, N. (Dir.), *Antologia degli scritti politici del Montesquieu*. Il Mulino.
- Donati, P. (1983). *Introduzione alla sociologia relazionale*. Francoangeli.
- Donati, P. (2021). Il genoma sociale della famiglia e i suoi beni relazionali, relazione al Convegno. *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia*, (19-20).
- Epiendendio, T. E. y Piffer, G. (24 de marzo de 2011). Chi è il giudice nell'epoca dei diritti-desiderio? *Il sussidiario.net*. <https://www.ilsussidiario.net/news/cultura/2011/3/24/giustizia-chi-e-il-giudice-nell-epoca-dei-diritti-desiderio/161370/>.
- Eusebi, (2009). Aborto. En *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica* (Vol. I). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Franzoni, M. (2010). L'interprete del diritto nell'economia globalizzata. *Contratto e Impresa*, 36(2), 366-391.
- Galgano, F. (2004). Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana. *Contratto e Impresa*, 20(1), 1-12.
- Galgano, F. (2005). *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Il Mulino.
- Galgano, F. (2007). Democrazia politica e legge della ragione. *Contratto e Impresa*, 23(2), 393-415.
- Galgano, F. (2009). *Trattato di diritto civile* (Vol. 1). CEDAM.
- Galgano, F. (2012). La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria. *Contratto e Impresa*, 28(1), 77-90.
- Gianniti, P. (2021). Il faticoso procedere della persona umana tra i crinali della storia. *Il diritto di famiglia e delle persone*, (3), 1245-1287.
- Gianniti, P. y Saratea, C. (2019). *Diritti umani e sistemi di protezione sovranazionali*. Aracne.
- Gorla, G. (1970). Giurisprudenza. En *Enciclopedia del Diritto* (pp. 489-510). Giuffrè
- Gorla, G. (1990). Precedente giudiziale. *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXIII.
- Grossi, P. (2008). La dignità nella Costituzione italiana. En Ceccherini (Dir.), *La tutela della dignità dell'uomo*. Editoriale Scientifica.
- Grossi, P. (2009). Il diritto civile nella legalità costituzionale. *Rassegna di diritto civile*, (3), 914-920.
- Habermas, J. (2002). *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*. (Trad. L. Ceppa). Einaudi.
- Hobbes, T. ([1681] 1959). *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*. En *Opere politiche* (Trad. N. Bobbio). UTET.



- Inzitari, B. (1998). Obbligatorietà e persuasività del precedente giudiziario. En “*Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*”. CEDAM.
- Kant, I. ([1785] 2007). *Fondazione della metafisica dei costumi* (Trad. F. Gonelli). Laterza.
- Kelsen, H. (1994). *Teoria generale del diritto e dello Stato*. Rizzoli.
- Lejeune, J. (1992). *L’embrione segno di contraddizione. Dai verbali del processo di Maryville*. Edizioni Orizzonte Medico.
- Luhmann, N. (1978). *Stato di diritto e sistema sociale*. Guida.
- Luhmann, N. (1990). *La differenziazione del diritto*. Il Mulino.
- MacCormick, N. (1976). Children’s Rights: A Test-Case for Theories of Right. En *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 62(3), 305-317.
- Maddalena, P. (2009). Interpretazione sistematica e assiologica del diritto. *Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza*, 59(2), 65-77.
- Marinelli, V. (2002). Precedente giudiziario. En *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*. Giuffrè.
- Maritain, J. (1949). Introduction. En United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, *Human Rights. Comments and Interpretations* (pp. 9-17). Greenwood Press.
- Modugno, F. (1989). I diritti della terza generazione. La tutela dei nuovi diritti. *Parlamento*, 53 e ss.
- Modugno, F. (1996). I “nuovi diritti” nella Giurisprudenza costituzionale. Giappichelli.
- Morelli, A. (1995). *Diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 169 ss.
- Morelli, A. (26 de enero de 2015). I diritti senza legge. *Consulta online*, 10-33.
- Palini, A. (1992). *Aborto. Dibattito sempre aperto da Ippocrate ai nostri giorni*. Città Nuova Editrice.
- Perlingieri, P. (1972). *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*. Camerino.
- Perlingieri, P. (1983). *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Repetto, G. (2011). *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*. Jovene.
- Riccio, A. (2017). La giurisprudenza come fonte del diritto. *Contratto e Impresa*, 3(33), 857-898.
- Ruggeri, A. (2006). Interpretazione costituzionale e ragionevolezza. *Politica del Diritto*, XXXVII(4), 531-572.
- Ruggeri, A. (2018). Dignità dell’uomo. En Russo, G. (Dir.), *Nuova Enciclopedia di Bioetica e Sessuologia*. Elledici.
- Ruggeri, A. y Spadaro, A. (2019). *Lineamenti di giustizia costituzionale*. Giappichelli.
- Sarrea, C. (2013). Sulla problematica idea di un “diritto di aborto”. *Medicina e Morale*, 62(4).
- Sarrea, C. (2020). La tirannia della salute. Riflessioni giusfilosofiche sulla pandemia. *Società e diritti*, 5(10), 100-126.
- Schiavello, A. (2013). La fine dell’età dei diritti. *Ethics & Politics*, XV(1), 120-145.
- Sicchiero, G. (1995). Il principio di effettività e il diritto vivente. *Giurisprudenza*, IV.
- Silvestri, G. (2007). *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona. Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese*. [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html).
- Spaemann, R. (1987). Discussioni sulla vita “degnata di essere vissuta”. *Cultura e libri*, IV(27), 506-512.
- Spaemann, R. (2009). *Tre lezioni sulla dignità umana*. Lindau.
- Trujillo, I. y Viola, F. (2014). *What human Rights are not (or not only). A negative path to human Rights Practice*. Nova Science Pub Inc.

- Vincenti, E. y Morelli, M. R. (29 de marzo de 2011). L'overruling giurisprudenziale in materia di processo civile. *Relazione della Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo*, (31).
- Vitelli, F. (2013). *La persona tra identità e socialità*. Edizioni Scientifiche Italiane.
- Zaccaria, R. (2007). *La giurisprudenza come fonte del diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Editoriale Scientifica.
- Zagrebelsky, G. (1987). Processo costituzionale. En *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè.
- Zagrebelsky, G. (1988). *La giustizia costituzionale*. Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2008). *La legge e la sua giustizia*. Il Mulino.



# LA MORALIDAD INTERNA DEL DERECHO INTERNACIONAL

---

## Evan Fox-Decent

McGill University  
evan.fox-decent@mcgill.ca

## Evan J. Criddle

William y Mary Law School  
ejcriddle@wm.edu

**Recibido:** 25/03/2022

**Aceptado:** 29/04/2022

### Resumen

En este ensayo, nos basamos en la teoría fiduciaria pública y en la noción de Lon Fuller sobre la moral interna del derecho. Planteamos dos criterios necesarios para establecer la moralidad interna del derecho internacional y argumentamos que esta se deriva de la síntesis de un criterio fiduciario de legitimidad y de la prohibición del unilateralismo. El primero se refiere a la idea de que cualquier acción pública que no pueda decirse razonablemente que se realiza en nombre o por cuenta de los sujetos es ilegítima. La segunda se refiere a la prohibición de que un Estado imponga su voluntad a otro. Sostenemos que el criterio fiduciario y la prohibición del unilateralismo son complementarios y su síntesis proporciona una explicación convincente de la autoridad del derecho internacional. Esto se desprende del carácter y de los efectos jurídicos de las normas de *ius cogens* o perentorias. Por último, abordamos numerosos desafíos que podrían plantearse contra esta concepción del derecho internacional y sus implicaciones para el Estado de derecho en el ámbito internacional.

**Palabras clave:** derecho fiduciario público, derecho internacional, teoría jurídica, jurisprudencia, Lon Fuller.

## The Internal Morality of International Law

### Abstract

In this essay we build on public fiduciary theory and Lon Fuller's notion of the internal morali-

ty of law. We posit two criteria necessary to establish the internal morality of international law. We argue that the internal morality of international law is derived from the synthesis of a fiduciary criterion of legitimacy and the prohibition of unilateralism. The former refers to the idea that any public action which cannot be reasonably said to be made in the name of, or on behalf of, those subject to it is illegitimate. The latter refers to the prohibition of one state imposing its will on another. We argue that the fiduciary criterion and the prohibition of unilateralism are complementary, and their synthesis provides a compelling explanation of international law's authority. This is evident from the character and legal effects of *jus cogens* or peremptory norms. Finally, we address numerous challenges that could be raised against this conception of international law, and its implications for the rule of law in the international realm.

**Key words:** public fiduciary law, international law, legal theory, jurisprudence, Lon Fuller.

## 1. Introducción<sup>1</sup>

Nos gustaría expresarles nuestro sincero agradecimiento a *McGill Law Journal* por organizar el simposio que fue la fuente de este volumen. Reconocemos también con agradecimiento nuestra deuda con los contribuyentes del volumen: Seth Davis, Chimène Keitner, Frédéric Mégret, Jens David Ohlin, Edmund Robinson y Kimberley N. Trapp y a los colegas que participaron en el simposio y aportaron comentarios valiosos: Margaret de Guzman, Colin Grey, Richard Janda y Patrick Macklem.

Ofreceremos reflexiones sobre los comentarios esclarecedores de nuestros colegas en el apartado 4. Sin embargo, antes de hacerlo, utilizaremos esta oportunidad para ofrecer una breve declaración de dos ideas centrales de *Fiduciaries of Humanity* (Criddle y Fox-Decent, 2016) y la relación entre ambas: la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario de legitimidad. La prohibición del unilateralismo es un principio legal que le niega a una parte la autoridad o el derecho de imponer los términos a otra parte con igual capacidad. El criterio fiduciario de legitimidad es un estándar de adecuación para evaluar la legitimación normativa y la legalidad de las acciones de los actores públicos internacionales. El criterio exige que las acciones públicas tengan un carácter figurativo, que para ser legítimas y legales deben poder comprenderse como las acciones que se toman en nombre o representación de las personas sujetas a ellas. En el apartado 2 explicaremos algunas de las maneras en las que el derecho interna-

---

1 Esta es una traducción al español de: Fox-Decent, E. y Criddle, E. J. (2018). The Internal Morality of International Law. *McGill Law Journal*, 63(3&4), 765-781. <https://lawjournal.mcgill.ca/article/the-internal-morality-of-international-law/#:~:text=When%20states%20seek%20to%20persuade,internal%20morality%20of%20international%20law>.

cional refleja la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario. Creemos que los dos son complementarios y que sus síntesis comprenden una moralidad interna del derecho internacional.

En el apartado 3 explicaremos nuestra concepción de la moralidad interna del derecho internacional, basándonos en los escritos de Lon L. Fuller. Comparamos la moralidad interna fiduciaria con la teoría de Fuller desarrollada por Jutta Brunée y Stephen Toope, y sugerimos que la teoría fiduciaria puede garantizar una explicación convincente del estado del derecho internacional. Luego, en el apartado 4, utilizamos la interpretación fiduciaria del Estado de derecho internacional para desarrollar o hacer comentarios sobre los aportes de los colegas a este volumen.

## 2. Legitimidad para resistirse al unilateralismo

En *Fiduciaries of Humanity* sugerimos que la prohibición del unilateralismo opera como una idea organizadora del derecho internacional en un número de niveles y entre un amplio rango de campos. A nivel interestatal, el principio explica la doctrina fundacional de la igualdad soberana, en virtud de la cual los Estados gozan de igualdad ante la ley e independencia entre ellos, ya que los Estados igualmente independientes no pueden imponerse términos entre sí. Por ende, el derecho internacional funciona como una barrera para que los Estados no violen la integridad territorial de otros o que de otra manera interfieran unilateralmente en los asuntos internos de otros Estados. En caso de disputa, se espera que busquen llegar a negociaciones de buena fe y recurran al arbitraje imparcial de un tercero o, de ser necesario, a un pronunciamiento.<sup>2</sup>

A un nivel intraestatal, la prohibición del unilateralismo impide que las personas les impongan términos a otras. Si una persona tuviese el derecho de imponer los términos de interacción a otra, se produciría una violación del principio de igualdad ante la ley. La parte ascendente en la interacción tendría una prerrogativa legal de la que la otra persona no goza. En una interpretación Kantiana, la prohibición del unilateralismo sigue el derecho innato de Kant de igual libertad; la mera sujeción de una persona a la voluntad del otro (incluso si esa otra persona fuese razonable, actuase de buena fe y así sucesivamente) es una violación indebida de la igual libertad. En una interpretación hobbesiana, la violación del unilateralismo del principio de igualdad ante la ley es suficiente

---

2 Véase Criddle y Fox-Decent (2016, cap. 8, 2019).

para demostrar su arbitrariedad. A nivel intraestatal de personas y grupos que interactúan entre sí como partes privadas, la prohibición del unilateralismo yace en las relaciones horizontales entre esas personas y grupos.

En *Fiduciaries of Humanity* sostuvimos que se puede entender que la prohibición del unilateralismo tiene dos aspectos. Uno está tomado por el principio kantiano de que ninguna persona debe ser tratada como un mero medio, sino como un fin, que es el principio de la no instrumentalización. El otro aspecto es el principio republicano de no dominación, según el cual una persona no puede estar sometida a la voluntad arbitraria de otra. El principio kantiano condena el abuso real. El principio republicano condena la posesión de poder arbitrario que posibilitaría el abuso, se haga o no uso abusivo del poder efectivamente. En nuestra interpretación, el derecho internacional reconoce y autoriza a los Estados a gobernar y representar a sus poblaciones para protegerlas contra la instrumentalización y dominación y, de esa forma, proporcionar igual libertad e igualdad ante la ley. Los Estados ofrecen una relación vertical de autoridad para resolver un problema horizontal de injusticia.

Sin embargo, evidentemente los Estados conllevan riesgos graves de nuevas formas de instrumentalización y dominación. Consideramos que el derecho internacional mitiga esos riesgos al someter a los Estados a una variedad de ordenamientos jurídicos que protegen la igual libertad y la igualdad ante la ley, como el derecho internacional sobre derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el sistema del derecho internacional para regular las emergencias. Dentro de estos sistemas, algunas normas, como las prohibiciones del genocidio y la tortura, se consideran normas imperativas o *jus cogens*, y son una especie respecto a la cual no se permite limitación o derogación alguna. Se pueden ver de inmediato dos interrogantes. Primero, ¿sobre qué base de principios distinguimos las normas imperativas de las no imperativas? Segundo, ¿cómo podemos distinguir la acción estatal legítima y lícita de las imitaciones ilícitas que constituyen abuso o dominación? El criterio fiduciario de legitimidad surge a partir de las respuestas de la teoría fiduciaria a esas preguntas.

En nuestra opinión, las normas imperativas prohíben políticas de abuso intrincado o dominación, las cuales nunca podrían haberse entendido como adoptadas en nombre o representación de las personas sujetas a dichas normas. El genocidio y la tortura, por ejemplo, no son comprensibles como políticas que podrían haberse adoptado en nombre o representación de sus víctimas. Por el contrario, las políticas que modestamente limitan la libertad de expresión por motivos de declaración pública (por ejemplo, las advertencias de salud en los

paquetes de cigarrillos) son comprensibles como políticas que se podrían haber adoptado en nombre o representación de las personas que están sujetas a ellas. Dicho de otra forma, las limitaciones públicamente justificables sobre determinados derechos humanos (por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión) son consecuentes con las normas fiduciarias de administración y representación que rigen a las autoridades públicas. Sostuvimos que estas incluyen principios de integridad (que se oponen a la corrupción y a la captura), igualdad moral formal (como casos que reciben un tratamiento similar) y diligencia (debido respeto por los intereses legítimos). El proceso y el contenido de la justificación pública democrática son un ejemplo de los principios de integridad y la igualdad moral formal, y demuestran el debido respeto por los intereses legítimos de las personas en cuyo nombre y representación gobiernan las autoridades. En el caso de las normas imperativas, dicha justificación no es posible porque toda violación de estas normas constituye una instrumentalización o dominación ilícita y, por ende, no puede ser una acción tomada en nombre o representación de las personas que la hicieron para ser víctimas de ella. Por ende, el criterio fiduciario de legitimidad surge como un estándar de adecuación que sigue el ejemplo de las normas que constituyen y regulan la representación, que también son normas que se oponen a la instrumentalización y dominación. En este contexto, el criterio fiduciario nos permite distinguir las normas imperativas de las no imperativas.

Sin embargo, en *Fiduciaries of Humanity* sostenemos que el criterio fiduciario de legitimidad tiene una misión más amplia que seleccionar normas *jus cogens* del amplio catálogo de derechos y obligaciones legales internacionales. Además, sugerimos que el criterio se deriva, en última instancia, de la estructura fiduciaria del ordenamiento jurídico internacional. Nuestra explicación, de manera aproximada, es que existe una norma fiduciaria que confiere poder (el “principio fiduciario”) dentro del ordenamiento jurídico internacional que es parecida a la norma que también confiere poder, denominada *pacta sunt servanda*, que transforma los contratos internacionales en tratados vinculantes. El principio fiduciario autoriza a los Estados a poseer y utilizar poderes públicos, pero con la condición de que se utilicen en nombre o representación de toda persona sujeta a ellos. Por ende, el poder público en nuestra teoría es de carácter fundamentalmente figurativo y su alcance abarca a las personas sometidas a la competencia de la autoridad relevante. Por lo tanto, el criterio fiduciario de legitimidad se genera mediante la autorización limitada y condicional del principio fiduciario de poderes públicos, así como las normas en contra del unilateralismo que constituyen y rigen la representación.



El criterio fiduciario proporciona un estándar normativo para evaluar la legitimidad moral de una política dada. Por ejemplo, en el caso de sospechosos de terrorismo detenidos de forma extraterritorial, consideramos que sería moralmente reprochable denegarles tratamiento humano y debido proceso. Dicha denegación instrumentalizaría la sospecha y desacreditaría el argumento del Estado de tener la autoridad para efectuar el detencimiento, ya que el Estado que detiene sostendría la sospecha de forma tal que no se pueda decir convincentemente que se hace en nombre o representación del detenido. Para que el Estado que detiene sostenga dicho argumento, debe estar concebido como un fiduciario de la humanidad que actúa en representación de la humanidad de manera consecuente con las protecciones legales mínimas.

Sugerimos que la estructura y el funcionamiento del derecho internacional de refugiados revelan claramente la idea de los Estados como fiduciarios locales de sus poblaciones y también como fiduciarios globales de la humanidad. En este contexto, también argumentamos que el criterio fiduciario puede jugar un rol conceptual y normativo. A nuestro entender, el principio fiduciario autoriza a los Estados a poseer una administración conjunta de la superficie de la Tierra, pero exige como condición de su autorización que los Estados participen como fiduciarios de la humanidad en un régimen colectivo de protección sustituta al servicio de extranjeros exiliados. De otra forma, un extranjero exiliado podría quedarse sin lugar a donde ir. Su mera existencia constituiría una transgresión sin importar el lugar donde esté. Por ende, defendemos el tratamiento del deber de prohibición de expulsión del país como una norma imperativa y consuetudinaria del derecho internacional a la cual los Estados no tienen derecho a renunciar. Si los Estados tuviesen dicho derecho, la legitimidad de la distribución del territorio a los Estados del derecho internacional se debilitaría porque no podría decirse que esa distribución se realiza en nombre o representación de la humanidad y se excluiría a los extranjeros exiliados. Desde la perspectiva del derecho internacional, los Estados que aplican prácticas de exclusión contra los buscadores de asilo necesitados cometerían un ilícito. No satisfacer el criterio fiduciario también sería incumplir un requisito intrínseco del derecho internacional.

En resumen, el criterio fiduciario de legitimidad expresa un ideal figurativo que cumple la función de ser un estándar normativo y conceptual de adecuación. Si bien siempre está relacionado con la fidelidad a las normas basadas en roles derivadas de la representación, el criterio también invita a la evaluación crítica de las interacciones complejas de la ley y los hechos sociales, como se

puede ver en el caso del derecho internacional de refugiados. El criterio, además, presupone que si está satisfecho, entonces la autoridad relevante tendrá legitimidad para gobernar y representar a las personas sometidas a su competencia. Si bien el unilateralismo es el problema por el cual la autoridad pública alega ser la solución, el criterio fiduciario establece que la autoridad pública estándar debe cumplir con ambos puntos para tener éxito en su misión contra el unilateralismo y tener legitimidad para gobernar. Ahora argumentamos que combinar la prohibición del unilateralismo con el criterio fiduciario revela la moralidad interna del derecho internacional.

### **3. La moralidad interna del derecho internacional**

En *Fiduciaries of Humanity* explicamos con mayor detalle cómo la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario son inherentes a la estructura jurídica del derecho internacional positivo, incluidos los sistemas internacionales que rigen los derechos humanos, los conflictos armados, la detención de extranjeros y la migración forzada. Afirmamos que estos principios son constitutivos de la soberanía estatal de acuerdo con el derecho internacional, de modo que las violaciones de estos principios desacreditan el argumento de un Estado de ejercer autoridad legítima. En el siguiente debate defendemos que la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario de legalidad son características esenciales de la moralidad interna del derecho internacional.

Nuestra sugerencia de que el derecho internacional tiene una “moralidad interna” se desarrolla sobre la explicación de Fuller del Estado de derecho. Él visualizó el derecho como una forma de ordenamiento social que utiliza las directivas autoritarias para “crear las condiciones esenciales para una existencia humana racional” (Fuller, 1969, p. 9). En el desarrollo de su teoría del Estado de derecho, hizo hincapié en la necesidad de los legisladores de respetar la autonomía y racionalidad humanas. Argüía que respetarlas no solo era un ideal normativo, sino también una necesidad práctica para aquellos que aspiraban a establecer un sistema jurídico. Para que el derecho prospere como una forma de ordenamiento social, las autoridades públicas deben apelar a las capacidades racionales de las personas permitiendo que comprendan lo que exige la ley y cómo se aplicará para que puedan ajustar sus acciones a sus demandas. Los órdenes del Gobierno solo podrán atraer el cumplimiento cuando traten a los sujetos del derecho como agentes racionales y autodeterminantes y, así, promover una cultura de legalidad.

Quizás la característica más influyente de la teoría social del derecho de Fuller fue su aporte de que las directivas del Gobierno deben compartir determinadas propiedades formales para generar un ordenamiento jurídico. En particular: (1) deben expresar órdenes generales y no *ad hoc*; (2) se deben divulgar; (3) no deben aplicarse retroactivamente; (4) deben ser comprensibles; (5) no deben ser contradictorias; (6) no deben “exigir una conducta que exceda las facultades de la parte afectada”; (7) deben ser relativamente estables para permitir el cumplimiento; y (8) debe existir “congruencia entre las normas como son anunciadas y su administración actual” (Fuller, 1969, p. 39). Una directiva que no satisface ninguna de estas ocho aspiraciones sería “inútil” desde el punto de vista de contribuir a un “sistema jurídico” genuino, ya que permitiría un fundamento irracional para que las personas orienten su conducta en respuesta a esa directiva (Fuller, 1969, p. 39). Fuller afirmaba que las ocho aspiraciones también son moralmente relevantes, porque el deber moral de una persona de obedecer las directivas de autoridades públicas dependería de las directivas que toman una forma racionalmente atractiva para el cumplimiento. Como Fuller (1969) explica:

no puede haber un fundamento racional para afirmar que un hombre pueda tener una obligación moral de obedecer una norma jurídica que no existe, que se le oculta, que se originó después de que haya actuado, que no era comprensible, que era contradictoria con otra norma del mismo sistema, que ordenaba lo imposible o bien que cambiaba a cada minuto. (p. 39)

Fuller (1969) observó que estas características de un sistema jurídico funcional establecen “un tipo de reciprocidad entre el Gobierno y la ciudadanía con respecto al cumplimiento de las normas” (p. 39). Si las autoridades públicas no gobiernan con directivas que cumplan con las ocho aspiraciones, su relación con su población carecería de la reciprocidad necesaria para generar autoridad legal. Explica que cuando este “vínculo de reciprocidad se rompe finalmente y por completo por el Gobierno [...] no queda nada sobre lo cual se pueda basar el deber de la ciudadanía de cumplir las normas” (pp. 39-40).

Si bien Fuller (1969) caracterizó sus ocho criterios formales como una representación de la “moralidad interna” del derecho, nunca alegó que no satisfacer estos criterios era la única manera en la que un “intento por crear y mantener el sistema de normas jurídicas pueda generar una injusticia” (pp. 38-39). En *Fiduciaries of Humanity* sostenemos que determinados criterios sustanciales también constituyen la autoridad internacional. Los asuntos que motivaron la teoría de

Fuller –a saber, el respeto por la autonomía y racionalidad humanas– respaldan nuestra teoría fiduciaria de soberanía. Para ameritar el reconocimiento como derecho, las directivas de las autoridades públicas deben ofrecer fundamentos racionales para el cumplimiento. Las directivas que violan la prohibición contra el unilateralismo o el criterio fiduciario no pueden ofrecer estos tipos de motivos.<sup>3</sup> Por ejemplo, no hay fundamento racional para llegar a la conclusión de que las personas tienen obligaciones morales de cumplir con las directivas públicas que autoricen su propia esclavitud, detención arbitraria o tortura. Estos tipos de directivas no se pueden interpretar factiblemente como acciones que se toman en representación de las personas sujetas a ellas. Por consiguiente, la esclavitud, la detención arbitraria, la tortura y otras violaciones del *jus cogens* internacional desarman la reciprocidad que es necesaria, tanto de forma práctica como moral, para sostener el ordenamiento jurídico. Por ende, la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario constituyen aspiraciones sustanciales de la moralidad interna del derecho internacional.

Este aporte ofrece lecciones valiosas para la teoría jurídica internacional. Entre los académicos del derecho internacional, los profesores Jutta Brunnée y Stephen Toope han demostrado ser los discípulos más elocuentes y devotos de Fuller,<sup>4</sup> pero su enfoque exclusivo en las ocho aspiraciones los remiten a una visión distorsionada del ordenamiento jurídico internacional. En su “explicación internacional” del derecho internacional, Brunnée y Toope (2010b) arguyen que la autoridad del derecho internacional se deriva de los “tres elementos de conexión” inspirados por Fuller:

Primero, las normas jurídicas son normas sociales y, como tales, están conectadas a la práctica social. Deben estar fundadas en los acuerdos compartidos. Segundo, lo que distingue al derecho de otros tipos de ordenamientos sociales no es tanto su forma o linaje, sino el cumplimiento al criterio específico [de Fuller] de legalidad. Cuando la creación de normas cumple estos criterios y, en tercer lugar, está emparejada con la aplicación de la norma que también cumple los requisitos de legalidad, el derecho internacional tendrá legitimidad y generará un sentido de compromiso entre aquellos a quienes están dirigidas las normas. (p. 193)

---

3 No defendemos aquí ni en *Fiduciaries of Humanity* que cumplir con estos principios sea condición suficiente para generar obligaciones legales.

4 Los dos académicos han desarrollado esta segunda explicación de forma más completa en su excelente monografía *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (Brunnée y Toope, 2010a).

Brunnée y Toope (2010a, p. 268) sostienen que las aspiraciones de Fuller bastan para explicar por qué algunas normas internacionales califican como legalmente autoritarias y otras no. Su explicación probablemente aclare algunas características del derecho internacional, incluido el alcance de las obligaciones jurídicas de los Estados en el régimen global para confrontar el cambio climático. De todas formas, cuando su foco cambia a los derechos humanos internacionales, su teoría demuestra ser totalmente inadecuada para explicar la autoridad imperativa de las normas *jus cogens*. Para su propio y evidente descontento,<sup>5</sup> Brunnée y Toope se sentían obligados por su propia teoría a llegar a la conclusión de que la prohibición contra la tortura no es legalmente vinculante porque la práctica estatal no es lo suficientemente congruente con la norma positiva.<sup>6</sup> Esto sucede a pesar de que la prohibición contra la tortura siga siendo universalmente aceptada, incluso por los mismos Estados que la han practicado, como una norma imperativa del derecho internacional.<sup>7</sup>

La explicación interactiva de Brunnée y Toope de la prohibición contra la tortura tiene dos defectos. El primero es su presunción errónea de que el cumplimiento de las ocho aspiraciones de Fuller es suficiente para darles fundamentos a las personas “para que su comportamiento esté guiado por las normas promulgadas, incluso si no están de acuerdo con ellas en sus fundamentos de fondo” (Brunnée y Toope, 2010a, p. 30). Como se ha demostrado en *Fiduciaries of Humanity* y como se explica de forma más completa aquí, cuando las leyes o prácticas nacionales violan intrínsecamente la prohibición del unilateralismo (esto es, los principios de no instrumentalización y no dominación) o el criterio fiduciario, la mera satisfacción de las ocho aspiraciones de Fuller no puede suministrar motivos racionales para el cumplimiento. El segundo es que, a la hora de evaluar si la norma de derechos humanos es legalmente vinculante, la indagación relevante no es si las violaciones de la norma disuelven las obligaciones morales de los *Estados* de cumplir (como suponen Brunnée y Toope). Las normas de derechos humanos no existen para el beneficio de los Estados, sino para el beneficio de los seres humanos sujetos a su poder. Por consiguiente, la indagación adecuada es si la presunta incongruencia entre la norma positiva

---

5 Véase Brunnée y Toope (2010a): “Francamente, no estamos del todo cómodos con la conclusión a la que llegamos con nuestro análisis con respecto a la prohibición de la tortura, pero estamos firmemente convencidos de que el análisis igualmente es correcto” (p. 268).

6 Véase Brunnée y Toope (2010a, p. 269).

7 Véase (Tercera) modificación de la Ley de relaciones exteriores de los Estados Unidos, artículo 702 comentarios d-i, artículo 102 comentario k (1987).

contra la tortura y la práctica del Estado les brinda a *las personas sujetas al poder estatal* un motivo racional para someterse a la tortura según las órdenes de su propio Estado. Hacerse esta pregunta, por supuesto, es responderla. Los Estados no pueden suponer racionalmente que sus poblaciones tienen una obligación moral de someterse a su autoridad cuando el resultado es la tortura. Por consiguiente, cuando los Estados autorizan la tortura y otras violaciones de las normas imperativas del derecho internacional, estas directivas son incapaces de generar poderes y deberes legales. Sencillamente son nulas *ab initio*, como se refleja en la doctrina de *jus cogens*.<sup>8</sup>

#### 4. Cultivar el Estado de derecho (internacional)

Habiendo explicado cómo la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario pueden complementar la moralidad interna del derecho internacional de Fuller, ahora estamos mejor preparados para comprender lo que significaría cultivar el Estado de derecho internacional. Cultivar el Estado de derecho a nivel global significa establecer relaciones lícitas entre los Estados y otras autoridades transnacionales, por un lado, y la población que está sujeta a ellas, por el otro. Como Fuller reconoció, estas relaciones se pueden entender como regidas por el Estado de derecho únicamente si las autoridades públicas tratan a sus poblaciones como agentes racionales y autodeterminantes al establecer normas que cumplan determinados criterios formales. Para llegar a esta conclusión lógica, la explicación de Fuller del Estado de derecho también exige que las autoridades públicas respeten la prohibición contra el unilateralismo y el criterio fiduciario. En resumen, los Estados y otras autoridades transnacionales cultivan el Estado de derecho internacional cuando tratan a las poblaciones sujetas a su competencia como beneficiarios del orden jurídico internacional por igual.<sup>9</sup> Si bien no podemos resolver una explicación totalmente realizada del Estado de derecho internacional en este breve ensayo de respuesta, utilizamos el espacio que nos queda para reflexionar sobre este tema mientras lo relacionamos con las contribuciones de nuestros colegas en este volumen.

---

8 Véase *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo de 1969, 1155 Serie de Tratados de las Naciones Unidas, 331, artículo 53 (entrada en vigencia el 27 de enero de 1980) (“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”).

9 Ofrecemos algún tipo de orientación sobre lo que esto implica para las relaciones interestatales en Criddle y Fox-Decent (2019).

En *Fiduciaries of Humanity* defendemos que el derecho internacional ya acepta la dimensión material del Estado de derecho en una medida que todavía tiene que ser reconocida por completo por la comunidad jurídica internacional. El derecho internacional ahora define la soberanía en términos relacionales y el criterio fiduciario juega un papel central en la constitución y distribución de la autoridad estatal.<sup>10</sup>

El criterio fiduciario también provee un estándar para evaluar el ejercicio del poder soberano, como se refleja en las normas imperativas del derecho internacional que rigen los asuntos de derechos humanos, conflictos armados, migraciones, medioambiente y otros campos de interés internacional.

Algunos lectores de nuestro trabajo han confundido nuestra teoría del Estado de derecho internacional con una aspiración por colonizar el derecho público con normas y soluciones del derecho privado. De hecho, existe un largo historial de abogados de derecho internacional que incorporan doctrinas del derecho privado en el discurso jurídico internacional a través del trasplante doctrinario y el razonamiento analógico.<sup>11</sup> Sin embargo, ese no es nuestro enfoque. No defendemos la aplicación del derecho privado directamente a las relaciones internacionales y tampoco sostenemos que los Estados sean meramente análogos a los fiduciarios del derecho privado ni que las normas y soluciones del derecho privado se trasladarían perfectamente al derecho internacional público. En su lugar, argumentamos que la teoría fiduciaria de la soberanía estatal ofrece un marco conceptual y normativo que toma el carácter relacional de la autoridad pública de acuerdo con el derecho internacional. Sostenemos que caracterizar a los Estados como fiduciarios tiene sentido porque las relaciones fiduciarias que se rigen por el derecho privado y el derecho internacional, respectivamente, comparten una estructura jurídica común: en ambos contextos, las relaciones fiduciarias surgen cuando una parte posee un poder encomendado sobre los intereses funcionales o legales de otra parte. Por lo tanto, el derecho internacional reconoce las relaciones entre un Estado y su población como una relación fiduciaria de buena fe, aunque sea una que es *sui generis* y que se rige por los requisitos legales (por ejemplo, derechos humanos, *jus cogens*) que responden a las amenazas peculiares de dominación e instrumentalización que surgen dentro de dicha relación.

Nuestra metodología en *Fiduciaries of Humanity* no es simplemente propo-

---

10 Véase Criddle y Fox-Decent (2016a, caps. 1-2). Véanse también Peters (2009) y Stacy (2003).

11 Véase Lauterpacht (1927).

ner la prohibición de la dominación y la instrumentalización como los primeros principios y luego razonar por deducción hacia normas específicas que se corresponden con nuestra concepción ideal del Estado de derecho. En su lugar, empleamos una incorporación por inferencia a la mejor explicación y a la idea de Rawls (1971, p. 20) de un “equilibrio reflexivo”, una metodología confirmatoria que exige que hagamos una distinción seria entre *lex lata* (según la ley existente) y *lex referenda* (para una futura reforma de la ley).<sup>12</sup> Al usar esta metodología, examinamos siglos de teoría y práctica jurídica internacional para demostrar cómo la concepción fiduciaria de soberanía estatal se arraigó firmemente en el ordenamiento jurídico internacional. No sostenemos que la teoría fiduciaria pueda explicar cada una de las características del derecho internacional, sin embargo, sí alegamos que la teoría explica y justifica mejor determinados elementos constitucionales del derecho internacional, como las normas imperativas y las normas emergentes del reconocimiento de los Estados, que no son compatibles con la concepción clásica de soberanía de un poder “absoluto” y “supremo” que “no está sujeto a ningún derecho” (Bodin, 1986, pp. 179-228, 295-310).

En *Fiduciaries of Humanity* ocasionalmente se ofrecen argumentos para aclarar o revisar las normas establecidas del derecho internacional. Por ejemplo, proponemos que cuando un Estado responda con la fuerza a los ataques de actores no estatales en el extranjero, deberían aplicarse los estándares restrictivos del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) para el uso de la fuerza. Basamos esta propuesta en la observación de que cuando un Estado usa la fuerza contra actores no estatales en el extranjero, es discutible que ejerce poderes públicos en el lugar del Estado de acogida y opera como un agente temporario de necesidad de acuerdo con el derecho internacional.<sup>13</sup> Si esto es así, se deduce que un Estado interventor asumiría la obligación fiduciaria del Estado de acogida de respetar el “derecho a la vida”, como está consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos.<sup>14</sup> Si bien reconocemos que la aplicabilidad del DIDH a la autodefensa asimétrica todavía no está firmemente establecida en el derecho positivo, si identificamos algunos cambios tentativos hacia este enfoque en la práctica estatal y especulamos que

---

12 Por consiguiente, Trapp y Robinson (2018, p. 684) se equivocan al insinuar que tratamos al principio fiduciario como una “fuente” de las obligaciones jurídicas internacionales.

13 Véase Criddle y Fox-Decent (2016a, p. 190).

14 Véase *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, 999 UNTS 171 artículo 6(1) (entrada en vigencia el 23 de marzo de 1976).



estos desarrollos puedan finalmente materializarse en derecho consuetudinario firme u obligaciones fundadas en tratados.

Trapp y Robinson (2018) rechazan esta aplicación de nuestra teoría. Sostienen que “[d]escribir al Estado interventor, en el contexto de la autodefensa asimétrica, como un soberano sustituto es poco realista” y “es improbable que sea efectivo en la práctica” (p. 683). Además, objetan que nuestra teoría no “reconoce ni involucra” correctamente la tensión entre los propios “intereses de seguridad” de los Estados y las cuestiones de los “derechos humanos” de los extranjeros (p. 683).

No obstante lo anterior, seguimos convencidos de que nuestra propuesta de aplicar los estándares de derechos humanos a la autodefensa asimétrica no es una fantasía utópica. Como demostramos, Estados Unidos ya incorporó los estándares de estilo de derechos humanos a sus normas de compromiso para las operaciones antiterrorismo y contrainsurgencia y utilizó éstas normas en una variedad de conflictos. Las normas restrictivas del DIDH para el uso de la fuerza no siempre son convenientes desde el punto de vista operacional, pero la experiencia demuestra que son factibles y que se pueden emplear de forma efectiva en los entornos convencionales que involucran la autodefensa asimétrica. Tampoco ignoramos las tensiones evidentes entre los deberes de un Estado ante su población y los deberes ante los extranjeros en el exterior. De hecho, nuestro capítulo sobre el derecho de los conflictos armados se centra en encontrar una resolución de principios a este problema.<sup>15</sup> Explicamos que este problema es prácticamente exclusivo del derecho de los conflictos armados; de entre una variedad de regímenes internacionales –incluidos aquellos que rigen la detención por seguridad nacional y la protección de refugiados–, el derecho internacional exige que los Estados equilibren las obligaciones fiduciarias que compiten respecto a sus propias poblaciones, por un lado, y a los extranjeros, por el otro.<sup>16</sup>

En última instancia, el argumento de Trapp y Robinson (2018) se reduce a la afirmación de que las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH), no las normas del DIDH, son “inherentemente” superiores cuando se trata de “equilibrar los intereses de la población nacional del Estado interventor [...] contra los derechos a la integridad física de la población local ante el conflicto armado” (p. 683). Por los motivos que hemos explicado, no consideramos que

---

15 Véase Criddle y Fox-Decent (2016a, cap. 5).

16 Véase Criddle y Fox-Decent (2016a, caps. 6-7).

la superioridad del DIH sea evidente. Desde nuestro punto de vista, la relación no beligerante entre un Estado interventor y un Estado de acogida durante un conflicto armado asimétrico señala los estándares más demandantes del DIDH para el uso de la fuerza. Tomar seriamente el Estado de derecho internacional (incluida la prohibición contra el unilateralismo y el criterio fiduciario) exigiría que los Estados interventores estén preparados para justificar públicamente su uso de la fuerza como el medio menos dañino disponible, así como demostrar que todo daño colateral a los civiles inocentes no sea mayor a lo estrictamente necesario para neutralizar la amenaza.

El ensayo de Keitner (2018) para su simposio explica cómo este tipo de justificación pública es una práctica estándar en el sistema jurídico internacional. Motivado en parte por nuestro debate reciente con Ethan Leib y Stephen Galoob sobre el rol de la justificación en el DIDH,<sup>17</sup> Keitner (2018) muestra que una sólida “cultura de la justificación [...] existe a nivel internacional” y que “incluye una expectativa de que los Estados coordinarán los fundamentos legales y reglamentarios de sus acciones, en particular cuando dichas acciones se apartan de las normas aceptadas de comportamiento estatal” (p. 651).<sup>18</sup> Traza esta cultura de la justificación a través de cuatro episodios que involucran el uso de la fuerza, los cuales han capturado la atención del mundo dentro de las últimas dos décadas: la campaña de bombardeo de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) en Kosovo (1999), la acción militar internacional en Iraq (2003), la intervención de Rusia en Crimea (2014) y los ataques con misiles por parte de Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia en respuesta al uso de armas químicas de Siria (2017). En cada uno de estos episodios, los Estados se sintieron atraídos por la cultura de la justificación del derecho internacional para explicar y defender sus acciones ante la comunidad internacional más amplia.

La explicación de Keitner (2018) de la cultura de la justificación del derecho internacional se identifica con la moralidad interna del derecho internacional, como describimos en este ensayo. Cuando los Estados intentan persuadirse entre sí respecto a la legitimidad de sus acciones militares transfronterizas y otras desviaciones de las normas estándares del derecho internacional, respe-

---

17 Comparar Leib y Galoob (2016, p. 1877), en el que se argumenta que una “cultura rigurosa de justificación [no] se aplica al campo internacional”, y Criddle y Fox-Decent (2016b, p. 195), en el que se defiende la postura de que el DIDH exige justificaciones y no meramente resultados.

18 Cita el trabajo de Etienne Mureinik y David Dyzenhaus sobre el concepto de una “cultura de la justificación”.

tan la moralidad interna del derecho internacional. Como observa Keitner (2018), la práctica de la justificación pública contribuye a aclarar y materializar el contenido del derecho internacional consuetudinario y, a su vez, promueve el cumplimiento de las normas establecidas.<sup>19</sup> “Desde la perspectiva de la teoría fiduciaria”, Keitner (2018) explica:

el aporte central es que una explicación del cumplimiento que se enfoca exclusivamente en los resultados se pierde una parte importante de lo que hace que el derecho internacional sea *derecho*: a saber, los procesos anteriores y posteriores a la justificación y explicación que dan forma a los acuerdos colectivos de los actores de lo que constituye una conducta aceptable a nivel internacional. (p. 673)

Por ende, la cultura de la justificación del derecho internacional contribuye al orden jurídico de Fuller al promover publicidad, claridad, regularidad, estabilidad y congruencia.

El ensayo de Ohlin (2018) recopila argumentos provocativos uno tras otro. El primero es que la doctrina de *jus cogens* solo se puede defender seriamente desde la perspectiva del derecho natural. El segundo es que solo la confusión de diferentes explicaciones del *jus cogens* fue lo que probablemente impidió que la doctrina haya sido desacreditada o que haya caído en desuso, dada la dominación del positivismo legal después de la Segunda Guerra Mundial. Sugiere que no somos tan directos como podríamos ser respecto a lo que concibe como la explicación del derecho natural de la teoría fiduciaria del *jus cogens*.

A lo largo de *Fiduciaries of Humanity*, prescindimos de incorporar debates jurisprudenciales sobre la naturaleza definitiva del derecho internacional. Nuestro objetivo principal es ofrecer una explicación interpretativa de algunas de las doctrinas y principios centrales del derecho internacional. Si bien simpatizamos con la posición de Ohlin, esperamos que el libro pueda ser atractivo para los positivistas inclusivos y para los abogados naturalistas. En principio, los positivistas inclusivos podrían interpretar el criterio fiduciario como el estándar de adecuación que se dirige exclusivamente al fondo normativo (y no a la validez) de las normas internacionales. Por el contrario, los antipositivistas pueden interpretar el criterio como que ofrece un estándar de fondo y limitado que, en algunos casos (por ejemplo, *jus cogens*), pone en duda la validez jurídica de las medidas inconsistentes.<sup>20</sup>

---

19 Véase Keitner (2018, pp. 652-657).

20 Uno de nosotros afirmó que el criterio fiduciario puede jugar este tipo de rol en una jurisprudencia

En su ensayo, Davis (2018) muestra su desacuerdo con la presunta “ratificación de la soberanía estatal” de la teoría fiduciaria y argumenta que el sistema estatal desplaza y elimina las formas de asociación política, como aquellas que utilizaban tradicionalmente los pueblos indígenas, que “reivindican la autoridad para hacer derecho que no depende de la autoridad del Estado” (p. 759). Sin embargo, la teoría fiduciaria no presupone la legitimidad de las configuraciones estatales existentes ni asume que los Estados sean la única forma legítima de asociación política. Si bien en *Fiduciaries of Humanity* se ofrece una teoría interpretativa del derecho contemporáneo del reconocimiento estatal, aceptamos que las instituciones no estatales pueden ejercer formas de autoridad de acuerdo con el derecho internacional. También apreciamos el aporte de Davis de que el cumplimiento actual del criterio fiduciario, si bien es una condición necesaria para la autoridad estatal legítima, puede no ser suficiente para establecer legitimidad cuando un Estado adquirió dicha autoridad a través de la agresión militar o la anexión colonial en violación de la prohibición del unilateralismo.

Davis (2018) también afirma que *Fiduciaries of Humanity* “sobreestima el poder de la concepción fiduciaria como tal para resolver [...] problemas” y “prescribe doctrinas particulares en el derecho internacional” (p. 743). Parece considerar que nuestra teoría no puede tener éxito a menos que los conceptos y las doctrinas del derecho privado ofrezcan una orientación clara, inequívoca y no controvertida para los debates en el derecho internacional (p. 750). Esta crítica fracasa porque describe incorrectamente la forma de nuestro argumento. En ninguna parte de *Fiduciaries of Humanity* sostenemos que el mero concepto legal de una relación fiduciaria *como tal* imponga la resolución de problemas particulares en el derecho internacional público. En su lugar, elaboramos una teoría interpretativa rica desde el punto de vista normativo de la relación fiduciaria basada en los principios de no dominación y no instrumentalización, así como el criterio fiduciario, y afirmamos que este concepto capta mejor las características principales del derecho internacional.<sup>21</sup>

---

antipositivista que tome seriamente las normas basadas en roles de la representación Véase Fox-Decent (2020).

21 En varios puntos de su ensayo, Davis (2018) reconoce estas contribuciones cuando observa que nuestro “argumento central es un argumento sobre el carácter de los deberes fiduciarios al igual que un argumento sobre el carácter fiduciario de los deberes de un Estado” (p. 733). Véase también donde se argumenta que en *Fiduciaries of Humanity* “se repiensa los problemas del derecho fiduciario privado junto con los problemas que surgen en el derecho público” (Davis, 2018, p. 751). Precisamente, esto es correcto. En otro escrito, uno de nosotros argumentó que los principios de no

Por supuesto, no negamos que otros académicos hayan ofrecido teorías interpretativas alternativas de las obligaciones fiduciarias. También reconocemos que los tribunales y las legislaturas nacionales han adoptado fórmulas variadas de las normas del derecho fiduciario privado y algunas de estas fórmulas entran en conflicto con nuestra concepción de la relación fiduciaria. Sin embargo, al centrarse en estas divisiones doctrinarias, por más interesantes que sean, se pierde el punto de nuestro análisis.

Nuestro argumento en *Fiduciaries of Humanity* no depende de que la comunidad internacional logre un consenso sobre el fundamento normativo para las obligaciones fiduciarias en el derecho privado. Para que nuestra teoría interpretativa sea exitosa, solo necesitamos demostrar que las cuestiones normativas que respaldan nuestra teoría de los deberes fiduciarios en el derecho privado son compartidas por el derecho internacional y que estas cuestiones normativas ofrecen criterios comprensibles para explicar, aclarar y criticar el derecho internacional positivo. *Fiduciaries of Humanity* cumple esta carga al explicar cómo dos principios normativos orientativos, no dominación y no instrumentalización, respaldan las normas de reconocimiento de los Estados, derechos humanos y normas imperativas en el derecho internacional. Estos principios normativos permiten que la teoría fiduciaria aborde una variedad de interrogantes desafiantes, como la diferencia entre la tortura y el trato cruel, inhumano y degradante, si la prohibición contra la corrupción estatal es una norma *jus cogens* y si los Estados tienen deberes jurídicos positivos para garantizar el acceso a la educación secundaria.

Davis (2018) está en lo correcto al asociar nuestra teoría fiduciaria del derecho internacional con una “mentalidad de abogado sobre la política” (p. 756).<sup>22</sup> En el centro de la mentalidad de un abogado existe un compromiso con el Estado de derecho y la teoría fiduciaria es una teoría sobre cómo el Estado de derecho opera en los asuntos internacionales. Teniendo en cuenta firmemente este compromiso con el Estado de derecho, caracterizamos al criterio fiduciario como parte de la “constitución del derecho internacional” y, a su vez, ponemos énfasis en lo que es la constitucionalización del derecho internacional –para

---

dominación y no instrumentalización también captan mejor las características centrales del derecho fiduciario privado. Véase Criddle (2017).

22 Por ende, adoptamos el esfuerzo de Davis (2018, p. 756) por vincular nuestro trabajo con la visión de Martti Koskenniemi de una “cultura del formalismo” internacional. De hecho, en *Fiduciaries of Humanity* alegamos una causa en común con Koskenniemi al ver el constitucionalismo global como una “mentalidad” o “práctica de opinión profesional”. Véase Criddle y Fox-Decent (2016a, p. 38) (cita a Koskenniemi, 2007, p. 18).

citar a Martti Koskeniemi (2007)-, que más que un “proyecto arquitectónico” es un “programa de regeneración moral y política” emancipador (p. 18).

Al igual que la explicación de Fuller (1969) del Estado de derecho, la “atracción principal” de la teoría fiduciaria es el “sentido de administración fiduciaria” de los abogados del derecho internacional y el “orgullo del artesano” (pp. 5-6). Los abogados, en virtud de su rol y capacitación profesional, están en una posición exclusiva para cultivar y proteger el Estado de derecho. Por ende, si el Estado de derecho progresa en los asuntos internacionales, dependerá de cómo los abogados del derecho internacional reconozcan que no solo son defensores y asesores de sus clientes, sino también guardianes del Estado de derecho y fiduciarios de la humanidad.<sup>23</sup>

Compartimos la convicción de Davis (2018) de que condicionar el poder al “Estado de derecho y el papel de los abogados no es la única manera de transformar” la sociedad internacional para bien (p. 759). Para lograr un progreso real, la comunidad internacional también debe promover una cultura política e instituciones que complementen al derecho para el establecimiento de una sociedad global, en la que todos gocen de seguridad e igual libertad. Una vez que todo se haya dicho y hecho, los esfuerzos de los abogados del derecho internacional para promover una cultura internacional de legalidad pueden ser menos críticos para la causa de la justicia global que el trabajo que los diplomáticos, funcionarios públicos, activistas y humanitarios realizan para cultivar una política cosmopolita y cultura ética, diseñar instituciones e introducir reformas económicas que reflejen la compasión, inclusión y generosidad hacia aquellos desamparados y privados de sus derechos en el país y en el extranjero.<sup>24</sup>

No obstante lo antedicho, consideramos que sería un grave error inferir a partir de esto que el derecho internacional no puede jugar un rol fundamental en el establecimiento de un ordenamiento global justo. Como reconoció Fuller, el derecho es el mecanismo social mediante el cual las comunidades políticas afirman que toda persona tiene derecho a que la respeten como agente autónomo y autodeterminante. El derecho lo logra, en parte, a través de las características formales de las normas jurídicas que Fuller identifica. Sin embargo, las ocho aspiraciones de Fuller no agotan las demandas de la legalidad. Como demostramos en *Fiduciaries of Humanity*, la moralidad interna del

---

23 Para un debate sobre la relación entre los deberes fiduciarios de primer orden de los abogados ante sus clientes y sus deberes fiduciarios de segundo orden ante los sistemas jurídicos, véase Criddle y Fox-Decent (2018).

24 Véase Moyn (2018).

derecho internacional también exige que las autoridades públicas respeten a las personas como agentes racionales y autónomos mediante el cumplimiento de la prohibición del unilateralismo y el criterio fiduciario. Estas características de la moralidad interna del derecho internacional se expresan a través del derecho internacional positivo. Proporcionan la estructura normativa y conceptual a través de la cual las poblaciones y las personas pueden progresar hacia un ordenamiento internacional más justo en términos de igual libertad.

## Bibliografía

- Bodin, J. (1986). *Les six livres de la République* (Ed. C. Frémont, M. D. Couzinet y H. Rochais). Fayard.
- Brunnée, J. y Toope, S. J. (2010a). *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account*. Cambridge University Press.
- Brunnée, J. y Toope, S. J. (2010b). The Responsibility to Protect and the Use of Force: Building Legality? *Global Responsibility to Protect*, 2(3), 191.
- Criddle, E. J. (2017). Liberty in Loyalty: A Republican Theory of Fiduciary Law. *Texas Law Review*, 95(5), 993-1060.
- Criddle, E. J. y Fox-Decent, E. (2016a). *Fiduciaries of Humanity: How International Law Constitutes Authority*. Oxford University Press.
- Criddle, E. J. y Fox-Decent, E. (2016b). Keeping the Promise of Public Fiduciary Theory: A Reply to Leib and Galoob. *Yale Law Journal Forum*, 126, 192-215.
- Criddle, E. J. y Fox-Decent, E. (2018). Guardians of Legal Order: The Dual Commissions of Public Fiduciaries. En Criddle, E. J., Fox-Decent, E., Gold, A. S., Kim, S. H. y Miller, P. B. (Eds.), *Fiduciary Government* (pp. 67-95). Cambridge University Press.
- Criddle, E. J. y Fox-Decent, E. (2019). Mandatory Multilateralism. *American Journal of International Law*, 113(2), 272-325.
- Davis, S. (2018). The Private Law State. *McGill Law Journal*, 63(3&4), 727-763.
- Fox-Decent, E. (2020). Jurisprudential Reflections on Cosmopolitan Law. En Bomhoff, J., Dyzenhaus, D. y Poole, T. (Eds.), *The Double-Facing Constitution* (pp. 121-152). Cambridge University Press.
- Fuller, L. L. (1969). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Keitner, C. L. (2018). Explaining International Acts. *McGill Law Journal*, 63(3&4), 649-675.
- Koskenniemi, M. (2007). Constitutionalism as Mindset: Reflection on Kantian Themes About International Law and Globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, 8(1), 9-36.
- Lauterpacht, H. (1927). *Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*. Longmans, Green & Co.
- Leib, E. J. y Galoob, S. R. (2016). Fiduciary Political Theory: A Critique. *Yale Law Journal*, 125(7), 1820-2181.

- Moyn, S. (2018). *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. Harvard University Press.
- Ohlin, J. D. (2018). In Praise of Jus Cogens' Conceptual Incoherence. *McGill Law Journal*, 63(3&4), 701-726.
- Peters, A. (2009). Humanity as the A and Q of Sovereignty. *European Journal of International Law*, 20(3), 513-544.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Stacy, H. (2003). Relational Sovereignty. *Stanford Law Review*, 55(5), 2029-2059.
- Trapp, K. N. y Robinson, E. (2018). Extra-Territorial "Fiduciary" Obligations and "Ensuring" Respect for International Humanitarian Law. *McGill Law Journal*, 63(3&4), 677-700.





# ANÁLISIS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA DE NO PUNIBILIDAD PREVISTA EN LA LEY 26364 DE TRATA DE PERSONAS

---

**Yazmín Rocío de los Santos**

Universidad Austral

yazminrdelossantos@gmail.com

**Recibido:** 05/04/2022

**Aceptado:** 26/04/2022

## Resumen

El objeto del presente trabajo pretende discutir sobre los alcances de la cláusula de no punibilidad prevista en la ley de trata de personas (artículo 5 de la Ley 26364) y los motivos por los cuales ha sido profundamente desatendida desde su sanción en el año 2008 hasta la actualidad. Se verá entonces la importancia del principio de no castigo a las víctimas de trata a nivel internacional, su recepción en la legislación argentina y el abordaje que recibió por parte de la doctrina y la jurisprudencia, para luego pasar a analizar su naturaleza jurídica en miras a obtener respuestas acerca de los motivos de su nula o escasa aplicación en los hechos, en donde claramente podría haber sido la solución al caso. Así, se evaluará su posible encuadre –y los problemas que se presentan– dentro de la dogmática penal como una especie de causa de justificación (estado de necesidad justificante) o de exculpación (estado de necesidad exculpante o disculpante), para luego pasar a examinarla como una excusa absolutoria, tal como es entendida actualmente por casi la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia. Asimismo, se la analizará como una herramienta de protección a los derechos humanos de las víctimas y como una especie de regla de disponibilidad de la acción penal. Para concluir se formulará una propuesta de encuadre, con el objetivo de colocar a la cláusula en un ámbito de prioridad frente a los institutos generales dentro de la dogmática penal, siempre que se presente en el caso los requisitos que allí se exigen, sin que resulte ocioso acudir a ella ni que lo sea en perjuicio de la víctima-victimaria. En definitiva, lo que se busca con el análisis aquí desarrollado es, fundamentalmente, velar por una rápida aplicación de la cláusula a fin de evitar la revictimización y asegurar de inmediato la tutela de derechos que el ordenamiento le acuerda a la víctima en calidad de tal (artículos 6 a 9 de la Ley 26364).

**Palabras clave:** trata de personas, víctima, no punibilidad, naturaleza jurídica, estado de necesidad justificante, estado de necesidad exculpante o disculpante, excusa absolutoria.

## Analysis of the Legal Nature of the Non-punishability Clause Provided for in Law 26364 of Human Trafficking

### Abstract

The purpose of this paper is to discuss the scope of the non-punishability clause provided for in the law on human trafficking (Article 5 of Law No. 26.364) and the reasons why it has been deeply neglected since its enactment in 2008 until today. The importance of the principle of non-punishment of victims of trafficking at the international level, its reception in the Argentine legislation, the approach it has received from the doctrine and jurisprudence will then be discussed, in order to analyze its legal nature, with a view to obtaining answers about the reasons for its null or scarce application in the facts where it clearly could have been the solution to the case. Thus, it will be evaluated its possible framing –and the problems that arise– within the criminal dogmatic, as a kind of cause of justification (justifying state of necessity) or of exculpation (exculpating or excusing state of necessity), to then examine it as an acquittal excuse, as it is currently understood by almost all the doctrine and jurisprudence. It will also be analyzed as a tool for protecting the human rights of the victims and as a kind of rule of availability of the criminal action. In conclusion, a proposal will be made to place the clause in a priority position in relation to the general institutes within the criminal dogmatic, provided that the requirements therein demanded are present in the case, without it being idle to resort to it, nor to the detriment of the victim-victimizer. In conclusion, what is sought with the analysis developed here is, fundamentally, to ensure a quick application of the clause in order to avoid revictimization and immediately ensure the protection of the rights that the law grants to the victim as a victim (Articles 6 to 9 of Law 26364).

**Key words:** human trafficking, victim, non-punishability, legal nature, justifying state of necessity, excusing or exculpatory state of necessity, excuse of acquittal.

### 1. Introducción

El principal interés en analizar la naturaleza jurídica de la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364, que prevé la no punibilidad de la víctima de trata de personas por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de aquello, ha sido ahondar en los motivos por los cuales resulta, en la práctica, difícilmente aplicable y, en muchos casos en los que debería resultar operativa, se recurre a otros institutos para desvincular a la víctima del proceso penal al que está siendo injustamente sometida como victimaria, como por ejemplo apelando al principio *in dubio pro reo* o a cualquier otro instituto de carácter general, dejando de lado una cláusula tan valiosa que importa la manifestación de los derechos de las víctimas de estos delitos atroces, en virtud de su errónea interpretación y encuadre jurídico penal. Así, se suelen imponer ciertas exi-

gencias –que la ley no prevé– que hacen a la difícil tarea de aplicar la norma en etapas tempranas del proceso penal y, con ello, evitar la revictimización –y sus consecuencias indeseables–, además de la privación de los derechos que le asisten en calidad de tal.<sup>1</sup>

Por tal motivo, el objeto del presente trabajo será analizar la disposición en cuestión y determinar su alcance para que logre ser aplicada de manera efectiva y con los menores obstáculos posibles desde el inicio de la causa. Ello, más allá de promover que –siempre que sea posible determinar la calidad de sujeto pasivo del delito de trata desde el primer contacto con el hecho– aquel sea tratado como tal y se dé cumplimiento de inmediato al catálogo de derechos que el ordenamiento le acuerda.

Empero, cierto es que existen casos en los que no se logra determinar en ese inicial contacto si aquella es o no una víctima del delito de trata, por lo que la propuesta que se desarrollará en el presente trabajo estará dirigida a este supuesto, en el que indefectiblemente el proceso penal se inicia contra tal persona.

Lo que aquí se planteará es que en estos escenarios, en los que inicialmente existan dudas acerca del verdadero rol, se priorice la comprobación de esta circunstancia para desechar rápidamente la posibilidad de estar sometiendo injustamente a proceso a una víctima y, consecuentemente, incumpliendo con los compromisos internacionales que ha suscrito el Estado argentino. Cabe recordar que al ratificar el Protocolo de Palermo, el Estado ha quedado como garante o responsable de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y, por ello, detenta el deber de protección a las víctimas hasta el logro efectivo de las reparaciones pertinentes.

## **2. Principio de no castigo a las víctimas de trata**

### **2.1. Recepción en la legislación argentina**

Fue recién en el año 2008 cuando el legislador argentino sancionó la Ley 26364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas –que luego fue modificada en 2012 mediante Ley 26842–, cumpliendo con el compromiso asumido por el Estado nacional frente a la comunidad internacional al suscribir el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Nacio-

---

1 Cfr. artículo 6 a 9 de la Ley 26364.

nes Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, conocido como Protocolo de Palermo (ratificado por la Argentina en el año 2002 y aprobado por la Ley 25632, BO 29/08/2002).

La cláusula objeto del presente trabajo, que fue dictada como consecuencia directa del artículo 14.2 del mentado Protocolo, en el que se recepta el principio de no discriminación de las víctimas de trata de personas, está prevista en el artículo 5 de la ley nacional en cuestión, que reza:

ARTÍCULO 5º – No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata.

Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara.

Dicha norma vino a positivizar en el derecho argentino el principio de no castigo a las víctimas de trata, consagrado a nivel internacional. Cabe recordar que, tal como refiere Sánchez-Ostiz (2012), aquellos se tratan de

enunciados normativos con pretensiones de validez y aplicación, caracterizados por ser origen de otras decisiones jurídicas a las que dan sentido, pero también por estar dotados de elevado grado de abstracción que los hace inoperantes para la aplicación directa por subsunción de ellos. (p. 59)

Su plasmación legal o jurisprudencial coopera a la obtención de consenso y aceptación, y eso es lo que ha buscado el legislador con su incorporación en la ley nacional de trata de personas.

## **2.2. Requisitos para su aplicación**

De conformidad con lo allí previsto, para que se torne aplicable se requiere estar frente a una víctima del delito de trata de personas –cualquiera sea el tipo de explotación a la que esté siendo sometida–, que en el hecho investigado haya actuado en calidad de sujeto activo –cualquiera sea la figura delictiva presuntamente cometida– y que la comisión de aquel haya sido resultado directo de ese contexto de sometimiento.

Como fue dicho, la importancia de identificar rápidamente a la víctima del delito de trata radica en que no solo se corre el riesgo de criminalizarla injusta-

mente, sino que, además, con ello se intensifica su revictimización y se la priva de los derechos que le asisten en calidad de tal.<sup>2</sup>

En esa tarea, tal como indica la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX) (2021), dependiente del Ministerio Público Fiscal de la nación argentina, resulta menester: a) deshacer algunos de los prejuicios existentes en torno a la “víctima ideal”, esta es, aquella que inmediatamente y sin dudas se integra como tal al proceso penal; y b) identificar posibles víctimas de trata en procesos judiciales no iniciados en relación con este delito.

Asimismo, cabe afirmar que, tal como fue remarcado por la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés) (Naciones Unidas, 2019, p. 33) y sostenido por la mayoría de los países<sup>3</sup> (Naciones Unidas, 2020a, p. 11, párr. 65), para determinar que el agente efectivamente reviste la calidad de víctima solo se requieren motivos razonables, no una prueba absoluta, sin que se imponga como exigencia que medie una sentencia condenatoria que así la declare. Una vez que la presunta víctima plantea su actuación en el marco de aquella situación, el fiscal es el encargado de revocar la presunción, sin que quede duda razonable.

Respecto a la siguiente condición que establece la norma, en lo que refiere a la conexión directa de una y otra circunstancia –situación de víctima y comisión de un delito–, algunos autores, como Julio Ortiz (2019), entienden que no es una regla que deba ser acatada con estricto apego, por cuanto pueden aparecer supuestos en los que se da una interrupción temporal, pero que, por distintas cuestiones, de igual modo el principio resulta operativo.

En este sentido se expide María L. Carrera (2017, p. 3), quien critica el límite temporal acotado a la inmediatez que exige parte de la doctrina y jurisprudencia por no encontrarse regulado expresamente y sostiene que el resultado directo que prevé la norma podría darse tanto al momento del hecho ilícito como también de manera previa.

Para determinar aquella relación directa, María Luz Castany (2012, p. 2079) propone recurrir a los imprescindibles aportes de la sociología y a los datos estadísticos con los que se interpreta la realidad.

Entiendo, de conformidad con esta última postura, que más que un requisito temporal en el sentido de contemporaneidad<sup>4</sup> se trata únicamente de com-

---

2 Véanse los artículos 6 a 9 de la Ley 26364.

3 Así, por ejemplo, está previsto en la *Guía legal para fiscales de la Corona Británica* (The Crown Prosecution Service, 2020).

4 El requisito de la contemporaneidad ha sido exigido por la Corte de Apelaciones del Estado de

probar aquella relación *directa* entre el hecho objeto de estudio y la explotación previa del agente.

Así es como está previsto en los principios y directrices recomendados del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (ACNUDH) (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito [UNODC], 2020, p. 77) y además ha sido reafirmado por la entonces relatora especial para la trata de personas, especialmente mujeres y niñas, del ACNUDH, Maria Grazia Giammarinaro, al cierre de su mandato el 30 de julio de 2020 (Naciones Unidas, 2020b, párr. 23).

Vale remarcar que en varias ocasiones la jurisprudencia entendió configurado dicho requisito cuando el hecho fuera cometido como consecuencia directa de la vulnerabilidad padecida por la víctima y de la que se aprovechó el tratante.<sup>5</sup>

### 2.3. Importancia y alcance

La regulación del principio de no castigo en el derecho interno resultaba un imperativo internacional, puesto que configura una de las manifestaciones de protección de los derechos humanos de las víctimas de trata.

Aquel, como indican Colombo y Mángano (2013), es el “reflejo del extenso reconocimiento que la ley de trata realiza respecto de la extrema vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas de trata antes, durante y luego de los hechos que las tienen por víctimas” (p. 17).

El fundamento de la cláusula radica en que justamente aquella, al momento de la comisión del acto ilícito, cuenta con una libertad de autodeterminación totalmente limitada, circunstancia que se presume *iure et de iure* frente a la comprobación de su rol pasivo del delito de trata (como fue dicho, en base a razones suficientes, no prueba acabada). En tanto, en ese marco, las reglas de la lógica y la sana crítica nos inducen a pensar que el sujeto actuó fuera de su ámbito de determinación y posiblemente con el fin de asegurar su propia supervivencia, por lo que no se puede reprochar penalmente la conducta ejecutada.

Oportunamente indica María Manuela Lopérfido (2018, p. 292) que “la cláusula de no punibilidad introduce un fundamento humanitario de política

---

California en el caso estadounidense *el Pueblo v. Aarica S.* (2014).

5 Véase Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Dezorzi*, Reg. N° 1003/17, p. 4, 11, 12; *Montoya*, Reg. N° 249/17, p. 82; *Justino*, Reg. N° 23/17, p. 32; Sala IV, *Figuroa*, Reg. N° 828/17.4, pp. 67 y 80; como también el caso del Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos, 09/754126-08, 2010, p. 6.

criminal, a partir del cual el legislador decidió reafirmar la condición de extrema vulnerabilidad de una víctima de trata o explotación”.

La importancia de la disposición en estudio se vislumbra a nivel internacional y, sobre todo, ha cobrado mayor protagonismo en los últimos dos años.

En el reporte ya mencionado, elaborado por Maria Grazia Giammarinaro (Naciones Unidas, 2020b, párr. 9), se indicó que el derecho a no ser castigado puede considerarse como “el corazón palpitante” de la protección de los derechos humanos de las víctimas a nivel internacional, regional y nacional, por lo que se le debe otorgar una prominencia de alto nivel, ya que se relaciona con el derecho legal inexpugnable de la víctima a ser protegida por la ley.

Seguidamente, en octubre de ese mismo año, la nueva relatora especial, Siobhán Mullally, con motivo de la décima sesión de la Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, también afirmó que el principio resulta fundamental para reconocer a las víctimas como titulares de derechos. Además, agregó que para combatir la impunidad y garantizar la rendición de cuentas por la grave violación de derechos humanos debemos asegurarnos de que estamos apuntando a los autores del delito de trata y no a las víctimas.

El Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas (Naciones Unidas, 2020a, pp. 4-5, párr. 20), por su parte, ha indicado que la no aplicación del principio constituye una denegación de justicia, pues inculpa a las víctimas por delitos que no habrían cometido de no ser por su condición de tal. Detrás de esta afirmación está la noción de “libre elección” y, específicamente, el hecho de que las personas objeto de trata que cometen delitos relacionados con su explotación no actúan libremente. Castigar a alguien en tales circunstancias sería una desviación de un principio de derecho penal establecido desde hace mucho tiempo, común a los sistemas legales de todo el mundo, según el cual solo aquellos que se involucran en un comportamiento delictivo de su propia elección deben ser castigados por el Estado. Bajo este enfoque, no es meramente el estatus de la persona (es decir, víctima de trata) lo que sustenta el principio –lo equivaldría a proporcionarles inmunidad general–, sino más bien es el hecho de que cometen delitos como resultado de la fuerza u otro tipo de coerción por parte de los tratantes, lo que demuestra que han actuado de manera involuntaria.

Cabe destacar que este principio no solo rige para aquellas víctimas de trata que, en situación de tales, explotan o colaboran en la explotación de otras, sino respecto a todos los delitos, incluso actos ilegales civiles, administrativos o los vinculados con la inmigración.



En tal sentido, en un estudio del citado Grupo (Naciones Unidas, 2020a, p. 88) efectuado sobre algunos casos de este tipo alrededor del mundo, se indicó que los delitos generalmente cometidos por las víctimas suelen ser: posesión de documentos de identidad fraudulentos, robo, estafa, prostitución, solicitud de prostitución, mantenimiento ilegal de un burdel, aborto forzado, violencia sexual y física, secuestro y delitos relacionados con las drogas, entre otros.

Además, las recomendaciones de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), del Consejo de Europa para el seguimiento del Convenio Europeo y del Grupo de Expertos sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA) expresamente desaprueban la exclusión *prima facie* de algún delito; remarcan que cuanto más grave sea el ilícito, será más necesario establecer las circunstancias en las que su comisión tuvo lugar y si el derecho de no criminalización puede válidamente ser aplicado (Procuraduría de Trata y Explotación de Personas [PROTEX], 2021).

## 2.4. Contexto de aplicación

### 2.4.1. El delito de trata de personas

Previo al estudio del fondo del asunto de este trabajo, es importante efectuar un breve repaso de lo que implica la figura de la trata de personas a la que se encuentran sometidas las víctimas-victimarias al momento de ejecutar alguna conducta penalmente relevante.<sup>6</sup>

La dinámica de este delito nos permitirá entender la naturaleza jurídica de la cláusula en cuestión de acuerdo con las finalidades buscadas con su regulación, de modo de obtener una concepción del instituto que no sea fría y distante a la realidad y de cuya aplicación se obtengan resultados indeseados o que directamente por su encuadre no sea aplicada a los casos que la requieren de inmediato.

Por “dinámica del delito” se debe entender

al estudio de las características que asume un problema criminal en un tiempo y lugar determinado, con eje en sus regularidades. Da cuenta de ella la información referida al perfil de las víctimas; los *modus operandi* de los tratantes (formas de captación, traslado, explotación, y sometimiento), el despliegue territorial (la incidencia de cada actividad ‘captación, traslado y/o explotación’, en las diferentes zonas); las rutas; el perfil de los tratantes y las características de las

---

6 El análisis de la figura excede el objeto del presente trabajo por cuestiones de extensión.

redes; las formas de connivencia y complicidad pública que dan oportunidad a la comisión del delito; la vinculación con otros mercados delictivos; las cifras del negocio. En este sentido, se procura realizar un análisis de la problemática desde su dimensión económica-social y cultural. (Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, 2012, p. 5)

En el Prefacio a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, organizada por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (Nueva York, 2004), el por entonces secretario general de Naciones Unidas, Kofi A. Annan (2004), tildó a la trata de personas como una de las violaciones más atroces a los derechos humanos, que se agrava cada vez más y cuyas raíces se hallan en las condiciones sociales y económicas de los países desde donde captan a las víctimas y se ve facilitado por las prácticas discriminatorias contra la mujer e impulsado por la cruel indiferencia ante el sufrimiento humano de parte de los que las explotan.

Es ciertamente una consecuencia indeseada de la expansión de la marginalidad, pobreza, discriminación, falta de trabajo, subdesarrollo, ignorancia, discriminación a la mujer, violencia familiar, restricciones migratorias, desigualdad económica entre países, donde las víctimas provienen de los sectores más pobres; y los victimarios, de aquellos más ricos. Se trata, sin dudas, de la nueva cara de la esclavitud.

Aquellos que se dedican a esta actividad lo que buscan es la obtención de un lucro en desprecio de la vida humana de la víctima explotada. Suele tratarse de grupos organizados que obtienen sus “materias primas”, es decir, seres humanos, de los sectores más desprotegidos, por lo que el factor decisivo de la figura en estudio está estrictamente ligado al sistema económico, como desde antaño lo ha estado cualquier tipo de esclavitud.

El delito de trata reconoce como propia una matriz de situación de vulnerabilidad de las personas sometidas; es decir, el grado de mayor o menor situación de vulnerabilidad social, etaria, económica, de género, entre otras, provoca que grupos humanos de un mismo segmento social (marginales del sistema) se vean compelidos a ingresar en la cadena de explotación humana que representa el tráfico de personas (Aboso, 2018, p. 33).

En la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana se emitieron las 100 reglas de Brasilia, a las que adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) mediante la acordada 5 del 24/02/2009, en las que se describieron las características que presentan las personas en situación de vulnerabilidad, las cuales tienen que ver con cuestiones de edad, género, estado físico o mental o por

circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales y que, por ello, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, pudiendo ser la víctima o alguien que tiene poder sobre ella.

Es cierto que, en ese escenario, la persona es más propensa a brindar su conformidad para ser explotada; los tratantes aparecen como aquellos que les ofrecen una salida, un lugar donde dormir, donde alimentarse y donde obtener dinero para enviarles a sus familias –que, en general, están radicados a gran distancia–, lo cual las coloca en una situación de total subordinación y desamparo, que, en muchos casos, deriva en la imposibilidad de identificarse como víctimas<sup>7</sup> (PROTEX, 2016), lo que les facilita a los explotadores inducir las a realizar trabajos ilegales, ya sea mediante coacción o por propia voluntad como muestra de agradecimiento y lealtad.

Además, a diferencia de muchos otros delitos, la amenaza para la víctima de este en particular no termina una vez que ha escapado o ha sido rescatada de su situación de explotación.

La cláusula bajo estudio constituye, sin dudas, una decisión acertada del legislador, teniendo en cuenta que, en ese contexto, la posibilidad de pasar de víctima a victimaria siempre está latente, pues aquella condición de sometimiento, explotación, violencia y coacción podría llevar a la persona a cometer delitos, ya sea en defensa propia o de terceros, contra el tratante, un cliente u otra víctima o contra la sociedad en su conjunto (tráfico de estupefacientes, adulteración de documentos), por su propia voluntad (supervivencia) o producto de una voluntad viciada (que, en el fondo, también se trata de sobrevivir a la explotación). Como afirma Julio César Ortiz (2019), “[m]ás de una víctima tratando de escapar del maltrato y como única forma de sobrevivir, buscará la forma de congraciarse paulatinamente con sus explotadores, lo que visibilizará el proceso de esa reconversión” (p. 6).

En los últimos estudios efectuados sobre la materia, se ha advertido el *modus operandi* de los tratantes al utilizar a las víctimas para protegerse del enjuiciamiento, evadir la responsabilidad penal y gozar de impunidad. En general lo hacen para que lleven adelante actos próximos a la explotación misma: reclutamiento de nuevas víctimas, mantenimiento del control sobre aquellas, recaudación del producto de la explotación y la promoción de los servicios, entre otras cosas (UNODC, 2020, pp. 5 y 27).

---

7 En tal sentido, Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, Díaz, Reg. N° 2471/15.4 y Fay, Reg. N° 645/16; Sala I, Valdez López, Reg. N° 1473/18.

Tanto la UNODC (2020, p. 72) como la PROTEX (2021, p. 8) han remarcado que las diferentes formas de explotación que padecen las víctimas del delito de trata juegan un rol determinante para poder identificarlas cuando se las acusa de la comisión de un ilícito.

### 2.4.2. Regulación en el Código Penal argentino

La trata de personas como delito específico y autónomo fue introducida en el derecho penal argentino mediante la Ley 26364, dando cumplimiento al compromiso internacional asumido por el Estado al suscribir el Protocolo de Palermo.

Aquel documento describe el delito de trata de personas como

la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. (Artículo 3, inciso “a”)

Similar redacción escogió el legislador argentino para incorporar la figura en el año 2008. Sin embargo, el actual 145 bis del Código Penal (CP) ha adoptado otros alcances, desinteresándose expresamente del consentimiento de la víctima y exigiendo únicamente para su configuración la existencia de una de las acciones típicas que allí se describen junto a la ultrafinalidad de explotación, sin requerir la presencia de los medios comisivos (que ahora agravan la figura). Aquel tipo se ubica en el libro segundo del Código Penal, título V “Delitos contra la libertad”. La libertad –tanto física como psíquica– deberá ser entendida como libertad de autodeterminación, pues es ese el interés jurídico-social que está detrás de su sanción. Ello implica elegir un plan de vida con respeto hacia su dignidad humana, castigando a aquellos sujetos que conducen a su explotación y esclavización. Aquel plan individual, cuya libertad de elección busca defenderse a través del derecho penal, debe conservar, así todo, un estándar que garantice un piso mínimo de dignidad. Esa elección no puede significar una opción que anule su libertad o la restrinja hasta límites intolerables por el Estado de derecho (Colombo y Mángano, s.f.).

Independientemente de su ubicación en el código de fondo, lo cierto es que se trata de un delito pluriofensivo, que si bien se construye sobre un actuar delictivo inicial que reposa en la libertad de las personas (Tazza, 2014, p. 33), también intenta proteger su dignidad en igualdad de condiciones, pues en esta figura, como se dijo, el sujeto pasivo es considerado objeto/instrumento de transacción, cosificado como mercancía.

Fellini y Morales Deganut (2018, pp. 32-43) agregan como bienes jurídicos comprometidos el honor, la identidad, el estado civil, la integridad sexual y la salud psicofísica.

Por su parte, la entonces relatora especial sobre la Trata, Sigma Huda (Naciones Unidas, 2004), ha indicado que este delito representa la negación de prácticamente todos los derechos humanos: el derecho a la libertad, la integridad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; a la libertad de circulación; a fundar un hogar y una familia; al mayor nivel posible de salud; y a la educación.

## 2.5. Dificultades en su aplicación

Del análisis efectuado sobre la jurisprudencia nacional se puede concluir que, tal como hoy es entendida y aplicada la cláusula de no punibilidad, luce como una herramienta ineficaz para los fines para los que fue creada. Pues no solo se evidencia una aplicación casi nula y más bien tardía, sino que en varias ocasiones expresamente se ha evitado recurrir a aquella por la cantidad de exigencias jurídicas que erróneamente se le atribuyen.

Así, de la lectura de los precedentes se podrá advertir que en muchos casos en los que resultaba a todas luces aplicable, se ha recurrido sin más a institutos generales para desvincular a la víctima del proceso –principio *in dubio pro reo* o alguna otra eximente genérica–, desatendiendo de ese modo la importancia de aplicar un principio especial que repara en el particular contexto en el que se encuentra el victimario al momento del hecho. Y he aquí el objeto del presente estudio.

Todas estas dificultades que se vislumbran en la praxis han sido remarcadas por Colombo y Mángano (2013, pp. 16-17), quienes las vincularon con las características propias de la norma –fundamentalmente por su naturaleza jurídica– (problemas legales) y con la actividad de los actores procesales (práctica forense).

### 3. Principio de no castigo a las víctimas de trata en el ámbito externo

El delito de trata está internacionalmente regulado, como ya se ha indicado, en el Protocolo de Palermo. Si bien allí no se aborda el principio de no castigo, lo cierto es que ya en aquel momento la alta comisionada de las Naciones Unidas había indicado, en relación con el proyecto de texto que luego se convertiría en tal instrumento, mediante nota informal presentada al Comité Especial encargado de elaborarlo en su cuarto período de sesiones, que en aquel se debía prescribir a los Estados partes a que se abstuvieran de detener o enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los delitos relacionados con su situación.

Fue recién en el año 2002 que se incorporó por primera vez en un instrumento internacional, cuando la Oficina del Alto Comisionado emitió los Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. En el N° 7 se dispuso

Las víctimas de la trata de personas no serán detenidas, acusadas ni procesadas por haber entrado o residir ilegalmente en los países de tránsito y destino ni por haber participado en actividades ilícitas en la medida en que esa participación sea consecuencia directa de su situación de tales.

Este es, a su vez, complementado con la Directriz N° 2.5 que reza: “Cerciorarse de que las víctimas de la trata de personas no sean procesadas por infracciones de las leyes de inmigración o por actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales”, y por la N° 4.5., que expresa:

Cerciorarse de que la legislación impida que las víctimas de la trata de personas sean procesadas, detenidas o sancionadas por el carácter ilegal de su entrada al país o residencia en él o por las actividades en que participen como consecuencia directa de su situación de tales.

Además, en la Directriz 8.3 se prevé el principio respecto a los menores de edad.

También ha sido mencionado en varias resoluciones dentro de Naciones Unidas, entre ellas: 1) de la Asamblea General en Resolución 61/144 (párr. 18), 59/166 (párrs. 8 y 18), 57/176 (párr. 8), 55/67 (párrs. 6 y 13), 52/98 (párr. 4), 51/66 (párr. 7), 63/156 (párr. 12), 64/293 y 65/228 (párr. 18k); 2) del Consejo de Derechos Humanos y su antecesor, la Comisión de Derechos Humanos, la Res. 11/3 (párr. 3), 2004/45 (párr. 6) y 1998/30 (párr. 3); 3) del Consejo de Seguridad, resoluciones 2331 (2016) y 2388 (2017); 4) Informe del Secretario General (A/63/215, párr. 62).

La Conferencia de las Partes –órgano creado para formular recomendaciones sobre la aplicación efectiva del Protocolo de Palermo– y su Grupo de Trabajo han examinado el principio de no penalización en seis de las diez reuniones. En su primera reunión del año 2009 se recomendó que a fin de asegurar que no se sancione ni enjuicie a tales víctimas, los Estados parte debían

[e]studiar, de conformidad con su legislación nacional, la posibilidad de no sancionar ni enjuiciar a las víctimas de la trata de personas por los actos ilegales cometidos como consecuencia directa de su situación de víctimas de la trata de personas o por haberse visto obligadas a cometer esos actos ilegales. (12. b)

Esto se reiteró en la segunda (2010), séptima (2017), octava (2018), novena (2019) y décima (2020) reunión.

Asimismo, ha sido recogido en las Recomendaciones legislativas y sobre políticas para la aplicación efectiva del principio de no penalización respecto de las víctimas de la trata de la OSCE (2013), en la nota informativa sobre la no penalización de las víctimas de la trata del Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas (2020), en las Disposiciones legislativas modelo contra la trata de personas de la UNODC (2020) y en la Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la Trata de Personas de la UNODC (2020).

En el folleto informativo N° 36 de Naciones Unidas (2014) se indica que

La penalización y detención de las víctimas de la trata son cuestiones importantes que suelen ir ligadas al hecho concurrente o subsiguiente de que el Estado penalizador no les reconoce los derechos que les corresponden legalmente con arreglo al derecho nacional e internacional. (pp. 20-21)

Por otro lado, en el Protocolo de 2014 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso (1930) se prevé en su artículo 4, inciso 2°, que

[t]odo Miembro deberá adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su sistema jurídico, las medidas necesarias para velar por que las autoridades competentes puedan decidir no enjuiciar ni imponer sanciones a las víctimas de trabajo forzoso u obligatorio por su participación en actividades ilícitas que se han visto obligadas a cometer como consecuencia directa de estar sometidas a trabajo forzoso u obligatorio.

En la Recomendación General Nº 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, emitida por el Comité que actúa en el marco de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer, firmada el 20 de noviembre de 2020, con motivo del artículo 6 de dicha Convención recomendó

98. Velar por que ninguna de las mujeres y las niñas que son víctimas de la trata, sin excepción, sea objeto de arresto, acusación, detención, enjuiciamiento o sanción ni sea castigada de otro modo por la entrada o la estancia irregular en países de tránsito y destino debido a la falta de documentación o por su participación en actividades ilícitas en la medida en que esta sea consecuencia directa de su condición de víctima de la trata. El principio de no penalización: a) Debe consagrarse en la legislación y aplicarse mediante una capacitación adecuada para garantizar que los equipos de respuesta puedan detectar a las víctimas de la trata a fin de prestarles socorro; b) No debe obligar a las víctimas a aportar pruebas ni a testificar a cambio de inmunidad de enjuiciamiento, reparación o servicios; c) Debe facilitar a las víctimas de la trata la interposición de un recurso para eliminar sus antecedentes penales en los casos en que hayan sido condenadas por delitos cometidos como consecuencia directa de su condición de víctimas de la trata. (Punto VII. B. 3)

Asimismo, fue reconocido en varias oportunidades por el Comité de los Derechos del Niño y por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en sus observaciones finales sobre los informes de los Estados partes.

### 3.1. América

En nuestra región, el principio fue receptado en las Recomendaciones de la Organización de los Estados Americanos (OEA) sobre la trata de personas, secc. IV 5), en los “Esfuerzos hemisféricos para combatir la trata de personas: recomendaciones y conclusiones de la primera reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas”, cuarta sesión plenaria, 06/06/2006, AG/RES. 2256 (XXXVI-O/06), IV 7), y en la Reunión de Autoridades Nacionales en Materia de Trata de Personas, celebrada los días 14 a 17 de marzo de 2006, en la que se elaboró y aprobó el documento “Conclusiones y recomendaciones de la reunión de autoridades nacionales en materia de trata de personas” (OEA/Ser. K/XXXIX, RTP/doc.16/06 rev.), en cuyo Tema IV- Protección y Asistencia a las Víctimas de Trata de Personas, punto 7, se dispone



[q]ue los Estados Miembros deberán asegurar en la medida de lo posible y de conformidad con su legislación interna que las víctimas de la trata no sean sancionadas penalmente por su participación en actividades ilícitas, siempre y cuando ello fuera consecuencia directa de la situación de trata de que fueron objeto.

### 3.2. Europa

A nivel europeo –y por primera vez en un tratado internacional–, el principio de no castigo fue acogido por el artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la trata de seres humanos (Varsovia, 16.V.2005), que dispone que “[l]as Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”;<sup>8</sup> como también por la DIRECTIVA 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, cuyo artículo 8 reza:

[l]os Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2.<sup>9</sup>

En particular, algunos países europeos (Bulgaria, España, Francia, Grecia, Países Bajos y Rumania), en el marco del proyecto “Desarrollo de directrices y procedimientos comunes para la detección de víctimas de trata”, celebraron en junio del año 2013 las “Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa”, en las que expusieron que

[l]as posibles víctimas de trata no deben ser tratadas como culpables de un delito. Un asunto clave en la detección de las víctimas es evitar tratarlas como culpables de un delito o que sean arrestadas, detenidas, encausadas, privadas de libertad o deportadas por delitos directamente relacionados con su condición de víctimas de trata. De hecho, existe un riesgo real de que esto ocurra si las personas objeto de trata no son identificadas como víctimas, ya que muchas víctimas de trata

---

8 Véase en: <https://www.idhc.org/img/bulletins/files/ConveniodeConsejoEuropaTrata%281%29.pdf>.

9 Véase en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32011L0036>.

pueden haber violado las leyes nacionales de inmigración y laborales. De conformidad con el artículo 26 del Convenio Consejo de Europa...

### 3.3. Asia

En aquella región ha sido reconocido por la Convención de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN, por sus siglas en inglés) contra la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que en su artículo 14 (7) dispuso que

[c]ada Parte, con sujeción a su legislación, normas, reglamentos y políticas nacionales, y en los casos apropiados, considerará no responsabilizar penal o administrativamente a las víctimas de la trata de personas por actos ilícitos cometidos por ellas, si dichos actos están directamente relacionados con los actos de trata.

### 3.4. Algunas consideraciones

De aquellas transcripciones se podrán advertir los distintos alcances que se le puede otorgar al principio de no castigo, ya sea en cuanto al amparo a la víctima como en lo que refiere a sus requisitos, de lo cual surgen consecuencias del todo disímiles.

El Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas (Naciones Unidas, 2020a) indicó que puede aplicarse de diversas formas y en las diferentes fases del proceso penal, comenzando por la investigación e imputación y hasta después de que se haya impuesto la pena. En virtud de esa amplia flexibilidad, el modo de implementarlo en las legislaciones internas de cada Estado Parte es totalmente discrecional.<sup>10</sup>

### 3.5. Regulación por Estados

Al día de hoy, pese a los instrumentos internacionales reseñados, no todos los Estados incorporaron en sus legislaciones internas una disposición semejante.

A modo de ejemplo, en el continente americano fue adoptado por Estados Unidos, Bolivia, Paraguay, Costa Rica, México, El Salvador, República Domi-

---

10 Así lo ha entendido el Tribunal Supremo de los Países Bajos al indicar que las normas internacionales no proporcionan ninguna base para determinar el tipo o naturaleza de los delitos que deben estar cubiertos por el principio de no castigo en virtud de los puntos de vista amplios y fuertemente divergentes sobre el principio de no castigo y cómo apoyar su implementación (Países Bajos, Caso de la Corte Suprema 17/03852, 2018, párr. 5.5.).

nicana –aunque con una particularidad, pues solo excluye la responsabilidad de aquella si aporta información acerca de sus tratantes–, Trinidad y Tobago, Haití y Jamaica.

A nivel europeo, a finales de 2019, de los 42 Estados Parte del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, 17 ya adoptaron disposiciones jurídicas específicas relativas a la no penalización de las víctimas de trata (por ejemplo, España, Bélgica, Lituania).

Dentro de los países asiáticos podemos mencionar a Pakistán y Qatar; y de África, a Sierra Leona, Gambia y Kenya.

En cada norma sancionada, el principio requiere de determinadas circunstancias para su implementación y trae aparejadas diversas consecuencias o prohibiciones.

## 4. Interpretación de su naturaleza jurídica

### 4.1. Doctrina argentina

Dentro de la doctrina argentina no hay uniformidad de criterio acerca de la naturaleza jurídica de la cláusula. La mayoría sostiene que se trata de una excusa absolutoria; otros la ubican en el ámbito de la culpabilidad; una menor parte, en la antijuridicidad; y un reducido grupo, en la tipicidad (particularmente aquellos que parten de una concepción bimembre de la teoría del delito, en la que vendría a configurar un supuesto de antijuridicidad estrictamente penal). En este último año, a raíz de los avances sobre el análisis del principio de no castigo a nivel internacional, la PROTEX (2021) propuso entenderla como una norma de protección de los derechos humanos de las víctimas, sin encuadrarla estrictamente dentro de la dogmática penal, puesto que, de ese modo, a criterio de los fiscales especializados, se estaría ya suponiendo que deben iniciarse investigaciones penales en contra de aquellas y esto es justamente lo que se debe evitar.<sup>11</sup>

Dentro de los que se enrolan en la doctrina mayoritaria podemos mencionar a Maximiliano Hairabedián, Stella Maris Martínez, Gabriel Anitúa, Zulita Fellini y Carolina Morales Deganut.

Hairabedián (2013) sostiene que

[l]a ley ha previsto una *excusa absolutoria*, por la cual las personas que han sido objeto de ilícito de trata de personas, estarán exentas de pena “por la comisión

---

11 Se abandonó el criterio expuesto anteriormente en Colombo y Mángano (2013, pp. 16-17).

de cualquier delito” que sea el resultado directo de su condición, incluyendo las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean resultado y consecuencia de la trata. Se trata de una causal de no punibilidad de carácter estrictamente personal, por lo cual quien participa junto con el beneficiado por excusa absolutoria, como coautor, cómplice o investigador, tiene responsabilidad penal y no queda abarcado por dicha eximente. (pp. 92-93)

De conformidad con aquella postura, Stella Maris Martínez y Gabriel Anitúa (2013, pp. 15-23) señalaron que la norma prevista en el artículo 5 de la ley de trata es una excusa absolutoria que contiene previsiones destinadas a evitar la criminalización de las víctimas que cometen conductas prohibidas condicionadas por la situación en la cual están inmersas, puesto que la persona que es objeto de una red de trata e inducida, condicionada u obligada a cometer un delito no debe recibir un reproche de culpabilidad por carecer de autodeterminación y libertad para conducir sus acciones. Consideran que con su sanción se ha atendido a la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran en general tales víctimas, que en ese escenario son llevadas a realizar conductas penadas por el “estado de indefensión, de debilitamiento de la personalidad, donde se ausentan las fuerzas para poder enfrentar todo tipo de presiones inhumanas y amenazantes” (p. 18).

Asimismo, las autoras Fellini y Morales Deganut (2018, p. 1112) la tildan como cláusula de exclusión de la punibilidad –orientada a perdonar a quienes explotan mientras son explotados– por no contar con la posibilidad de determinar su comportamiento conforme a derecho. Si bien en principio aquello parecería indicar que la adoptan como una excusa absolutoria por la utilización del término “perdonar”, seguidamente hablan de la “posibilidad de adecuar el comportamiento a derecho”, lo que podría derivar su encuadre como causal de inexigibilidad.

Dentro de la corriente que critica aquella postura se encuentra Julio Ortiz (2020, p. 4), quien afirma que entender la cláusula como una excusa absolutoria resulta una herramienta insuficiente para evitar que las víctimas de trata sean nuevamente revictimizadas, pero ahora por el sistema penal, entendido en un sentido amplio. Así, el autor indica que en estos casos difícilmente se pueda hablar de una voluntad plena para ejecutar un hecho ilícito determinado, es decir, de una “conducta libremente prestada”, por lo que a su criterio resulta cuestionable que se hable de “excusa” cuando hay voluntad viciada.

En esa línea se expidió María M. Lopérfido (2018, p. 296), al sostener que lo

que debería excluirse es el delito y no la pena, puesto que si la cláusula es analizada como una excusa absolutoria, la víctima tiene más chances de transitar un proceso detenida, en tanto será enjuiciada y deberá aguardar hasta ser condenada para que se la exima de la sanción penal. Por ello planteó, entre otras alternativas, adoptarla como un caso de atipicidad subjetiva, ya que no hay fin de explotación sino de supervivencia de la propia víctima.<sup>12</sup> Seguidamente, propuso entenderla como un supuesto de justificación, en virtud de un estado de necesidad por vulnerabilidad especial, fundamentado en la imposibilidad de reinserción por parte de la víctima o debido a una coacción directa de su tratante o explotador que la obliga a tomar esta decisión; y, como opción menos recomendada, en calidad de causal de inculpabilidad, entendiendo que la víctima no tenía otra posibilidad de desarrollar una conducta distinta.

A criterio de María Luz Castany (2012, p. 2081), los fundamentos de la norma permitirían catalogarla mejor como un estado de necesidad disculpante especialmente regulado, en el que se considera que el autor no pudo motivarse en la norma, con lo cual una conducta adecuada a aquella resulta inexigible.

Julietta Di Corleto (2011, p.72), por su parte, afirma que las razones por las cuales se exime de pena a las víctimas están ligadas a la culpabilidad como estrato analítico de la teoría del delito, y que aquella exclusión en base a su sometimiento a la explotación importa el reconocimiento de la ley de la existencia de causas de inculpabilidad que no responden necesariamente al catálogo del artículo 34 del Código Penal, lo que abre las puertas a nuevas formas de culpabilidad, pues allí la ley está reconociendo una realidad subjetiva sobre la que le es imposible asentar el reproche penal.

Para Víctor Reinaldi se trata de una auténtica causa de justificación (Reinaldi, 2008, p. 567, como se citó en Hairabedián, 2013, p. 92).

Una particular posición es la de David Andrés Chassagnade (2018), quien entiende que la corriente que mejor se ajusta a la interpretación de dicha cláusula es la de Hans Ludwing Günther, que diferencia entre antijuridicidad general y antijuridicidad específicamente penal bajo una concepción bipartita de la teoría del delito. En tal sentido, indica que muchas de las conductas reprochables a una víctima-imputada en el delito de trata serán situaciones atípicas por falta de consentimiento libre, o estarán justificadas por un estado de necesidad o –en el peor de los escenarios– disculpadas por condiciones particulares. De acuerdo con su concepción, agrega que en el caso de las conductas que resulten

---

12 Entiendo que la autora únicamente se limita en este análisis al mismo delito de trata cometido por la víctima-victimaria.

típicas desde la óptica del tipo positivo, serán situaciones antijurídicas generalmente –pero no desde el punto estrictamente penal– por estar justificadas por un estado de necesidad. A criterio del autor, aquellos hechos cometidos por la víctima-victimaria configuran conductas que merecen ser analizadas desde el tipo penal en una concepción bímembre y la antijuridicidad específicamente penal, ya que generalmente son llevadas a cabo sin libertad de elección o autodeterminación de la víctima, constituyendo causales de atipicidad que, según el caso, pueden estar justificadas o simplemente disculpadas.

Por último, Marcos Frezzini (2018) propone excluir directamente la configuración de la acción, puesto que la víctima objeto de trata no tiene la posibilidad de dirigir su acción conforme a un plan final, en sentido de actividad final.

## 4.2. Aplicación en la jurisprudencia

### 4.2.1. Tribunales nacionales

Todos los tribunales nacionales, ya sea la Cámara Federal de Casación como las cámaras de apelaciones, los tribunales orales y los juzgados, han entendido la cláusula como una excusa absolutoria, sin perjuicio de no haberla adoptado en muchas ocasiones.

En efecto, corresponde aludir a aquellos casos en los que se puso en duda su encuadre jurídico penal.

Así, por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba en autos *Dulcinea* (causa Nº 91017032, 20/05/2014), aplicó la cláusula y señaló que aquella se fundamenta en una presunción *iure et de iure* de la restricción de la libertad de autodeterminación de la víctima de trata frente a la comisión de un ilícito, lo cual, si bien no se expresó, podría ubicarnos más bien en el ámbito de la culpabilidad. La misma argumentación utilizó un fiscal general para pedir la absolución de una de las acusadas durante su alegato en la causa *Landriel y otros* de registro ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal (TOF) Nº 1 de la Capital Federal (causa Nº FTU 40066/2013, 23/12/2015). También en el marco de la culpabilidad fue analizada la cláusula por el TOF de Tucumán en el caso *F.S.A.* (causa Nº FTU 40066/2013, 23/12/2015).

Por su parte, el TOF de Santa Cruz en *R. H., E. O. y otros* (causa Nº FCR 7531/2013/TO1, 12/03/2020) absolvió a una de las acusadas por entender que no había tenido el dominio del hecho ni autonomía en sus decisiones, por lo que decidió aplicar la cláusula de no punibilidad “sea como excusa absolutoria o causal excluyente de antijuridicidad”.

El fiscal general ante el TOF de Neuquén, al momento de alegar en la causa *Cofre, V. A.* (Nº FGR 15586/2017/TO1, 07/09/2020), pidió la absolución de una de las involucradas por considerar que actuó en el marco de la causal de exculpación prevista en el artículo 34, inciso 2º, segunda parte del Código Penal y, en subsidio, postuló la aplicación del artículo 5 de la Ley 26364, pues entendió –con cita a la sentencia Nº 1977 dictada por el TOF de Mendoza el 16/11/2019 en la causa Nº FMZ 52275/2017/TO1– que ambas tenían el mismo fundamento: el acotado margen de autodeterminación de quien comete la acción.

El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en *I.M.C.* (causa Nº CFP 2091/2019, 13/06/2019), si bien no indicó expresamente emplear la cláusula del artículo 5, eximió de responsabilidad a una “mula” por entender que en virtud de

la situación de extrema precariedad atravesada por I. M. C. –mujer, en situación de pobreza, víctima de violencia, jefa de hogar, sin estudios secundarios, desocupada, endeudada–, debemos concluir que estamos ante una víctima del delito de trata y no de una autora del delito de transporte de estupefacientes. I. M. C. no pudo elegir. Su voluntad estuvo colonizada por sus tratantes y la necesidad de supervivencia, suya y del grupo familiar a su cargo. Esta situación excluye su culpabilidad (el Estado no puede formularle un reproche basado en la exigencia de un obrar distinto frente a la situación de coerción). Se trata de la inexigibilidad de otro comportamiento, y no de que su acto haya sido conforme a derecho.

Por último, si bien no analizó la naturaleza jurídica como tal, el Juzgado Federal de Río Gallegos (causa Nº FCR 1687/2017 22/01/2020) puso de relieve los problemas de argumentación y prueba que presenta en la práctica la cláusula del artículo 5, frente a lo cual resulta más fácil recurrir a otros institutos que desvinculan a la persona del proceso, en ese caso, al artículo 34, inciso 2º del CP (estado de necesidad disculpante).

#### **4.2.2. Tribunales internacionales**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *VCL y AN v. Reino Unido* (16/02/2021), aplicó el principio de no castigo. En resumen, encontró al Reino Unido responsable por la violación del artículo 4 (prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado) y del 6 (derecho a un juicio justo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos al procesar y condenar a dos ciudadanos vietnamitas por delitos relacionados con drogas tras ser descubiertos en granjas de cannabis cuando aún eran menores de edad y, a la vez, víctimas del

delito de trata de personas. Allí afirmó que, en determinadas circunstancias, el procesamiento de las víctimas, o de las víctimas potenciales de trata, puede estar en contradicción con el deber del Estado de adoptar medidas operativas con el fin de protegerlas.

El Tribunal indicó entonces que el deber de adoptar tales medidas tiene dos objetivos principales: proteger a la víctima de trata de nuevos daños y facilitarle su recuperación. Sostuvo que el procesamiento de las víctimas de trata sería perjudicial para su recuperación física, psicológica y social y podría dejarlas potencialmente vulnerables para volver a ser víctimas de la trata en un futuro; así, no solo tendrían que pasar por las dificultades propias de un proceso penal, sino que una condena penal podría crear un impedimento para su posterior integración en la sociedad y la privación de libertad impediría su acceso al apoyo y los servicios previstos en la Convención contra la Trata.<sup>13</sup>

Concretamente, sobre el principio de no castigo manifestó que

[a]unque las víctimas de trata no estén exentas de persecución penal, la condición de una persona como víctima de trata puede afectar a la existencia de pruebas suficientes [...] y a la conveniencia de hacerlo en base al interés público [...] las pruebas relativas a la condición de víctima de trata son un “aspecto fundamental” de la defensa que ésta debe tener la posibilidad de obtener sin restricciones. (párr. 196)

#### 4.2.3. Tribunales extranjeros<sup>14</sup>

El Tribunal de Apelación del Reino Unido (División Penal), en el caso *LM, MB, DG, Betti Tabot y Yutunde Tijani* (21/10/2010), se dedicó a delinear los alcances del artículo 26 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Acción contra la Trata de Seres Humanos (2005) y sostuvo al respecto que aquella no es una obligación de otorgar inmunidad, sino más bien una obligación de establecer un medio por el cual se considere activamente si es de interés público enjuiciar (párr. 18), y que lo que exige es que cada Estado parte prevea la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por su participación en actividades ilegales en la medida en que se hayan visto obligadas a hacerlo (párr. 19). Además, se detalló que aquella

---

13 Cfr. párr. 159.

14 La mayoría de estos casos fueron extraídos del documento de la UNODC (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2020).



está disponible solo cuando la comisión de un delito era necesaria o se creía razonablemente que era necesaria para evitar o prevenir la muerte o lesiones graves cuando, visto objetivamente, la comisión del delito era razonable y proporcionada teniendo en cuenta el mal que se debe evitar o prevenir y el delito no se habría cometido sin esa necesidad.

En California, Estados Unidos, en el caso *el Pueblo v. Cross*, el Tribunal de Apelaciones anuló la condena de la víctima-acusada, basando su decisión en la determinación fáctica del tribunal de primera instancia de pruebas sustanciales de que el tratante “utilizó repetidamente la violencia contra [la víctima-acusada] durante el curso de la relación proxeneta-prostituta apoyando la conclusión fáctica expresa del tribunal de que [aquella] estaba bajo una amenaza constante de violencia inminente” (Distrito 4 CA, WL 1306324, 2019, p. 9.). Allí se determinó de manera expresa, clara e inequívoca que Cross infligió violencia sobre ella hasta el punto de que esta no actuó voluntariamente, sino bajo coacción (p. 10).

El Tribunal de Primera Instancia de Bélgica fundó también la absolución de la víctima-acusada en razones de coacción al indicar que aquella “no tenía otra opción” para proteger su vida, su integridad física y psicológica y la de su familia que participar en el delito frente a otras víctimas (Bélgica, T., Tribunal de Première Instance Francophone de Liège, *19ème Chambre*, Parquet no LI37.LA.99538-09, 2018, p. 27).

## **5. Posibles encuadres dentro de la dogmática penal**

### **5.1. No punibilidad**

En el derecho argentino, las situaciones que implican la no punibilidad en su mayoría están descritas en el artículo 34 de Código Penal. Tampoco son punibles determinadas circunstancias previstas en algunos tipos penales, conocidas como “excusas absolutorias”.

Consecuentemente, la disposición contenida en el artículo 5 de la Ley 26364 podría entenderse, en principio, como cláusula especial o una especie dentro del género de alguna de esas causales generales previstas en el artículo 34, o como una excusa absolutoria, de aquellas que están en todo el ordenamiento y son de diversos tipos.

Hay algunos autores que cuestionan la utilidad de la cláusula por entender que se trata de una eximente general que contiene supuestos ya contemplados por el artículo 34 del Código Penal.

Desde ya que disiento con tal postura por todas las consideraciones que se vienen estudiando en el presente trabajo. No obstante, entiendo que el encuadre de aquella –sin que pierda su especialidad–, dentro de alguno de los institutos generales, resulta útil para su ubicación sistemática, con el objeto de determinar las consecuencias jurídicas de su aplicación en el caso concreto.

Resulta imperiosa la necesidad de respetar la independencia de la cláusula como tal y no equipararla a ningún instituto genérico, pues aquella fue diseñada exclusivamente para atender una problemática real, que se presenta a nivel internacional, como es la transformación de la víctima del delito de trata a victimaria, ya sea por haber cometido el mismo ilícito o por cualquier otro producto de su sometimiento. Ese contexto, en el que la persona cometió el hecho –en principio– penalmente relevante, es totalmente distinto al de cualquier otro y la disposición del artículo 5 viene a reafirmar la importancia de tenerlo en cuenta a la hora de evaluar una imputación.

Cabe aclarar que pueden existir situaciones de ese tipo que no requieran de la aplicación de la cláusula, ya sea porque directamente no medió conducta por parte de la víctima –*vis absoluta*– o porque no se presenta ningún requisito típico, objetivo y/o subjetivo.<sup>15</sup>

Por ello, el análisis del posible encuadre sistemático de la cláusula comenzará recién en la instancia de la antijuridicidad, para luego pasar a –comprobada que fuere– la culpabilidad y, frente a la existencia de delito propiamente dicho, se analizará entonces la punibilidad. Ello, en respeto de la estructura escalafonaria de la teoría del delito, superando cada instancia de análisis para poder ubicar la cláusula dentro de la categoría que más derechos y beneficios le acuerde y menos perjuicios le acarree, sin desatender la persecución penal hacia el verdadero responsable de aquellos hechos investigados.

En efecto, de acuerdo con la finalidad del principio y con las situaciones que pretende abarcar, considero que el estudio podrá limitarse a solo dos institutos de aquellos previstos en el artículo 34, tales como el estado de necesidad justificante (artículo 34, inciso 3º del CP) y el estado de necesidad disculpante o exculpante (artículo 34, inciso 2º, segunda parte del CP); y, por otro lado, también se analizará su encuadre como excusa absolutoria, pues así es entendi-

---

15 Por ejemplo, y sin pretender fijar una regla general, aquella víctima de trata que se torna victimaria de aquel y lo hace con la única finalidad de evitar su propia explotación o atenuarla comete una conducta atípica por ausencia de tipicidad subjetiva, pues no actúa con la ultrafinalidad de explotación que exige la figura del artículo 145 del CP. En este supuesto, no hay necesidad de recurrir a la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364.

da por gran parte de reconocida doctrina y prácticamente por la totalidad de la jurisprudencia argentina.

Las diferencias que se presentan al entenderla en una u otra instancia de análisis resultan significativas no solo a nivel teórico, sino también práctico; de allí nace la necesidad de fijar límites bien claros en lo que respecta a la configuración de una causal de justificación, de exculpación o de no punibilidad.

## **5.2. Estado de necesidad justificante**

### **5.2.1. Definición. Requisitos**

El estado de necesidad justificante configura una causal de exclusión de la anti-juridicidad de una conducta típica. En otros términos, la justifica.

Se encuentra legislado en el inciso 3º del artículo 34 del Código Penal argentino (“No es punible [...] el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”).

De su letra se deriva la exigencia de que medie una diferencia entre el interés salvado y el interés sacrificado, la que debe ser esencial en virtud de la naturaleza y del fundamento de esta causal (Bacigalupo, 1999, p. 401).

Se requiere entonces la concurrencia de una situación de necesidad que presuponga un peligro para la vida, integridad corporal, libertad, honor, propiedad u otro bien jurídico que solo pueda ser conjurado o reducido, lesionando o poniendo en peligro otro bien jurídico, ya sea colectivo o individual.

Mir Puig (2018, p. 471) define aquella situación como un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y no debe dar lugar a legítima defensa ni al ejercicio de un deber.

Aquel peligro, además de ser inminente y actual, debe constituir un mal, ya sea propio o ajeno (en este último caso se habla de “auxilio necesario” y se plantea la posibilidad de colisión de deberes).

Inminente en el sentido de probabilidad, no de posibilidad, sino no habría “actualidad”. Para determinar si existió al momento del hecho tal característica, el operador deberá retrotraerse al momento en el que actuó el sujeto *-ex ante-* y enjuiciar la situación según lo haría una persona prudente con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente (p. 472). El peligro permanente debe ser considerado como actual, puesto que en él la situación que amenaza con un peligro se puede convertir en cualquier momento en un daño, sin que se pueda decir exactamente cuándo sucederá (Roxin, 1997, p. 903).

Asimismo, puede ser actual aquel en el que la lesión del bien jurídico vaya a producirse con seguridad recién en un momento posterior (Frister, 2016, p. 345).

En cuanto al concepto de “mal”, a criterio de Mir Puig (2018, pp. 472-474) es esencialmente valorativo, no existe ninguna lesión material que pueda considerarse como mal desde el punto de vista naturalístico. Por supuesto que la conducta que lo configura no puede ser nunca valorada positivamente por el ordenamiento jurídico en general. Puede provenir de la acción de una persona, de las fuerzas naturales o de las cosas. No se admite que pueda considerarse “mal” la lesión de un bien jurídico que se encuentra justificada, es decir, no cabría invocar estado de necesidad justificante frente a la conducta de alguien que actúa en legítima defensa. No así en el caso de conflicto de males de igual intensidad, en el que es posible admitir dicha causal pese a que el otro también actúa amparado en ella.

Comprobada entonces la situación de necesidad, se exige la inexistencia de otro modo menos lesivo para evitar el mal que amenaza, es decir, la acción típica debe ser un medio apropiado para evitar el peligro y además debe ser el menos lesivo (principio de necesidad). La posibilidad de eludir el peligro siempre debe ser valorada como medio menos lesivo para repelerlo (Frister, 2016, p. 358).

Por otro lado, y tal como la norma lo indica, se requiere que el mal que se causa con la acción lesiva sea para evitar otro mayor, por lo que la proporcionalidad constituye un límite característico de esta causal. La acción realizada en estado de necesidad solo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial. Ello implica que exista una marcada diferencia en favor del interés que se salva (Bacigalupo, 2020, p. 379).

Lo que se compara no son bienes, sino males (parte de la doctrina habla de “intereses”); para ello, no solo habrá de tenerse en cuenta el tipo de bien jurídico afectado, sino también la forma en la que fue lesionado. Para Frister (2016, p. 349), lo que se pondera son las chances de salvamento de los bienes jurídicos amenazados –contenidas en la acción– y el riesgo de lesión de bienes jurídicos creado por tales conductas, para lo cual resultará determinante el valor de los bienes en juego, la medida del menoscabo que avanza producirse en ellos, el grado de los peligros que los amenazan y el grado de aptitud para conjurarlos. Por su parte, López Mesa y Cesano (2010, p. 165), de conformidad con lo expuesto por el maestro Bacigalupo, indicaron que para aquel proceso de comparación, pese a no perder de vista la relación de jerarquía que surge del ordenamiento positivo –para lo cual, la escala penal constituye un indicio–,

debe atenderse también el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.

A diferencia de la legítima defensa, en estos casos la acción de salvamento debe ser estrictamente subsidiaria respecto a cualquier otra conducta que afecte en menor medida –o directamente en ninguna– los bienes jurídicos ajenos.

Asimismo, es requisito indispensable para la aplicación de esta causal de justificación que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. Ello plantea algunos problemas con el auxilio necesario de otra persona, pues se debe decidir si el sujeto en cuestión es el auxiliador o el auxiliado. Para la doctrina mayoritaria española, por ejemplo, debe ser el auxiliador y no el necesitado el que no debe haber probado intencionalmente la situación de necesidad –con independencia de si el auxiliado la provocó o no– (Mir Puig, 2018, p. 486).

Por último, se exige que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, para lo cual no resulta suficiente un deber genérico, sino que se debe tratar de un deber basado en normas jurídicas que determinen sus límites y su contenido.

En resumen, los elementos que conforman esta causal son: 1) mal causado; 2) mal evitado; 3) actualidad o inminencia de la situación de afectación y no existencia de medios inocentes para conjurar la necesidad; 4) a quien se ampara en ella le debe ser extraño el mal que amenaza con afectar al bien jurídico que se quiere salvar; 5) tampoco debe tener por oficio o cargo la obligación de sacrificarse; y, por último, 6) como elemento subjetivo, el autor tuvo que haber obrado con la intención de sacrificar objetivamente el mal menor por evitar uno mayor. En ese marco, la acción de la víctima, salvo excepciones, suele verse como la situación menos lesiva, aunque habrá de analizar cada caso en particular.

### **5.2.2. Posible encuadre para la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364**

En mi opinión, el contexto en el que se encuentran las víctimas del delito de trata de personas ciertamente configura una situación de necesidad de carácter permanente. Entonces, para determinar el encuadre dentro de esta causal, lo que habrá de definirse es si aquella situación de necesidad justifica la conducta típicamente relevante o si solo excluye la culpabilidad del agente.

Para ello, se deberá atender a los males o a los intereses en juego en el caso en particular, pues si bien aquellos que fundamentan la acción de salvaguarda, en principio pueden ser determinados de antemano (mínimamente dignidad y

libertad) no así los males que la víctima-victimaria podría poner en riesgo con su conducta.

En cuanto a los requisitos de la eximente del artículo 34, inciso 3º del CP, la operatividad de la cláusula en cuestión favorece su flexibilización y, por tanto, aquellos deben ceder o, en otras palabras, se deben tener por configurados frente a la comprobación de que el agente fue víctima del delito de trata y que cometió un hecho penalmente relevante como consecuencia de su situación.

Así, por ejemplo, en cuanto a la condición de peligro inminente y actual, en estos casos deberá adoptarse como regla general que existe uno de carácter permanente (entonces actual) en virtud del contexto al que está sometida la víctima-victimaria. En tal sentido, la PROTEX (2021, p. 17), al fijar líneas de interpretación y pautas para la aplicación del principio bajo estudio, indicó que

[n]o es necesario establecer que al momento de cometer el acto ilegal la víctima se encontraba expuesta a un riesgo de daño o peligro inminente. Ello, debido a que la víctima de trata está ya sujeta a un grave y continuo abuso físico y mental. (p. 17)

El Grupo de Trabajo (Naciones Unidas, 2020a) también ha remarcado la “importancia de tener flexibilidad en el sistema de justicia cuando se trate de implementar el principio” (p. 5, párr. 27); en este análisis, se trataría –entre otras cosas– de flexibilizar la interpretación y el encuadre de la cláusula dentro de los institutos dogmáticos, fundamentalmente en lo que refiere a los requisitos que la norma general prevé, siempre en beneficio de la víctima.

En resumen, en aquellos casos en los que la víctima del delito de trata comete un hecho como consecuencia directa de su explotación, parecerían presentarse todos los requisitos del estado de necesidad. Existe un mal amenazado (cuyo titular es la víctima), otro que se lesiona (el de un tercero), en el contexto de una situación de necesidad (situación de explotación con constante menoscabo de sus derechos fundamentales), permanente (el daño a su persona está latente durante todo el lapso en el que es sometida) y en ningún caso aquella situación ha sido provocada por la propia víctima ni cuenta con la obligación de sacrificarse.

Consecuentemente, de este análisis se deriva la efectiva posibilidad de encuadre de la cláusula en este instituto dogmático-penal, como así también en el estado de necesidad disculpante (como se verá en el siguiente punto), por lo que su categorización quedará sujeta a la ponderación de males que se presente en el caso concreto sometido a examen, sin perjuicio de otorgar prioridad a este supuesto, toda vez que de encuadrar aquí directamente no se configura el injusto.

### 5.2.3. Beneficios y problemas de este encuadre

De considerar que la cláusula encuadra en dicha causal, como una especie de cláusula especial, la conducta típica de la víctima entonces estaría justificada. En consecuencia, no existiría juicio negativo sobre el hecho investigado.

El principal problema –y probablemente el motivo por el cual la cláusula generalmente no es entendida dentro de este instituto– es que al descartar la antijuridicidad, ya no hay ilícito que reprochar. Entonces, de existir otros autores o partícipes en el hecho que no lo hayan cometido como consecuencia de su situación de sujeto pasivo del delito de trata sino que, por el contrario, lo hayan hecho como sujetos activos de aquel, estos se beneficiarían del principio, lo cual precisamente no se persigue mediante su dictado.

Empero, entiendo que aquel obstáculo podría ser salvado recurriendo a la figura de la autoría mediata, pues, en estos casos, la base de la cadena causal que conduce al resultado por medio de la acción contiene, como eslabón intermedio (Frister, 2016, p. 534), la conducta de la víctima que actúa coaccionada, expresa o tácitamente. En tal supuesto, es el autor mediato (aquí, el tratante) quien causa por sí mismo el resultado típico y, de este modo, satisface el tipo objetivo del delito respectivo en su propia persona. Indica allí Frister (2016) que este es quien “actúa típicamente al usar a otro como instrumento y, de este modo, puede ser penado como autor, sin que tenga que serle imputada a él la acción típica del otro como tal” (p. 534). La manifestación del dominio del hecho por parte del autor mediato es el dominio de la voluntad de quien ejecuta el hecho; en el supuesto que aquí interesa: la víctima de trata.

Para su configuración, el llamado “sujeto de adelante” (o instrumento) tuvo que haber actuado en virtud de un error, bajo coacción o en un estado en el que no haya tenido capacidad de decisión o que la tuviera considerablemente disminuida. El segundo de los supuestos es el que podría presentarse en caso de encuadrar la cláusula como una especie dentro del estado de necesidad justificante. Al respecto, indica Stratenwerth (2017) que, en aquellas situaciones en las que el instrumento actúa conforme a derecho por mediar una situación de legítima defensa o estado de necesidad,

quizá deba ser el criterio rector para la solución de estos casos la simple idea de que aquel que produce dolosamente una situación de necesidad, que entonces pueda ser superada sólo mediante la lesión de uno de los bienes jurídicos implicados, tiene que responder penalmente por esa lesión. (p. 385)

### **5.3. Estado de necesidad disculpante o exculpante**

#### **5.3.1. Definición. Requisitos**

El estado de necesidad disculpante o exculpante está previsto en el inciso 2º, segunda parte del artículo 34 del Código Penal argentino, que reza: “No es punible [...] el que obrare violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente”.

Los requisitos coinciden con los del estado de necesidad justificante –los que doy por reproducidos–, a excepción de la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica, pues aquí puede ser el interés lesionado igual o incluso superior, pero la conducta es disculpada porque el sujeto en estas circunstancias actúa bajo una situación de conflicto en la cual no le es exigible que deje sacrificar el interés amenazado (Mir Puig, 2018, p. 467).

El hecho así cometido configura un injusto penal, pues ha sido llevado a cabo fuera del amparo de un derecho; el sistema jurídico no lo autoriza.

La opinión mayoritaria dentro de la doctrina sostiene que el estado de necesidad disculpante o exculpante posibilita renunciar a la culpabilidad (Bacigalupo, 1999, p. 391). No actúa culpablemente –indica Stratenwerth (2017, p. 315)– quien comete un hecho antijurídico para evitar un peligro actual, no conjurable de otro modo.

#### **5.3.2. Posible encuadre para la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364**

El posible encuadre de la cláusula ha sido detallado al momento de analizar el estado de necesidad justificante. Tal como fue indicado, si cabe su encuadre en este supuesto o en el anterior dependerá exclusivamente de los males o intereses en juego, por lo que ello estará sujeto a las circunstancias de hecho que sean sometidas a examen.

En este análisis no se debe soslayar que cuanto más intenso es el vínculo entre el individuo y la comunidad, mayores son las exigencias de la segunda para con el primero. Así, si la comunidad le ha proporcionado al sujeto activo del delito los bienes y comodidades de la vida en común de forma real y completa, podrá exigirle legítimamente que siga sus normas con mayor rigurosidad. En este caso, poco margen le queda a la sociedad para demandarle a la víctima del delito de trata una conducta conforme a derecho en el marco de su explotación.



### 5.3.3. Beneficios y problemas de este encuadre

De considerar la norma prevista en el artículo 5 de la Ley 26364 como una cláusula especial dentro del estado de necesidad disculpante, la víctima no actuaría justificadamente, por lo que el hecho cometido configuraría un injusto penal del que, sin embargo, no se podría realizar un juicio negativo sobre su autor.

De ello se deriva uno de los beneficios de su encuadre, pues la imputación del hecho al partícipe o a otro coautor que no haya sido víctima de trata no es para nada problemático, como en la anterior causal en la que solo cabría una posible autoría mediata.

Como aspecto negativo, podría serle atribuida a la víctima una responsabilidad civil y/o alguna medida de seguridad posdelictual, puesto que la ley solo requiere para ello la comisión de un injusto penal. Asimismo, a diferencia del justificante, frente al estado de necesidad disculpante existe un derecho a la legítima defensa y, un error sobre los presupuestos objetivos de esta causal, deja intacto el dolo.

## 5.4. Excusa absolutoria

### 5.4.1. Definición

Una excusa absolutoria es una causa personal de exclusión, levantamiento, cancelación de la pena que correspondería imponer en virtud de la comisión de una acción típicamente antijurídica y culpable (delito).

Son situaciones normativamente consagradas, en virtud de las cuales el Estado, en ejercicio de una opción político-criminal, decide renunciar a la aplicación de una pena ante un hecho que resulta típico, antijurídico y culpable, con el propósito de obtener un fin que privilegia social y políticamente por sobre el ejercicio de su potestad punitiva, pues la gravedad de la ilicitud resulta insuficiente para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* (Bacigalupo, 2020, p. 387).

Su fundamento reposa en las distintas consideraciones político-criminales, en las que el poder legislativo prioriza otras razones ante el castigo de un delito por razones de utilidad o de conveniencia. La razón de su sanción no es fijar un permiso *ex ante*, sino que, por el contrario, es impedir la persecución penal luego de constatada la comisión del hecho típicamente relevante, en cuyo caso será el juez interviniente quien decidirá su operatividad, según se verifique o no el supuesto de hecho correspondiente.

Al ser excepcionales, resultan de aplicación sumamente restrictiva, por lo

que únicamente resultan operativas frente a determinadas circunstancias (sujeto-tipo penal), estrictamente descriptas en la disposición legal que la contiene.

La doctrina dominante las explica como causas que excluyen la punibilidad por fundamentos esencialmente diversos a las causas de justificación e inculpabilidad.

La punibilidad, *stricto sensu*, es la posibilidad de coerción penal, es decir, la posibilidad efectiva de imponer la pena merecida.

Cuando media una excusa absolutoria, al delito cometido no le cabe como consecuencia la aplicación de una pena, pues la ley determina que, en aquellos especiales y específicos supuestos, el Estado debe inhibirse de ejercer su poder punitivo por no cumplirse el requisito de la punibilidad.

Aún se discute en la doctrina la ubicación sistémica de aquella, pues mientras algunos la entienden dentro de la teoría del delito, otros afirman que corresponde ubicarla por fuera de ella, como una categoría dogmática distinta e independiente en la que, una vez configurado el delito como acción típicamente antijurídica y culpable, corresponde luego analizar allí la necesidad de pena.

#### **5.4.2. Posible encuadre para la cláusula del artículo 5 de la Ley 26364**

Ciertamente, conforme la redacción de la cláusula, de su lectura podría interpretarse que se trata de una excusa absolutoria, puesto que, de todas las categorías analizadas, únicamente en el marco de esta se está frente a la configuración de un delito, y el artículo 5 habla de “la comisión de cualquier delito”.

Así es como la ha entendido la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia argentina.

#### **5.4.3. Beneficios y problemas de su encuadre**

Tal como refiere Hairabedián (2013, pp. 92-93), entender la cláusula dentro de esta categoría resulta útil para que sus efectos no beneficien a terceros, que incluso podrían llegar a ser sus propios tratantes, pues son causas que excluyen la pena y no el delito.

Sin embargo, es tal vez el principal problema de este encuadre que, sin perjuicio de la eximición de sanción hacia la víctima, conceptualmente aquella cometió un delito y es esta connotación negativa la que se quiere evitar con el principio de no castigo, pues, en ese escenario, ciertamente resultaría más útil recurrir a una causa de justificación o de disculpa general para directamente

entender la ausencia de configuración de injusto o de delito. Esto, además, ahorra la tarea de argumentación y comprobación que exige el artículo 5 de la Ley 26364 tal y como es entendido actualmente por la doctrina y la jurisprudencia, lo que lleva a su nula aplicación.

Por otro lado, es dable remarcar que la excusa absolutoria solo surte efecto en el ámbito penal, por lo que sería procedente un reclamo hacia la víctima –si se quiere– por medio de otras vías.

## **6. Otros encuadres posibles**

### **6.1. Como norma de protección de los derechos humanos**

Actualmente, desde la comunidad internacional, se empieza a hablar de la herramienta como una norma de protección de los derechos humanos.

De conformidad con aquella corriente, la PROTEX (2021), en su reciente informe, indicó que:

[e]n definitiva, el principio de no punibilidad es una manifestación de la protección de los derechos humanos de las víctimas y en ese sentido debe ser interpretado puesto que si su abordaje se limita a una instancia de la teoría del delito (ya sea como excusa absolutoria, causal de justificación o supuesto de atipicidad), estaríamos suponiendo que deben iniciarse investigaciones penales contra víctimas que se encuentran en esta situación y esto es justamente lo que debiéramos evitar. (p. 12)

Propone entender la cláusula

como una manifestación del principio de protección integral a las víctimas de trata de personas y no reducirse exclusivamente a revertir imputaciones que ya comenzaron a correr, sino también y principalmente a proteger desde un primer momento los derechos de la víctima dándole tratamiento jurídico de tal e incluirla en el proceso como testigo. (PROTEX, 2021, p. 26)

En mi opinión, tal encuadre no resulta incompatible con el análisis de la cláusula dentro de alguna categoría dogmática a los fines de su sistematización; desde ya comparto con los fiscales especializados que el escenario ideal es que las víctimas nunca sean sometidas a un proceso penal en calidad de acusadas –siquiera un solo día–, pero entiendo que pueden existir situaciones que lleven a dudar acerca de tal condición y, por tanto, so riesgo de beneficiar a un posible explotador, se requiera de una rápida pesquisa que confirme tal estatus.

Así, si bien coincido con entenderla como una herramienta para la pro-

tección de los derechos humanos de las víctimas, considero que además debe ser encuadrada en alguna categoría dentro de la sistemática de la teoría del delito, para que, en tales casos, comprobado su rol, pueda ser desvinculada rápidamente del proceso sin tantas exigencias de comprobación y sin requerir la configuración de ciertos presupuestos que únicamente demoran la virtualidad de la cláusula y, con ello, acrecienta la revictimización.

## **6.2. Como regla de disponibilidad de la acción penal**

Otra posibilidad, en términos procesales y siempre en miras a garantizar la mayor tutela a estas víctimas, sin perder de vista la importancia de no confundirlas con los sujetos activos del delito que padecen, también podría tratarse de un principio aplicado como regla de disponibilidad de la acción penal. Es decir, una especie de principio de oportunidad reglado que parte de una decisión de política criminal que obstaculiza la persecución penal, siempre y cuando se corrobore la presencia de los requisitos que prevé la norma: condición de víctima del delito de trata de personas y relación directa del hecho objeto de investigación con aquella situación de sometimiento.

Cabe recordar que el principio de oportunidad es una excepción a la regla de la legalidad procesal, que viene motivada por la preponderancia, en algunos casos, de la necesidad preventiva (de la no-necesidad de prevenir) ante ciertas conductas (Sánchez-Ostiz, 2012, p. 178).

Un abordaje semejante adoptó el Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas, en su séptima reunión, del año 2017, en la cual se refirió al concepto de “discrecionalidad del fiscal”, y lo reiteró en la siguiente, celebrada en 2018.

Parte de la jurisprudencia externa ya ha acudido a las directrices procesales y a la discreción fiscal para garantizar el no procesamiento y posterior castigo de las víctimas-victimarias. Así, en el caso Nº 17/03852 de la Corte Suprema de Países Bajos (2018) se determinó que las directrices expresamente previstas en el Código de Procedimiento Penal y en el Código Penal resultaban suficientes para dar cumplimiento al artículo 8 de la Directiva de la Unión Europea (UE) (párr. 4.2), y en Reino Unido, en el caso *LM, MB, DG, Betti Tabot y Yutunde Tijani*, EWCA Crim 2327 (2010) se adoptaron sus disposiciones procesales como complementarias de aquella norma (párr. 4) y se sostuvo que el artículo 26 de la Convención del Consejo Europeo habla en este sentido del “interés público” como pauta a considerar para proceder o no al enjuiciamiento de una presunta víctima-victimaria (párrs. 16 y 18).

Entiendo, tal como en el punto anterior, que esta interpretación tampoco resulta incompatible con el análisis de la cláusula dentro de la ubicación sistemática de la teoría del delito, como sucede, por ejemplo, con el principio de insignificancia en la tipicidad.

## 7. Propuesta

Conforme fue indicado al inicio del presente trabajo, la propuesta que aquí se expone es para aquellas situaciones en las que el proceso penal indefectiblemente se inicia en contra de la víctima-victimaria, en virtud de que las circunstancias del caso no resultan tan claras como para desvincularla directamente del proceso y, por tanto, se requiere una rápida y breve pesquisa que así lo verifique.

De ese modo, comprobada su calidad de víctima, cobra virtualidad la cláusula prevista en el artículo 5 de la Ley 26364, la que, a fin de ser aplicada al caso concreto, entiendo que resulta pertinente su debido encuadre dentro de alguna categoría de la teoría del delito, a fin de conocer las consecuencias de su operatividad como también las exigencias que deberían cumplimentarse para, con ello, otorgar legitimidad, claridad y objetividad a la decisión del operador, simplificando la tarea de aplicación del derecho al caso y garantizando el principio de igualdad respecto a todas aquellas personas que cometan delitos bajo el mismo contexto.

Por ese motivo deviene indispensable penetrar en el significado profundo de la cláusula y el fin perseguido con su sanción. En esa búsqueda, cabe recordar que la misión del derecho es ordenar la vida social por medio de normas y es aquel el que se vincula a las estructuras del ser y no a la inversa. Comparto la consideración que efectúa Robles Planas (2015) en cuanto a que “la ley casi nunca aparece primariamente como la solución al caso. A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión” (p. 8). De allí la importancia de su ubicación sistemática y de unificar criterio en cuanto a las exigencias de la cláusula tal y como se encuentra receptada por el Estado argentino.

En efecto, en esa labor hermenéutica que aquí se sugiere se le asignará un sentido a la disposición que, en mi opinión, realza la idea de justicia y derecho, pues no solo se propone restar exigencias que la ley no prevé para su efectiva aplicación al caso, sino también ubicarla como excluyente de la antijuridicidad –en principio– y como segunda instancia de la culpabilidad, mas no llegar a la

punibilidad, en la que se entiende a la víctima como autora de un delito. En definitiva, excluir la configuración de un delito antes que la pena.

Así, considero que la disposición del artículo 5 de la Ley 26364 debe ser entendida como una cláusula especial que prevé una situación de necesidad –en principio, de carácter permanente, salvo que se demuestre lo contrario– que da lugar a un estado de necesidad que excluye la antijuridicidad o la culpabilidad, dependiendo de los intereses lesionados y protegidos mediante la acción de salvaguarda llevada a cabo por la víctima en el caso concreto.

En ese marco, dentro de aquellos institutos generales, deberá ser entendida la disposición como una regla especial que hace a la flexibilización de los requisitos que exige cada uno de ellos, restando únicamente para su operatividad que: 1) el sujeto-agente que comete el hecho –que se encuentra en una situación de necesidad– sea una víctima del delito de trata de personas; y 2) que lo haya cometido como consecuencia directa de ello.

Acerca de tales exigencias, como ya fue dicho, no se requieren pruebas absolutas, sino que basta con indicios suficientes o motivos razonables que así lo demuestren. En el documento publicado recientemente por la PROTEX (2021, p. 17), como primera línea de interpretación y pauta a considerar para la aplicación del principio se afirmó que no resulta necesario establecer que al momento de cometer el acto ilegal la víctima se encuentre expuesta a un riesgo de daño o peligro inminente, puesto que ya está sujeta a un grave y continuo abuso físico y mental; seguidamente, como segunda pauta se estableció que el principio debe ser interpretado ampliamente.

Comprobados entonces esos dos supuestos, operaría de pleno derecho la presunción *iure et de iure* de la situación de necesidad que atraviesa esa persona al momento de cometer el hecho que *prima facie* se le imputa, por lo que únicamente restaría llevar a cabo la tarea de la ponderación para determinar en cuál de los dos estados de necesidad se enmarca y así desvincular a la víctima lo antes posible del proceso penal y, de corresponder, continuar con sus consortes que no detenten la calidad de tal.

En ese marco, efectuada la ponderación de los intereses, si aquel que se lesionó es considerado de menor importancia por el ordenamiento jurídico respecto al que se intentó proteger con la acción de salvaguarda, entonces se presenta como una especie de causa de justificación, matizada y ponderada, significativamente más rica que el estado de necesidad genérico, con el que se encuentra en relación de especialidad. En este supuesto, la víctima siquiera comete un injusto penal, pues su conducta está justificada por el derecho.

Por el contrario, si se tratase de dos males o intereses en igualdad de jerarquía o que el lesionado haya sido superior al que se intentó proteger con la acción, la cláusula deberá entenderse como una especie de causal de exculpación por haber actuado el agente en un estado de necesidad disculpante o exculpante. Aquí, en cambio, la conducta de la víctima es antijurídica, pero no se le puede reprochar penalmente.

Para llevar adelante aquella tarea, indica Baldó Lavilla (2016), será determinante

analizar el contexto en el cual se ha producido dicha acción típicamente relevante de salvaguardia (*actio duplex*), para determinar si ésta se considera conforme a Derecho, a pesar de poner en peligro intereses jurídico-penales, contraria a Derecho pero exculpada o, finalmente, punible. (p. 3)

Las consecuencias de uno u otro encuadre ya han sido desarrolladas en los párrafos precedentes.

Entiendo que la presente propuesta concilia con las ideas aportadas por la –entonces– relatora especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Maria Grazia Giammarinaro (Naciones Unidas, 2020b, punto 30), quien afirmó sobre dicho principio que cuando los Estados no siguen la recomendación de introducir una disposición específica, deben cumplir con su deber de no castigar interpretando las normas nacionales existentes –como las que prevén la justificación, basada en la coacción o en el estado de necesidad– como cláusulas generales de exención de responsabilidad para las víctimas de la trata que han cometido delitos dependientes de aquella figura penal. No obstante, agrega que estas cláusulas de justificación “tradicionales” deben adaptarse al contexto de la trata, lo que incluye la apreciación de que las amenazas hacia una víctima de tal para que cometa un delito o la coacción a la que se ve sometida pueden ser indirectas o psicológicas, que la servidumbre por deudas, las amenazas de denuncia a las autoridades u otros medios sutiles, como el abuso de una posición de su vulnerabilidad, pueden estar en juego.

Asimismo, a mi criterio, este encuadre es el que mejor se corresponde con la teleología del principio, cuyo propósito es evitar la revictimización.

En tal sentido, comprobada la condición de víctima y la comisión del hecho como consecuencia de ello, se deberá desvincular a la persona con la mayor premura posible del proceso penal en calidad de sujeto activo y resguardarla como corresponde.

A todo evento, aquel proceso continuará con aquellos involucrados que no

se vean alcanzados por la cláusula, pues cabe afirmar, de conformidad con lo recientemente remarcado por la PROTEX (2021), que

[l]a aplicación de la cláusula de no criminalización no implica impunidad sobre los hechos, ya que los actos cometidos como consecuencia directa de la situación de explotación, pueden y deben ser eventualmente imputados al explotador/tratante mediante la aplicación de otras formas de autoría sobre el hecho. Por ejemplo, autoría mediata. (p. 26)

En definitiva, lo que aquí se propone es velar por la plena aplicación de la disposición –o, en su defecto, descarte– en etapas tempranas del proceso y, mediante ella, entender que la víctima-victimaria no cometió un delito, sino un ilícito penal o directamente que realizó una conducta típica justificada.

Es decir, no eximir de sanción penal a la víctima por cuestiones de política criminal (excusa absolutoria), sino por considerar que directamente no cometió delito alguno, puesto que ciertamente la conducta llevada a cabo ha sido fuera de su ámbito de libertad de autodeterminación, en un cuadro de dominación y sometimiento ajeno a sus posibilidades de decisión.

La aplicación tardía de la cláusula no solo incumple con la ley nacional en cuanto a los derechos que les acuerda a las víctimas de estos delitos atroces contra los derechos humanos, sino también con los compromisos internacionales asumidos en la materia.

En tal sentido, la relatora especial Giammarinaro (Naciones Unidas, 2020b) también afirmó que la “no sanción” no puede implementarse adecuadamente mediante una simple mitigación de las penas impuestas, y se refirió entonces a las Recomendaciones de la OSCE que señalan que “la mera concesión para la mitigación [...] no equivaldría al cumplimiento de la obligación de no sanción porque no tiene en cuenta la verdadera condición de la víctima” (8 punto 37), es decir, ignora el sometimiento de la víctima a la fuerza dominante del traficante y la consiguiente falta de ejercicio del libre albedrío en la comisión del delito.

## 8. Conclusión

En definitiva, considero que los principales problemas que giran alrededor de la cláusula prevista en el artículo 5 de la Ley 26364, fundamentalmente su aparente falta de utilidad en la praxis como también su aplicación tardía por parte de los tribunales, deviene de su errónea ubicación sistemática y, con ello,



la carga probatoria que se le impone por encima de las exigencias previstas en la propia disposición.

La correcta subsunción sistematizada del instituto, de acuerdo con las reglas que ofrece la dogmática penal, conlleva en el caso, por ejemplo, a entender que la víctima directamente no comete un delito penal. Pues lo contrario, sin perjuicio de que luego no reciba sanción penal, a mi criterio agudiza su revictimización. El principio pierde su esencia en su totalidad, pues aquel busca poner en evidencia la ausencia de autodeterminación en la conducta de una víctima del delito de trata de personas.

El objetivo del presente estudio es otorgar mayor practicidad a la cláusula prevista en el artículo 5 de la Ley 26364 para que, en los casos que corresponda, pueda ser aplicada sin mayores dilaciones ni obstáculos producto de la interpretación doctrinaria o judicial, además de respetar las normas internacionales que refieren a la amplitud del principio de no castigo y su flexibilidad al momento de su aplicación, siempre en miras de garantizar y tutelar los derechos de las víctimas del delito de trata.

Recurrir a otras figuras genéricas, como el principio *in dubio pro reo* o a las eximentes generales ya desarrolladas, no hace a la esencia del principio de no castigo de recepción y envergadura internacional, el cual debe ser respetado en cualquier investigación penal.

Si actualmente se evita aplicarla por la cantidad de problemas probatorios que presenta y porque además sus consecuencias son menos beneficiosas para las víctimas (por adoptarla en general como excusa absolutoria), es justamente porque se está apelando a una interpretación que la desvirtúa y, por tanto, debe ser dejada de lado.

En conclusión, lo que aquí se propone es que cuando las agencias encargadas de tener el primer contacto con el hecho no logren discernir entre víctima y victimario y entonces sometan a esa posible víctima a proceso, los operadores otorguen prioridad a la comprobación de esta situación previo avance de la investigación y, más aún, previo al dictado de medidas cautelares tan extremas como un encarcelamiento preventivo. Entonces, comprobada la calidad de víctima y la relación directa de esta circunstancia con el hecho por ella cometido, se la desvincule de inmediato del proceso penal en virtud de la aplicación del principio que prevé la presunción *iure et de iure* de que aquella actuó en un estado de necesidad –justificante o disculpante, dependiendo de los males en juego– y con motivo de su condición de tal (artículo 5 de la Ley 26364).

## Bibliografía

- Aboso, G. (2018). *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. BdeF.
- Anitúa, G. (2013). Se trata de no criminalizar a las víctimas... En Colombo, M., Mángano, M. A., Grasso, M. y Anitua, G. I., *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos* (pp. 33-40). Defensoría General de la Nación. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5269-el-delito-de-trata-de-personas>.
- Annan, K. A. (2004). Prefacio. En *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos* (pp. iii-iv). Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (2020). *Derecho Penal. Parte General*. Hammurabi.
- Baldó Lavilla, F. (2016). *Estado de Necesidad y Legítima Defensa. Un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. BdeF.
- Carrera, M. (2017). *No punibilidad de la víctima de trata: problemas prácticos*. Erreius online.
- Castany, M. (2012). Mujeres imputadas por el delito de trata de personas que previamente han sido víctimas de ese mismo delito. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (12), 2076-2081.
- Colombo, M. y Mángano, M. (2013). Sobre víctimas victimarias. En Colombo, M., Mángano, M. A., Grasso, M. y Anitua, G. I., *El delito de trata de personas. Herramientas para los defensores públicos* (pp. 11-20). Defensoría General de la Nación. <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5269-el-delito-de-trata-de-personas>.
- Colombo, M. y Mángano, M. (s.f.). *El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal*. [https://www.mpba.gov.ar/files/documents/consentimiento\\_y\\_medios\\_comisivos\\_MCOLOMBO.pdf](https://www.mpba.gov.ar/files/documents/consentimiento_y_medios_comisivos_MCOLOMBO.pdf).
- Chassagnade, D. (2018). Naturaleza jurídica del instituto del art. 5° de la ley 26.364. ¿Excusa absoluta o causa de exclusión de la antijuridicidad específicamente penal? *Revista Jurídica, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, (2).
- Di Corletto, J. (2011). Trata de personas con fines de explotación. *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, V(7).
- Fellini, Z. y Morales Deganut, C. (2018). *Delito de trata de personas*. Hammurabi.
- Frezini, M. (2018). Trata de personas. Aplicación del artículo 5 de la ley 26.364. *Revista Jurídica, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, (3). <https://www.amfjn.org.ar/2018/08/03/trata-de-personas-aplicacion-del-articulo-5-de-la-ley-26-364/>.
- Frister, H. (2016). *Derecho Penal. Parte general*. Hammurabi.
- Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de personas. (2020). *La no penalización de las víctimas de la trata*. [https://icat.un.org/sites/g/files/tmzbd1461/files/v1912063\\_new\\_spanish\\_version.pdf](https://icat.un.org/sites/g/files/tmzbd1461/files/v1912063_new_spanish_version.pdf).
- Hairabedián, M. (2013). *Tráfico de personas. La trata de personas y los delitos migratorios en el derecho penal argentino e internacional*. Ad-Hoc.
- Lopérfido, M. (2018). Alcances de la exclusión de punibilidad respecto de las víctimas del delito de trata de personas. *Revista de Derecho Penal, Número Extraordinario. Derecho Penal Internacional*, RC D 1502/2018, 290-302.

- López Mesa, M. y Cesano, J. (2010). *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Edisofer/BdeF.
- Martínez, S. M. y Anitúa, G. (2013). Sobre las vulnerabilidades y los riesgos de las políticas y las leyes. En Iglesias Skulj, A., *La trata de mujeres con fines de explotación sexual. Una aproximación político-criminal y de género* (pp. 15-23). Didot.
- Mir Puig, S. (2018). *Derecho Penal. Parte General*. BdeF.
- Naciones Unidas. (2004). *Informe de la entonces Relatora Especial sobre la Trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sigma Huda*. Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, 61º período de sesiones, E/CN.4/2005/71. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/169/31/PDF/G0416931.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. (2009). *Conferencia de las Partes en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Informe sobre la reunión del Grupo*. Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Viena, 14 y 15 de abril de 2009, CTOC/COP/WG.4/2009/2. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V09/828/28/PDF/V0982828.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. (2014). *Los Derechos Humanos y La Trata de Personas*. Folleto Informativo N° 36, Nueva York y Ginebra. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/publications/fact-sheets/fact-sheet-no-36-human-rights-and-human-trafficking>.
- Naciones Unidas. (2019). Módulo 8. Enfoque de la trata de personas basado en los Derechos Humanos. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. [https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module\\_8\\_-\\_E4J\\_TIP\\_ES\\_FINAL.pdf](https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_8_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf).
- Naciones Unidas. (2020a). *Orientaciones para adecuar las respuestas de la justicia penal a las personas que se han visto obligadas a cometer delitos como consecuencia de haber sido víctimas de la trata*. Grupo de Trabajo sobre la Trata de Personas. Viena, 10 y 11 de septiembre de 2020, CTOC/COP/WG.4/2020/2. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V20/030/91/PDF/V2003091.pdf?OpenElement>.
- Naciones Unidas. (2020b). *The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims*. Reporte presentado por Maria Grazia Giammarinaro al cierre de su mandato como Relatora Especial. <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Trafficking/Pages/non-punishment.aspx>.
- Naciones Unidas. (2020c). *Reporte de la actual Relatora Especial de Tráfico de personas, en especial mujeres y niños, Mullally Siobhán*. Décima sesión de la Conferencia de Partes, Viena. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Trafficking/Statement\\_Special\\_Rapporteur.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Trafficking/Statement_Special_Rapporteur.pdf).
- Nardiello, A. (2017). *La atribuibilidad o responsabilidad por el hecho ilícito*. Hammurabi.
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2020). *Mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual como acusadas. Análisis de jurisprudencia*. [https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/Cuando\\_las\\_victimas\\_de\\_la\\_trata\\_de\\_personas\\_cometen\\_delitos.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/Cuando_las_victimas_de_la_trata_de_personas_cometen_delitos.pdf).
- Ortiz, J. (2017). La trata de personas con finalidad de explotación sexual bajo una mirada de género. *Suplemento Penal y Procesal, Revista de Derecho Penal y Criminología*. La Ley 2017-E, 1088. AR/DOC/2441/2017.
- Ortiz, J. (2019). Los límites objetivos y subjetivos del art. 5 de la ley 26.364. Una visión restric-

- tiva sobre la procedencia de la cláusula de no punibilidad. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. AR/DOC/2963/2019.
- Ortiz, J. (2020). Trata de personas con fines de explotación sexual. El artículo 5 de la ley 26.364: ¿una excusa absolutoria insuficiente? *Temas de Derecho Penal y Procesal Penal*. Erreius online.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas. (2016). *El testimonio de la víctima de trata de personas. Herramientas útiles para la recepción y valoración de la declaración testimonial*. Ministerio Público Fiscal. <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2016/07/Protex-Testimonio-V%C3%ADctima-Trata.pdf>.
- Procuraduría de Trata y Explotación de Personas. (2021). *Documento temático para la aplicación práctica del principio de no criminalización de víctimas de trata y/o explotación de personas*. Ministerio Público Fiscal. [https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/06/Protex-informe\\_PNP\\_Anexo-I\\_v3.pdf](https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2021/06/Protex-informe_PNP_Anexo-I_v3.pdf).
- Robles Planas, R. (2015). *Estudios de Dogmática Jurídico-Penal, Fundamentos. Teoría del Delito y Derecho Penal Económico*. BdeF.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Civitas.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons.
- Stratenwerth, G. (2017). *Derecho Penal. Parte General I. El Hecho Punible*. Hammurabi.
- Tazza, A. (2014). *La trata de personas. Su influencia en los delitos sexuales, la Ley de Migraciones y la Ley de Profilaxis Antivenérea. Promoción y facilitación de la prostitución. Reducción a esclavitud. Trabajos y matrimonios forzosos. Pornografía infantil. Tráfico de órganos. Rufianería. Ley 12.331*. Hammurabi.
- The Crown Prosecution Service. (2020). *Guía legal para fiscales de la Corona Británica*. <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/modern-slavery-human-trafficking-and-smuggling>.
- Unidad Fiscal de Asistencia para la Investigación de Secuestros Extorsivos y Trata de Personas e Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. (2012). *La trata sexual en Argentina. Aproximaciones para un análisis de la dinámica del delito*. <https://incip.org/publicaciones/la-trata-sexual-en-argentina-aproximaciones-para-un-analisis-de-la-dinamica-del-delito-2/>.

## Legislación citada

- Acordada Nº 5 de la CSJN, 24/02/2009.  
Código Penal Argentino.  
Convención de la ASEAN contra la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños.  
Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.  
Convención del Consejo Europeo sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.  
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer.  
Convenio sobre el Trabajo Forzoso u Obligatorio.  
Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo.  
Directrices para la detección de víctimas de trata en Europa.  
Disposiciones legislativas modelo contra la trata de personas de la UNODC (2020).  
Guía legislativa para la aplicación del Protocolo contra la Trata de Personas de la UNODC (2020).

Ley 14932.

Ley 23179.

Ley 25632.

Ley 26364.

Ley 26842.

Principios y Directrices Recomendados sobre los Derechos Humanos y la Trata de Personas. Protocolo de 2014 de la OIT.

Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños. Recomendación General N° 38, relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial.

Recomendaciones de la OEA sobre la trata de personas.

Recomendaciones legislativas y sobre políticas para la aplicación efectiva del principio de no penalización respecto de las víctimas de la trata de la OSCE.

Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Resolución 10/3 de la Conferencia de Partes.

Resolución 11/3 del Consejo de Derechos Humanos.

Resolución 1998/30 del Consejo de Derechos Humanos.

Resolución 2004/45 del Consejo de Derechos Humanos.

Resolución 2331 del Consejo de Seguridad.

Resolución 2388 del Consejo de Seguridad.

Resolución 51/66 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 52/98 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 55/67 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 57/176 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 59/166 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 61/144 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 63/156 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 64/293 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

Resolución 65/228 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

## Jurisprudencia citada

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *M. C. J. y otros*, 13/07/2016, [N° 1298, Reg. N° 1321/16].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *Martínez Hassan, L. S.*, 18/10/2018, [FSA 7158/2016/TO1/CFC1, Reg. N° 1103/18].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, *Valdez López*, 13/11/2018 [FMZ 32020630/2012/TO1/CFC4, Reg. N° 1473/18].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Caballero Flores, P. y otras*, 20/12/2016 [FTU 5857/2014/TO1/CFC1, Reg. N° 2714/16].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Dezorzi, V. s/recurso de casación*, 15/08/2017 [FCB 53200033/2012/TO1/CFC1, Reg. N° 1003/17].

Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Justino, H. A. y otros*, 13/02/2017 [FGR 81000828/2012/CFC1, Reg. N° 23/17].

- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Miño, M. B.*, 22/06/2018 [FRO 11676/2015/TO1/4/CFC1, Reg. Nº 701/18].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Montoya, P. E. y otras*, 12/04/2018 [FCR 52019312/2012/TO1/18/CFC2, Reg. Nº 249/17].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, *Sanfilippo, J. y otros*, 13/05/2014 [15.554, Reg. Nº 778/14].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, *C. N. B.*, 04/02/2016 [FBB 31000757/2011/3/CFC1, Reg. Nº 21/16].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Díaz*, 23/12/2015 [FBB 4964/2014/TO1/CFC1, Reg. Nº 2471/15.4]
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Fay*, 26/05/2016 [FMP 5257/2013/25/1/CFC2, Reg. Nº 645/16].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Figueroa, S. A. y otros*, 29/06/2017 [FTU 40066/2013/TO1/CFC2, Reg. Nº 828/17.4].
- Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Taviansky, A. A. y otra*, 29/12/2015 [FTU 400654/2008/CFC1, Reg. Nº 2551/15.4].
- Cámara Federal de Bahía Blanca, Sala II, *Nadal y otro*, 7/05/2021 [FBB 14714/2019/5/CA3].
- Cámara Federal de Apelaciones de Paraná, *M., N. N. y otro*, 27/09/2013.
- Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nº 3 de Mar del Plata, *Av. Plata*, 15/03/2013 [6127].
- Juzgado Federal de Ushuaia, 30/12/2019 [FCR 7750/2018 y sus acumuladas Nº 25925/2018 y 4084/2019].
- Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 7 de C.A.B.A., *I.M.C.*, 13/06/2019 [CFP 2091/2019].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba Nº 2, *Rondalli y otros*, 06/08/2021 [FCB 42000840/2011/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba, *Dulcinea*, 20/05/2014 [91017032].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba, *L. L., L. y N., E. D.*, junio de 2013.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Corrientes, *Mondo, J. y otro*, 17/05/2013 [862/12].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, *Soria y otros*, 16/03/2017 [FMP 32005377/2008/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis, *L.P.A. y otra*, sentencia Nº 457, 30/11/2012.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz, *R. H., E. O. y otros*, 12/03/2020 [FCR 7531/2013/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, *F.S.A.*, 23/12/2015 [FTU 40066/2013].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal Neuquén, *Cofre, V. A.*, alegato fiscal del 07/09/2020 [FGR 15586/2017/TO1].
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 1 de la Capital Federal, *Landriel y otros*, 04/08/2017 [CFP 7677/2014/TO1].
- Corte de Apelaciones del Estado de California, el *Pueblo v. Aarica S.*, 2014.
- Tribunal de Apelación del Reino Unido (División Penal). *LM, MB, DG, Betti Tabot y Yutunde Tijani*, 21/10/2010.
- Tribunal de Apelaciones, E.U., el *Pueblo v. Cross*, Distrito 4 CA, WL 1306324, 2019.

Tribunal de Primera Instancia de Bélgica, T., *Tribunal de Première Instance Francophone de Liège, 19ème Chambre, Parquet* no LI37.LA.99538-09, 2018.

Tribunal de Primera Instancia de La Haya, Países Bajos, 09/754126-08, 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *VCL y AN v. Reino Unido*, 16/02/2021.

Tribunal Supremo de los Países Bajos, caso 17/03852, 2018.

# EL ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD Y EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

---

**Javier Habib**

Universidad San Pablo T

jhabib@uspt.edu.ar

**Recibido:** 08/03/2022

**Aceptado:** 03/05/2022

## Resumen

El análisis de proporcionalidad es un mecanismo argumentativo que los jueces utilizan para invalidar reglas cuando consideran que su aplicación afecta desmedidamente un derecho constitucional. El nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina le da amplio reconocimiento a este análisis cuando, en su primer artículo, ordena a los jueces revisar las reglas del Código si estas resuelven los casos en disconformidad con lo establecido por la Constitución Nacional. El presente trabajo tiene el propósito de indagar las consecuencias de este reconocimiento. Más precisamente, recurriré al pensamiento de Savigny relativo a la estructura y dinámica de las relaciones jurídicas (que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho privado argentino) para argumentar que la aplicación del análisis de proporcionalidad a casos de derecho privado genera una ostensible mitigación de tres virtudes del sistema: la seguridad jurídica, la economía en la decisión y la justicia formal.

**Palabras clave:** análisis de proporcionalidad, Código Civil y Comercial de la República Argentina, Savigny, constitucionalización del derecho privado, argumentación jurídica.

## Proportionality Analysis and the Argentinian Private Law

### Abstract

The proportionality analysis is an argumentative mechanism that judges use to invalidate rules when they consider that their application would disproportionately affect a constitutional right. The new Civil and Commercial Code of the Argentine Republic gives wide recognition to the proportionality analysis when, in its first article, it orders judges to review the rules of the Code if their application resolves the case in disagreement with the provisions of the Constitution. This article studies the impact of this connection. I will describe Savigny's thought



considering the structure and dynamics of the legal relations (which had great influence on the development of the Argentine private law) to argue that the application of the proportionality analysis to private law cases mitigates three virtues of the system; legal certainty, the economy in decision making, and formal justice.

**Key words:** proportionality analysis, Civil and Commercial Code of the Argentine Republic, Savigny, constitutionalization of private law, legal argumentation.

## 1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la República Argentina establece, en su primer artículo, que las reglas del Código deben resolver los casos “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Como explica la Comisión Redactora del Código (Lorenzetti et al., 2015, cap. I), el artículo primero y concordantes receptan la llamada “constitucionalización del derecho privado”. Constitucionalizar el derecho privado es, en esencia, un mandato dirigido a los jueces, que requiere no aplicar la regla que tenga vocación de regular el caso si consideran que su aplicación contravendría lo dispuesto por la Constitución (CN). Aquí radica la conexión entre el derecho privado argentino y el análisis de proporcionalidad.

El análisis de proporcionalidad es, de hecho, un método de contralor constitucional. Su antecedente histórico inmediato se encuentra en decisiones de tribunales administrativos prusianos, que utilizaban el vocabulario de la proporcionalidad para resolver planteos contra reglamentos que afectaban libertades civiles o económicas (Cohen y Porat, 2010, pp. 271 y ss.). Durante la segunda mitad del siglo XX, el análisis alcanza una notable sofisticación, en parte por la creciente utilización por Cortes Constitucionales Europeas y en parte por el refinamiento técnico de teóricos como Robert Alexy. En esencia, el análisis afirma que toda disposición jurídica puede ser entendida como una medida que favorece a un principio constitucional y perjudica a otro principio contrario. Una medida que dé amplio reconocimiento a la protesta pública, por ejemplo, favorece el principio de la democracia, pero, al mismo tiempo, perjudica a la libertad de circulación. La misión del analista consiste en determinar si la medida evaluada logra el balance justo entre la satisfacción de un principio y la afectación del otro.

Aunque todavía no son muchos los casos en los que jueces de derecho privado apliquen el análisis de proporcionalidad, los juristas académicos no han hecho más que celebrar la conexión.<sup>1</sup> No solo la ponderación es vista como un

---

1 Entre los civilistas que promueven la teoría en Argentina se puede mencionar a Sosso (2018 pp. 24

método útil para la solución de casos difíciles, sino que hay quienes consideran que es algo así como el principal modo de resolver en el nuevo Código Civil y Comercial. Como un autor entusiasta lo expresó, “Lo que antes era subsunción hoy es, además y principalmente, ponderación; lo que antes era subsidiario, hoy es lo primordial” (Grajales, 2015, p. 1). De allí que

Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad. (Grajales, 2015, p. 1)

Estamos, concluye el autor citado, ante “una ‘vuelta de página’ a más de dos siglos de cómo entender el fenómeno jurídico en la República Argentina” (Grajales, 2015, p. 1).

Este trabajo tiene por propósito entender el lugar que tiene el análisis de proporcionalidad en el derecho privado argentino y analizar las consecuencias que este aterrizaje pueda llegar a dejar. Se trata, en efecto, de dos preguntas. Primero, ¿cuándo cabe aplicar el análisis? ¿Se trata de un método al que los jueces pueden recurrir cuando se topen con casos difíciles –vacío legal, antinomia o inconstitucionalidad– o es acaso un método de uso indiscriminado que sirve para diseñar, desde los principios constitucionales y los derechos humanos, la mejor decisión posible del caso? La segunda pregunta parte de pensar que el derecho privado argentino, iniciado con el Código Civil de Vélez Sarsfield, es tributario de una tradición que piensa que el derecho es una composición de categorías predeterminadas, sistemáticas, aplicables, que producen seguridad jurídica. ¿Qué le sucede a este derecho una vez que incorporamos un método de decisión como el análisis de proporcionalidad?

El artículo se divide en cuatro partes. Las dos primeras tienen por misión exponer la teoría del análisis de proporcionalidad. La primera introduce el análisis a través del estudio de un caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina: *Martínez de Sucre*. Comenzaré con este caso porque muestra cómo un tribunal de máximo grado local aplicó el análisis de proporcionalidad a un caso de derecho privado (daños y perjuicios). La segunda parte se orienta hacia la teoría de este método de toma de decisión. Aquí nos fijaremos en los pasos metodológicos que debe llevar a cabo el decisor. No obstante, la sección termina con una observación crítica. Diremos que la promesa del análisis de proporcionalidad no puede ser la de imparcialidad y predictibilidad. Estas

---

y ss.), Grajales (2015, pp. 1-14) y Guzmán (2015, pp. 1-9).

son expectativas que esperamos satisfagan otro tipo de sistema de derecho: el sistema de las reglas y su método subsuntivo. El gran baluarte del análisis de proporcionalidad se erige en el mundo de las decisiones complejas (antinomia, vacíos legales) y el pluralismo democrático. En este contexto, su contribución es que en situaciones donde resulta difícil decidir, el método obliga a que el juez exponga de una manera clara, franca y organizada los argumentos que lo llevaron a decidir de una manera, cuando podría haber sido de otra.

Las dos últimas partes intentan responder las cuestiones planteadas en este artículo. La tercera trata sobre los límites del análisis en el Código Civil y Comercial. Aquí argumentaré que es, en efecto, plausible construir una regla que limite su radio de aplicación. Se puede establecer, por ejemplo, que el análisis de proporcionalidad procede *solo* ante lagunas, antinomias o inconstitucionalidades manifiestas. Sin embargo, observaré que es más coherente con la filosofía del nuevo código, y con los requerimientos y presupuestos del análisis, concluir que el análisis de proporcionalidad siempre puede proceder. En otras palabras, muy bien puede suceder que un juez se encuentre con una regla de derecho que, previendo una solución aceptable para el caso, sea susceptible de mejora. Aunque no haya manifiesta inconstitucionalidad, el juez puede recurrir al análisis de proporcionalidad para optimizar la calidad de la solución que le da al caso concreto.

La cuarta y última parte de este artículo indaga acerca de lo que se pierde y se gana con este nuevo método. Resumiré el pensamiento de Savigny relativo a la estructura y dinámica de las relaciones jurídicas –que tuvo gran influencia en el desarrollo del derecho privado argentino– para concluir que una característica esencial del derecho privado es la interconectividad de sus categorías. Esa interconectividad explica tres propiedades virtuosas del derecho privado: la seguridad jurídica, la economía en la toma de decisión y la justicia formal. Mi argumento será que esas tres virtudes del sistema se mitigan ostensiblemente una vez que se incorpora al análisis de proporcionalidad.

## **2. El caso *Martínez de Sucre***

Un funcionario público emitió declaraciones en distintos medios de comunicación en las que cuestionaba el desempeño de un fiscal de Estado, diciendo cosas como que era “cómplice” de “intereses económicos” que habían “vaciado la provincia” y que peticionaría a la legislatura que se le promoviera un juicio político. El fiscal de Estado interpuso una demanda por daños y perjuicios.

Tanto el magistrado de Primera Instancia como la Cámara de Apelación local y el Superior Tribunal de Provincia hicieron lugar a la demanda, condenando al demandado a abonar una suma de dinero en concepto de daño moral. Por voto mayoritario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió revocar la decisión del tribunal provincial rechazando la demanda por considerar que no se verificaban los presupuestos de la responsabilidad civil.

La mayoría que decidió el caso se formó con el voto conjunto de los jueces Rosenkrantz y Highton de Nolasco, por un lado, y el voto separado del juez Rosatti. El voto de Rosenkrantz y Highton procede desde el análisis de una consolidada doctrina judicial, que distingue el tratamiento jurídico de lo que serían aserciones de hecho (por ejemplo, “Martínez está usando una remera roja”) y opiniones de valor (“Martínez ejerce mal su función de fiscal”). Los jueces concluyeron que los dichos del demandado calificaban como opiniones de valor y que, a juzgar por las reglas que rigen ese tipo de declaraciones, cabía eximir al demandado de responsabilidad civil. Se trata de un típico razonamiento subsuntivo. En su voto por separado, el doctor Rosatti concordó con los jueces preopinantes respecto a que los dichos del demandado calificaban como juicios de valor (ver su considerando 7) y a que no cabía imputarle responsabilidad por daños. Lo que resulta llamativo es que, en lugar de adherir al (a mi juicio, no controvertido) voto y ya, Rosatti decidió escribir un voto propio, en el que emite “un juicio de ponderación”.

*Martínez de Sucre* ha dado lugar a una serie de comentarios. En nuestro contexto importa no solo porque, como se advierte, incluye un voto que resuelve un caso de derecho privado (daños y perjuicios) desde el análisis de proporcionalidad, sino también porque un tercer voto –el del doctor Lorenzetti– utiliza el mismo método de la proporcionalidad, pero para resolver de manera contraria a la de Rosatti. En el siguiente apartado estudiaremos estos votos contrarios con la intención de analizar cómo los jueces supremos usan este razonamiento en un caso de derecho privado.

## 2.1. El voto de Rosatti

No se puede decir que el voto del doctor Rosatti sea uno en el que, de manera lineal y con claridad, se lleve a cabo un análisis de proporcionalidad. Sin embargo, el vocabulario de la teoría es ubicuo. Rosatti advierte que en el caso se presentan “derechos en tensión” (considerando 6, segundo párrafo). De un lado, “el derecho de libertad de expresión”, por el que el demandado podría

manifestarse críticamente respecto al desempeño de un funcionario público, y, del otro lado, “el derecho al honor y a la reputación profesional del actor”, que debe ser tutelado por el régimen de responsabilidad civil. El “conflicto” entre estos derechos se evidencia “en la medida en que” ambos derechos ostentan igual “jerarquía constitucional”, además de ambos estar reconocidos por sendos tratados de derechos humanos<sup>2</sup> y autorizada doctrina.<sup>3</sup> En este contexto, aparece la necesidad de la ponderación:

Que ante el reconocimiento constitucional explícito de ambos derechos y su inserción en un sistema constitucional que no reconoce derechos absolutos y propicia un equilibrio armónico en su ejercicio, la dilucidación de un conflicto o tensión entre ambos requerirá la ponderación de: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de uno justifica la restricción del otro. (Considerando 8)

En este lúcido párrafo, Rosatti nos presenta los presupuestos del juicio de proporcionalidad –la presencia de un conflicto de derechos igualmente válidos– y su pretendida necesidad teórica: ante un conflicto de derechos de igual valor, lo que corresponde es encontrar una solución armonizada. Esta armonía se logra a través de una ponderación, que se lleva a cabo con la consecución de los pasos i), ii) y iii), que, como veremos, son los pasos de la teórica dominante en la doctrina nacional.

Con todo, habiendo escogido este método de búsqueda, Rosatti no procede, como uno esperaría, a andar por el camino descripto. No procede, en otras palabras, a analizar el grado de afectación del honor del demandado (paso i), la importancia de la satisfacción de la libertad de opinión (paso ii) y si el cuidado del honor del demandante en el caso concreto justifica la restricción de la libertad de opinión del demandado (paso iii). Rosatti, por el contrario, se embarca en un razonamiento sinuoso y complejo, poco asimilable a los pasos anteriormente des-

---

2 Por un lado, menciona el artículo 33 de la Constitución Nacional y, a través del artículo 75, inciso 22 de la CN, los artículos 11 y 13.2.a del Pacto de San José de Costa Rica, los artículos 17 y 19.3.a. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por el otro, menciona los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional y, a través del artículo 75, inciso 22 de la CN, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto de San José de Costa Rica y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (considerando 6).

3 Ver citas en considerando 7.

criptos.<sup>4</sup> De todas maneras, su conclusión es que la sentencia bajo análisis “constituye una restricción indebida al ejercicio de la libertad” (considerando 12).

## 2.2. El voto de Lorenzetti

En líneas generales, el razonamiento del doctor Lorenzetti es más lineal que el de Rosatti. Ya al comienzo de su argumentación, nos dice “Que el presente caso plantea la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor” (considerando 6, primer párrafo). Y agrega:

Que el equilibrio se logra cuando se permite el máximo ejercicio del derecho de crítica con la menor lesión al honor de las personas, es decir, sin efectuar imputaciones falsas de delitos o agravios innecesarios. (Considerando 6, segundo párrafo)

En otras palabras, la ponderación, para Lorenzetti, busca amplificar una libertad (“el máximo ejercicio del derecho de crítica”) minimizando daños a un derecho (“la menor lesión al honor de las personas”). Considera que no habrá lesión del honor si no hay “imputaciones falsas de delitos o agravios innecesarios”, lo que se determina desde el punto de vista de “lo que harían personas del mismo medio en similares situaciones, obrando de buena fe” (considerando 6, segundo párrafo). En otras palabras, para entender lo que es una expresión agravante, debemos estar a los usos y sensibilidades de las personas tipo en los contextos en los que los dichos bajo análisis tuvieron lugar. Luego de citar fallos que apoyan sus tesis (considerando 6, tercer párrafo), dice que “para aplicar este juicio de ponderación, cabe delimitar los hechos probados en la causa” (considerando 7).

En su descripción de los hechos, Lorenzetti dedica un prolongado espacio para transcribir las declaraciones de Martínez (considerando 7) y de inmediato concluye que de los

hechos se desprende que el demandado involucró al actor en pactos de impunidad, acusándolo de cómplice de una estafa a los trabajadores, de no haber actuado frente a irregularidades que llegaron a su conocimiento y que incluso habrían contado con su anuencia [las que] constituyen expresiones insultantes que exceden los límites del derecho de crítica y a la libertad de expresión por parte del demandado, ofendiendo la dignidad y decoro del actor. (Considerando 8)

---

4 Ver considerandos 8 al 12. Un análisis pormenorizado de la decisión se puede encontrar en Habib (2022).

### 2.3. Mismo método, soluciones encontradas

Aquí, dos votos sobre un mismo caso. Ambos apelan al vocabulario de la ponderación, pero concluyen en contrario.

A decir verdad, después de varias lecturas del fallo, no estoy seguro de si acaso Rosatti y Lorenzetti están haciendo lo mismo. Ambos utilizan un vocabulario afín: hay “derechos en tensión”, hay “un sistema constitucional que no reconoce derechos absolutos” y hay “un juicio de ponderación”. Pero la manera en la que plantean la búsqueda difiere. Para Rosatti, la pregunta consiste en determinar “si la satisfacción de [un derecho] justifica la restricción del otro”. Lorenzetti, en cambio, entiende que la ponderación “se logra cuando se permite el máximo ejercicio del derecho de crítica con la menor lesión al honor de las personas”. La clave de la diferencia radica en lo siguiente: en el razonamiento de Lorenzetti, es más evidente que el operador toma partido respecto al derecho que es más importante. Si la cuestión consiste en maximizar X afectando a Y de la menor manera posible, es evidente que para el operador X es más importante que Y (lo contrario sucedería si se dijera que la misión consiste en maximizar la tutela del honor, minimizando la afectación de la libertad). No sé si esta elección previa aparece manifiesta en la estructura del método de Rosatti, tal y como lo propone. El magistrado no habla de maximizar un derecho sin afectar otro, sino de si acaso se justifica la satisfacción de un derecho dada la restricción de otro.

De todas maneras, la diferencia es aparente. Como se hará más evidente en el próximo apartado, la clave está en entender que aun cuando se parta de un intento de maximización de una cosa por sobre otra, siempre debemos de elegir un escenario de entre varios posibles. Para maximizar X, afectando lo menos posible a Y, hay que imaginar varios supuestos. Por ejemplo, con la medida 1 se maximizará X en un grado  $4/5$  y perjudicará a Y en un grado  $1/5$ . Con la medida 2 se maximizará X en un grado  $4/5$  y se perjudicará a Y en un grado  $2/5$ . Ese análisis de posibles escenarios es el que enseñan los teóricos del método que postulan la premisa propuesta por Rosatti (determinar “si la satisfacción de [un derecho] justifica la restricción del otro”). Como se verá, siempre es necesaria la elección de un escenario en lugar de varios otros.

### 3. La teoría estándar

Enseña Laura Clérico (2018, pp. 160-162)<sup>5</sup> que el examen de proporcionalidad requiere, como medida preparatoria, que el analista acomode el caso que se le presenta a ciertas categorías de trabajo, que son tres:

1. Debe haber un *principio* o derecho afectado. Se le suele llamar P1.
2. Debe haber una *medida* que afecta a P1. Se le llama M.
3. Debe haber un *principio* o derecho que es tutelado por M. Se le llama P2.

Ilustremos esto con una reconstrucción del caso *Martínez de Sucre*. El principio o derecho afectado (P1) sería la libertad de expresión del demandado José Carlos Martínez. La medida M, que afecta a P1, es la obligación impuesta por parte de los tribunales locales, en cabeza del demandado, de indemnizar el daño sufrido por Martínez de Sucre a causa de las declaraciones críticas respecto a su actuar como funcionario. La obligación de resarcir (M) afecta la libertad de expresión (P1) en tanto que su establecimiento como parte del derecho positivo significa, para los sujetos de derecho, que hablar como lo hizo el demandado es una conducta antijurídica, causa de una pena pecuniaria. El derecho (P2), que es tutelado por la obligación resarcitoria M, es el derecho al honor de Martínez de Sucre.

Así las cosas, el análisis de proporcionalidad busca determinar si la medida M es procedente. La pregunta es: ¿es más lo que se gana (con la protección de P2) que lo que se pierde (con la no protección de P1)? Puesto de otra manera: la medida M protege a P2 menguando a P1. ¿Queremos eso? ¿O acaso preferimos no menguar a P1, aun cuando P2 quede sin tutela? A estas preguntas, los teóricos del análisis de la proporcionalidad la responden luego de articular el problema de una manera mucho más sofisticada. El análisis cuenta con tres pasos.<sup>6</sup>

---

5 Debido a la abrumadora cantidad de literatura sobre el tema, ceñiré mi resumen de la teoría a la exposición vertida en dos trabajos. Primero, el de Laura Clérico (2018), que es una referente global de la teoría. Además, es probablemente quien más esfuerzos hizo por establecerla en Argentina. La obra citada resume, sistemáticamente, muchas de sus contribuciones al desarrollo de la teoría y a su contextualización en Argentina y Latinoamérica. El segundo trabajo es Alexy (2008), quien expone de una manera clara y concisa su concepción del análisis de proporcionalidad y rebate la crítica más intuitiva que se le pueda hacer desde un punto de vista jurídico. El trabajo es claro, además, por su aparición en un periódico de altísima difusión entre abogados argentinos; estimo que será el que se termine imponiendo como doctrina nacional.

6 Ver Alexy (2008b, p. 2) y Clérico (2018, pp. 169-185).



### 3.1. La idoneidad de la medida

El primero es el llamado “análisis de idoneidad”. Este análisis pregunta si la medida M logra, con efectividad, su propósito de tutelar el derecho P2. ¿Es la obligación resarcitoria idónea para tutelar el derecho al honor? Podríamos concluir que sí, pues, como se dijo, el establecimiento de obligaciones resarcitorias para dichos como los de Martínez tienen un doble efecto: por un lado, marcan la conducta con el calificativo de “antijurídico” (lo que para muchos está asociado a lo inmoral), y, por el otro, disuaden a la población de decir cosas de ese estilo (pues nadie quiere andar pagando indemnizaciones).

En esta coyuntura cabe pensar que si bien M surte su efecto, existen medidas más efectivas. Piénsese, por ejemplo, en el establecimiento de un daño punitivo. Esta medida es, como la obligación resarcitoria, impuesta ante un ilícito civil, pero (estimamos) surte efectos aún más disuasorios, puesto que impone indemnizaciones más elevadas. Además, podríamos decir que, en lugar de una sanción civil, se podría establecer una sanción penal, que calificaría a la conducta no ya como un ilícito civil (de persona a persona), sino como un tipo penal (de un ciudadano a su comunidad), ¡que es más fuerte! y cuya pena, al ser más violenta (no te piden que pagues, sino que te encierran) tendría efectos aún más disuasorios.

### 3.2. La necesidad de la medida

El segundo examen es el de “necesidad”, que consiste en investigar si acaso existe una alternativa a M que tutele P2, pero que no afecte (o afecte menos) a P1. ¿Existe una medida legal que cumpla con el propósito de tutelar al derecho al honor (tanto o más que las obligaciones resarcitorias) y, a su vez, no afecte la libertad de expresión, o la afecte menos que lo que la afectan las obligaciones resarcitorias?

Para ser sinceros, sí podemos imaginar tales medidas. Imaginemos que el tribunal obligara a Martínez a reconsiderar el lenguaje en el que expresó sus críticas y a dar públicas explicaciones sobre el sentido de sus críticas, en un lenguaje respetuoso, y a que finalmente ofrezca disculpas al demandante si este se sintió personalmente ofendido por su lenguaje inapropiado. Esta medida, podemos decir con certeza, apunta a proteger el derecho al honor. Si bien no conlleva en sí un correctivo de tipo pecuniario (como la obligación resarcitoria), acongoja y ofrenda el honor del ofendido. Del otro lado, esta medida agravaría menos a la libertad de expresión que M. Si se piensa correctamente, el mensaje para la

ciudadanía es que las personas pueden decir lo que quieran siempre y cuando utilicen un lenguaje respetuoso.<sup>7</sup> Esta medida, concluyo, afecta menos a P1 que M. Sin embargo, supongamos que mi ejemplo es absurdo y demos por “necesaria” a M para así poder pasar al tercer y último paso.

### 3.3. La proporcionalidad de la medida

El último momento del análisis es el llamado “análisis de proporcionalidad en sentido estricto”. Aquí intentamos determinar si la medida M (que consideramos idónea y necesaria) es justificable y, por lo tanto, procedente. La pregunta es ¿la ganancia en P2 justifica la pérdida en P1? Los teóricos de la proporcionalidad articulan este análisis en los dos términos siguientes: primero, estipulan que la pérdida o afectación de P1 está graduada y que la ganancia o importancia de P2 también está graduada. En otras palabras, existen grados tanto de perjuicio (a P1) como de beneficio (en ganancia de P2); en segundo lugar, estipulan que hay tres grados de ganancia/pérdida –grave, mediano y leve– y que a cada uno de estos términos le corresponde un cómputo. Al grado grave le corresponde el 4; al mediano, un 2; y al leve, un 1.

En consonancia con estos términos, podría decirse que caben nueve posibilidades:

1. Afectación de P1 de peso grave (4) con satisfacción de P2 de peso grave (4).
2. Afectación de P1 de peso grave (4) con satisfacción de P2 de peso mediano (2).
3. Afectación de P1 de peso grave (4) con satisfacción de P2 de peso leve (1).
4. Afectación de P1 de peso mediano (2) con satisfacción de P2 de peso grave (4).
5. Afectación de P1 de peso mediano (2) con satisfacción de P2 de peso mediano (2).
6. Afectación de P1 de peso mediano (2) con satisfacción de P2 de peso leve (1).
7. Afectación de P1 de peso leve (1) con satisfacción de P2 de peso grave (4).
8. Afectación de P1 de peso leve (1) con satisfacción de P2 de peso mediano (2).
9. Afectación de P1 de peso leve (1) con satisfacción de P2 de peso leve (1).

Así enmarcado el asunto, por último, se preguntan si la satisfacción de P2 está en proporción con la restricción de P1.<sup>8</sup> Lo que corresponde hacer, entonces, es dividir el grado de afectación de P1 con el grado de importancia de

7 Aunque si se piensa desembarazadamente, también nos dice: “Digan lo que quieran, total, después piden disculpas”.

8 Conf. Alexy (2008b, p. 2).

P2, de modo que obtendremos diversos resultados; verbigracia 1 (resultado de 4/4), 2, 4, 0.5, 1, 2, 0.25, 0.5, 1 (resultado de 1/1). La prioridad de P1 queda expresada con los resultados de peso mayores a 1; y la prioridad de P2, por los resultados de peso menores que 1. De modo que en los casos 1, 2, 3, 5, 6 y 9 debemos priorizar P1, mientras que en los casos 4, 7 y 8 debemos priorizar P2.

Volvamos a *Martínez de Sucre* y estimemos que el grado de afectación de la libertad de expresión es *mediano*. No es grave, puesto que sí es razonable pensar que se podrían decir cosas peores de un funcionario en medios de comunicación del tipo en el que Martínez se expresó. Tampoco es leve, porque, como se desprende del voto del doctor Lorenzetti, Martínez podría haber utilizado un lenguaje más atinado, acorde a la investidura de un funcionario público.<sup>9</sup> Por ello, juzgamos que la afectación de la libertad de expresión de Martínez es de un 2. No es de un 4 (grave) ni es de un 1 (leve).

Digamos, por otro lado, que la importancia de la satisfacción del derecho al honor de Martínez de Sucre también es mediana. No es leve, puesto que de Martínez de Sucre fue dicho que interviene “en pactos de impunidad” y que es “cómplice de una estafa a los trabajadores”. Pedirle absoluta tolerancia por haber asumido una función pública es, como dice Lorenzetti, pedirle que soporte “estoicamente cualquier afrenta a su honor”,<sup>10</sup> lo que no puede ser procedente. Y digamos que la ofensa que se le profirió tampoco es de lo más grave, puesto que Martínez de Sucre no sufrió insultos personales, desvinculados de su que-hacer como funcionario público. Una persona que goza del estatus que otorga la condición de fiscal de Estado debe asumir el riesgo de poder llegar a estar

---

9 Esto es expresado en varios momentos de su razonamiento: “Es evidente que la mayoría de quienes ejercen el derecho de crítica, ocupen o no cargos públicos, lo hacen sin que sea imprescindible agredir mediante descalificaciones agraviantes. Más aún, el debate democrático se degrada cuando se priorizan los agravios personales por sobre la crítica acerca de un acto funcional” (considerando 6 del voto del doctor Lorenzetti). Más adelante sostiene que los dichos de Martínez “constituyen expresiones insultantes que exceden los límites del derecho de crítica y a la libertad de expresión por parte del demandado, ofendiendo la dignidad y decoro del actor” (considerando 8). Y opina que “la trascendente garantía constitucional de la libertad de expresión, no puede traducirse, al amparo de ningún entendimiento dogmático, en un derecho al insulto o a la vejación gratuita e injustificada” (considerando 10). Por lo que concluye que “resulta claro, por lo tanto, y con arreglo a estas consideraciones que los términos utilizados por el demandado, deben considerarse insultos, y difieren de las opiniones, críticas, ideas o juicios de valor que podrían efectuarse respecto de un funcionario público, por lo que los precedentes invocados por el recurrente no son aplicables al sub examine” (considerando 10).

10 Considerando 9 del voto del doctor Lorenzetti. Lo mismo dice en su considerando 22 el doctor Maqueda, quien no emite un juicio de ponderación. Su razonamiento es convencional, es decir, parte de un análisis de las reglas que considera aplicables, y las aplica al caso para concluir que la responsabilidad civil es procedente.

en boca de otros funcionarios y de la ciudadanía.<sup>11</sup> Por ello, juzgamos que la importancia de la satisfacción del derecho al honor de Martínez de Sucre es de un 2. No llega al 4 (grave) ni tampoco merece un 1 (leve).

Ahora llega el momento de la “ponderación en sentido estricto”. Cabe investigar si la satisfacción del derecho de libertad (que es mediana, de un 2) está en proporción con la restricción del otro derecho (que también es mediana, de un 2), según la medida M (que establece una obligación de resarcir en cabeza de Martínez). La fórmula se presenta de la siguiente manera:  $2/2=1$ . Estamos ante un caso de empate. Alexy entiende que en los empates no se debe revisar la medida (o, lo que es lo mismo, el vencedor debe ser P2).<sup>12</sup> De allí que, según este análisis, sí se debió imputar una obligación resarcitoria a José Martínez o, lo que es lo mismo, no asiste razón al voto de la mayoría de la Corte Suprema argentina.

### 3.4. La cuestión de la subjetividad

En su muy difundido artículo,<sup>13</sup> Robert Alexy (2008b) se dispone a contestar dos objeciones que Jürgen Habermas hiciera sobre el análisis de proporcionalidad. Ambas apuntan a la discrecionalidad que les otorga el análisis a los jueces que lo articulan. Al no tratarse de subsumir un hecho en una regla que contempla el hecho, el método no puede ser calificado de método que permite arribar a juicios correctos. Al no gozar de esa posibilidad, el método tampoco goza de la propiedad de generar soluciones objetivas. Esta propiedad es algo que un método de decisión jurídica desea tener. Un método que carece de ello, como dice Alexy (2008b, p. 2), recibe un golpe que lo tira fuera del ámbito del derecho constitucional.<sup>14</sup>

Este autor cree dotar de objetividad al análisis de proporcionalidad al otorgarle un lenguaje técnico, sofisticado y claro. Lo hace, primero, al desarrollar su análisis de tres pasos (el primero “establece los grados de insatisfacción o

11 Este argumento es esgrimido por Rosatti en su considerando 13 y por el voto conjunto de Rosenkrantz y Highton de Nolasco en su considerando 13.

12 Alexy (2008b, p. 3) da por entendido que en un caso análogo de empate (caso *Titanic* de la Corte Constitucional de Alemania) corresponde no hacer prosperar el recurso y, por lo tanto, dar prioridad al derecho protegido por la medida que se intenta revisar.

13 Ídem.

14 El Prof. Guibourg (2011) expresa el punto de manera clara: “Dada la necesidad de una base moral para justificar el razonamiento práctico y, por lo tanto, un razonamiento jurídico acorde con el no-positivismo incluyente, se requiere alguna clase de conocimiento moral objetivo” (p. 5).

detrimento de un primer principio”, el segundo “establece la importancia de satisfacer el principio opuesto” y el tercero “se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio”), y segundo, al estipular medidas computables para los grados de insatisfacción e importancia de los derechos (leve, mediana, grave, que equivalen a 1, 2 y 4, respectivamente). Esta sofisticación, sin lugar a dudas, agrega maleabilidad al método y trazabilidad a la decisión tomada. Es cierto también que la manera clara e inteligible en la que procede –su mecánica– genera en el observador la sensación de seguidilla lógica que suele ser atribuida al razonamiento subsuntivo. Quizá fue esa búsqueda la que motivó la teorización.

Con todo, creo no desconocer el momento “discrecional” y “subjetivo” que achacan las críticas que Alexy intenta contestar. Esto sucede en el momento de la calificación del grado de afectación e importancia de los derechos en pugna. Puesto sucintamente, lo que para uno puede ser una afectación grave a un derecho (como la libertad de expresión) para otro puede ser una afectación leve. De igual manera, para ciertas personas el honor es de máxima importancia (siendo cualquier ofensa reprobable), mientras que para otros no es tan importante. Los votos de Rosatti y Lorenzetti dan prueba de mi punto. Hagamos el ensayo.

Rosatti concluye que no cabe imputar una obligación resarcitoria a Martínez de Sucre. Esto, en lenguaje técnico, equivaldría a decir que, para él, el grado de afectación de la libertad de expresión que se da con la medida resarcitoria es mediana o grave, mientras que el grado de protección que merece el honor es leve o mediano. Del otro lado, Lorenzetti, que concluye que sí cabe imputar una obligación resarcitoria a Martínez de Sucre, debió por fuerza haber calificado el asunto de manera distinta. Para él, la importancia del honor en este caso concreto es mediana o grave, mientras que la importancia de la libertad de expresión es leve. Estas disquisiciones teóricas no resultan arbitrarias si se observan los fallos. Lorenzetti enfatiza la vulgaridad del vocabulario utilizado por el demandado y arguye que los funcionarios públicos no tienen por qué estoicamente soportar ese tipo de críticas (ver notas 9 y 10). Del otro lado, Rosatti enfatiza que las críticas apuntaban a la actividad pública del fiscal y que este, al ser un funcionario público, aceptó tácitamente someterse al escrutinio público (ver su considerando 13). Son visiones distintas de un caso que varían, naturalmente, según la sensibilidad, proveniencia, aspiraciones, ideologías, momento y otro cúmulo de factores solo académicamente distinguibles que influyen los juicios morales de las personas.

Quizás sea que objetividad en este campo connota algo distinto a lo que esta-

mos acostumbrados a pensar.<sup>15</sup> Después de todo, la teoría no deja de ser loable si su intención es solo iluminar intereses que se enfrentan en un litigio y ordenar que se exprese la ponderación que llevó a una decisión. Así lo reconoce su mayor expositora en Argentina.<sup>16</sup> El valor de esta teoría, entonces, no es tanto la seguridad jurídica, sino el orden, la claridad y la transparencia.

#### 4. Los límites del análisis en el Código Civil y Comercial

Ahora cabe preguntarse acerca del lugar que ocupa el análisis de proporcionalidad en el derecho privado argentino. ¿Se trata de una herramienta de uso excepcional o está allí dispuesta para un uso discrecional de la judicatura? ¿Es posible precisar una regla que determine cuándo corresponde recurrir a este modo de justificar decisiones judiciales?

La pregunta no ha sido respondida de modo frontal por la doctrina.<sup>17</sup> Nosotros, desde ya, podemos enunciar ciertas obviedades. Primero, no es razonable decir que “el análisis de proporcionalidad no debería proceder en ningún caso”, ya que está siendo aplicado por los tribunales nacionales y no encontramos razones de peso como para poner en crisis ese hecho, aunque haya

---

15 Quizás sea, como explica el profesor Guibourg (2011), que: “De acuerdo con Alexy, dentro de este campo la objetividad no es lo mismo que la posibilidad de prueba, como en matemáticas o en ciencias naturales. El objetivo es encontrar algunos elementos de razón, argumentos racionales, en algún punto intermedio entre la prueba y la arbitrariedad. Si hay un argumento racional, hay objetividad, aun si algunos interrogantes son controvertibles. De este modo, si tenemos buenos argumentos a favor y en contra de una solución, y si un tribunal decide de acuerdo con un conjunto de buenos argumentos, tal decisión se adopta objetivamente” (p. 3).

Sin embargo, en mi opinión, la palabra “objetivo” requiere, por su carga semántica, de una definición menos generosa acerca de lo que puede calificarse como objetivo. Schlag (2002) captura de manera vívida esta problemática: “Balancing often appears aesthetically incomplete and intellectually unsophisticated. Its successes or failures depend crucially upon the intelligence and sensitivity of the particular judge who actually does the balancing work. Balancing effectively defers to the judge the resolution of the key difficulties. She must decide what values to attach to the various interests, considerations, and factors. This exercise in valuation can be a formidable task because it is often unclear how the various factors can fit on the same scale. Then too, the very articulation of the terms to be balanced against each other skews the judgment to be made. Not surprisingly, in some cases, the balance struck can seem so precarious that if one were to reverse the court’s balancing exercises, the opinion might still be just as persuasive” (p. 1073, citas omitidas).

16 Como dice Clérico (2018), “*Mi propósito es rescatar la importancia del examen de razonabilidad como un procedimiento de argumentación preocupado por comprender el problema que se discute y examinar las razones que se alegan*” (pp. 151-152, cursivas en el original).

17 Los trabajos que tratan el análisis de proporcionalidad y el derecho privado siquiera hacen referencia a la cuestión. Ver literatura citada en nota 1. Los comentaristas del Código Civil y Comercial, en los diversos comentarios que a la fecha aparecieron, tampoco intentan resolverla.

argumentos.<sup>18</sup> En segundo lugar, aceptamos una tesis que diga “el análisis de proporcionalidad procede en los casos en los que no hay regla que contemple el supuesto de hecho (vacío legal) o en los que hay más de una regla con vocación de regular el mismo caso (antinomia)”. La Corte Suprema ha dado por sentado ese criterio.<sup>19</sup> Nosotros lo aceptamos, pues, como hemos visto, el análisis es una herramienta útil para producir soluciones razonadas cuando no las hay.

Podemos todavía avanzar hacia la aceptación de una tercera tesis: “corresponde recurrir al análisis cuando exista una regla que contemple el caso, pero cuya aplicación al caso sea inconstitucional”. Esta tesis es aceptable desde los dos puntos de vista que se encuentran en tensión. Desde el punto de vista del derecho público, estamos ante una cuestión obvia. El sistema jurídico argentino ha establecido un control judicial de constitucionalidad sobre las leyes inferiores a la Constitución, como lo es el Código Civil y Comercial. El análisis de proporcionalidad es un modo de control de constitucionalidad. Luego, este sirve para controlar la constitucionalidad de las normas de derecho privado. Desde un punto de vista interno al derecho privado, la tesis es aceptable desde el momento en que el mismo Código Civil recepta la llamada constitucionalización del derecho privado. Esto lo hace en su primer artículo, que dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”.

De lo dicho se puede concluir que el análisis de proporcionalidad procede tanto en casos de vacío legal y antinomia como en casos de inconstitucionalidad. Aquí radica el asunto de esta parte. Quiero cuestionar las limitantes. Varios elementos indican que en el nuevo Código Civil y Comercial no es necesario condicionar al juzgador a embarcarse en la tarea de argumentar que la aplicación de una regla a un caso es inconstitucional para recién poder aplicar el análisis de proporcionalidad. Para ello, elaboraré tres puntos. Primero diré que los requisitos de procedencia del examen de constitucionalidad, tal y como están planteados por la doctrina constitucional, y el derecho privado son

---

18 Ver discusión en Andrade (2018).

19 El criterio según el cual el análisis procede cuando no hay solución legal es mencionado en el considerando 8 del voto del doctor Lorenzetti en el caso *Rodríguez, María Belén vs. Google Inc.*, de la Corte Suprema de Justicia. Dice: “Que, a los fines de abordar los agravios planteados, corresponde señalar que, en ausencia de una regla de derecho determinada que prevea una solución específica, el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por las partes”.

bastante laxos. Segundo, diré que las sentencias de derecho privado en las que el análisis de proporcionalidad se aplica pueden, ciertamente, ser leídas como una realización y, por tanto, especificación de estos criterios generales. En este sentido, se podría decir que es la práctica de revisión por parte de la judicatura la que enseña cuándo debe proceder el análisis de proporcionalidad. Para entender cuándo procede, hay que imbuirse en la cultura judicial. Sin embargo, diré en un tercer momento que, ante esta práctica de una revisión excepcional instituida en la cultura judicial, se enfrenta una tesis amplia, que entiende que el análisis procede en todos los casos. Diré que esta tesis se condice tanto con el espíritu que autorizada doctrina ha leído en el código como con los presupuestos y elementos del análisis de proporcionalidad.

#### 4.1. Sobre las (in)constitucionalidades

La doctrina constitucional argentina es conteste en cuanto a que la revisión del derecho legislado procede cuando la aplicación de una regla al caso produce gravámenes al derecho subjetivo del titular reclamante.<sup>20</sup> Califican esta proposición diciendo que la declaración de inconstitucionalidad debe ser considerada como “la última ratio del orden jurídico”. Esto significa que procede solo “cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados y se requiere que tal repugnancia sea “manifiesta, clara e indudable”.

Esta idea de la excepcionalidad del control de constitucionalidad (de ahora en más, del análisis de proporcionalidad) ha sido tomada y desarrollada por los mismos redactores del Código Civil y Comercial. Esto sucede en los *Fundamentos* al mismo código, en el comentario al artículo primero recién citado. En efecto, la Comisión Redactora dice que el Código “impone la regla de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si esta puede ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo siquiera uno de ellos conforme con la Constitución”.

Es que “constituye acendrado principio cardinal de interpretación que el juez debe tratar de preservar la ley y no destruirla”, por lo que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto es, como dice la Corte Suprema, “la última ratio del ordenamiento jurídico” (Lorenzetti et al. 2015, III “Titulo Preliminar”, 4.1 “Las Fuentes”).

---

20 Ver la clásica exposición de Bidart Campos (2007, pp. 456-462). Entre los más jóvenes, ver Ylarry (2019, pp. 45-86).



A mi entender, estas ideas presentan ciertas complicaciones. Son muy limitados los casos que puedo imaginar en los que, primero, la norma regule el caso concreto y, segundo, no exista interpretación constitucional alguna para defender la aplicación de la regla al caso. Desde ya podríamos decir que toda aplicación de una regla a un caso que es regulado de antemano por la misma regla responde al menos a un valor constitucional: el principio de legalidad (y al de la división de los poderes, al debido proceso, etc.). Sin embargo, mi punto es otro. Es muy difícil encontrar una norma que haya resultado incluida en un código como el argentino (que no ha sido escrito por un jurista, sino que ha sido consensuado por varios juristas y discutido ampliamente por la política y la sociedad) y que esta no sea defendible por alguno de los muchos, generales y tan diversos principios de derecho que una constitución como la argentina reconoce. Se lo puede pensar de la siguiente manera.

Los preceptos del Código que continúan con la tradición decimonónica pueden ser leídos como corolarios de los principios originarios de la Constitución de 1853 (que defiende la propiedad privada (artículo 17), las libertades económicas (artículo 14) y la autonomía de la voluntad (artículo 19)). Para las disposiciones del Código que respondan a valores comunitarios como la familia y la asociación, está el artículo 14 bis de la Constitución, tributario del pensamiento político y social de mediados del siglo XX. El mismo artículo, sumado al Pacto de los Derechos Sociales y Políticos (hecho constitucional por el artículo 75, inciso 22) contempla todo el derecho privado social (derecho laboral, beneficios del locatario de vivienda, etc.). Por último, la constitución argentina reconoce expresamente el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 42), el derecho a un ambiente sano (artículo 43) y una serie interminable de derechos liberales progresistas (como la no discriminación, los derechos del niño, las políticas de género, entre otros derechos reconocidos en los tratados de derechos humanos constitucionales del artículo 75, inciso 22.). Y así, aunque el caso de un mutuo con una elevada tasa de interés sea para muchos inválido a razón del derecho del consumidor (artículo 42 de la CN) o de los valores cristianos (el artículo 1 de la CN adhiere a la religión católica), el caso no deja de condecirse con el principio de la santidad de los contratos (959 del Código y los artículos 17 y 19 de la Constitución), la que, al decir de los Fundamentos del Código Civil y Comercial, constituye una “interpretación posible”, “conforme con la Constitución”.

El punto es este: ¿existen tantos derechos constitucionales, de tan distinto carácter (individualistas, socialistas, comunitarios, progresistas), y estos son tan

generales que, utilizados como principios de justificación, permiten fundamentar casi cualquier regla (que haya sido lo suficientemente decente como para ser incorporada en un código civil)!

## 4.2. Las sentencias de los jueces

Si bien es cierto que los requisitos de procedencia del control de constitucionalidad son abstractos, también lo es que hay una manera de considerarlos especificados. Esta es: mirando la práctica jurisdiccional de declaración de inconstitucionalidad. Esa práctica da vida al requerimiento de enfatizar el menoscabo de un derecho subjetivo, de generar “una convicción cierta” de que la aplicación de la ley al caso “conculca el derecho o la garantía constitucional invocados” de manera “manifiesta, clara e indudable”. Quien quiera aprender a identificar tales menoscabos debe hacerse de la casuística, imbuirse en la práctica jurisdiccional. Esta tesis, en los hechos, puede ser correcta. Tal es así que si se leen los pocos casos disponibles, en los que el análisis de proporcionalidad se aplica a una disputa privada, se encuentran ciertas referencias que indican un claro entendimiento, por parte de los jueces, de que es en ese excepcional caso (¡no en todos!) en el que corresponde aplicar el análisis para declarar la inconstitucionalidad de la regla. Estudiemos dos casos característicos.

El primero es un caso de derecho de familia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe.<sup>21</sup> A. K. L. era una niña que había sido adoptada plenamente, pero quería entablar contacto fluido con sus hermanos de sangre. Sus adoptantes consideraban que ese contacto era contrario a sus propios intereses, lo que parecía calificar como un ejercicio válido de su patria potestad, a la luz de la doctrina del artículo 323 del entonces Código Civil vigente.<sup>22</sup> La asesora de menores atacó la constitucionalidad de dicho artículo. Los jueces se dispusieron a analizar la cuestión sin “excesivo apego a la letra de la ley” para “efectuar una completa ponderación de los bienes o principios comprometidos en el sub lite”. Por un lado, ponderaron el derecho a la identidad de la niña y, por el otro, la cuestión de la adopción plena, que supone “una ruptura con

21 El caso es *L., A. K. -Apelación Resolución- s/Recurso de Inconstitucionalidad*. Disponible en: <http://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=17669>.

22 El artículo 323 dice: “La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico”.

vínculos familiares biológicos”. Observó el juez votante que “el respeto que prima facie merecen las decisiones del legislador” no puede implicar “que el derecho que en autos invoca A. K. L. deba ceder completamente al punto de pulverizarse o desaparecer”. Para los jueces se manifiesta “una inequívoca restricción al derecho a la identidad de la recurrente”, puesto que “no hace falta una inteligencia muy elaborada para constatar que tal derecho no se limita a, ni se confunde con, “tener un nombre” y/o un emplazamiento filiatorio cierto”, como parecía sostener el tribunal anterior. “El ‘saber quién soy’”, dice el tribunal supremo, “tiene alcances mucho más amplios que se derivan de la propia dignidad de la persona humana, abarcando –entre otros– el derecho ‘a reconstruir la propia historia’ familiar”.

Aquí es evidente que el análisis de proporcionalidad es utilizado como un control de constitucionalidad. Desde un inicio, la defensora de menores planteó el caso como de “inconstitucionalidad del artículo 323”. Existe un derecho vulnerado (“el derecho a la identidad”). Y el juez se preocupó por enfatizar que esa vulneración era manifiesta, clara e indubitable (dijo que “no hace falta una inteligencia muy elaborada para constatar que tal derecho no se limita a, ni se confunde con, “tener un nombre” y/o un emplazamiento filiatorio cierto”). Más adelante, la corte ofrece un párrafo en el que emplaza el análisis de proporcionalidad dentro de la doctrina constitucional sobre el control constitucional. Nos dice:

el deber republicano primario de los jueces es respetar la ponderación vigente que ha realizado el legislador, en la medida que no transgreda los referidos parámetros; si dicha transgresión (que se materializaría fundamentalmente por el arbitrario menoscabo a los derechos humanos) no se verifica, la labor de adjudicación judicial no puede sino concluir en un juicio de compatibilidad constitucional favorable a la norma legislativa, por plasmar una composición de bienes o, en palabras del fallo antes citado, “una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional.

Aquí, los jueces están diciendo que existen varias hipótesis de regulación para un caso (medida M1, M2, M3 y M4). Es evidente que estas hipótesis van a ordenar la tensión entre los principios implicados (P1 y P2) de maneras distintas y es evidente también que van a existir al menos más de una medida aceptable (supongamos que son M2 y M3). Los jueces dicen que si el legislador establece M2, nosotros no podemos optar por M3. Debemos respetar la decisión legislada de acuerdo con el principio de separación de poderes. Pero

en los casos en los que la aplicación de la regla al caso verifique una situación inaceptable (M1 o M4), tenemos el deber de declarar la inconstitucionalidad de la norma.<sup>23</sup>

Allí hay un caso de un juez que en su argumentación genera “una convicción cierta” de que un derecho constitucional está conculcado. A esto se lo hace explícitamente desde el análisis de proporcionalidad.

Tomemos ahora un curioso caso en el que se utiliza el análisis de proporcionalidad no para derribar la norma en cuestión, sino para expresar que no procede derrotarla. En otras palabras, tratemos de entender la práctica a través de un caso en el que el juez utiliza el análisis para decir que no procede declarar la inconstitucionalidad.

El caso es *Scocco vs. Embotelladora del Atlántico S.A.*, del tribunal recién citado.<sup>24</sup> Scocco planteó que había sufrido daños y perjuicios a causa de un incumplimiento contractual por parte de una embotelladora de la red Coca-Cola. La cuestión que se decidió no es la relativa a la demanda de daños, sino acerca de unas medidas preparatorias que Scocco había solicitado para poder fundar mejor su demanda principal. Las medidas consistían en que un oficial de justicia tuviera la potestad de ingresar a las instalaciones de la demandada y fotocopiar documental vario de su propiedad. Solo con estos documentos a la vista, argumentó la actora, se podrían fundar y precisar los daños que había sufrido. El juzgado de primera instancia dio lugar a la medida, el tribunal intermedio ratificó la sentencia y la corte superior local revocó, con el argumento de que la sentencia no estaba lo suficientemente fundada. Según la Corte, no se verificaban los requisitos prescriptos en la ley de rito local (396 y otros del Código Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe), además de que se violaba el derecho de confidencialidad, reconocido por el artículo 1 de la Ley 24766. El caso, en otras palabras, se resolvió con las leyes aplicables para el caso. El juez utilizó el juicio de proporcionalidad para justificar su decisión de no haber declarado la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 24766. Dice:

---

23 Interesantemente, continúan los jueces: “Lo dicho –esto es, el respeto que prima facie merecen las decisiones del legislador– no puede significar, sin embargo, que el derecho que en autos invoca A. K. L. deba ceder completamente al punto de pulverizarse o desaparecer, del mismo modo que ella tampoco puede pretender una precedencia absoluta de su derecho, pues aunque goce de fundamentos constitucionales, ningún derecho puede ser absoluto, existiendo ‘sacrificios que conforman la contraprestación de ventajas exigidas por el bien común’” (Méndez Costa, 1992, p. 539).

24 *Scocco, Gabriel vs. Embotelladora del Atlántico S.A. y otros s. Medidas preparatorias - Juicio ordinario - Recurso de inconstitucionalidad*, Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 07/06/2006. Disponible en: <file:///localhost/Users/javierhabib/Downloads/06090104.htm>

si bien es cierto que el derecho a la confidencialidad –que en última instancia encuentra su fundamento en la inviolabilidad del derecho de propiedad y en las exigencias del bien común vinculadas a su protección– no es absoluto, debiendo retroceder cuando razones de justicia suficientes así lo exijan, no es menos cierto que dicho retroceso sólo es constitucionalmente admisible si se cumplen las exigencias de proporcionalidad vinculadas con la menor restricción posible y, lo que es lo mismo, el empleo de los medios menos gravosos para obtener el fin buscado. (vide Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 111 y ss.)

Como se nota, es evidente que, para el juez votante, el medio adecuado para revisar la constitucionalidad del derecho privado vigente es el análisis de proporcionalidad. Esto se observa cuando dice que el retroceso de un derecho “sólo es constitucionalmente admisible si se cumplen las exigencias de proporcionalidad”. Para el supremo juez, el análisis de proporcionalidad –cita al mismo Alexy– es el modo de determinar si una ley conculca un derecho constitucional. La medida promovida por la jueza de grado sí conculca ese derecho. Por eso es que no hace lugar a la medida, declarando la inconstitucionalidad del derecho de confidencialidad. La medida conculca el derecho porque es innecesaria. Al autorizar a un oficial de justicia a que ingrese a las oficinas de una empresa y fotocopie cuanto documento considere relevante, la jueza no acude al medio menos gravoso de afectar el derecho de confidencialidad.<sup>25</sup>

### 4.3. Otra tesis

En esta sección quiero sugerir una hipótesis distinta acerca de la procedencia del análisis de proporcionalidad. Es cierto que es plausible establecer una regla que diga, por ejemplo, “el análisis de proporcionalidad procede cuando la aplicación de la regla al caso es inconstitucional”. Sin embargo, esta búsqueda de una regla que determine cuándo procede el análisis y cuándo no es propia de un paradigma de derecho decimonónico, legalista, que genera seguridad jurídica a partir de la regulación de todos los casos, de manera precisa, desde el pasado hacia el futuro. Quizás lo más conteste con la filosofía del nuevo código sea evitar establecer una regla de derecho y decir, simplemente, que el análisis

---

25 Dice: “se advierte que precisamente en el caso, al proveer favorablemente –y de manera irrestricta– a las exhibiciones de documentales solicitadas por Scocco, la Sala dio indeliberadamente curso a una medida que por sus alcances (baste reparar en los genéricos términos empleados por la actora) podría afectar aspectos esenciales del referido ‘derecho a la confidencialidad’ de [la empresa] (e incluso de quienes aparecen vinculados jurídicamente a la marca ‘Coca-Cola’)”.

de proporcionalidad siempre puede proceder. Los jueces pueden decidir examinar la proporcionalidad de una regla aun cuando su aplicación al caso en cuestión no sea polémica o fácilmente rechazable como constitucional. Esa tesis, entiendo, coincide tanto con la filosofía que inspira al nuevo Código como con los presupuestos y elementos del análisis de proporcionalidad. Intentaré desarrollar.

### 4.3.1. La filosofía del nuevo código

Del Código Civil y Comercial se suelen comentar dos puntos importantes. Primero, que el código está orientado a la solución del caso concreto y, segundo, que reconoce una pluralidad de fuentes, incluidos los principios y valores.<sup>26</sup> Para mí es evidente que este énfasis en la solución del caso en juicio, y de la pluralidad de principios y valores en juego, trae como causa un debilitamiento de la función conclusiva de las reglas.<sup>27</sup> La razón de esto radica en que las reglas que los jueces deben aplicar muy bien pueden contemplar el caso, pero no dar la mejor solución posible. Una solución M1 podría haber logrado un balance tolerable entre P1 y P2 y, por lo tanto, ser aceptable y respetable como medida legislada. Pero una solución hipotética M2 podría haber generado un balance aún mejor o, incluso, siquiera conculcar P2 (demostrando que M1 es innecesaria). Estoy seguro de que existen situaciones en las que los jueces aplican medidas legisladas innecesarias solo por no ponerse en el comprometedor trabajo de pensar y solucionar con medidas innovadoras. Pero justamente a ello apunta

---

26 Los Fundamentos del Proyecto afirman que con la institución del título preliminar (los tres primeros artículos del código) se produce una “apertura del sistema a soluciones más justas que derivan de la armonización de reglas, principios y valores” (Lorenzetti et al. 2015, tomo III, p. 1) Y aclaran: “No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas” (tomo III, p. 3). Gonzalo Sosso (2018, p. 29) dice que “el Código asume que las fuentes se ordenan caso por caso, en función de la respuesta que debe darse, asumiendo como directriz la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. Dicho de otra manera, no existe una organización a priori de las fuentes, sino ad hoc. Esta perspectiva que vincula de manera permanente el sistema con los casos implica asumir también que existen diversos modelos de adjudicación judicial que no se limitan a la subsunción normativa que era el modelo presupuesto por los códigos decimononos”.

27 Hay autores que lo plantean sin más. Por ejemplo, Verbic y Sucunza (2016) dicen: “El esquema planteado por el Código Civil y Comercial, signado por el deber de ponderar los principios, valores y la totalidad del ordenamiento jurídico de forma coherente, pareciese inclinarse por una versión dinámica de las reglas” (p. 11). Grajales (2015) entiende que en el Código se impone “la idea de que el significado de la norma es mutable y actualizado permanentemente por parte de los intérpretes en función de los elementos interpretativos que se le han otorgado...” (p. 4).

el nuevo código: a debilitar la importancia de la regla legislada para mejorar la calidad de la solución del caso, a través de medidas creativas emanadas de razonamientos de principios.<sup>28</sup> Aquí se integra, como corolario, el pensamiento de que en el nuevo Código Civil y Comercial siempre es posible efectuar un análisis de proporcionalidad.

#### 4.3.2. “Siempre cabe revisar” como requerimiento del análisis

En esta coyuntura es interesante remarcar que la lógica del análisis de proporcionalidad requiere –o tiene mayor sentido en un contexto jurídico que permite– que las leyes sean revisables aun cuando su aplicación al caso no sea manifiestamente inconstitucional. Esto, por dos aspectos del análisis de proporcionalidad.

El primero es relativo a cómo deben ser entendidas las reglas de derecho por esta metodología. Las reglas no pueden ser tenidas como definitivas; deben ser, como se dice, “derrotables”. He dicho que esto es una consecuencia del énfasis que se pone en los principios y en los casos (ver apartado 4.3.1.). Aquí quiero desarrollarlo como un presupuesto necesario del análisis. Se puede pensar de la siguiente manera: la propuesta de pensar que toda medida M responde a un principio P, invita a pensar que la medida M es una suerte de derivado histórico del principio P1, algo así como que cuando el legislador produjo M, estaba queriendo promover o aplicar P1. Pero esta promoción de un objetivo o aplicación de un principio general no sucedió en abstracto, sino que sucedió ante el caso o el grupo de casos que el legislador quiso reglamentar con M. De otra manera, M no sería una regla, sino un principio. Aquí viene mi punto: decir que la tarea del juez consiste en determinar si la medida M en el caso X produce más beneficio (por la consecución de P1) que perjuicio (por la afectación del principio contrario P2) es, obviamente, aceptar que M es revisable. Pero hay algo más: corresponde siempre revisarla, que no es lo mismo. El análisis de proporcionalidad asume que la tarea legislativa (en general) no es definitiva, como lo sería si se pensara que las reglas, en general, se aplican sin más. El le-

---

28 Como dice el profesor Vigo (2012): “El jurista habitualmente tendrá más de una respuesta razonable disponible para el caso en el que le toca actuar, y por supuesto el reclamo no es que elija al azar o de una manera irresponsable, sino que se esfuerce por escoger la mejor, o sea la más justa” (p. 68). Grajales (2015) es todavía más entusiasta: “Ya no es lo sustancial lo que quiso decir el legislador en la norma, sino saber cuál es la interpretación más acorde a los tratados de derechos humanos, a los principios y a los valores que rodean al juez y a la comunidad” (p. 4). En igual sentido se expresan Verbic y Sucunza (2016): “El dogma de la subsumción desaparece, dando paso a la responsabilidad de tener que ponderar, justificar y reconstruir el ordenamiento jurídico para dar solución al caso” (p. 11).

gislador inicia una tarea que el juez termina, pues el legislador pudo no haber contemplado las particularidades del caso judicial o, si las contempló, pudo haberlas contemplado mal, sea porque no pudo percibir ciertas propiedades que este mismísimo caso enfatizó o porque no pensó en el principio opuesto, o porque midió incorrectamente el peso de la frustración del principio opuesto, o porque un tercer principio adquirió vigencia con el tiempo. La conclusión es que, para el análisis de proporcionalidad, la tarea del legislador debe ser pensada como mancomunada con la tarea del juez. En todos los casos.

El segundo punto tiene que ver con la definición de un elemento del análisis. Los principios, se dice, “son mandatos de optimización”.<sup>29</sup> Esto quiere decir que los principios requieren que sean perfeccionados al máximo de lo posible. Puesto en otras palabras, si están ahí, es para llevarlos a su máxima expresión. La mejor solución es la que produce medidas que no conculcan segundos principios (examen de necesidad) o aquellas que obtienen el mejor balance (proporcionalidad en sentido estricto). Si esto es así, no se entendería por qué un juez que identifica una medida que (sin vulnerar de manera manifiesta un derecho constitucional) es mejorable no decide mejorarla. De nuevo, los principios están para ser optimizados. ¿Por qué pararse en medio del camino?

## 5. Relaciones fracturadas

En un precioso pasaje de su *Sistema de Derecho Romano Actual*, Savigny (1867) devela la clave de bóveda para descifrar el enigmático significado y dinámica de, quizás, el concepto más importante del derecho privado clásico: las relaciones jurídicas. El punto de enlace es “La famosa ley *Frater a fratre*”,

que trata sobre el siguiente caso: dos hermanos están bajo la autoridad del padre. Uno efectúa un mutuo al otro. El mutuario paga el mutuo luego de la muerte del padre y se inquiere si acaso puede recuperar este dinero, como dinero pagado por error. Aquí el juez simplemente tiene que decidir sobre la cuestión de si hay o no hay bases para la *conditio indebiti*; pero para saber esto, debe tener presente una completa vista de la relación jurídica. Los elementos individuales de la misma fueron: el poder paternal sobre los dos hermanos, un mutuo de uno al otro, el peculium que el deudor había recibido del padre, la herencia del padre, el pago del mutuo. De estos elementos, la decisión querida por el juez debe proceder. (Savigny, 1867, p. 7)<sup>30</sup>

29 Ver el desarrollo de De Fazio (2018, pp. 54 y ss.).

30 Traducción propia.



Kurki (2019) entiende que no es claro lo que Savigny quiso decir con este caso. Para mí es evidente que lo está ofreciendo para ilustrar lo que él llama “la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas” (p. 46). Para entender si el mutuuario tiene bases para demandar que se le devuelva lo pagado por error, debemos tener “una completa vista de la relación jurídica”. Savigny (1867) menciona cinco aspectos: “el poder paternal [...] un mutuo [...] el *peculium* [...] la herencia del padre [...] el pago del mutuo”. Más adelante en el texto (pp. 8-9) especifica un punto ya tocado: “el antiguo *peculium* y especialmente la *deductio* que allí prevalece”) y agrega un sexto elemento revelador: “la confusión de los créditos y las deudas”.

Pareciera ser que el hermano mutuante había recibido un peculio por parte del padre. Con la muerte del padre, y en virtud de la deducción, el mutuante era deudor de la herencia. Luego, su hermano mutuuario le devuelve el préstamo, pero al ser este titular de la herencia, se da con que, al mismo tiempo, era acreedor de su mutuante. La cuantía de su deuda (por préstamo) era igual en género y cantidad a la de su crédito (o derecho de deducción), de allí que antes de la devolución del mutuo se había producido la confusión. El mutuuario no debía haber devuelto el mutuo. Por ello es que tiene lugar la acción de pago por error (*condictio indebiti*).

En otro párrafo, bastante intrincado, Savigny (1867) menciona tres aspectos que hacen a la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas,<sup>31</sup> los cuales se ponen de manifiesto en el caso recién citado. El primero consiste en la “coherencia de sus partes constitutivas” (Savigny, 1867, p. 7).<sup>32</sup> Las relaciones jurídicas son construidas por partes o elementos de derecho, v.gr., el mutuo, el poder paternal, la confusión, etc. Que estas partes exhiban una coherencia significa que se ensamblan las unas con las otras para tener sentido como un caso de derecho o relación jurídica. Como queda evidenciado en el ejemplo dado, un pleno entendimiento de la relación jurídica requiere una identificación y combinación de todas sus partes. La labor del jurista, para Savigny (1867), consiste en exactamente eso: por un lado, combinar las piezas de derecho de manera tal que se evidencie un caso de derecho y, por el otro, lograr que la combinación refleje lo que efectivamente acaeció en la realidad.<sup>33</sup>

31 Dice: “Las relaciones jurídicas [...] tienen una naturaleza orgánica, y esta se revela en parte por la coherencia de sus partes constitutivas, que se balancean y limitan la una a la otra, en parte por el desenvolvimiento gradual que vemos en ellas, y en parte por el modo en que emergen y se extinguen” (Savigny, 1867, p. 7) (traducción propia).

32 También habla de “la conexión viva de las partes constitutivas” (Savigny, 1867, p. 8).

33 “The decision upon the individual right is only possible by a reference of the particular matters of fact to a general rule by which the particular rights are governed” (Savigny, 1867, p. 8) (traducción propia).

Otro aspecto de la relación jurídica que pone de manifiesto su naturaleza orgánica es que esta se desenvuelve de manera gradual. En otras palabras, existen diferentes estratos, o grados de generalidad, de una misma relación jurídica. Al grado de menor generalidad está el hecho de que Pedrito, el hijo menor de Flavio, le había entregado dinero a su hermano Mario. Desde un punto de vista más general, este hecho puede ser llamado “mutuo”. A un grado aún más elevado de generalidad, el mismo hecho puede ser llamado “contrato”. Y ya a un punto álgido de generalidad, el hecho puede ser llamado “causa de obligación”. Este desenvolvimiento gradual de las relaciones jurídicas no es acaso. Los conceptos más generales les dan sentido a los más particulares y los gobiernan.<sup>34</sup>

Por último, la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas se aprecia en “el modo en el que emergen y se extinguen”. Las relaciones jurídicas surgen, claro está, de distintos modos, según el tipo. El caso *frater a fratre* presenta dos ejemplos. Por un lado, una obligación que nace de un contrato; por el otro, la extinción de la misma obligación a causa del hecho de la asunción, en una persona, de la condición jurídica de deudor y acreedor. Las relaciones jurídicas, en otras palabras, no son entidades abstractas, alejadas de la vida en sociedad. Estas nacen y mueren, como nacen, se desarrollan y se extinguen los acuerdos y conflictos.

He traído el pensamiento de Savigny para proponer un entendimiento comparativo. El Código de Vélez Sarsfield, que es tributario de la tradición de Savigny, concibe al derecho como un sistema de relaciones jurídicas. La función del juez, en este código, es identificar relaciones de derecho. En el nuevo Código Civil y Comercial la cosa cambia. Las relaciones jurídicas que están presentes se fracturan a fuerza de un sistema holístico de decisión del caso concreto desde una pluralidad de fuentes.<sup>35</sup> Se trata, en efecto, de dos modos de entender el derecho (en uno

---

34 “Si no nos detenemos en la apariencia inmediata pero buscamos en la esencia de la cosa, observamos el hecho de que cada relación jurídica está sujeta a una correspondiente institución legal que es, como si fuera, su tipo, y por la cual está gobernada [...] De hecho esta última es dependiente de la anterior en tanto que por ella obtiene vida y verdad” (Savigny, 1867, p. 8) (traducción propia).

35 La expresión holística la tomo de Dancy (2015, pp. 19-37), quien enseña que “el holismo en la teoría de las razones afirma que las razones no funcionan de [...] forma invariable” (p. 21). Esto quiere decir que una razón como la regla que dice “mentir es malo” no siempre hace que una mentira en particular sea necesariamente mala. Puede haber mentiras buenas, como la de quien miente acerca del paradero de una posible víctima de un asesinato. En este caso, mentir no es malo. Con todo, el hecho de que en ese caso la aplicación de la razón o regla no sea conducente a la decisión moral correcta no significa que la razón o regla no sea válida. Como dice Dancy (2015), “Lo que es una razón en un caso *puede* no serlo en otro caso” (p. 22, cursiva en el texto). Las analogías con el método de la proporcionalidad saltan a la vista. Tal es así que un fervoroso auspiciante del análisis de proporcionalidad dice, en interpretación de lo que sucede cuando incorporamos el análisis en el código, que: “Lo que hoy –y en el caso concreto– resulta la prioridad de un principio por sobre

hay un sistema integrado por elementos integrables; en el otro, una pluralidad de fuentes válidas) y de dos modos de adjudicar (en uno, el caso se articula al sistema; en el otro, el sistema se articula al caso). En las páginas que siguen elaboraré este entendimiento comparativo, el cual servirá a dos propósitos. Primero, intentaré mejorar nuestro entendimiento acerca de cómo impacta la llegada del juicio de proporcionalidad al derecho privado. Segundo, ensayaré una aproximación a lo que perdemos y ganamos en derecho privado con su constitucionalización.

### 5.1. Dos entendimientos de sistema y decisión

Vélez Sarsfield concibió un sistema de derecho privado en el sentido del *sistema de derecho romano actual*. Esto se evidencia no solo en las sendas citas que hace de Savigny en sus notas, sino, directamente, en la teoría expresada en su articulado. Piénsese: el código inicia con un título preliminar “sobre las leyes”, que postula que el derecho es el escrito en ese código.<sup>36</sup> Las disposiciones legales están organizadas en cuatro grandes categorías: “las personas”, “los derechos personales”, “los derechos reales” y disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Estas son las *instituciones generales*, que albergan a las categorías de menor grado. Así, el Libro 1 trata sobre las “personas de existencia visible” y “las personas jurídicas”, el Libro 2, sobre las obligaciones nacidas de “actos ilícitos” y de “los contratos”, el Libro 3 trata sobre los distintos “derechos reales” y “sus modos de adquirirlos” y el Libro 4 regula “las sucesiones intestadas” y “la sucesión testamentaria”. Más aún, estas piezas jurídicas han sido diseñadas para configurar *una coherencia en el sentido savigniano* de la palabra. Por ejemplo, ante la cuestión de si acaso el fundo X se encuentra en el acervo hereditario de Y (temática del Libro 4), habrá que estudiar si Y era efectivamente dueño de X (temática del Libro 3), lo que puede llevarnos a una compraventa (temática del Libro 2) y a la personalidad del vendedor (temática del Libro 1). Por último, todas estas relaciones son concebidas como fenómenos que *nacen y mueren*: la persona, la propiedad y el contrato tienen un nacimiento o causa, desenvolvimiento y extinción, cada etapa con efectos propios.

Es de notar que la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas establecidas

---

otro y, por tanto, determina que la norma interpretada signifique x, mañana, y frente a otro caso concreto, se puede configurar que el principio que tuvo prioridad en su momento ya no la tenga y, por tanto, la misma norma puede ser interpretada para que signifique” (Grajales, 2015, p. 6).

36 Artículo 22: “Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil”.

en el código se pone de manifiesto también en la manera en la que operan los jueces y abogados de este tipo de sistema.<sup>37</sup> Supongamos que una abogada escucha la siguiente narrativa de su cliente: “A la casa se la entregué hace ya más de siete años”, “para cerrar el contrato dimos mil vueltas, el tipo llegó a bajarme el precio como cinco veces”, “arreglamos que me pagaría cuando cobrara el dinero de la herencia de su padre. Eso estuvo estipulado en el contrato que firmamos con el escribano”, “luego me enteré de que dinero no le falta, pues es un habilidoso comerciante”, “es verdad que recibí los 100 mil pesos que arreglamos”, “para peor, cuando nos reunimos para arreglar amistosamente, me insultó a viva voz en el bar en el que quedamos”. Pensar estos hechos en términos de categorías jurídicas no es dificultoso. Por el altísimo grado de particularidad de ciertas relaciones jurídicas, ya sabemos que se trata de una “compraventa inmobiliaria”. Sin embargo, la compraventa no fue pura y simple. El comprador se obligó a pagar el precio luego de que acaeciera el hecho futuro de la adquisición de sus derechos hereditarios. Para quien conoce de derecho civil, no es difícil identificar la categoría que puede ordenar la relación según el caso. Las partes insertaron una condición en la obligación de dar la suma de dinero.

Acá vimos cómo la abogada logró un arreglo *coherente* de la relación, incluyendo conceptos particulares (la compraventa inmobiliaria) y *generales* (el concepto de “condición”). Ahora notemos un aspecto importantísimo de la operativa, que nos conectará con la comparación que queremos elaborar respecto al nuevo Código Civil y Comercial. Resulta evidente que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la clienta habló de más. Que el comprador la insultó en un bar parece ser un hecho irrelevante. Lo mismo respecto al hecho de que le cambió varias veces el precio antes de cerrar. Es un hecho característico de la práctica de adjudicación en derecho privado clásico que los operadores incluyan y excluyan material, según quepan o no, en las relaciones jurídicas que identifican. Lo relevante quizás sea que el comprador se aprovechó de la impericia del vendedor al arreglar un precio desproporcionado (lesión subjetiva), dado el alto grado de inflación en el peso argentino.

---

37 Savigny (1867) lo dice así: “This living production of the jural relation in each given case, is the intellectual element of juristic practice and distinguishes its noble calling, from the bare mechanism which so many ignorant persons see in that practice” (p. 7) (“Es la viva productividad de las relaciones jurídicas -con su ensamblaje de elementos interconectables, de variada graduación- lo que permite que los operadores de derecho hagan su trabajo. Adjudicar consiste en acomodar el caso a las posibilidades ofrecidas por este ensamble modular. Se trata de un oficio noble, que requiere estudio y práctica. No es una operación ‘mecánica’, como se dice vulgarmente, al no entender el oficio”) (traducción propia).

Ahora, el nuevo Código Civil y Comercial. Enfatizamos ciertos elementos relevantes. El código también cuenta con un “Título Preliminar”, pero este no se queda con “las leyes” (capítulo 2). También nos habla del “Derecho” (capítulo 1), el cual reúne tres artículos. El primero, titulado “Fuentes y aplicación”, dice: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. El segundo, titulado “Interpretación”, dice: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta [...] las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Y el tercero, titulado “Deber de resolver”, dice: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

La interpretación oficial de estos artículos dice que se trata de la incorporación en el Código de una “pluralidad de fuentes”.<sup>38</sup> Que las fuentes sean plurales significa que los materiales a los que los operadores pueden recurrir para fundamentar sus casos son de naturaleza varia. Tenemos las típicas disposiciones del derecho privado clásico, que el nuevo Código receiptó del Código de Vélez Sarsfield o de la crítica doctrinaria. Se contemplan, además, las disposiciones de la Constitución Nacional, los derechos humanos reconocidos en ella y principios y valores jurídicos. Más aún, se dice que como el Código es el sistema común a todo el derecho privado, también deben comprenderse como parte íntegra de este a los llamados “subsistemas”, que son leyes externas al código que tratan materias afines, como el derecho del consumidor, el derecho de sociedades, la quiebra, etc. Hay quienes incluyen como fuente del Código el *soft-law* y *global law*.<sup>39</sup> En este contexto de pluralidad de fuentes, la tarea del juzgador consiste en articularlas de manera tal que proporcionen la solución más justa posible para el caso concreto (sentido artículos 1 y 2). Debido al hecho de que en su juicio el juez no resuelve según la regla designada por un órgano legitimado de manera democrática, el juez debe fundar razonablemente su decisión (sentido del artículo 3). Hay quienes dicen que fundar razonable-

---

38 Los *Fundamentos del Proyecto* hablan de “un sistema de Fuentes” al que “la interpretación debe recurrir” (Lorenzetti, 2015, tomo III, ap. 4.1). Es de mencionar que los *Fundamentos...* enfatizan que en este sistema de fuentes “se destaca en primer lugar la ley, porque de lo contrario, aparecen sentencias que no aplican la ley, o se apartan de ella sin declarar su inconstitucionalidad (...)” (Lorenzetti, 2015, tomo III, ap. 4.1). No obstante, gran parte de la doctrina que comentamos menosprecia el punto.

39 Conf. Sosso (2018, p. 24 y ss.).

mente significa escribir una sentencia que haga eco de los consensos básicos de la sociedad en ese tiempo y espacio.<sup>40</sup>

Como es de notar, la teoría del nuevo Código Civil y Comercial plantea un modo de decidir cuestiones de derecho privado totalmente diferente al supuesto en el anterior Código Civil. Si bien es cierto que la mayoría de las veces el juez comenzará su juicio desde el entendimiento del caso proporcionado por las clásicas categorías jurídicas, su decisión no está ceñida por esa dogmática.<sup>41</sup> El juez puede echar mano a una pluralidad de fuentes, y dado que estas varias (y generales) fuentes amplían de manera significativa su radio de apreciación sobre lo que puede resultar jurídicamente interesante, está en condiciones de prestar atención a absolutamente cualquier cosa que las partes hayan dicho. Incluso el juez podrá aventurarse a investigar. Algo del caso sugiere la posible presencia de otra propiedad relevante, y él la busca. ¿Tendrá relevancia la edad de las partes (derecho de la niñez, ancianidad), el sexo (perspectiva de género), la situación patrimonial (vulnerabilidad)? ¿Tendrá cabida algún derecho (salud, medio ambiente, acceso a la cultura, recreación)? Y si no fueran suficientes para nuestro juez estos derechos, también tiene principios<sup>42</sup> y valores (que hay tan-

---

40 Grajales (2015) dice: “La razonabilidad de una decisión consiste en la posibilidad de aceptación racional por parte del auditorio al cual va dirigida” (p. 9).

En igual sentido, Guzmán (2015): “El Juez constitucional es un identificador de los consensos básicos de la sociedad y no quien decide sobre la base de sus propias concepciones de la vida. En tal marco conceptual, vale mencionar, el esfuerzo de Josef Esser con referencia a la necesidad de que el juez tenga presentes las expectativas de la colectividad para que el resultado de la función hermenéutica, que posee una insoslayable dimensión práctica, goce de un amplio consenso social” (p. 5) (cita omitida).

41 Dice Guzmán (2015): “En la práctica esto significa que, a la hora de buscar la respuesta correcta, el punto de partida será la dimensión autoritativa del derecho positivo, justificado y legitimado por la moral; pero el juez no podrá detenerse allí, pues incluso si ese derecho positivo ofrece una respuesta para el caso concreto (en normas constitucionales o legales), antes de aplicarla deberá comprobar la conformidad de su solución con las exigencias de los principios superiores (de contenido moral) del sistema jurídico, que condicionan su validez u obligatoriedad” (p. 5) (citas omitidas).

42 Dice Mosset Iturraspe (2011) que, “en virtud o en mérito de la ‘constitucionalización del Derecho Civil’, los principios de uno y otro derecho (público y privado) se hallan aproximados y muchos de ellos se muestran como comunes a ambos derechos. Son principios generales del derecho civil-constitucional: darle a cada uno lo suyo conforme a la justicia y la equidad; vivir honestamente y de acuerdo con la buena fe, lealtad y probidad; no hacerle daño a nadie y, en su caso, reparar los daños injustos causados a víctimas inocentes; la no discriminación negativa y el respeto a la igualdad; el intercambio equilibrado de las prestaciones; el respeto a la voluntad declarada en similar poder de negociación; eminente dignidad de la persona humana; la capacidad de las personas es la regla y la incapacidad, la excepción; nadie puede enriquecerse sin una causa lícita; el fraude a la ley y al ordenamiento como conductas ilícitas; la prohibición de la justicia por mano propia; todas las personas son iguales ante el ordenamiento, pero el juez debe atender la situación de los débiles o vulnerables; se debe estar a favor *debitoris*, a favor *debilis*; a favor del consumidor; la centralidad de la

tos como perspectivas, desde la seguridad jurídica hasta la justicia distributiva pasando por la transparencia, la eficiencia, la democracia o la equidad y, por qué no, virtudes clásicas como la generosidad, la valentía, la honestidad, etc.). Aquí tiene sentido que se diga que las reglas de derecho (si se quiere, las relaciones jurídicas) son “proyectos de regulación”.<sup>43</sup> El juez parte del entendimiento provisto por su educación jurídica clásica, pero sobre este nos pone a gravitar un robusto complejo de órdenes normativos que iluminan contornos excluidos por las categorías tradicionales, generando un sentido que el juez toma para elaborar un argumento de razón práctica (como el análisis de proporcionalidad), que termina por justificar el derecho o no derecho de la parte reclamante.

Es de notar que en este modelo de decisión, el caso no se vuelca al sistema, sino que los múltiples materiales ofrecidos por el código se vuelcan o reparten sobre el caso.<sup>44</sup> Quiero argumentar que aquí sí existe una coherencia,<sup>45</sup> pero nada tiene que ver esta coherencia con la coherencia que organiza al derecho privado clásico.

---

persona humana; los derechos humanos como ‘principios del ordenamiento’; el activismo judicial, la justicia sin vendas; la vigencia de la moral social; la vigencia del orden público de dirección y de protección; la preeminencia de la sociedad civil sobre el mercado; el mercado sometido a una visión capitalista-humanista; la lucha por la superación de las indigencias; la función social del contrato; la función social de la propiedad” (pp. 67-68).

- 43 En comentario al Código Civil y Comercial, Guzmán (2019) entiende que “la norma deja de ser un modelo acabado que se trasplanta a la realidad. La norma es una *propuesta* del legislador, cuyos contenidos tienen que ser acabados o completados por el juzgador cuando la aplica a un caso concreto: la coherencia es a posteriori, no legislativa, sino judicial” (p. 28) (las cursivas son mías). En igual sentido, Vigo (2012) dice que “si en la constitución está todo el derecho [...] las restantes fuentes son apenas proyectos de derecho vigente condicionado a la confirmación o corrección que le formulen los jueces constitucionales” (p. 515).
- 44 A la idea del desarrollo inspirado por Radbruch (s.f.), que en un momento crítico de su sistema filosófico (p. 48) nos habla de una doble relación entre valores y casos: la determinación de los casos por el valor (en mi utilización, del caso por el código de derecho privado clásico) y la determinación de los valores por el caso (el nuevo Código Civil y Comercial).
- 45 Muchos de quienes interpretan el nuevo Código hablan de una “reconstrucción de la coherencia”. Muy probablemente quieren decir que lo que el Código logra es incorporar los principios y valores que la constitución de 1994 supo receptor y que se encuentran palmariamente ausentes en el viejo Código Civil. Si esto es lo que se quiere decir, se choca de lleno con el ineludible problema de que la constitución de 1994 no es un ordenamiento coherente, al menos en el sentido de que lo eran los textos escritos en el siglo XIX. Esto, por la simple razón de que reconoce una pluralidad de teorías políticas incompatibles. Verbigracia, el individualismo de la constitución de 1853 y el socialismo de los movimientos sociales y políticos desde 1940 en adelante. Sobre el tema del uso de la palabra “coherencia” en los trabajos interpretativos del nuevo Código, cabría un estudio aparte, puesto que no se trata de mera habladuría doctrinaria. El mismo artículo 2 del Código menciona la palabra: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, *de modo coherente con todo el ordenamiento*” (las cursivas son mías). En el texto ofrezco atisbos de un entendimiento.

La coherencia del derecho privado clásico, como pudimos ver al examinar el pensamiento de Savigny, es una que se genera entre los elementos del sistema y entre el caso y los elementos del sistema. Repitamos brevemente las dos perspectivas involucradas: primero, el sistema, en abstracto, es coherente, porque todas las piezas del sistema se conjugan, las unas con las otras, para formar relaciones jurídicas. Se puede pensar, por ejemplo, en los conceptos de “oferta”, “aceptación”, “causa” y “obligación”. Estos forman lo que llamamos “contrato”. Si se conjuga una oferta con una aceptación, se implica una obligación y una causa que la justifica (un dar, en los contratos reales, y una obligación recíproca, en los contratos obligacionales). La implicancia de estos elementos es tal que, cuando están todos, hay relación jurídica, y cuando falta uno, no hay (piénsese que los juristas que intentaron justificar la fuerza obligatoria de la sola oferta a principios del siglo XX tuvieron que apelar a justificaciones excepcionales –deber legal, teoría de la confianza, etc.– porque a los ojos de la civilística clásica se trataba de una aberración jurídica).

Esta coherencia interna de los elementos se proyecta sobre el caso. A esto lo observamos cuando dictaminamos consecuencias jurídicas. Verbigracia: visto que identificamos una oferta y una aceptación, podemos concluir que el demandado Juan debe pagarle a la demandante María. Lo interesante de esta proyección de la coherencia del sistema al caso es que del caso (de Juan y María) podemos regresar al sistema y, una vez ahí, deducir una cantidad innumerable de consecuencias jurídicas. Para empezar, el hecho de que Juan le compró algo a María implica que Juan es persona capaz, y si Juan es una persona capaz, Juan no solo puede comprar, prestar y asociarse, sino también testar y ser pasible de responsabilidad extracontractual. Esto que estamos viendo en este caso es posible debido a la conexidad interna de las partes del derecho. Como veremos en el apartado 5.2.1., es debido a esta propiedad del sistema que se dice que el derecho privado clásico ofrece seguridad jurídica.

Ahora volvamos al Código Civil y Comercial. La coherencia aquí no es ni del sistema ni del caso y el sistema. El sistema ofrecido por el Código no puede ser coherente por la sola razón de que incumbe órdenes normativos contradictorios: los derechos sociales son incompatibles con los derechos individuales; el valor de la seguridad jurídica es inconciliable con el valor de la equidad o la justicia del caso concreto. Pero el punto más interesante es el segundo: no hay coherencia entre el caso y el sistema, en el sentido de que en el viejo ordenamiento sí la hay. Se lo puede pensar de la siguiente manera: supongamos que luego de un juicio de proporcionalidad se determina que Juan es dueño de la



propiedad X. ¿Se puede decir, en un movimiento de pensamiento que va del caso al sistema, que por ser propietario de X Juan: puede usar, gozar y abusar de X; que si Juan debe dinero puede llegar a perder X; que si Juan muere, sus herederos forzosos heredaran X? La respuesta es no. Ese salto del caso al sistema, que tiene un sentido práctico en el Código anterior (ver apartado 5.2.2.), es un salto al vacío en el nuevo Código Civil y Comercial.

Con todo, sí existe una coherencia en el Código Civil y Comercial, la cual se limita, comienza y termina en la argumentación del caso. Lo que es coherente es la narrativa que decide. Si el juez decidió efectuar un juicio de proporcionalidad, habrá coherencia si el principio constitucional fue bien inferido del caso, si la postulación de su contrario tiene sentido y si la argumentación del mayor peso es persuasiva. Quiero decir que existirá una racionalidad en la ponderación. Pero, para verificarla, debemos limitarnos a la lectura de la sentencia. No debemos comparar esta decisión con otra. No debemos comparar esta decisión con otras posibles o con normas jerárquicamente superiores. El juez ya decidió fundadamente. Nosotros debemos leer el texto, situarnos en el contexto de la decisión y apreciar si convence. A lo mejor podemos identificar contradicción interna o mala derivación de consecuencias, lo cual puede afectar la coherencia de la decisión.

## 5.2. Qué se pierde y qué se gana

Se ha hablado mucho de la crisis, caída y colapso del derecho privado de antes.<sup>46</sup> A mí me gusta la metáfora de la fractura, ya que creo que es buena para aludir a lo que sucede con las relaciones del derecho privado una vez que entra en escena la posibilidad del juicio de proporcionalidad. La consecuencia de que el sistema se tenga que amoldar al caso es la fractura del sistema. Para seguir con la metáfora: las estructuras quiebran ante el choque con el caso. ¿Y qué sucede?

Se ha hablado mucho del asunto. Se dijo que el nuevo Código Civil y Comercial da lugar a la discrecionalidad (Masciotra, 2016, pp. 1-12), al “debilitamiento de la democracia” (Vigo, 2012, pp. 506-507), al dogmatismo ideológico,<sup>47</sup> a una “hipermoralización” (pp. 509-510) y hasta a una “politización del

---

46 En su influyente libro, Grant Gilmore (1974) habla de la muerte del contrato. Patrick Atiyah (1979), en su popular trabajo *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, nos habla de la muerte del contrato. Para mí, la mejor de toda esta literatura es Vincenti (2007).

47 Vigo (2012) afirma que el neoconstitucionalismo aboga la tesis de que existe una verdad absoluta en la constitución acerca de cualquier temática y que es el rol del juez constitucional revelarla. A esto

poder judicial” (pp. 521-522), que lleva a una “vergüenza judicial”.<sup>48</sup> En este apartado desarrollaré el punto de la seguridad jurídica y agregaré dos puntos más: el de la economía en la decisión y el de la justicia misma.

### 5.2.1. Sobre la seguridad jurídica

Como ya adelantamos, en el sistema de derecho privado clásico podemos partir desde lo que el juez dice sobre la relación jurídica de la demandada para brincar hacia el sistema de derecho y, desde allí, ensayar descripciones acerca de la situación jurídica de esa persona. De una relación jurídica cierta (Juan le debe a María) ramificamos una pluralidad de consecuencias necesarias (prohibiciones, permisiones y obligaciones), solo en virtud de la conectividad de las relaciones de derecho. Es una posibilidad ofrecida por el derecho privado sistemático. Y quien haga uso de esta, puede hacerlo por mero placer intelectual o porque quiere conocer para planificar. Es en virtud de su naturaleza sistemática que se ha dicho que el derecho privado decimonónico ofrece seguridad jurídica.<sup>49</sup> En este punto cabe preguntarse acerca del sentido del ejercicio recién descrito en un derecho como el del Código Civil y Comercial.<sup>50</sup>

### 5.2.2. La economía de la decisión

Ahora analicemos el punto de la economía en la toma de la decisión. Admita-

---

lo llama “un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional” (pp. 507-508).

48 Masciotra (2016) dice: “La discrecionalidad judicial irrestricta e ilimitada puede configurar la tiranía judicial” (p. 9).

49 Tengo serias convicciones de que los creadores del derecho privado clásico no estuvieron fijando sus esfuerzos en que sea cierto y predecible. Para mí, Grocio, Pufendorf, Savigny, con sus distintos intereses, pensaban más en las libertades individuales, la justicia conmutativa, la naturaleza modular del derecho romano que en la seguridad de las transacciones. Sostengo que la creencia de que el derecho privado del siglo XIX fue diseñado para ser predecible fue más una tesis de posteriores intérpretes que una intención de sus artífices. Creo que Max Weber influyó en esta creencia. Una buena historia preliminar de la seguridad jurídica puede verse en Grossi (2014).

50 En el mundo anglosajón, el punto es desarrollado bajo el acápite de la “integridad doctrinal”. Collins, (2012, pp. 21-25) acepta que el derecho privado clásico muchas veces necesita ser más reactivo a cambios, tanto materiales (el advenimiento de las nuevas tecnologías) como axiológicos (el cambio de valores). Pero para este autor hay técnicas mejores que el análisis de proporcionalidad, que intenta modificar el derecho privado a través de una aplicación *directa* de los nuevos valores. Para Collins es superior una aplicación *indirecta* de los valores. Esto puede ser logrado a través de las tantas doctrinas que el derecho privado ha instrumentado para vehicular los cambios. La buena fe, el orden público, el concepto de hombre razonable, etc.

mos, a fin de argumentar, la conclusión según la cual la constitucionalización del derecho privado generará las excepciones que deba generar hasta culminar su camino constitucionalizador. Constitucionalizado, el derecho privado volverá a ser tan cierto y predecible como antes.

Un derecho cristalizado luego de una ingente cantidad de constitucionalizaciones sería un derecho con tantas reglas como situaciones hayan merecido una atención pormenorizada. Piénsese, por ejemplo, en las promesas unilaterales. El derecho civil entiende hechos tan complejos como las promesas, con términos tan fríos como los siguientes: “declaración unilateral de voluntad que tiene por efecto generar obligación”. La definición tendrá sus deficiencias, pero quien sepa aplicarla ya es capaz de decidir.

Ahora imaginemos una regulación pormenorizada de las relaciones de promesas. Aunque un auténtico ejercicio de particularismo requeriría una operación todavía más compleja que la que sigue, podríamos intentar proponer una regulación combinando los siguientes factores: primero, considerar la edad, sexo, género, patrimonio, bondad o maldad del promitente; segundo, considerar la edad, sexo, género, patrimonio, bondad o maldad del promisario. Ya podríamos pensar en estatutos especiales para las promesas hechas de un varón a una mujer, de un anciano a un adolescente adulto, de un rico a un pobre y de una buena persona a un malvado. Pero eso no sería suficiente. Podríamos elaborar más reglas para las siguientes combinaciones: promesa hecha de un varón pobre a una mujer rica, o de un niño rico a un anciano malo y así hasta la multiplicidad. No siendo esto suficiente, se puede agregar, por ejemplo, el factor de la tipología de las promesas, puesto que no es lo mismo hacer una promesa de recompensa que un reconocimiento de deuda o un simple regalo. Si logramos elaborar un código de reglas para cada tipo de promesas, ¿cómo aprenderíamos el derecho?, ¿cómo lo aplicaríamos?

Uno de los beneficios del carácter sistemático del derecho privado de antes era que resultaba fácil de aprender y de aplicar. Esto no es posible en un derecho privado minado de excepciones.

### **5.2.3. La justicia de la decisión**

El punto recién mencionado quizás parezca frívolo. Después de todo, lo importante no es la economía del aprendizaje, sino hacer justicia. Pero en confrontación con este término –“justicia”–, el asunto vuelve a demostrar su gravedad. ¡Es que es debido a la simplificación lograda por las categorías jurídicas

tradicionales que se puede hacer justicia! De otra manera, es muy difícil. Paso a desarrollar.

Si hay una definición de “justicia” que nadie pueda cuestionar, dice Perelman (1963, p. 15), es aquella que dice que a los casos iguales hay que darles tratos iguales.<sup>51</sup> El derecho civil, con sus conceptos comprensivos –que depuran coyunturas– posibilita ese trato igualitario. Piénsese en dos particulares compraventas. Es mucho más que razonable decir que la operación entre María y Pedro, por la que María le compró un terreno de Pedro, nada tiene que ver con la operación entre Josefina y José, por la que Josefina compró la casa de José. Para empezar, Josefina quiere la casa de José porque en su antiguo barrio sus vecinos eran muy molestos. María quiere el campo de Pedro porque planea plantar palta. Más aún, mientras que María conoce a Pedro de hace mucho tiempo y entre ellos pasaron cosas como noviazgos tormentosos, Josefina y José recién se conocen. La casa de José es una casona del siglo XIX. Allí vivió su bisabuelo en línea materna, que gobernó la provincia en la que se ubica la casa. El padre de José era un notable escritor. A Josefina no le interesa ese legado, es más, considera que la inversión es aceptable, puesto que cuando su hijo parta para la universidad, podrá venderla como un terreno para edificar.

A juzgar por estas particularidades, los casos son notablemente diferentes. Deben, por lo tanto, ser juzgados de manera diferente. Con todo, el derecho civil clásico, al barrer las diferencias y permitir pensar estos individuos como iguales (personas con capacidad de contratar), permite que en el caso de que un juez disponga diferente para el caso de María, Josefina pueda cuestionar. De otra manera es muy difícil hacer justicia.

#### 5.2.4. El atractivo del nominalismo

Con todo, existe un gran atractivo en la nueva manera de hacer jurisprudencia.<sup>52</sup> Puede que María haya sufrido de un montón de agravios cuando Pedro era su novio. Pedro le era infiel y construía maquinaciones para que María se alejara de sus familiares y amigos, que le deseaban lo mejor. Además de todo esto, Pedro llegó a persuadirla de vender las joyas heredadas de su abuela para

---

51 “Is it possible to define formal justice? Is there a conceptual element common to all the formulas of justice? Apparently, yes. In effect, we all agree on the fact that to be just is to treat in equal fashion” (Perelman, 1963, p. 15).

52 Masciotra (2016) enumera las siguientes ventajas: “1) impiden que el tribunal se encuentre limitado a ritos formales; 2) implica que la ley sea interpretada; 3) simplifica los procedimientos al reducir la

salir de viaje juntos. Al viaje nunca lo hicieron, ya que Pedro se gastó el dinero en un vicio que todavía conserva. Él es un jugador empedernido y está dilapidando lo poco que le queda de la fortuna que su honrado abuelo supo construir. María, en cambio, con su emprendimiento productivo, les dará trabajo a cincuenta familias, lo que generará un importante crecimiento económico en la zona. Es tan conveniente que María retenga el dinero que de otra manera debería pagarle a Pedro por la compra de su campo, que si va a parar a las manos de Pedro, terminará en el mercado del juego negro y la droga, muy emparentado con la trata de personas. María, en cambio, lo utilizaría para incorporar un sistema de transformación de energía solar en energía utilizable en el sistema de riego, lo que reduciría el calentamiento global y les daría un ejemplo de excelencia a los demás productores de la zona.

Todas estas propiedades del caso se pierden en un sistema de resolución de conflictos como el de derecho civil, mientras que, aunque suene disparatado, podrían tener cabida en un sistema holístico de razonamiento moral que integre valores y principios en la toma de decisiones jurídicas.

## 6. Conclusiones

En este trabajo he intentado explorar aspectos de lo que sucede una vez que el análisis de proporcionalidad es reconocido como modo de justificar decisiones de derecho privado. He desarrollado tres aspectos relevantes. Primero, como es puesto de manifiesto en los votos de los jueces Rosatti y Lorenzetti en *Martínez de Sucre*, el análisis de proporcionalidad permite solucionar el mismo caso de maneras contradictorias. Al estudiar la versión estándar de la teoría (Alexy 2008b; Clérico 2018), nos encontramos con que el sorprendente hecho de la dualidad no es contrario a las pretensiones de la teoría. El análisis de proporcionalidad no tiene por objetivo desarrollar soluciones únicas. Su objetivo principal es que quien decida el caso sea claro, franco y ordenado respecto a los considerandos que lo llevaron a tomar su decisión.

Asimismo, vimos que si bien es posible construir una regla que limite el radio de aplicación del análisis de proporcionalidad (decir, por ejemplo, que el análisis de proporcionalidad procede solo ante lagunas, antinomias o inconstitucionalidades manifiestas), es más coherente con la filosofía del nuevo código, y con los requerimientos y presupuestos del análisis, concluir que el análisis

---

complejidad de las normas procesales; y 4) entraña ejercicio de la soberanía” (p. 9).

de proporcionalidad siempre puede proceder. Puede, por lo tanto, muy bien suceder que un juez se encuentre con una regla de derecho que, previendo una solución aceptable para el caso, sea susceptible de mejora. Aunque no haya manifiesta inconstitucionalidad, el juez puede recurrir al análisis de proporcionalidad para mejorar la calidad de la solución que le da al caso concreto.

Por último, indagamos acerca de lo que se pierde y lo que se gana con esta nueva incorporación. Estudiando el derecho privado del Código Civil de Vélez Sarsfield, entendimos que su elemento distintivo –lo que Savigny (1867) llama “la naturaleza orgánica de las relaciones jurídicas” (p. 7)– es la interconectividad de las categorías de derecho. Esa interconectividad explica tres propiedades virtuosas del derecho privado clásico: 1) seguridad jurídica; 2) eficiencia en la toma de decisión; y 3) justicia entre los casos. Esas tres virtudes corren riesgo al incorporarse al análisis de proporcionalidad en el nuevo Código Civil y Comercial. Con todo, dijimos, existe un atractivo en la nueva manera de decidir. Se trata de una justicia particularizada.

## Bibliografía

- Alexy, R. (2008a). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2008b). Ponderación, control de constitucionalidad y representación (Trad. R. González de la Vega). TR LA LEY, AR/DOC/2715/2008, 1-6.
- Alexy, R. (2010). *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford University Press.
- Andrade, N. J. (2018). *Borrowing justification for proportionality: On the influence of the principles theory in Brazil*. Springer.
- Atiyah, P. (1979). *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. Oxford University Press.
- Barak, R. A. (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge University Press.
- Bidart Campos, G. (2007). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Tomo 1-A). Ediar.
- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Cohen-Eliya, M. y Porat, I. (2010). American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins. *International Journal of Constitutional Law*, 8(2), 263-286.
- Collins, H. (2012). On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. *Law, Society and Economy Working Papers*, (7), 2-44. [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm).
- Dancy, J. (2015). ¿Qué es el particularismo en ética? En Luque, P. (Ed.), *Particularismo* (pp. 19-38). Marcial Pons.

- De Fazio, F. (2018). La teoría de los principios. Un estado de la Cuestión. *Lecciones y Ensayos*, (100), pp. 43-68.
- Gilmore, G. (1974). *The death of contract*. Ohio State University Press.
- Grajales, A. A. (2015) El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como “la boca de los principios”. De la subsunción a la ponderación. *TR LA LEY*, AR/DOC/4937/2015, 1-14.
- Grossi, P. (2014). Sulla odierna ‘incertezza’ del diritto. *Giustizia Civile*, (4).
- Guibourg, R. (2011). Alexy y su fórmula del peso. En *Desafíos a la ponderación*. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-guibourg-castellano.pdf>.
- Guzmán, L. (2015). La sentencia razonablemente fundada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *TR LA LEY*, AR/DOC/1456/2015, 1-9.
- Guzmán, N. (2019). *Discrecionalidad y Justificación. Entre el juez intérprete y el juez creador en el Código Civil y Comercial*. Astrea.
- Habib, J. I. (2022). Principios constitucionales en sentencias de derecho privado ¿Se trata a veces de una moda? *Instituto de Estudios Sociales, Política y Cultura*, 1(12).
- Kurki, V. (2019). *A theory of Legal Personhood*. Oxford University Press.
- Lorenzetti, R. L., Highton de Nolasco, E. y Kemelmajer de Carlucci A. (2015). *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. <https://www.alveroni.com/wp-content/uploads/2018/12/9.-Fundamentos-del-Anteproyecto-de-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial-de-la-Naci%C3%B3n.pdf>.
- Masciotra, M. (2016). Discrecionalidad judicial en el código civil y comercial de la nación. *TR LA LEY*, AR/DOC/5002/2016,1-12.
- Méndez Costa, M. J. (1992). Encuadre constitucional del derecho a la identidad. *La Ley*, 1992-D.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). *Derecho Civil Constitucional*. Rubinzal Culzoni.
- Núñez Leiva, J. I. (2014). El movimiento del derecho libre: una fuente de ideas que perviven hasta hoy en distintas teorías del derecho, incluso en el constitucionalismo contemporáneo. *Revista de Derecho*, (42), 145-185.
- Perelman, C. (1963). *The idea of justice and the Problem of argument* (Trad. J. Petrie). Routledge & Kegan Paul.
- Radbruch, G. (s.f.). *Filosofía del Derecho* (3ª ed.) (Trad. J. Medina Echeverría). Reus.
- Savigny F. C. (1867). *System of the Modern Roman Law* (Tomo 1) (Trad. W. Holloway). Higginbotham.
- Schlag, P. (2002) The aesthesis of american law. *Harvard Law Review*, (115), 1047-1118.
- Sosso, G. (2018). Título Preliminar Artículos 1 al 18. En Lorenzetti, R. L. (Ed.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (Tomo 12-A, pp. 17-77). Rubinzal Culzoni.
- Verbic, F. y Sucunza, M. A. (2016). El deber de razonable fundamentación en el Código Civil y Comercial de la Nación. Alcance, contenido e implicancias. *TR LA LEY*, AR/DOC/5009/2016, 1-19.
- Vigo, R. (2012). Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar. *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*. <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina463.pdf>.
- Vincenti, U. (2007). *Diritto senza identità: La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*. Laterza.
- Ylari, J. S. (2019). El control judicial de constitucionalidad en Argentina. *El Derecho Público Iberoamericano*, (15), 45-86.

# EL LENGUAJE CLARO EN LA DOCTRINA JURÍDICA: CONVENIENCIA DE SU APLICACIÓN EN UN SUPUESTO DE COMUNICACIÓN ENTRE ESPECIALISTAS

---

**Mariano Vitetta**

Universidad Austral  
mvitetta@austral.edu.ar

**Recibido:** 28/03/2022

**Aceptado:** 19/05/2022

## Resumen

Este trabajo tiene por objetivo defender la idea de que es conveniente aplicar el lenguaje claro en la comunicación entre especialistas. Suele sostenerse que el fundamento para aplicar el lenguaje claro en el derecho es la disimetría entre los dos extremos de la situación comunicativa: especialistas y legos. Es decir, los expertos deben escribir pensando en el destinatario de sus textos, con la idea en mente de que deben poder comprender incluso los no versados en derecho. Este presupuesto, válido en las situaciones comunicativas entre especialistas y legos, no logra justificar el uso del lenguaje claro en la doctrina, que se caracteriza por ser una comunicación entre especialistas o entre un especialista y un futuro especialista, en el caso de los estudiantes. Para demostrar la conveniencia del lenguaje claro en la doctrina, se incluyen cinco problemas de redacción que aparecen con frecuencia en textos de doctrina y se proponen redacciones alternativas en lenguaje claro.

**Palabras clave:** lenguaje claro, doctrina, comunicación entre especialistas, géneros discursivos, secuencias textuales.

## Plain Language in Legal Scholarship: Benefits of its Application in Communications Among Experts

### Abstract

The purpose of this article is to defend the point that it is beneficial to use plain language in communications between experts. It is generally alleged that the basis to use plain language in



law is the imbalance between the two extremes of the communicative situation—specialists and nonspecialists. Specialists must write thinking of the intended reader of their texts, with the idea that even people without a legal background should be able to understand. While valid in communications between specialists and nonspecialists, this assumption cannot justify the use of plain language in legal scholarship. Legal scholarship is a communicative situation among specialists or between a specialist and a specialist-to-be, i.e., a student. To show this point, five drafting issues are included which are recurrent in legal scholarship, and alternative wordings in plain language are suggested.

**Key words:** plain language, legal scholarship, communication between experts, discourse genres, textual sequences.

## 1. Introducción al lenguaje claro<sup>1</sup>

La preocupación por la claridad en el derecho no es nueva. Tres adagios del derecho romano dan cuenta de ella: “Las leyes deben ser comprensibles por todos”, “En las leyes es preferible la simplicidad a la complejidad” y “La simplicidad es amiga de las leyes” (Muñoz Machado, 2017, p. 13).<sup>2</sup> Aunque se refieren a la ley, estos principios de claridad pueden hacerse extensivos a todas las demás fuentes del derecho. Sin embargo, más allá de la preocupación expresada por algunos, la realidad muestra que los textos jurídicos suelen ser opacos, abstrusos y de redacción deficiente.<sup>3</sup>

Lo que sí es nuevo, en cambio, es el desarrollo de corrientes que tienen por objetivo abordar los problemas que hacen inaccesible el discurso del derecho y mejorar su comprensión. Se puede rastrear el nacimiento de estas corrientes a mediados del siglo XX, en Inglaterra y Estados Unidos, con el nombre de *plain English* o *plain language*.<sup>4</sup> Encontraron eco en Hispanoamérica, especialmente en España, Chile, Argentina, México y Colombia.<sup>5</sup> Por lo general, los movimientos de lenguaje claro en español han abrazado la idea de que el destina-

---

1 Este artículo se enriqueció con las revisiones y los comentarios de Mariana Bozetti, Mariano Esper, Sebastián Galdós, Santiago Legarre, Helga Lell, Andrés Sánchez Herrero, Josefina Raffo y María Natalia Rezzonico, a quienes el autor agradece.

2 Estas son las versiones en latín: *Leges intellegi ab omnibus debent; In legibus magis simplicitas quam difficultas placet; Simplicitas legibus amica*, respectivamente.

3 El análisis más completo sobre el estado del lenguaje jurídico español actual es Montolio (2011).

4 Se puede consultar un breve recorrido por la historia del surgimiento del lenguaje claro en el mundo anglosajón en Richardson (2015). El análisis más completo sobre la historia del *plain English* en los Estados Unidos se encuentra en Schriver (2017).

5 Hay una descripción de los hitos principales del lenguaje claro de estos y otros países de Hispanoamérica en Poblete y Fuenzalida González (2018).

rio principal de los textos del derecho es el ciudadano. En este sentido, no debe entenderse por “ciudadano” de manera estricta a aquel que posee la ciudadanía de un determinado país, sino, en sentido laxo, a todo aquel que viva en un país y esté sujeto a sus normas. En esta sujeción a las normas está la clave de la concepción de estas corrientes. La idea que se colige es que si una persona está obligada por las normas de un país, esa persona debe poder comprenderlas. De ahí que se haya postulado la existencia de un “derecho a comprender”, que tiene como principal beneficiario al ciudadano (Neuman, 2017).

Si bien no hay un consenso absoluto sobre qué es el lenguaje claro, la International Plain Language Federation (s.f.) se encargó de elaborar una definición: “Una comunicación está en lenguaje claro si su redacción, su estructura y su diseño tienen la claridad suficiente para permitir a los destinatarios encontrar con facilidad lo que necesitan, comprender lo que encuentran y usar esa información” (s.p.).<sup>6</sup> Tomaré esta definición de “lenguaje claro” por ser precisa y concisa.

Casi todas las propuestas de lenguaje claro han girado en torno a recomendaciones generales sobre cómo mejorar el estilo del “texto jurídico”, pero este abordaje pasa por alto que no es lo mismo una demanda que una sentencia, un contrato que una ley; las estrategias discursivas y gramaticales para implementar los principios del lenguaje claro varían según nos refiramos a cada uno de esos tipos de texto. Por eso, planteo que es inútil hablar de “texto jurídico”, pues es un concepto demasiado amplio. Analizar este tema con mayor solidez y profundidad exige recurrir al concepto de “género discursivo” de Bajtín, que desarrollaré más adelante y que permite describir los tipos textuales según sus características en común y proponer alternativas sobre esa base.

Con el objetivo de enmarcar mi análisis en un enfoque jurídico y lingüístico, primero definiré qué se entiende por “doctrina” en el derecho y luego la describiré desde la concepción de géneros discursivos de Bajtín (1998) y la explicación de las secuencias textuales, siguiendo a Calsamiglia Blancafort y Tusón Valls (2001). Este andamiaje teórico me permitirá mostrar cinco ejemplos de problemas de redacción recurrentes en la doctrina y posibles alternativas escritas en lenguaje claro. Terminaré concluyendo que el lenguaje claro es beneficioso incluso en un supuesto de comunicación entre especialistas como lo es la doctrina jurídica.

---

6 La versión original en inglés reza así: “A communication is in plain language if its wording, structure, and design are so clear that the intended readers can easily find what they need, understand what they find, and use that information”. En la página oficial de la Federación (<https://www.iplfederation.org/plain-language/>) hay una traducción al español, pero prefiero ofrecer una versión propia.

## 2. Aspecto jurídico: concepto de la doctrina

Una pregunta legítima en relación con el lenguaje claro es si esta técnica para comunicar mejor contenidos jurídicos tiene alguna cabida en los textos de doctrina, ya que, como expliqué antes, las campañas de lenguaje claro suelen centrarse en los géneros discursivos en los que el destinatario es el ciudadano. En el caso de la doctrina, sin embargo, el destinatario no es el ciudadano. Se trata de textos jurídicos, sí, pero dirigidos a dos públicos: semilegos<sup>7</sup> (es decir, estudiantes o especialistas en formación) y especialistas. Hay que aclarar primero qué se entiende por “doctrina” en el derecho. En sentido lato, la doctrina incluye las obras de los juristas, como los libros, los artículos y los comentarios a sentencias judiciales (Rivera, 1992, p. 146).

En los cursos introductorios de las principales materias que forman parte del plan de estudios de la carrera de Abogacía, suele comenzarse por estudiar cuáles son las “fuentes” de cada rama del derecho. Para Llambías (1993, p. 49), la referencia a “fuente” es un uso figurado del lenguaje (en términos lingüísticos, una metáfora) para designar el origen o de dónde proviene lo que conocemos como “derecho”. Se asimila la idea de ‘manantial de donde surge o brota el agua de la tierra’ (primera acepción de “fuente”) con el derecho. Este autor, en efecto, considera más claro y preciso hablar de “medios de expresión del derecho”, pero justifica el uso de la terminología establecida porque ya está difundida en la disciplina.

Los autores no están de acuerdo en una enumeración taxativa de las fuentes del derecho, pero puede decirse que, en general, se reconoce que el derecho surge —con distintos grados de obligatoriedad— de la ley, la jurisprudencia, la costumbre, los principios generales del derecho y la doctrina. En los ordenamientos jurídicos que forman parte de la tradición del derecho continental europeo (el imperante en países como la Argentina, España y Rusia, entre muchísimos otros), la fuente principal es decididamente la ley. En la otra gran tradición jurídica vigente en el mundo, el *common law* —que siguen el Reino Unido, Canadá y los Estados Unidos,<sup>8</sup> entre otros—, la fuente del derecho con más preponderancia es la jurisprudencia.<sup>9</sup> También puede decirse que las fuentes

---

7 La terminología pertenece a Aguilar Peña (2007) y la explico mejor más adelante.

8 En una provincia de Canadá (Quebec) y en un estado de los Estados Unidos (Luisiana), como excepción a lo que ocurre en el resto del territorio de esos países, también se sigue la tradición continental europea, llamada *civil law* en inglés.

9 Debe matizarse esta afirmación con la explicación de que, aun en el *common law*, la ley está por encima de la jurisprudencia en casos concretos.

tienen diferente grado de incidencia según la rama del derecho. Por poner solo un ejemplo, la costumbre y la doctrina tienen una relevancia muy destacada en el derecho internacional público, lo que no se da en otras áreas del derecho.

Se puede rastrear en Roma el origen de la doctrina como fuente del derecho. Allí, la influencia de los doctrinarios fue fundamental. En un principio, los patricios, únicos con saberes jurídicos, recibían consultas de clientes y los aconsejaban. Posteriormente, se difundió la profesión de jurisconsulto, que no solo incluía la atención de clientes (lo que hoy conocemos como “asesoramiento de particulares”), sino también la enseñanza del derecho abierta a todos (hoy, la docencia). Con el tiempo, la labor de los jurisconsultos fue adquiriendo prestigio y algunos en particular lograron ocupar un lugar de especial consideración, ya que su dictamen era seguido habitualmente por los pretores,<sup>10</sup> aunque no era obligatorio. Augusto acordó a ciertos jurisconsultos la facultad de evacuar consultas con fuerza de ley; el resto de ellos, si bien no contaban con tal autoridad, influían sobre los jueces por la fuerza argumentativa de sus opiniones. Adriano modificó el sistema y exigió que, para tener fuerza de ley, las opiniones de los jurisconsultos que carecían en primera instancia de tal autoridad fueran concordantes. Se les acordó valor de fuente formal a los textos de Papiano, Ulpiano, Modestino y Gayo. Finalmente, Justiniano incorporó en el Digesto las opiniones más valiosas de los jurisconsultos, que pasaron a formar parte del Corpus Juris Civilis. De esta manera, hubo una codificación (en términos decimonónicos) de la doctrina, por lo que su valor normativo no se derivaba ya de la autoridad de los sabios que la formularon, sino de su consagración legal.<sup>11</sup>

Como sea, en la tradición continental-europea, la fuente principal de derecho es la ley, y la doctrina es, según algunos autores, solo una fuente mediata (Borda, 1991, p. 114), cuyo valor depende del prestigio y la autoridad científica del autor, o una “expresión o traducción del derecho por la fuerza de convicción que es capaz de transmitir” (Llambías, 1993, p. 89). También hay quien sostiene que jamás podría considerársela fuente (Rabinovich-Berkman, 2017):

[La doctrina] [n]o es fuente formal en Latinoamérica. [...] Actualmente, el desarrollo de las ciencias y el respeto a la libertad de pensar y razonar chocan con la imposición dogmática de una opinión científica, lo cual —además— vulneraría las actuales ideas democráticas. (p. 71)

10 Los pretores eran los funcionarios que tenían a su cargo impartir justicia, es decir, eran el equivalente al juez actual.

11 Este tema está tratado en profundidad en Cueto Rúa (1994, pp. 175-218).

Hoy en día, puede decirse que la doctrina tiene tres funciones: a) didáctica, para enseñar y difundir el derecho; b) crítica, para señalar vacíos y contradicciones legales y proponer soluciones y reformas legislativas; c) orientadora, para indicar el camino a seguir en las situaciones en las que la resolución de un caso no surge con claridad de la letra de la ley o de las otras fuentes del derecho.

Por lo general, se considera que el destinatario del “texto jurídico” es el ciudadano y que todos tienen derecho a comprender las leyes, las sentencias y las resoluciones administrativas. Ese derecho, a su vez, tiene como contrapartida el deber del emisor de esas comunicaciones, que es el Estado —en cualquiera de sus poderes o funciones—, de expresarse con claridad. Sin embargo, en el caso de la doctrina estamos ante una situación peculiar, porque el destinatario no suele ser el ciudadano o lego en derecho, sino que se trata más bien de una situación comunicativa entre especialistas. Por eso, el destinatario de un texto de doctrina, escrito por un especialista, es otro especialista (con la salvedad de los textos de doctrina dirigidos a estudiantes, que son futuros especialistas). Si estuviéramos ante un texto dirigido al público en general, no hablaríamos de “doctrina”, sino de “divulgación”. En este artículo intentaré explicar por qué el lenguaje claro es beneficioso aun en este supuesto de comunicación entre especialistas.

### **3. Aspecto lingüístico: descripción de los géneros discursivos de la doctrina**

El concepto de género discursivo pertenece a Bajtín (1998). Este autor se dio cuenta de que, más allá de los enunciados concretos de cada persona en un contexto particular, en determinadas áreas de la actividad humana, hay ciertos tipos de enunciados que suelen reflejar condiciones específicas fundamentalmente por su composición o estructuración, más allá de su contenido temático y estilo verbal (que comprende recursos léxicos, fraseológicos y gramaticales). Este enfoque de Bajtín supuso un cambio de óptica o extensión de la teoría de Saussure. El lingüista suizo diferenciaba entre lengua y habla. La lengua es el sistema social, y el habla se refiere a los actos puntuales individuales de expresión de la lengua. Saussure consideraba que esos actos eran infinitos en potencia y, por ende, centraba su análisis en el sistema de la lengua (Saussure, 2001, pp. 41-43).

Bajtín percibió que esos actos individuales de realización del lenguaje no son tan libres e infinitos como aseguraba Saussure. Más bien, esos actos están determinados por ciertas condiciones de composición o estructuración que ha-

cen que podamos decir que un texto determinado pertenece a un determinado género discursivo. Es decir, ¿qué hace que afirmemos que un texto A y un texto B, si bien están formados por palabras y párrafos diferentes, son, por ejemplo, sentencias? Sabemos que la sentencia es uno de los géneros discursivos del derecho y, por ende, anticipamos encontrar determinadas estructuras; típicamente, esperamos que al inicio aparezca el nombre de la causa y la denominación del órgano jurisdiccional encargado de decidir, un relato de los hechos, los argumentos jurídicos correspondientes y el fallo, o sea, la decisión del juez. La aparición de estos elementos o de esta estructura en reiterados enunciados escritos es lo que nos permite identificar esos textos diferentes con el género de la sentencia.

Las características propias de un género discursivo determinan en buena medida lo que en potencia se puede llegar a enunciar, la estructura común que tienen los tipos textuales que participan de un género discursivo determinado. Para distinguir textos, es muy útil la categoría de “secuencia textual prototípica” postulada por Adam y recogida por Calsamiglia Blancafort y Tusón Valls (2001). Se trata de tipos relativamente estables de combinaciones de enunciados con una organización reconocible. Son cinco: la secuencia narrativa, la secuencia descriptiva, la secuencia argumentativa, la secuencia explicativa y la secuencia dialogal. No me extenderé sobre cada una de ellas, pero sí debo aclarar que en los géneros discursivos de la doctrina jurídica las secuencias textuales que mayor preponderancia tienen son la explicativa, la argumentativa y la descriptiva, quizás en ese orden. En la Tabla 1 se indican las secuencias que tienen mayor preponderancia en cada tipo textual de la doctrina.

Tabla 1. Clasificación de los géneros discursivos de la doctrina jurídica

DOCTRINA JURÍDICA					
Función	Géneros discursivos	Características	Secuencias textuales predominantes		Vínculo enunciador-enunciatario
			Secuencia dominante	Secuencias secundarias	
Didáctica	Tratado	Es un tratamiento exhaustivo de una materia. Es de extensión considerable, tiene notas al pie y bibliografía y habitualmente derecho comparado.	Explicación.	Descripción, argumentación.	Por lo general, tanto enunciador como enunciarios son especialistas, aunque a veces también el estudiante (semilego) consulta este tipo de obras.
	Manual	Tratamiento más compacto y esquemático que el tratado. Busca cubrir los puntos esenciales de la materia. Pocas referencias al pie.			El enunciador es especialista, y el enunciario, semilego. Suelen ser obras escritas como iniciación en una materia para los estudiantes.
Expositiva	Tesis	Exposición de un problema, una hipótesis que lo explique y sus argumentos, más la conclusión. Se escribe para obtener un título de grado o de posgrado (maestría o doctorado).	Argumentación.	Explicación, descripción.	El enunciador es un aspirante a especialista que se dirige a un jurado de especialistas.
	Artículo	Exposiciones argumentativas sobre un tema novedoso.			El enunciador y el enunciario son especialistas.
	Comentario a fallo	Análisis de un fallo, con ponderación del problema, la solución del juez o tribunal y las alternativas.	Descripción.	Explicación, argumentación.	El enunciador y el enunciario son especialistas.
	Reseña	Repaso crítico de una obra y su contexto.			El enunciador y el enunciario son especialistas.

Fuente: elaboración propia.

Como vimos en el apartado anterior, la tradición de la doctrina en derecho es de muy larga data y probablemente sea tan antigua como el derecho mismo, aunque hayamos rastreado sus orígenes en Roma. En la tradición continental europea, la existencia de especialistas dedicados a escribir sobre el derecho para explicarlo, difundirlo o criticarlo se remonta a tiempos inmemoriales.

Un punto interesante para describir la doctrina es ver la influencia que ha tenido en la profesionalización de la academia en la segunda mitad del siglo XX. Antes de avanzar en este punto, conviene aclarar que, en derecho, la categoría de doctrina —entendida, como expliqué antes, como el producto escrito de los especialistas en derecho destinado a explicar, criticar o aclarar el derecho vigente— comprende diferentes tipos textuales. No es lo mismo un tratado de derecho civil que una nota a fallo de una sentencia reciente de la Corte Suprema, por ejemplo; sin embargo, hay acuerdo en que esos tipos textuales forman parte de lo que se define como “doctrina”.

Se puede ensayar una clasificación<sup>12</sup> —sin ninguna pretensión de taxatividad— de los géneros que se incluyen en la doctrina según la función: a) didáctica y b) expositiva. Entiendo por “función didáctica” aquella que implica la transmisión o enseñanza de conocimientos, y por “función expositiva”, la que se ocupa de mostrar un problema y argumentar para proponer soluciones. En la primera categoría podemos incluir los tratados y los manuales; en la segunda, las tesis (de grado o de posgrado), los artículos y las reseñas. En todos estos casos, el enunciador es un especialista en una materia del derecho que escribe para tratar un tema del derecho con diferentes fines, según quién sea el enunciatario o destinatario. Los tratados, por ejemplo, contienen una explicación de una determinada materia con una profundidad de análisis que suele ser de interés para otros especialistas; en cambio, el destinatario típico de un manual es un alumno de grado que necesita iniciarse en el conocimiento general y amplio de una materia. Aguilar Peña (2007) utiliza el término “semilego” para referirse a este enunciatario, es decir, al estudiante. Me parece una buena terminología. El tratado suele ser de una extensión mucho mayor al manual, suele incluir no-

---

12 Se puede consultar una clasificación alternativa en Aguilar Peña (2007). Esta autora hace una distinción entre los géneros discursivos relativos a los procesos de investigación jurídica (textos de nivel inicial e investigación jurídica formativa) y los géneros discursivos de conocimiento jurídico (doctrina jurídica y reportes no jurídicos). La propuesta de clasificación incluida en el cuerpo del artículo solo se ocupa de lo que la autora del trabajo citado estudia como “doctrina jurídica” en los géneros discursivos de conocimiento jurídico; en esa categoría ella incluye el libro, el artículo, la reseña y el comentario jurisprudencial. Otro tratamiento interesante de los géneros discursivos del derecho aparece en Borja Albi (2007).



tas al pie y referencias a otras obras para que el lector pueda profundizar el conocimiento de un determinado tema; en cambio, los manuales suelen no tener notas o, en caso de tenerlas, están al final del libro para no distraer la atención del lector hacia temas muy específicos. El tratado, además, apunta a cubrir con la mayor exhaustividad posible un tema, es decir, a agotarlo; el manual tiene por propósito introducir al lector y ordenar los elementos fundamentales de una materia solamente.

La categoría de textos con predominio de la función expositiva se caracteriza por una mayor horizontalidad en el trato enunciador-enunciatario. Es decir, el enunciador de un artículo de doctrina suele ser un especialista en un tema jurídico y el destinatario, a su vez, también lo es. Se trata de un supuesto de comunicación entre pares. Quizás pueda hacerse un matiz en el caso de las tesis en derecho. En tanto son un requisito para obtener un título de grado o de posgrado y son juzgadas por un tribunal examinador de especialistas, implican que el enunciador no reviste ese grado de especialización. En términos más claros: el enunciador es un aspirante a especialista, que se convierte en tal después de que el jurado aprueba su trabajo; el enunciatario, sin embargo, es evidente: el tesista le escribe al panel de expertos.<sup>13</sup> De todos modos, a los fines de esta descripción, este matiz no marca una diferencia sustancial, ya que de todos modos puede decirse que se trata de una comunicación entre especialistas.

Diferente es el caso de los artículos jurídicos. Este subtipo de texto, a su vez, se divide en dos: a) los que se publican en revistas periódicas tradicionales, que generalmente tienen el formato de diario; y b) los que salen en revistas de corte académico. En cuanto al primer grupo, en la Argentina, por ejemplo, se destacan las revistas *La Ley*, *El Derecho* y *Jurisprudencia Argentina*. En el segundo grupo hay muchísimas publicaciones que siguen las reglas del mundo universitario,<sup>14</sup> cuya característica más importante es la presentación del artículo para su juzgamiento por parte de especialistas (denominado “referato”), que puede ser con un procedimiento ciego o doble ciego (en el caso de que ni el autor ni los juzgadores conozcan la identidad del otro).

Hechas estas distinciones, que permiten matizar las diferencias entre cada uno de los géneros doctrinales, es posible describir cada género a partir de las características que tienen en común todos los ejemplares textuales que lo materializan. Ya se dijo que el enunciador suele ser un especialista y lo mismo se

---

13 Con la salvedad de que Eco (1977) dice que el tesista escribe “para la humanidad” (p. 179).

14 En este tema, es muy completo el análisis incluido en Parise (2010).

aplica, casi siempre, para el enunciatario. Se trata, entonces, de géneros que se caracterizan por tratarse de una comunicación entre especialistas o semiespecialistas (que es otra manera de decir “semilegos”).

Volviendo a la clasificación formulada unas líneas más arriba, en el tipo textual caracterizado por la función didáctica, los tratados y manuales se distinguen porque el modo de organizar el discurso en ellos se caracteriza por la explicación, la descripción y la argumentación. En menor medida tiene cabida la narración, y rara vez aparece el diálogo en estos textos. Quien escribe un tratado o un manual, como se explicó, generalmente persigue la función didáctica de tratar un tema para enseñárselo a otros, estudiantes o colegas; por esta razón, es de esperar que prime la explicación sobre todas las demás secuencias textuales. También tiene su lugar la descripción, pues se suele poner de manifiesto cuál es el estado de situación de un determinado tema y, finalmente, aunque no de menor importancia, la argumentación tiene un papel destacado, puesto que los autores suelen plantear posiciones a favor o en contra de determinada teoría. En derecho, es muy habitual escuchar que, a la hora de defender una posición, hay “media biblioteca a favor y media en contra”. Esto se ve con claridad, al leer ciertos textos de doctrina, cuando algún autor expone un problema y explica que hay tres posibles soluciones: la tesis amplia, en un extremo, y la tesis restringida, en otro; por lo general, su posición se ubica en el medio: la tesis “intermedia” o “mixta”. Lo que se dice al explicar estas posturas e inclinarse a favor de una u otra es nada más y nada menos que argumentar.

Si bien en los tratados y en los manuales hay cierta cuota de argumentación, lo propio de esos textos es describir el derecho y explicar el funcionamiento de las instituciones correspondientes. En los artículos jurídicos, de corte típicamente doctrinal o más bien académico, el propósito comunicativo suele ser otro: se espera que en un texto de estas características el enunciador plantee un problema, proponga una solución y exprese sus argumentos. La secuencia argumentativa tiene o debe tener un lugar preponderante.

Para finalizar esta introducción y antes de pasar a ver la aplicación práctica de algunas propuestas de lenguaje claro en la doctrina, creo necesario postular la conveniencia del lenguaje claro en estos géneros discursivos. No es posible sostener la tesis de que el autor de un texto de doctrina está *obligado* a usar el lenguaje claro al expresarse —lo que sí puede afirmarse cuando el enunciador es el Estado, por medio de alguno de sus funcionarios o dependencias—, pero sí puede asegurarse que los resultados serán mejores y que el propósito comunicativo se logrará de una manera más eficaz si se tiene en cuenta el lenguaje

claro. Considerar las pautas y recomendaciones del lenguaje claro quiere decir entender a quién se dirige uno y escribir de la manera más clara posible para que ese destinatario comprenda. El doctrinario que escriba en lenguaje claro se beneficiará a sí mismo, ya que podrá describir con mayor precisión, explicar con el detalle que sea necesario y comunicar mejor sus argumentos, siempre manteniendo la tecnicidad y la especificidad propias del derecho.

#### **4. Algunos problemas de redacción**

En este apartado me ocuparé de mostrar con algunos ejemplos de enunciados concretos de qué manera y en qué casos se pueden aplicar las pautas del lenguaje claro con el objetivo de que el enunciatario los entienda de la mejor manera posible. Entonces, trataré cinco problemas habituales en la redacción de textos jurídicos, especialmente recurrentes en la doctrina, y mostraré de qué manera puede transmitirse mejor el mensaje aplicando los principios del lenguaje claro. Es necesario aclarar que la elección de estos cinco problemas para demostrar mi argumento es arbitraria y de ninguna manera excluye otros problemas de redacción; sin dudas, pueden encontrarse muchos otros puntos en los que el lenguaje claro sería de utilidad.

##### **4.1 El plural “de modestia”**

Es un rasgo habitual de los textos de doctrina la construcción de un tipo de enunciadador particular que escribe de sí mismo en primera persona del plural (“nosotros”). En vez de decir “Entiendo que el resultado de la sentencia del tribunal es desacertado”, dice “Entendemos que el resultado de la sentencia del tribunal es desacertado”. Aunque desde el punto de vista gramatical este uso está considerado correcto —recibe el nombre de “plural de modestia”—, desde el punto de vista del lenguaje claro se trata de un uso no recomendable.

No conviene usar el plural de modestia porque confunde al lector respecto de quién es el enunciadador. Puede prestarse a confusión, por ejemplo, una frase como “Sostenemos la opinión de que...”. ¿Quiénes sostienen? A la hora de argumentar a favor o en contra de una postura, no es lo mismo una opinión doctrinal individual que una corriente doctrinal en la que se encolumnan varios autores. También está discutido que el plural de modestia sea tal y no represente más bien una pose. ¿Por qué sería más modesto incluir a otros en vez de hacer un enunciado en primera persona? Quienes están en contra del plural de

modestia por considerarlo poco modesto precisamente suelen identificar esta forma de expresión con el plural mayestático, propio de reyes y papas. Se trata de un uso arcaizante por el que se demuestra autoridad; veamos este ejemplo de un discurso del papa Juan XXIII:

La circunstancia que motiva esta grata audiencia de hoy es ya, por sí misma, como lo adivináis, muy emotiva para Nos. Nuestro octogésimo aniversario, y al mismo tiempo el tercero de nuestro pontificado: ¡qué invitación para hacer subir al Todopoderoso nuestras acciones de gracias! Y he aquí que nuestra humilde voz, por impulso espontáneo, viene a unirse a tantas otras que Nos, a un mismo tiempo, agradecemos y nos causan confusión. (Juan XXIII, 1961, párr. 3)

En todo caso, en la comunidad científica hay consenso en que el plural de modestia es inadmisibles en textos académicos. Martínez de Sousa (2012) es contundente:

Pese a lo que digan ciertas fuentes (por ejemplo, el *Diccionario enciclopédico Salvat universal*, 1974) en el sentido de que “es típico de las hipótesis y de la redacción científica”, actualmente el plural de modestia está considerado absolutamente acientífico y su uso está prohibido en la escritura de trabajos científicos. (pp. 121-122)

Conviene importar esta convención al mundo del derecho y evitar las posibilidades de confusión que introduce.

Tomemos este ejemplo de la doctrina argentina:

[S]i el adoptado fuere públicamente conocido por su apellido de adopción, puede ser autorizado por el Juez a conservarlo, salvo que la causa de la revocación fuere imputable al adoptado. La ley habla de causa imputable al adoptado. ¿Se reputará tal la revocación de común acuerdo? No lo creemos. Pensamos que cuando la ley prohíbe el uso del apellido del adoptante si la causa de la revocación fuere imputable al adoptado, lo hace como una sanción contra éste. Pero el simple acuerdo no es una conducta que merezca sanción. (Borda, 1991, p. 330)

Una propuesta en lenguaje claro de ese extracto diría lo siguiente, en la parte pertinente: “No lo creo. Pienso que, cuando la ley prohíbe el uso del apellido...”. El uso de la primera persona del singular le da más fuerza a la opinión del autor, que no se esconde en un oscuro e indeterminado “nosotros”.

Antes de concluir este apartado, corresponde hacer una aclaración respecto del plural. Más allá del plural de modestia y del mayestático, existe otra forma

conocida como “plural sociativo”, que no debe confundirse con las anteriores y cuyo uso es totalmente válido en el discurso jurídico de la doctrina. Este uso aparece en la siguiente oración: “Los contratos innominados son aquellos que no están incluidos en la legislación. Veamos algunos ejemplos”. Ese verbo “ver” conjugado en primera persona del plural no esconde al autor del enunciado, sino que invita al lector a seguir un determinado camino, a sentirse incluido en el texto.

Sobre este punto es muy claro Toller (2015):

[C]onviene redactar en neutro y evitar la primera persona del singular y el plural mayestático. Cuando se ha escrito en coautoría puede usarse, de vez en cuando, junto al neutro, la primera persona del plural. Asimismo, si se escribe en solitario, a veces puede usarse el plural, cuando se incluye al lector en lo que se está exponiendo. (p. 43)

Donde dice “plural mayestático” debería decir “plural de modestia”, como se explicó más arriba. Y, por último, al final de la cita el autor se refiere al plural explicado anteriormente, el plural sociativo.

## 4.2. Abuso de las mayúsculas

En español, la mayoría de las palabras se escriben en minúscula, por lo tanto, la excepción es la mayúscula. Esta característica es propia de cada idioma. En alemán, por ejemplo, todos los sustantivos llevan mayúscula inicial. En francés, en cambio, predomina incluso más que en español la minúscula y hasta se escriben en minúsculas todas las palabras que forman parte del nombre de una institución, por ejemplo, *Cour internationale de justice*. El español es decididamente minusculista, pero no tanto como el francés. El nombre de esa institución en español, por caso, es Corte Internacional de Justicia.

El principio general del español es que los sustantivos comunes se escriben en minúscula y solo los sustantivos propios llevan mayúscula. La mayúscula llama la atención del lector e indica que debe detenerse en esa palabra por algún motivo. En este punto, corrección y claridad van de la mano: las reglas ortográficas de la normativa española —como digo, con tendencia a la minúscula— sirven para construir un discurso escrito más claro y sin sobresaltos generados por mayúsculas innecesarias.

Una de las grandes fuentes de confusión en cuanto al uso de las mayúsculas surge de pensar que la mayúscula denota mayor respeto, lo que nada tiene que

ver con la función ortográfica que efectivamente le corresponde. Por más respeto que inspire un cargo o distinción, es conveniente (y normativo) que esas palabras se escriban en minúsculas. Analicemos este ejemplo:

A título de ejemplo simplemente, comentaremos los principales requisitos (no son excluyentes) que deben cumplimentar actualmente aquellos contribuyentes que soliciten el cese de actividades en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

a) Documento de identidad: exhibir el original y entrega de una fotocopia del mismo.

b) En caso de presentación por tercera persona para tramitar el cese: entrega del original de la autorización del titular con certificación de su firma.

c) En caso de presentación por apoderado para tramitar el cese: Poder suscripto ante Escribano Público, exhibiendo el original y entrega de una fotocopia del mismo.

[...]

j) Solicitud de acogimiento y Cuotas Abonadas, en caso de registrar acogimiento a algún plan de facilidades: exhibir los originales y entrega de fotocopias. (Dalmasio, 2008, s.p.)

En este texto sobran las mayúsculas en “Impuestos sobre los Ingresos Brutos”, “Poder”, “Escribano Público” y “Cuotas Abonadas”. En todos estos casos habría correspondido la minúscula por tratarse de palabras comunes, lo que incluye la denominación de los impuestos, la designación de un documento jurídico para facultar a alguien a actuar, el cargo de un funcionario investido de fe pública y la designación de los pagos hechos.

### 4.3. Uso excesivo de extranjerismos

El uso en español de extranjerismos, es decir, de palabras o frases de otros idiomas, no es en sí condenable, pero, para aspirar a la claridad en la expresión, conviene limitar este recurso a su mínima expresión. Cuando se utiliza un extranjerismo, debe analizarse a conciencia si esa palabra o frase es necesaria, si está bien usada y —fundamentalmente— si el destinatario la comprenderá.

Ya apunté que la doctrina se caracteriza por ser un tipo de comunicación entre especialistas. Desde esa perspectiva, es posible esperar que el lector especializado de un texto de doctrina comprenda ciertas expresiones extranjeras. En todo caso, no es lo mismo escribirle a un estudiante de abogacía o a un abogado en ejercicio que a un ciudadano sin conocimiento jurídico específico. Estas consideraciones permiten afirmar que el extranjerismo, hasta cierto

punto, es admisible en la comunicación entre especialistas, pero en caso de que la palabra o frase de un idioma que no sea el español no sea comprendida inequívocamente por gran parte del público especialista, corresponde que el autor intervenga de otro modo, por ejemplo, mediante la traducción entre paréntesis, haciendo una nota al pie o simplemente explicando el giro extranjero.

El derecho continental tiene una contundente influencia del derecho romano y, por eso, no es extraño toparse con expresiones en latín. Algunos de esos términos ya están instalados en el lenguaje jurídico y todo especialista los conoce; por ejemplo, cualquier estudiante de primer año de abogacía sabe que hay dos tipos de presunciones en derecho: *iuris tantum* (que admiten prueba en contrario) e *iuris et de iure* (que no admiten prueba en contrario). Aun así, en un manual de introducción al derecho, por poner un ejemplo, es conveniente que el autor aclare el significado de esos términos, al menos la primera vez.

Suele hacerse una clasificación de los extranjerismos en dos tipos: los crudos, es decir, las palabras tomadas directamente de la lengua extranjera, sin ningún tipo de adaptación a las normas morfológicas del español, que se escriben entre comillas o, con mucha más frecuencia, en cursiva; y los adaptados, o sea, las voces procedentes de otro idioma que pasan a considerarse voces españolas, después de cierta adaptación morfológica, por ejemplo, mediante la adecuación a las normas de acentuación del español.

Hay que prestarles mucha atención a los extranjerismos crudos, porque estos suelen ser los que más desorientan cuando su uso no está muy difundido o cuando no se los glosa de manera apropiada. A veces su significado es claro por la semejanza con el español, pero cuando puede reemplazarse, sin pérdida de sentido ni matices, es conveniente usar un término del español.

Veamos este ejemplo: “Desde el punto de vista de la personalidad el concebido es ‘persona’ para el derecho, pero ostenta esa investidura ‘sub-conditione’” (Llambías, 1993, p. 254).

Antes de analizar cómo resolver el problema de este extranjerismo crudo en particular, conviene detenerse en otros dos problemas de esta oración, que también oscurecen el sentido. “Ostentar” no es sinónimo de “tener” (una característica); el Diccionario da tres acepciones del término, dos de las cuales dicen que esa palabra significa ‘hacer gala de grandeza, lucimiento y boato’ y ‘tener un título u ocupar un cargo que confieren autoridad, prestigio, renombre, etc.’. Por lo tanto, conviene evitar ese verbo y reemplazarlo por uno mucho más llano y preciso, como “tener”. También parece excesivo el uso de “investidura” en referencia a la “personalidad”; sería más claro hablar de “característica” u otro

término similar. Hechas estas aclaraciones, veamos cómo quedaría la redacción de esa oración en una propuesta de lenguaje claro: “Desde el punto de vista de la personalidad, el concebido es ‘persona’ para el derecho, pero tiene esta característica de manera condicional”.

Como vemos, puede reemplazarse el extranjerismo “sub-conditione” por la frase adverbial “de manera condicional”. Otras posibilidades habrían sido “sujeto a una condición” o “condicionalmente”, entre otras.

Merecen un trato diferente los extranjerismos adaptados, que se convierten en lo que en lingüística se denomina “préstamo”. Hay préstamo cuando una lengua toma una voz de otra y la adapta a la estructura fónica y morfológica de la lengua de destino. En estos casos, la referencia al extranjerismo tiene que ver con el origen de la palabra más que con la palabra en sí, porque, después de la adaptación fónica y morfológica, esa palabra pasa a ser parte de la lengua de destino por derecho propio. Entre otras cuestiones, esa incorporación implica que la palabra pasa a formar parte del repertorio de la lengua, con entrada propia en el diccionario.

El fenómeno de los extranjerismos adaptados tiene mucha relevancia en el derecho. Por lo general, esas palabras adaptadas terminan formando parte de la terminología específica de la disciplina. Se puede citar como ejemplo la palabra “*exequatur*”, que en latín quiere decir “sea ejecutado”. Esta palabra se ha incorporado al derecho argentino y ha pasado a denominar un proceso específico regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que consiste en aquel tendiente a lograr la ejecución de una sentencia extranjera en un tribunal local. Aun teniendo origen en el latín, esta palabra se incorporó para designar un concepto específico del derecho procesal, por lo que su uso en textos especializados resulta incuestionable.

El *Diccionario panhispánico de dudas* (Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, 2005) recomendaba la adaptación del extranjerismo como “*exequátur*”, manteniendo el dígrafo “qu”, propio del latín, y agregando tilde en la anteúltima sílaba por considerarla palabra grave terminada en consonante distinta de “n” o “s” y explicaba que era invariable en plural: “los *exequátur*”. Esta es la adaptación por la que optó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En la última edición del *Diccionario de la lengua española*, sin embargo, la Academia decidió incorporar el término como extranjerismo crudo y en cursiva: *exequatur*. Posteriormente, el *Libro de estilo de la Justicia* (Muñoz Machado, 2017), editado por la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial, de España, incluyó como recomendación



otra adaptación: “execuátur”, que elimina el dígrafo latino “qu” y lo reemplaza por el uso de la “c” y la “u”, mucho más habitual en español.

Para redondear, los extranjerismos, crudos o adaptados, que pasen a formar parte de la terminología específica del derecho pueden utilizarse y, cuando corresponda para que el texto sea claro y transmita con precisión el mensaje, deben aclararse.

Merecen un párrafo aparte las expresiones extranjeras de uso habitual que no tienen significado jurídico en sí; no son parte de la terminología propia del derecho, pero su uso está muy extendido en la doctrina. Pertenecen a esta categoría expresiones como *ut supra* en vez de “más arriba”, *infra* en vez de “más abajo”, *ab initio* en vez de “desde el principio”, entre otras. En estos casos, la claridad siempre se ve favorecida por el uso de voces en español.

En concreto, ¿qué sentido tiene la frase latina *ad summum* en el siguiente párrafo que no se podría expresar más llanamente en español?

*Ad summum*, con expresa alusión al precedente “Casal” [...] y redimiendo otros antecedentes, dimanantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyó que “...La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires omitió –al amparo de un excesivo rigor formal, basado en el *nomen iuris* de la vía utilizada y soslayando la materialidad de los agravios planteados– el control sobre la cuestión federal, comprometida en la decisión del Tribunal de Casación Penal local al evitar un pronunciamiento, acerca del deber de garantizar la revisión, amplia, de la condena que asiste a toda persona, inculpada de delito...”, razón por la cual estimó que el *dictum* apelado exhibe graves vicios de fundamentación que, de suyo, lo descalifican como acto jurisdiccional válido, conforme la doctrina elaborada en torno a la arbitrariedad de sentencia. (Kent, 2015)

Por motivos de espacio, en este apartado solo me ocupé de los latinismos, a los que son afectos muchos doctrinarios, pero eso no quiere decir que los estudiosos del derecho solo recurran al latín. En la doctrina también hay anglicismos, galicismos e italianismos, aunque es innegable que la preponderancia de las voces latinas es marcada.

#### 4.4. El caso de “y/o”

Está muy difundido en el lenguaje jurídico general, y en especial en la doctrina, el uso de “y/o” para indicar a la vez que dos elementos están incluidos en una mención de manera conjunta y por separado. Es posible que el uso y abuso de esta construcción surja del miedo irracional por dejar afuera ciertos supuestos

a partir de la concepción errónea de que la conjunción disyuntiva “o” es necesariamente excluyente. En las lenguas naturales, como el español, esta conjunción no siempre es excluyente.

Analicemos algunos ejemplos. En la frase “El damnificado puede recurrir a la vía civil o a la vía laboral para reclamar por su indemnización”, la “o” efectivamente excluye: la demanda se puede presentar en un juzgado civil, y por lo tanto, queda excluida la posibilidad de presentar una demanda ante un juzgado laboral, o viceversa; es decir, se presenta la demanda laboral y, por ende, queda anulada la posibilidad de presentarse ante un juez civil. En este ejemplo la conjunción disyuntiva sí es excluyente. En cambio, hay otros casos en que la “o” no es excluyente. Por ejemplo: “Quienes hayan recibido una condena por una contravención o un delito no podrán postularse”. ¿Qué sucede con la persona que quiere postularse y ha sido condenada tanto por una contravención como por un delito? Es evidente que esa persona está excluida; si ya está excluida por haber sido condenada por una contravención, en nada cambia que también haya sido condenada por un delito. En otras palabras, en este ejemplo la conjunción disyuntiva “o” no es excluyente. Los doctrinarios podrían verse tentados a escribir “Quienes hayan recibido una condena por una contravención y/o un delito no podrán postularse” para incluir a los siguientes sujetos: a) condenados por una contravención; b) condenados por un delito; c) condenados por una contravención y por un delito. Como expliqué, es verdad que en el lenguaje de la lógica la “o” es excluyente y que el grupo c no estaría incluido estrictamente en la prohibición del ejemplo, pero en los lenguajes naturales como el español no hay dudas de que el grupo c está incluido en la prohibición y no hay necesidad de oscurecer la redacción con “y/o”.

Veamos otro caso:

Como otras provincias argentinas, Entre Ríos sancionó oportunamente la ley 10.175 que regula, dentro de su territorio, todo lo referente a la instalación y utilización de videocámaras y/o sistemas de captación de imágenes, para tomar y grabar imágenes en la vía pública, en lugares públicos o de acceso público y su posterior tratamiento. (Vaninetti, 2018, s.p.)<sup>15</sup>

En este extracto, se explica que la ley 10175 regula la instalación y la utilización de videocámaras y sistemas de captación de imágenes. La conjunción disyuntiva “o” en ese caso solo tendría sentido si efectivamente hubiera una

---

15 La cursiva es mía.

oposición excluyente entre los dos elementos. En este caso, además, hay otro problema: las videocámaras son “sistemas de captación de imágenes”, por lo que se evidencia una confusión de género y especie. Sería correcto y más claro decir “videocámaras y otros sistemas de captación de imágenes” o bien “sistemas de captación de imágenes, incluidas las videocámaras”.

Analicemos otro caso:

Independientemente del análisis de la norma entrerriana, sostengo que la finalidad lícita que se persigue a la hora de implementar un sistema de videovigilancia como forma de prevención y/o captación de prueba ante la comisión de eventos perturbadores de la seguridad ciudadana, delitos y/o faltas administrativas, nadie lo puede discutir, siempre y cuando se respeten debidamente los derechos y libertades de las personas, pues en aras de los objetivos primarios enunciados no se pueden desconocer ni restringir a los segundos. (Vaninetti, 2018, s.p.)<sup>16</sup>

En la primera parte de esta oración, la implementación de un sistema de videovigilancia tendría una doble función: prevenir delitos y captar prueba de los cometidos. Por ello, sería más claro simplemente decir: “[...] a la hora de implementar un sistema de videovigilancia como forma de prevención y captación de prueba [...]”. En la segunda parte basta con usar la conjunción disyuntiva: “[...] ante la comisión de eventos perturbadores de la seguridad ciudadana, ya sea que se trate de delitos o de faltas administrativas”.

Estudemos un último ejemplo: “El minucioso análisis propuesto, determinará si un hecho concreto, puede traer consigo desdoblamiento en la descripción de varias conductas, a la vez tipificadas por diferentes órdenes normativos, (administrativos y/o penales) sin afectar el principio del *non bis in idem*” (Maggio, 2018, s.p.).

Los órdenes normativos a los que hace referencia el autor de esta oración son los administrativos y los penales, por lo que no hay necesidad de introducir “y/o”. Con más claridad podría haberse escrito: “[...] diferentes órdenes normativos (tanto administrativos como penales)”.

Hay un último supuesto en el que podría parecer admisible el uso de “y/o”. Se trata del caso en el que es esencial marcar la posibilidad de que dos sucesos pueden darse por separado o a la vez. Por ejemplo, “En la audiencia, el juez decidirá sobre la situación procesal del imputado y/o de los testigos”. Esta redacción indica que, en la audiencia, efectivamente hay tres vías de acción posibles

---

16 La cursiva es mía.

para el juez: puede a) solo decidir qué pasa con el imputado, b) solo decidir qué pasa con los testigos, c) decidir qué pasa con ambos. Los buenos gramáticos recomiendan recurrir a la expresión “o ambos”.<sup>17</sup> La frase del ejemplo quedaría así: “En la audiencia, el juez decidirá sobre la situación procesal del imputado, de los testigos o de ambos”.

#### 4.5. Párrafos excesivamente largos o cortos

Por definición, un párrafo es un conjunto de oraciones referidas a un mismo tema. Uno de los problemas reiterados en ciertos escritos de doctrina es la elaboración de párrafos excesivamente largos, que muchas veces ni siquiera constituyen párrafo porque constan de una sola oración, compuesta por subordinaciones e incisos complejos que obligan a releer para lograr captar el sentido. También es un problema el párrafo unioracional corto aunque contenga una sola idea, esté gramaticalmente bien formado y quede semánticamente separado del resto, pero se puede decir que es un defecto menor ante la abundancia de párrafos con subordinadas encubiertas. Es, en todo caso, una cuestión de estilo.

Veamos, por ejemplo, este párrafo unioracional con varios incisos:

El derecho a la “*doble instancia*” o al “*doble conforme*” –también cristianado como “*derecho al recurso*”– ha sido atendido, de modo insuficiente, por nuestra doctrina, habiendo alcanzado su esplendor merced a los fallos, emanados de nuestro máximo tribunal de las garantías constitucionales, inspirados en las intervenciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, erigiéndose –como ya se ha recordado– en una exigencia que, sin hesitación, preserva cadencia con la garantía de la defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional), razón por la cual queda encapsulada en el derecho a la jurisdicción y, por ende, convalida la noción del debido procesal legal. (Kent, 2015, s.p.)

En rigor, este extracto contiene al menos tres oraciones, que aparecen mal coordinadas unas tras otras y forman un párrafo “ladrillo” de difícil comprensión. A continuación, ofrezco una posible versión en lenguaje claro, con modificaciones que exceden la división del párrafo en diferentes oraciones:

El derecho a la “*doble instancia*” o al “*doble conforme*” –también denominado “*derecho al recurso*”– ha sido estudiado de modo insuficiente por nuestra doctrina. Alcanzó su esplendor gracias a los fallos, emanados de nuestro máximo

17 Sobre este punto, recomiendo consultar la entrada “and/or” en Navarro (2019).

tribunal, sobre las garantías constitucionales, inspirados en las intervenciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se ha convertido—como ya se ha recordado— en una exigencia que, sin duda, se relaciona con la garantía de la defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional), razón por la cual queda comprendida en el derecho a la jurisdicción y, por ende, convalida la noción del debido procesal legal.

El párrafo unioracional se convirtió en uno formado por tres oraciones. La recomendación de lenguaje claro en estos casos, entonces, es formar párrafos de extensión media, ni muy largos ni muy cortos. Y lo más importante es no confundir al lector con párrafos largos en exceso que contengan muchas oraciones encubiertas que, en rigor, deberían escribirse aparte.

## 5. Conclusiones

El lenguaje claro es una técnica lingüística necesaria para favorecer que la ley sea conocida por todos. La difusión de las corrientes que bregan por hacer accesible a la ciudadanía el derecho es fundamental para que los operadores jurídicos se convenzan de que es beneficioso expresarse mejor, considerando quién es el destinatario de sus textos. La búsqueda de este beneficio no es optativa cuando el enunciador es el Estado: el Estado tiene la obligación de expresarse con claridad para que los ciudadanos comprendan las normas que regulan su existencia en sociedad. Sí es facultativa, sin embargo, en los supuestos de comunicación entre especialistas, como la doctrina. El aliciente para que un autor use el lenguaje claro es lograr una mayor difusión de sus ideas, que se entienda mejor lo que postule.

En este artículo describí la técnica del lenguaje claro y los objetivos de los movimientos que lo promueven, pero además planteé la novedad de que su uso, que siempre se consideró restringido a las comunicaciones emitidas por el Estado y destinadas al ciudadano, es beneficioso en la doctrina. Para ello, fue necesario analizar el concepto jurídico de “doctrina” y, desde el punto de vista lingüístico, definir el género discursivo. Otro aporte de este artículo en este tema es la clasificación de los diferentes tipos textuales de la doctrina, en el marco de la concepción de géneros discursivos de Bajtín, y las secuencias textuales descritas por Calsamiglia Blancafort y Tusón Valls. Estas clasificaciones sirven como punto de partida para pensar los textos de doctrina a la luz de los principios del lenguaje claro y decidir en cada caso de qué manera aplicarlos.

Finalmente, los ejemplos concretos de problemas de redacción recurrentes

en la doctrina han servido para mostrar ciertos problemas habituales y, además, que el lenguaje claro, lejos de quitarle precisión y especificidad al lenguaje técnico del derecho, logra que la expresión sea más contundente y, en todo caso, más eficaz. La eficacia comunicativa debe ser siempre el objetivo de quien se proponga escribir sobre el derecho para argumentar, explicar o describir. Este artículo postula que ser claro es fundamental para una comunicación eficaz en el ámbito jurídico. Dependerá de los doctrinarios abrazar los principios del lenguaje claro para que sus obras sean claras y, por tanto, eficaces.

## Bibliografía

- Aguilar Peña, P. (2007). Una propuesta de géneros discursivos escritos del ámbito universitario, jurídico y chileno, orientada a la alfabetización académica de estudiantes de derecho. *Perfiles Educativos*, XXXIX(155), 179-192.
- Bajtín, M. M. (1998). *Estética de la creación verbal* (Trad. T. Bubnova, 8ª ed.). Siglo XXI.
- Borda, G. A. (1991). *Tratado de derecho civil* (Parte general, 10ª ed., tomo I). Editorial Perrot.
- Borja Albi, A. (2007). Los géneros jurídicos. En Alcaraz, E. (Ed.), *Las lenguas profesionales y académicas*. Ariel.
- Calsamiglia Blancafort, H. y Tusón Valls, A. (2001). *Las cosas del decir. Manual de análisis del discurso*. Ariel.
- Cueto Rúa, J. (1994). *Fuentes del Derecho*. Abeledo-Perrot.
- Dalmasio, A. R. (2008). Nuevo procedimiento para solicitar el cese total de actividades en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *La Ley*. AR/DOC/149/2008.
- Eco, U. (1977). *Cómo se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura* (Trad. L. Baranda y A. Clavería Ibáñez). Gedisa.
- International Plain Language Federation. (s.f.). *Plain Language Definitions*. <https://www.iplfederation.org/plain-language/>.
- Juan XXIII. (1961). *Discurso del santo padre Juan XXIII al cuerpo diplomático durante el homenaje por su octogésimo aniversario*. Sala del Consistorio, viernes 3 de noviembre de 1961. [http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/speeches/1961/documents/hf\\_j-xxiii\\_spe\\_19611103\\_corpo-diplomatico.html](http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/speeches/1961/documents/hf_j-xxiii_spe_19611103_corpo-diplomatico.html).
- Kent, J. (2015). Una impronta jurisdiccional que alumbra, suasoriamente, el ancestral y desvalorado derecho al recurso. *La Ley*. AR/DOC/1151/2015.
- Llambías, J. J. (1993). *Tratado de derecho civil* (Parte general, 15ª ed., tomo I). Editorial Perrot.
- Maggio, F. (2012). El principio del non bis in idem en los procedimientos sancionatorios administrativos y/o penales. *La Ley*. AR/DOC/385/2012.
- Martínez de Sousa, J. (2012). *Manual de estilo de la lengua española* (4ª ed.). Trea.
- Montolio, E. (Dir.) (2011). *Estudio de campo: lenguaje escrito. Comisión para la Modernización del*

- Lenguaje Jurídico*. Ministerio de Justicia, Gobierno de España.
- Muñoz Machado, S. (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Espasa.
- Navarro, F. A. (2019). *Diccionario de dudas y dificultades de traducción del inglés médico* (3ª ed., versión 3.13). <http://www.cosnautas.com/es/libro>.
- Neuman, A. A. (2017). Derecho a comprender. El resultado de la sentencia en lenguaje llano. *La Ley*, 2017-D-229.
- Parise, A. (2010). Las revistas jurídicas en el ámbito universitario: foros de expresión y laboratorios de escritura. *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, 8(15), 123-132.
- Poblete, C. A. y Fuenzalida González, P. (2018). Una mirada al uso de lenguaje claro en el ámbito judicial latinoamericano. *Revista de Lengua i Dret, Journal of Language and Law*, (69), 119-138.
- Rabinovich-Berkman, R. D. (2017). *Principios generales del derecho latinoamericano*. Astrea.
- Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española. (2005). *Diccionario panhispánico de dudas*. Santillana.
- Richardson, J. (2015). Lenguaje claro: orígenes, historia y un caso de estudio. *Revista Hemiciclo*, (12), 7-13.
- Rivera, J. C. (1992). *Instituciones de derecho civil* (Parte general, tomo I). Abeledo-Perrot.
- Saussure, F. (2001). *Curso de lingüística general* (Trad., pról. y notas A. Alonso). Losada.
- Schrifer, K. A. (2017). Plain Language in the US Gains Momentum: 1940-2015. *IEEE Transactions on Professional Communication*, 60(4), 343-383.
- Toller, F. M. (2015). *Sistema de citas y redacción en Derecho*. Marcial Pons.
- Vaninetti, H. A. (2018). Instalación y utilización de videocámaras y/o sistemas de captación de imágenes en la vía pública en la provincia de Entre Ríos. Análisis del decreto 2554/2018, reglamentario de la ley 10.175. *La Ley*. AR/DOC/2261/2018.

# RECENSIONES

---





# CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Héctor A. Mairal**

---

**Buenos Aires: Editorial La Ley, 2021, 1122 páginas.**

Héctor A. Mairal es, tal vez, uno de los más agudos e inteligentes observadores críticos de nuestro derecho público. Además de sus reconocidas cualidades académicas e intelectuales, es, sin lugar a dudas, uno de los mejores abogados de la República Argentina de los últimos 40 años. Su libro más importante, *Control Judicial de la Administración Pública*, publicado en dos tomos por la editorial Depalma a mediados de la década de 1980 (Mairal, 1984), se había convertido en un clásico de forma prácticamente inmediata. Sin embargo, a pesar de ser una obra de consulta obligada, su edición estaba agotada hacía ya varios años. Además, el paso del tiempo, los cambios producidos por la reforma constitucional de 1994 y las modificaciones normativas y jurisprudenciales en los regímenes jurídicos extranjeros que había tratado en la obra la mostraban un tanto desactualizada. Para alegría de todos los que cultivamos la pasión por el derecho público, la editorial La Ley nos sorprendió a fines de 2021 con una grata noticia: la publicación de una segunda edición, revisada, actualizada y notoriamente aumentada por su autor.

Sobre el libro en general digo dos cosas: se trata de la actualización de una obra que, como dije, había alcanzado hace tiempo el estatus de clásico. A través de este enorme esfuerzo que hizo Mairal para actualizar todos los capítulos del libro, tarea titánica ya que implicó nada menos que actualizar casi 40 años de novedades legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales, tanto en el derecho argentino como en el estadounidense, el francés, el italiano y el español, nos encontramos ahora frente a un clásico en su versión 2.0. Es una obra magnífica, cuidada en todos sus detalles, cuya lectura recomiendo fervientemente. Son 1122 páginas, desarrolladas en tres partes en un total de 13 capítulos, acompañados de la friolera de 5567 notas al pie, las que dan cuenta del grado de exhaustividad que tiene la investigación.

El libro no solo tiene la virtud de la claridad y de una exposición erudita, sino también la de su utilidad para la vida práctica: se trata de un libro de con-

sulta ineludible no solo para académicos, sino también para todo aquel que se vea obligado a litigar contra cualquier repartición de la Administración Pública. Basta ver el análisis crítico que Mairal (2021, pp. 901-956) hace en relación con la Ley 26854 sobre medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado para comprobar este aserto. No es un logro frecuente poder combinar con maestría ambas cosas. Esta segunda edición, además, nos ofrece un festival de apreciaciones de gran riqueza intelectual sobre todos los aspectos que se puedan pensar acerca de un tema de indudable trascendencia, como es la protección jurídica de los particulares que enfrentan al Estado en sede judicial.

Dada la gran extensión del libro, me voy a limitar a hacer observaciones generales sobre algunos de los muchos asuntos que aborda Mairal. Los temas que trato fueron elegidos arbitrariamente y pido disculpas de antemano por lo incompleto que pueda parecer su tratamiento frente a la magnitud y puntuosidad de la obra que comento. Sirven, de todos modos, para poder apreciar, aunque sea superficialmente, la variedad de cuestiones que toca y la profundidad con la que Mairal los desarrolla.

En relación con la Parte Preliminar de la obra, quiero referirme a cuatro cosas: (i) la utilización del derecho comparado; (ii) la influencia decisiva del sistema estadounidense, especialmente en todo lo relacionado al Poder Judicial; (iii) la polémica acerca de la fuente del artículo 109 de la Constitución Nacional; y (iv) la involución que ha sufrido nuestro derecho público en los últimos ochenta años.

Sobre el derecho comparado, luego de advertirnos que en nuestro país ha sido generoso en la incorporación de teorías extranjeras de diversa procedencia, especialmente en el derecho público, el libro expone y explica en detalle las bases de los sistemas de control de la Administración Pública en Estados Unidos, Francia, Italia y España, para después analizar el sistema argentino y ver su compatibilidad o no con el de estos países. Al respecto, Mairal (2021) nos advierte que

No es usual incluir, en nuestros libros de derecho administrativo, una descripción general de los principales sistemas que nos han servido, en mayor o menor medida, de modelo. El lector se encuentra, desde las primeras páginas, con citas de autores extranjeros que dan por supuesta, y por ende no explican, la compatibilidad con los regímenes de donde provienen esas citas con nuestro derecho público. Por otra parte, la razón de ser de muchas de las reglas extranjeras solo se comprende tomando en cuenta la totalidad del sistema en la cual se insertan. De allí la utilidad que creemos que tienen las páginas siguientes. (p. 27)

En este punto quiero destacar primero la claridad del enfoque de la obra en cuanto a la justificación del cuidado que hay que tener a la hora de usar el derecho comparado. La cita irreflexiva del derecho público extranjero, sin analizar su compatibilidad con nuestro sistema constitucional, puede ser y ha sido fuente de numerosos equívocos que se exponen claramente en el libro. Esta afirmación no pretende descalificar el estudio del derecho comparado. Sin embargo, resulta imprescindible establecer con precisión el objetivo de la comparación entre los distintos ordenamientos estatales para que sea no solo provechosa, sino científicamente legítima.<sup>1</sup>

Si el objeto de la comparación es solamente establecer semejanzas y diferencias entre distintos ordenamientos, las precauciones que deberá adoptar el comparatista serán muy diferentes a si la intención es recurrir al derecho extranjero como base o fundamento de una interpretación del derecho público nacional. O, peor aún, para proponer la importación de una institución de otro sistema constitucional. En este último caso, será imprescindible analizar previamente si el ordenamiento constitucional extranjero es compatible o no con nuestras instituciones.

Tal como demuestra Mairal, de forma elocuente en esta parte del libro, no hemos tenido esos cuidados a la hora de importar teorías e instituciones de países europeos que tienen una estructura constitucional distinta a la nuestra. No solo eso, tampoco hemos tenido la inteligencia de modernizar las instituciones europeas importadas a la luz de la evolución que han tenido en las últimas décadas en materia de protección de los particulares frente a la administración. El autor nos advierte, con razón, que

En nuestro país no se ha tenido siempre presente la incompatibilidad entre estos sistemas, a punto tal que, durante muchas décadas, la historia del derecho administrativo argentino se resumía al intento de superponer la concepción francesa del derecho administrativo sobre una Constitución modelada sobre la norteamericana. (Mairal, 2021, p. 103)

En lo referido a la decisiva influencia del modelo estadounidense, Mairal defiende la idea, para mí indiscutible, de que nuestro país adoptó un sistema de jurisdicción única para el control jurisdiccional de la administración pública. Rechaza y rebate de forma contundente también la tesis minoritaria que pretende que nuestro sistema judicialista proviene de la Constitución monár-

---

1 En este punto sigo el enfoque de Pegoraro y Rinella (2006).

quica de Cádiz de 1812 (Mairal, 2021, pp. 107-120). Tiene razón. Además de los profusos argumentos que el autor expone en este punto, quiero enfatizar lo siguiente: nuestro país siguió al pie de la letra la Constitución de los Estados Unidos a la hora de diseñar su poder judicial federal y su sistema de control judicial. Esto, que puede ser motivo de polémica para algunos, resulta irrefutable.

Sin pretensión de ser exhaustivo, citaré las opiniones de algunos de los participantes más importantes de la Convención Constituyente de 1853. Por ejemplo, el convencional constituyente Martín Zapata. En la sesión del 18 de agosto de 1857, en su calidad de miembro informante de la Comisión de Legislación y Negocios Constitucionales del Senado de la Confederación, defendió lo que sería la Ley 182, la primera ley de organización de la justicia federal. Allí, el entonces senador Zapata reconoció la decisiva influencia del modelo estadounidense en el diseño del Poder Judicial adoptado en nuestra Constitución:

Si nuestra Constitución Nacional tiene de común con las de todos los Gobiernos Representativos la circunstancia de hacer de la justicia una de las tres grandes ramas del Poder Público, posee además un rasgo especial muy característico y trascendental que no ha podido copiarlo sino de un modelo único y sin ejemplo entre todas las otras naciones antiguas y modernas, la Constitución de la gran República de la América del Norte. Ese rasgo característico consiste en haber hecho nuestros legisladores constituyentes, a imitación de los americanos del Norte, de la Justicia Federal el guardián y mantenedor de la observación de la Constitución Nacional por la interpretación y aplicación uniforme y ajustada a ella de las leyes en los casos contenciosos que ocurran. De este modo la Justicia Federal viene a ser la gran rueda gubernamental del país, la garantía de todos los derechos, el moderador poderoso y constante, pero modesto y oculto bajo el disfraz humilde de un proceso particular, de los otros dos altos Poderes Constitucionales. (Cámara de Senadores, 1884, pp. 220-221)

En ese largo discurso, Zapata se refiere no solo a las “sabias doctrinas y teorías constitucionales de aquel aventajado pueblo” (Cámara de Senadores, 1884, p. 222), sino que confiesa que

no había casi nada que inventar, ni aun aplicar de nuestras prácticas judiciales conocidas ya; porque todas ellas relacionadas entre sí, forman un sistema judicial enteramente nuevo para nosotros, y que solo tienen un modelo -las instituciones de los Estados Unidos del Norte-, de que lo tomó nuestra Constitución, como lo dije al principio de este informe, no obstante la inmensa distancia a que nos hallábamos de aquel pueblo tan adelantado en sus sabias prácticas de Gobierno Federal, pero impulsados por la legítima ambición de aproximarnos a

él en la realidad de nuestras nuevas instituciones. (Cámara de Senadores, 1884, p. 224)<sup>2</sup>

Un año después, el 12 de julio de 1858, en la Cámara de Diputados de la Confederación, el exconvencional constituyente Juan del Campillo, en ese momento ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública nacional, refutó ciertas objeciones planteadas con respecto al ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Allí, quien transcribiera de su puño y letra el texto de la Constitución de 1853 luego de sancionada,<sup>3</sup> afirmó que “aunque nuestra organización no era perfectamente igual a la de Norte América, era, sin embargo, muy semejante, y por consiguiente, era de allí de donde habían de tomarse ejemplos” (Congreso Nacional, 1891, p. 512).<sup>4</sup>

En esa misma sesión, José María Zuviría, secretario de la Convención de Santa Fe de 1853, afirmó que:

Se dice que imitamos en todo a Norte-América y calcamos mal en nuestro alto Poder Judicial las mismas atribuciones que constituyen al Norte-americano. A la verdad, si no copiamos ese no hallamos en el mundo un modelo para nuestros ensayos. [...] Nuestra Constitución es la misma. No nos hemos arrepentido de ello. (Congreso Nacional, 1891, p. 519)

Finalmente, en la sesión siguiente –el 14 de julio de 1858–, Juan María Gutiérrez, uno de los dos redactores de la Constitución de 1853, se pronunció en sentido similar. Apenas unos años después de sancionada la Constitución Nacional, el supuesto “vocero de Alberdi” en la Convención Constituyente de Santa Fe<sup>5</sup> explicó que:

Todas mis ideas son tomadas de las doctrinas del pueblo Norte-Americano y de su ciencia política. Debo recordar también que el Poder Judicial tal como ha sido establecido por nuestra Constitución es una copia exacta del Poder Judicial de la Unión Americana. [...] Nosotros no podemos menos de aceptar este poder en el sentido Norte-Americano, desde el momento que hemos dado a nuestro Gobierno la misma forma que aquél. (Congreso nacional, 1891, p. 522)<sup>6</sup>

---

2 Zapata reconoce haber consultado a Kent, Story, Tocqueville y la Ley Orgánica de la Justicia Federal de los Estados Unidos para elaborar el proyecto.

3 Cfr. Zuviría (1889, p. 121).

4 Sesión del 12 de julio de 1858.

5 Cfr. Pérez Guilhou (1984, p. 161).

6 Sesión del 14 de julio de 1858.

La decisiva influencia del modelo estadounidense en la Constitución Nacional en todo lo referido al Poder Judicial federal también fue reconocida, de forma clara y contundente, por importantes convencionales constituyentes desde su rol posterior de jueces de la Corte Suprema. Así, por ejemplo, Salvador María del Carril, de destacada labor en el Congreso Constituyente de 1853, expresó que

nada nos induce a creer que los autores de nuestra Constitución, al sancionar los artículos que hacen referencia a la jurisdicción federal, tuviesen presente la legislación española; antes por el contrario, es una verdad evidente que, sólo pensaron en imitar a la Constitución de los Estados-Unidos en esta parte, como lo hicieron en las demás con muy pocas variaciones, y así, es a los principios consignados en la misma Constitución y a la jurisprudencia de aquellos Estados que debe ocurrirse para conocer el alcance de esta jurisdicción sin precedentes legítimos entre nosotros.<sup>7</sup>

De forma más genérica, pero igualmente rotunda, el otro redactor de la Constitución Argentina, José Benjamín Gorostiaga, desde la presidencia de la Corte Suprema afirmó lo que sería un reconocimiento explícito de esa influencia cuando dijo que:

El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares.<sup>8</sup>

Y evidenciando lo que pronto se convertiría en una costumbre del Alto Tribunal, Gorostiaga se preguntaba a continuación para resolver el caso: “¿Qué sucede, pues, en la República que nos ha servido de modelo [...]?”<sup>9</sup>

En definitiva, tal como sostiene Alberto Garay en una exhaustiva investigación reciente, que Mairal cita en esta parte del libro y que resulta de consulta ineludible, muchos artículos de la Constitución Nacional, especialmente los

7 El Dr. D. Juan Carlos Gomez, en representación de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nación, Fallos: 2:36, p. 44 (1865).

8 D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus, Fallos: 19:231, p. 236 (1877).

9 Ídem.

referidos al Poder Judicial, carecerían de sentido sin considerar debidamente ese trasfondo estadounidense (Garay, 2019, p. 263).

Sobre las fuentes del artículo 109 de la Constitución, coincido también con Mairal en el análisis que hace acerca del origen e importancia que tiene esta prohibición constitucional, en cuanto dispone que “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”. Se trata, obviamente, de un artículo constitucional de gran importancia para el tema que trata el libro, pero que, sin embargo, no puede ser interpretado de forma aislada.

Aunque estamos claramente frente a una disposición original de la Constitución, el artículo 109 no modifica, sino que mejora el sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos de tipo estadounidense adoptado por nuestro sistema constitucional. Su fuente no proviene de normas extranjeras, sino de un antecedente nacional. Me refiero al artículo 7 de la Sección Segunda del Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora el 22 de octubre de 1811 “para poner una barrera a la arbitrariedad” y “fixar los límites de las autoridades” (Sampay, 1975, pp. 110-111). En su parte pertinente, el artículo dice así:

El poder ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, avocar causas pendientes, ni executorias, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de la administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores, ni demás jueces subalternos, y funcionarios públicos... (Sampay, 1975, p. 112)

Mairal (2021) advierte, con razón, que

En definitiva, tomar el modelo norteamericano como “piso” y utilizar la regla del art. 109 para hacer más absoluta la necesidad de un adecuado control judicial, es la posición correcta. Eliminar ese “piso” reemplazándolo por las normas de la Constitución de Cádiz es históricamente falso, jurídicamente incorrecto y políticamente peligroso. (p. 120).

El esfuerzo de cierta corriente doctrinaria de encontrar fuentes españolas en este artículo es vano. No quedan dudas de que se trata, insisto, de una disposición original de nuestro sistema constitucional que apunta a limitar al Poder Ejecutivo. Esa preocupación de nuestros constituyentes se aprecia en otras disposiciones originales a lo largo de nuestra Constitución, como, por ejemplo, el artículo 29. Nuevamente estamos frente a una disposición original que, lejos de



alterar el sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos que tomamos de la Constitución de los Estados Unidos, lo complementa y perfecciona. Y es así como debe interpretarse: de forma sistemática, como mejora del principio de separación de los poderes para limitar directamente al Poder Ejecutivo, y no de forma aislada y como refutación de aquello que el constituyente expresó concretamente en la Constitución.

Finalmente, en cuanto a la involución de nuestro derecho público, que Mairal marca al final de esta Parte Preliminar del libro, vemos cómo nuestro sistema judicial de control de la Administración terminó reduciendo las protecciones acordadas a los particulares en juicio contra la Administración. Tal como advierte Mairal (2021),

Como resultado de la involución que hemos señalado en este capítulo, nuestro sistema de control judicial de la administración, que había llegado a principios de la década de 1930 a superar al de los Estados Unidos en el grado de protección que otorgaba a los particulares, no solo no desarrolló las potencialidades del sistema judicialista, como si lo hizo el de ese país, sino que ha terminado reduciendo la tutela judicial efectiva de la que gozábamos los argentinos décadas atrás. (p. 168)

Aquí quiero agregar un punto que el libro aclara que no forma parte de la obra (Mairal, 2021, p. 179, nota al pie 35). Me refiero a la independencia del Poder Judicial. Estoy convencido de que gran parte de esa involución que denuncia Mairal es consecuencia fundamentalmente del populismo y de las distorsiones institucionales que se generaron a partir de la enorme inestabilidad institucional que sufrimos los argentinos: primero, desde el 6 de septiembre de 1930 con el golpe de Estado que derrocó a Hipólito Yrigoyen, y después desde el 30 de abril de 1947 con el juicio político a la Corte Suprema, fecha en la que, en palabras de ese gran constitucionalista que fue González Calderón,

*la Corte Suprema como institución* –es preciso no olvidarlo– fue demolida, su respetabilidad, desde el punto de vista jurídico y la moral de los jueces que la formaban, no podían ser negadas de buena fe por nadie. Inútil fue la defensa que de los dignos magistrados sometidos a juicio político se hizo en el Senado de la Nación. [...] La Corte Suprema de la Nación argentina murió a los ochenta y cuatro años de su edad constitucional. (González Calderón, 1956, pp. 134-135)<sup>10</sup>

---

10 Énfasis en el original.

A partir de entonces, casi todos los Gobiernos quisieron aumentar su poder, tener su propia Corte y acomodar la interpretación de la Constitución a su gusto y conveniencia. Los numerosos cambios en la composición de la Corte contribuyeron de forma directa a la deformación de nuestro sistema, en especial en el reconocimiento de mayores poderes al Ejecutivo y en la interpretación distorsionada de la separación de los poderes, a la que se llegó a calificar de “categoría histórica” hace pocos años. Hoy, 75 años después, todavía seguimos discutiendo sobre la independencia del Poder Judicial y cuestionando a la Corte Suprema en su rol de intérprete final de la Constitución, como vemos a diario.

Aunque resulte paradójico, la conclusión inevitable que surge de esta parte preliminar del libro es que para encarar la necesaria modernización de nuestro sistema de control judicial del accionar de la Administración, resulta necesario retomar el camino originario que fijó la Constitución Nacional cuando nuestros constituyentes adoptaron el modelo norteamericano. Ese camino nos obliga a rescatar, entre otras cosas, el verdadero sentido del principio de la separación de los poderes que adoptó nuestra Constitución, que no es otro que el expuesto por el *Justice Louis D. Brandeis* en su famoso voto en el caso *Myers v. United States* en 1926:

la doctrina de la separación de los poderes no fue adoptada por la Constitución de 1787 para promover la eficiencia sino para impedir el ejercicio abusivo y arbitrario del poder. El propósito no fue el de evitar la fricción entre los distintos departamentos en que se divide el gobierno, sino el de salvar al pueblo de la autocracia a través de esta fricción inevitable, incidental a la distribución de los poderes gubernamentales en sus tres ramas.<sup>11</sup>

Ese es el verdadero sentido del principio de separación de los poderes en nuestra Constitución, que, guste o no, es la ley que gobierna a aquellos que nos gobiernan y que está estructurada de forma tal de recordarnos que los derechos vienen primero y el gobierno después. De hecho, la función principal del Gobierno es proteger los derechos constitucionales.

Sobre la Parte Primera del libro, referida a las condiciones de acceso a la instancia jurisdiccional, quiero destacar que coincido con lo que se señala en el Capítulo III en cuanto a que

es necesario crear conciencia acerca de la necesidad de una política de estado que asegure una justicia independiente, efectiva y accesible, y una legislación clara y moderna. Sin ellas, el sistema jurídico argentino se volverá cada vez más

---

11 *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, p. 293 (1926).

irrelevante como protector de derechos económicamente significativos. Y con un sistema jurídico irrelevante no hay genuinas inversiones de riego ni hay progreso. (Mairal, 2021, p. 187)

También considero sumamente valiosas las referencias que hace Mairal acerca de la redacción de normas en nuestro derecho público y su relación directa con la corrupción.<sup>12</sup> Se advierte, con razón, que

En nuestro derecho público suele observarse, además, el fenómeno de la deliberada oscuridad de las normas. Nuestras leyes y reglamentos son claros y categóricos cuando otorgan derechos al Estado o imponen obligaciones a los particulares, pero son oscuros o ambiguos cuando otorgan derechos a estos últimos. [...] En el derecho privado, las cláusulas ambiguas en los contratos de adhesión se interpretan en contra del predisponente (art. 987, Cód. Civ. y Com.). Esta norma, que correctamente pone el riesgo interpretativo sobre aquel que lo puede evitar redactando claramente, debiera aplicarse en nuestro derecho público, especialmente con respecto a los reglamentos. No hacerlo incentiva la oscuridad, pues esta le otorga diversas ventajas al funcionario que redacta la norma. En primer lugar, le permite alegar que la interpretación correcta es la que favorece al Estado, eximiéndose así de responsabilidad por sacrificar intereses públicos. Y, al ampliar significativamente la discrecionalidad del funcionario, quien puede seguir cualquiera de las interpretaciones posibles, aumenta las oportunidades de corrupción. (Mairal, 2021, pp. 186-187)

La exigencia de un lenguaje claro en la redacción de las normas excede lo meramente utilitario: la claridad es una de las exigencias básicas del régimen republicano de gobierno. De hecho, es la contrapartida lógica de uno de sus rasgos centrales: la publicidad de los actos de gobierno. En ese marco, expresarse con claridad no es optativo para el funcionario de la Administración pública, para el legislador o para el juez. Todos ellos deben hacer su máximo esfuerzo para comunicar en un lenguaje claro aquellas decisiones que toman e imponen a través de la fuerza del derecho.<sup>13</sup>

---

12 Mairal ya había hecho lúcidas reflexiones sobre la corrupción en un libro anterior publicado en 2007.

13 La redacción de normas claras es importante también para su correcta interpretación. No hay que olvidar la relación que hay entre las palabras del derecho y la violencia: "Legal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor

Un ejemplo paradigmático de lenguaje claro en nuestro país es la Constitución sancionada en 1853. Nuestros constituyentes redactaron el texto constitucional de forma clara y sencilla para que sea comprendido por todos: gobernantes y ciudadanos. De hecho, fue leído en plazas públicas en todo el país el 9 de julio de 1853 para que todos pudieran conocerla, comprenderla y jurarla.

Sobre los capítulos IV y V, coincido con la advertencia que hace el autor acerca de la inflación de derechos y su desvalorización, que profundiza luego en el capítulo IX.<sup>14</sup> También con la crítica que hace a partir de una interpretación fidedigna sobre el artículo 19 de la Constitución en cuanto establece que nadie puede ser obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe, que fija un régimen constitucional de obediencia a la ley y no uno de obediencia al funcionario. Imposible en este punto no estar de acuerdo con la crítica que hace al plazo de caducidad para agotar la vía administrativa que impone la Ley de Procedimientos Administrativos<sup>15</sup> y su interpretación jurisprudencial que tiene el efecto de convalidar actos administrativos, aun a pesar de estar viciados de nulidad absoluta si no son recurridos en un plazo exiguo (Mairal, 2021, pp. 328-330). Tal como plantea más adelante,

¿Acaso el principio de legalidad no obliga a la administración a cumplir la ley?  
¿Dónde dice la LPA [Ley de Procedimientos Administrativos] que el cumplimiento de esa obligación queda a criterio de la administración o que esa obligación cesa vencido el plazo de caducidad para recurrir el acto nulo? La conclusión es clara: la negativa de la administración de revocar un acto afectado de nulidad absoluta debe ser judicialmente controlable a pedido del particular afectado independientemente de plazo de caducidad alguno. (Mairal, 2021, p. 457)

En esta materia, se impone la solución que propone Mairal (2021):

Nuestra jurisprudencia debiera ir construyendo, dentro de los actos viciados de nulidad absoluta, una categoría de actos cuya impugnación no esté sujeta a plazos de caducidad. (p. 459)

---

the violence it occasions may be properly understood apart from one another. This much is obvious, though the growing literature that argues for the centrality of interpretive practices in law blithely ignores it” (Cover, 1985, p. 1601).

14 Un reciente trabajo de investigación y análisis de derecho positivo, cuantitativo, objetivo, correlacional, con método científico sobre 42 países, incluyendo 18 de la región, demuestra esa relación negativa. La llamada “inflación constitucional” parece tener una correlación directa con un peor desempeño institucional y socioeconómico de esos países (ver Canova et al., 2021).

15 Ver artículos 6, 17, 23, 24 y 25 de la Ley 19549 y artículo 90 de su Decreto Reglamentario 1759/72.

Para finalizar las observaciones sobre esta parte del libro, quiero destacar el análisis exhaustivo que hace el autor al tratar una de las excepciones a las reglas generales de revisabilidad de los actos administrativos en sede judicial. Allí, Mairal (2021, pp. 551-630) trata una cuestión espinosa, como es la de las cuestiones políticas no justiciables. Ese tratamiento es aún más completo que el de muchos tratados de derecho constitucional, lo que muestra la profundidad con la que se han estudiado y expuesto todos los temas en el libro.

En este punto quiero mencionar brevísimamente un caso que no suele analizarse al tratar las cuestiones políticas no justiciables: me refiero a *Enrique Spangenberg y otros* de nuestra Corte Suprema en junio de 1963.<sup>16</sup> Allí, la Corte, con una sugestiva disidencia de Luis María Boffi Boggero,<sup>17</sup> rechazó un amparo presentado por varios diputados nacionales electos entre 1961 y 1962 que pretendían cuestionar el accionar policial que les impedía el acceso a sus oficinas parlamentarias en virtud del Decreto 9204/62, a través del cual José María Guido, un civil, había ordenado disolver el Congreso de la Nación.<sup>18</sup>

Para terminar, hago dos observaciones sobre la Parte Segunda del libro, que trata sobre la instancia jurisdiccional propiamente dicha y que analiza, una vez abierta esta, cuál es el alcance de la revisión que harán los tribunales.

La descripción y el análisis del sistema de revisión judicial previsto en el marco de la Administrative Procedural Act (la llamada “APA”) en el Capítulo X es, sencillamente, sensacional por lo minuciosa y exhaustiva (Mairal, 2021, pp. 634-667). Para contrastar la detallada explicación que Mairal expone en este punto del libro con lo que ocurre en casos complejos en los Estados Unidos, vale la pena leer la reciente sentencia de la jueza de la Corte de Distrito de Tampa, Kathryn Kimball Mizelle, del 18 de abril de 2022.<sup>19</sup> En esa sentencia se anuló una regulación del Center for Disease Control (el CDC) que obligaba en todo el territorio de los Estados Unidos, y bajo la amenaza de sanciones penales, al uso de barbijos o tapabocas en aeropuertos, terminales de ómnibus, estaciones de tren, puertos, aviones, transportes privados como Uber, etc. La orden de la CDC se había dictado en el marco de la delegación de una ley de sanidad sancionada en 1944 que, hasta antes de la pandemia, solo se había usado para prohibir la venta y distribución de tortugas pequeñas por un brote de salmonela en 1975.

---

16 Fallos: 256:54 (1963).

17 Fallos: 256, pp. 57-61.

18 Con la venia de la Corte Suprema, Guido, como presidente provisional del Senado, había asumido el Poder Ejecutivo luego del derrocamiento de Arturo Frondizi.

19 United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division, *Health Freedom Defense*

La sentencia no es solo interesante por el contexto en sí referido al, hasta ahora, débil control judicial de las medidas de enormes restricciones a los derechos tomadas durante la pandemia, sino por el método de interpretación que despliega la jueza en relación con la ley que delegaba la autoridad al CDC. La sentencia se refiere a la regla jurisprudencial del famoso caso *Chevron* de 1984,<sup>20</sup> que, como bien dice Mairal (2021, p. 664), es el caso más importante del derecho administrativo norteamericano. Ese caso emblemático fijó el estándar de máxima deferencia a la interpretación de una ley hecha en sede administrativa cuando no puede determinarse con claridad la intención del Congreso en el marco de una delegación. La jueza aclaró que la regla de deferencia de *Chevron* no puede servir de excusa para que los jueces eviten hacer la rigurosa interpretación de las leyes que delegan funciones a la autoridad administrativa. Y citó el caso *Kisor v. Wilkie* de 2019,<sup>21</sup> referido en el libro de Mairal en la nota al pie 129 de la página 661, en el que la Suprema Corte de los Estados Unidos aclaró que los tribunales no pueden ampararse en la alegada ambigüedad de la norma solamente a partir de una primera lectura superficial. Por el contrario, la revisión judicial del accionar de la agencia administrativa obliga a los jueces a un análisis riguroso de las leyes que delegan competencia.

Sobre el tema, más allá de las discusiones que existen en materia de interpretación constitucional entre las diferentes escuelas del originalismo y la *living constitution*,<sup>22</sup> los tribunales estadounidenses suelen ser rigurosamente textualistas en la interpretación de las leyes. En este caso, la jueza Myzelle utilizó una herramienta digital denominada Corpus Linguistics para determinar el significado de la palabra *sanitation* (saneamiento) entre las décadas de 1940 y 1950.<sup>23</sup> Luego del uso de esa herramienta tecnológica, la jueza entendió que la delegación que el Congreso había hecho en 1944 no autorizaba al CDC a dictar la medida de carácter general que había tomado. La jueza también hizo hincapié en que el CDC no había justificado debidamente el no haber cumplido con el procedimiento de participación pública, llamado de “aviso y comentario”, que requiere la APA previo al dictado de la reglamentación. Y citó el voto del

---

*Fund, Inc., Ana Carolina Daza y Sarah Hope v. Biden, Joseph, et. al.*, 18/4/2022, Case No. 8:21-cv-1693-KKM-AEP, <https://s3.documentcloud.org/documents/21636492/mask-mandate-order.pdf>.

20 *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

21 *Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019). La Suprema Corte aún no ha publicado oficialmente el número de página.

22 Ver, entre otros, Solum (2019).

23 Sobre el Corpus Linguistics ver, entre muchos otros, Solum (2017).

juez Thomas en un fallo de la Corte de 2020, *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*,<sup>24</sup> en el que se explicó que esa participación ciudadana que exige la APA pretende emular una suerte de proceso político destinado a controlar y limitar el ejercicio del poder delegado por el Congreso a una agencia administrativa que, de otra forma, regularía a través de un método que luce como antidemocrático.

En el capítulo XII, finalmente, se analiza de forma exhaustiva la presunción de legitimidad del acto administrativo en el contexto de su impugnación en sede judicial,<sup>25</sup> en especial en relación con el otorgamiento de medidas cautelares para poder suspenderlo.

No pretendo entrar en el fondo del tema planteado en ese capítulo, pero sí hacer un par de observaciones concretas a modo de aporte polémico acerca de la presunción de validez o legitimidad no ya de los actos administrativos, sino de las normas que sanciona el Gobierno federal, incluyendo también las leyes. En general, cuando se trata el tema de la presunción de validez o de legitimidad de los actos administrativos o de la presunción de constitucionalidad de las leyes, se suelen mezclar dos cosas conceptualmente separables.

Una cosa es esa presunción entendida como regla general que obliga al cumplimiento de las normas sancionadas por los órganos de gobierno, sean leyes, decretos o actos administrativos. En este caso, la presunción tiene un fundamento obvio: podría argumentarse sin mayor esfuerzo que ningún sistema de gobierno puede funcionar sin una presunción similar que ampare, por ejemplo, las leyes que dicte el Congreso o los reglamentos del Poder Ejecutivo. Aceptar la postura contraria implicaría un caos, ya que la aplicación de las leyes, decretos, actos administrativos, etc. dependería de la interpretación que hiciese cada uno de los sujetos obligados a cumplirlas. Todas las normas estarían en suspenso y tendrían un estatus de precariedad insoportable. Y eso, obviamente, sería inaceptable para cualquier persona razonable. Sin embargo, la presunción tiene otra dimensión, mucho más importante que esa. El “intérprete” obligado

---

24 *Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020). La Suprema Corte aún no ha publicado oficialmente el número de página.

25 El artículo 12 de la Ley 19549 dispone expresamente: “Art. 12.- El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios -a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta”.

a aplicar la presunción de validez de las normas en el que se está pensando al abordar el tema no es la población en general que debe cumplir esas normas, sino el Poder Judicial.

Entendida de esta forma, la presunción adquiere otra dimensión: es una regla a través de la cual se asigna: (i) la carga de la prueba, o, más difícil aún, (ii) la carga de la persuasión de la inconstitucionalidad de la norma que se pretende impugnar en un caso concreto en sede judicial. Ambas cargas se ponen en cabeza de la persona que litiga contra el Estado y que alega una violación de alguno de sus derechos constitucionales. En consecuencia, para poder ganar el juicio, el supuesto damnificado es quien debe demostrar ante un tribunal (o convencerlo), de forma concluyente y más allá de toda duda razonable, que la norma cuestionada, sea ley o acto administrativo, es inconstitucional o inválida.

Vemos así que la presunción de validez rige principalmente en el ámbito procesal: en realidad, constituye el punto de partida de todo el debate en sede judicial cuando se litiga contra el Estado. Por vía de esta presunción, no solo se condiciona al supuesto damnificado que tiene a su cargo el *onus probandi*, sino que, además, la propia labor de los jueces se puede ver limitada: dependiendo de la concepción que se tenga sobre la separación de los poderes, sobre la relación entre el Gobierno y los ciudadanos, sobre el rol de los jueces en el sistema, etc., cuanto más amplia sea la presunción que ampare el accionar del Gobierno, más restringida y limitada será la actuación del Poder Judicial.<sup>26</sup>

El comentario no pretende cuestionar la utilidad de este tipo de presunciones, más allá de advertir que requieren una fundamentación que muchas veces se presupone y no se explicita. Tal como explica Lawson (1996, pp. 423-424), las presunciones son indispensables para poder decidir casos concretos, especialmente en contextos de subdeterminación del derecho.<sup>27</sup> Pero para ello hay que hacer un trabajo previo de interpretación de textos normativos para dilucidar cuál es el derecho vigente aplicable al caso concreto. Generalmente, este paso previo es soslayado utilizando la presunción de validez como excusa.

Algo similar ocurre con la presunción de ilegitimidad a la que se refiere Mairal en el párrafo 664 de la página 873 del libro, que se basa en la idea de que existen libertades preferidas. Aunque nuestra Constitución no establece una jerarquía de derechos, los jueces aplican presunciones distintas según el tipo de derechos que estén en juego en un caso, relegando generalmente a la propiedad

---

26 Para ampliar el punto, ver García-Mansilla (2014).

27 El concepto de subdeterminación no es usado por Lawson, aunque su tesis lo presupone. Ese concepto fue expuesto y defendido por Solum en la década de 1980. Aunque no puedo analizar el



a un segundo plano inferior. Pero, tal como sostuvo el Justice Potter Stewart en el caso *Lynch v. Household Finance Corp.*,<sup>28</sup>

la dicotomía entre las libertades personales y los derechos de propiedad es falsa. La propiedad no tiene derechos. La gente tiene derechos. El derecho de disfrutar de la propiedad sin interferencia indebida es, en verdad, un derecho personal al igual que el derecho de expresarse o de viajar, sin importar si la propiedad en cuestión es sobre un subsidio, una casa o una cuenta bancaria. De hecho, existe una interdependencia fundamental entre el derecho personal a la libertad y el derecho personal en la propiedad. Ninguno puede tener sentido sin el otro.<sup>29</sup>

En similar sentido, Stephen Macedo (1983), de la Universidad de Harvard, planteó que

el doble estándar que surge de la doctrina de las libertades preferidas es insostenible e incoherente. No sólo contradice abiertamente el texto de la Constitución, sino que falla al no reconocer que las libertades económicas no están aisladas, sino que son interdependientes de las llamadas libertades preferidas, con las que forman la base de principios básicos tales como la autonomía personal. (p. 104)

Otro aspecto que, a veces, se olvida al tratar el tema es que nuestra Constitución nos da algunas pautas interpretativas para poder extraer presunciones, por ejemplo, en los artículos 19 o 33. Esas pautas constitucionales deberían obligar a interpretar los derechos de forma amplia y, como contrapartida, los poderes del Gobierno federal, de forma restringida. Una buena defensa de la presunción de validez exige justificar su compatibilidad con las reglas interpretativas que surgen de ambos artículos de la Constitución, tal como lo hace Mairal en su libro.

Algo similar ocurre con las presunciones que deberían regir en el ámbito procesal cuando se cuestiona judicialmente un decreto de necesidad y urgencia

---

punto en detalle por razones de espacio, cabe aclarar que esta corriente no acepta la idea de que el texto constitucional adolezca de una “indeterminación radical”, con la consiguiente amplitud para el intérprete (la idea de la indeterminación radical ha sido expuesta, por ejemplo, en Nino (1997, pp. 31 y ss.); por el contrario, esta corriente entiende que la eventual “textura abierta del lenguaje” de un texto jurídico, aun del constitucional, no implica su indeterminación, sino eventualmente la “subdeterminación” (*underdeterminacy*) de ese mismo texto. Esa subdeterminación limita al intérprete, ya que reduce el número de aplicaciones posibles que podría darle a ese texto (al respecto, ver Solum (1987, p. 462)).

28 *Lynch v. Household Finance Corp.*, 405 U.S. 538 (1972).

29 405 U.S. 538, p. 552.

(DNU). Aquí tenemos otra pauta interpretativa que surge del texto constitucional. Si bien es cierto que los DNU son una clara excepción al sistema de separación de poderes con frenos y contrapesos y que no se puede discutir su incorporación a la Constitución, no lo es menos que la propia Constitución establece un rígido principio general que debe ser aplicado como regla de interpretación en todos los juicios. En efecto, el artículo 99, inciso 3 comienza diciendo:

El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo.

Si nos tomamos en serio la Constitución, la presunción que deberíamos extraer del texto de esa disposición constitucional es que cualquier DNU debe ser interpretado de forma restrictiva y estar sometido a un examen riguroso a nivel judicial. Es decir, se deben presumir inválidos. Ante la duda, los jueces deben declarar su invalidez, máxime cuando, como ha demostrado Alfonso Santiago junto con Santiago Castro Videla y Enrique Veramendi en un libro reciente cuya lectura también recomiendo, el Congreso no ejerce un control en serio en el marco de la Ley 26122.<sup>30</sup>

En este punto, disidencias como las de los casos *Consumidores Argentinos*<sup>31</sup> y *Aceval Pollacchi*<sup>32</sup> deberían generar mayores adhesiones hasta convertirse en el criterio mayoritario de nuestros tribunales. Allí se sostuvo que

cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse *prima facie* inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los dos párrafos siguientes del art. 99, inc. 3º [...].<sup>33</sup>

Para terminar este breve comentario de un libro complejo, extenso y desafiante, quiero destacar el afán republicano que transmite permanente el autor cuando plantea modernizar el derecho administrativo nacional tanto en lo sus-

---

30 Santiago (h) et al. (2019).

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02–SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986*, Fallos: 333:633, Cons. 11), p. 658 (2010).

32 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Aceval Pollacchi c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.*, Fallos: 334:799 (2011).

33 Fallos: 334:799, Considerando 5), p. 825. Este criterio, aunque no de forma idéntica, había sido anticipado en *Badeni* (1999, p. 426).

tancial como en lo procesal. Héctor Mairal nos propone acercarnos inteligentemente nuestro derecho público al modelo norteamericano, no por una preferencia personal o un preciosismo estético, sino porque se trata, indudablemente, del modelo que adoptó nuestra Constitución y porque ese acercamiento podría ser un medio que nos ayude a los argentinos a hacer realidad la protección que implica vivir en un verdadero Estado de derecho.

El libro transmite así la vocación del autor para lograr que se haga realidad en nuestro país el imperio de la ley, por sobre el de las personas, honrando así el ideal del constitucionalismo de lograr “un gobierno de leyes y no de hombres”. Es la misma meta que nos plantearon nuestros constituyentes al momento de dar por finalizado el Congreso Constituyente de Santa Fe, en la sesión del 7 de marzo de 1854:

En nombre de lo pasado y de las desgracias sufridas, [el Congreso Constituyente] les pide y aconseja obediencia absoluta a la Constitución que han jurado. Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos. (Ravignani, 1937, p. 683)

El libro de Mairal nos recuerda que alcanzar esa meta constitucional implicará un esfuerzo complejo y de largo aliento, pero lo bueno es que también nos traza el camino que debemos transitar.

**Manuel José García-Mansilla**

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

## **Bibliografía**

- Badeni, G. (1999). *Instituciones de Derecho Constitucional*. Ad-Hoc.
- Canova, A. Jaffe, K., Martínez, E., Correa, J. C., Soares, A. C., Contreras, J. G. y Baroni, R. (2021). ¿Tiene la constitución de un país un efecto práctico sobre su institucionalidad y socioeconomía? *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela*, 165, 663-740.
- Cámara de Senadores. (1884). *Actas de las sesiones del Paraná correspondientes al año de 1857*. Imprenta de la Nación.

- Congreso Nacional. (1891). *Actas de las sesiones de la Cámara de Diputados. 1857-1858*. Cía. Sud-Americana de Billetes de Banco.
- Cover, R. M. (1985). Violence and the Word. *Yale Law Journal*, 95, 1601-1629.
- Garay, A. F. (2019). A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law. *Southwestern Journal of International Law*, XXV(2), 258-320.
- García-Mansilla, M. J. (2014). ¿Presunción de Constitucionalidad o Presunción de Libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la Constitución Nacional. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XL - 2013, Parte II, 493-606.
- González Calderón, J. A. (1956). *No hay justicia sin libertad. Poder judicial y "poder perjudicial"*. Víctor P. de Zavalía Editor.
- Lawson, G. (1996). Legal indeterminacy: Its cause and its cure. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 19, 411-428.
- Macedo, S. (1983). The Public Morality of the Rule of Law: A Critique of Ronald Dworkin. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8(1), 79-108.
- Mairal, H. A. (1984). *Control Judicial de la Administración Pública* (Tomos I y II). Depalma.
- Mairal, H. A. (2007). *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. RPA.
- Mairal, H. A. (2021). *Control Judicial de la Administración Pública*. La Ley.
- Nino, C. S. (1997). *La Constitución de la Democracia Deliberativa*. Gedisa.
- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2006). *Introducción al derecho público comparado*. Palestra.
- Pérez Guillhou, D. (1984). *El pensamiento conservador de Alberdi y la Constitución de 1853*. Depalma.
- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo IV). Casa Jacobo Peuser.
- Sampay, A. E. (1975). *Las constituciones de la Argentina (181-1972)*. Eudeba.
- Santiago, A. (h), Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo: decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes Régimen constitucional, ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*. La Ley.
- Solum, L. B. (1987). On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. *The University of Chicago Law Review*, 54, 462-503.
- Solum, L. B. (2017). Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record. *The Brigham Young University Law Review*, 2017, 1621.
- Solum, L. B. (2019). Originalism versus Living Constitutionalism: The conceptual structure of the great debate. *Northwestern University Law Review*, 113(6), 1243-1296.
- Zuviría, J. M. (1889). *Los Constituyentes de 1853*. Felix Lajoaune Editor.

## Jurisprudencia citada

### Argentina

#### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- El Dr. D. Juan Carlos Gomez, en representacion de su hermano D. José Cándido, en demanda contra la Nacion, Fallos: 2:36 (1865).
- D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus, Fallos: 19:231 (1877).
- Enrique Spangenberg y otros, Fallos: 256:54 (1963).

*Consumidores Argentinos c/EN – PEN – Dto. 558/02–SS – ley 20.091 s/amparo ley 16.986*, Fallos: 333:633 (2010).

*Aceval Pollacchi c/Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A.*, Fallos: 334:799 (2011).

## **Estados Unidos**

### **Suprema Corte de los Estados Unidos**

*Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

*Lynch v. Household Finance Corp.*, 405 U.S. 538 (1972).

*Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

*Kisor v. Wilkie*, 588 U.S. \_\_\_\_ (2019).

*Department of Homeland Security v. Regents of the University of California*, 591 U.S. \_\_\_\_ (2020).

### **United States District Court, Middle District of Florida, Tampa Division**

*Health Freedom Defense Fund, Inc., Ana Carolina Daza y Sarah Hope v. Biden, Joseph, et al.*, 18/4/2022, Case No. 8:21-cv-1693-KKM-AEP.

# LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN Y SU REGLAMENTO, COMENTADO 1983/2019

**Guillermo Carlos Schinelli**

---

**Buenos Aires: Editorial Dunken, 2021, 814 páginas.**

Aun en tiempos de pandemia, en los cuales las actividades del hombre parecen focalizarse en los aspectos negativos del momento, aparecen buenas noticias que iluminan el presente y se proyectan hacia el futuro.

El Dr. Guillermo C. Schinelli nos presenta su obra completa con los comentarios sobre el Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación, y sus prácticas, para el período 1983 -2019.

Es obligación dar cuenta de ello y pregonar su irrupción en el ámbito académico en pos de expandir, promover y sostener las investigaciones en derecho parlamentario.

Sin despertar interés académico alguno a principios del siglo XX<sup>1</sup>, a su término el Dr. Carlos María Bidegain señalaría que la denominada parte reglamentaria, procesal o adjetiva –la que estudia los reglamentos de las cámaras del Congreso, las normas, costumbres, prácticas y tradiciones que rigen su funcionamiento– continuaba siendo la más necesitada de sol (Bidegain, 1999).

Mediante la obra objeto de la presente reseña, el autor ha vuelto para cumplir con su juvenil objetivo y honrar justamente a los doctores Bidegain y Guillermo N. Molinelli, quienes lo introdujeron en la rama parlamentaria del derecho constitucional.

El Reglamento tiene sus antecedentes y el profesor Schinelli se ocupa de señalar las diferencias entre ellos. Reconoce su origen en los albores del retorno de la democracia en el denominado *Breve Comentario* publicado en 1983 por

---

1 González Calderón, en su tesis doctoral “El Poder Legislativo”, señaló que su plan de trabajo original comprendía la materia referente al “Procedimiento Parlamentario”. Sin embargo, manifiesta el mismo autor que finalmente no la trató porque “el asunto de reglamentación del funcionamiento del Poder Legislativo claramente establecido en los textos constitucionales y en los estatutos internos de las cámaras, no ofrece mayor dificultad ni mucho interés teórico” (González Calderón, 1909, p. 432).

la Dirección de Información Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación, que tuvo por objetivo inmediato clarificar el contenido del estatuto básico de la Cámara. Luego, se profundizaría la tarea con la publicación de la misma Dirección en 1996, cumpliendo así el Dr. Schinelli su auto: el compromiso de continuar la tarea iniciada mediante la incorporación de otras fuentes de interpretación para el período 1983-1993.

Hoy, el Reglamento no solo incluye el análisis del funcionamiento de la Cámara de Diputados hasta 2019, sino que además incorpora la experimentada opinión del autor en numerosos temas, reflexiones de un verdadero jurista tendientes a mejorar la vida democrática.

Para analizar la importancia de una obra entiendo que es necesario tener claro lo acaecido en nuestro país y luego ponerlo en perspectiva respecto a lo acontecido en otros países.

En la República Argentina, al momento de sancionarse la Constitución en 1853, la cuestión reglamentaria de las cámaras no fue un tema de importancia constitucional. Eliminadas todas las referencias al fin deliberativo que sí mencionaban los antecedentes constitucionales locales de los años 1819 y 1826, y haciendo caso omiso de los preceptos sobre el contenido de los reglamentos parlamentarios según la Constitución de los Estados Unidos, el modo en que serían determinados los procedimientos de las cámaras se libró a un diseño institucional de absoluta discrecionalidad de los representantes. La reforma constitucional de 1994 no cambiaría demasiado las cosas (Palacios, 2019).

En dicha línea, y sin perjuicio de la tenue salvedad reconocida por el propio autor en lo que se refiere al cumplimiento de los artículos 224 y 225 del Reglamento,<sup>2</sup> las prácticas y los precedentes de las cámaras no fueron objeto de recopilación, mucho menos de conocimiento público absoluto y sin reservas.

Resulta oportuno recordar que el ordenamiento y sistematización de los precedentes parlamentarios encuentra su raíz en la cultura constitucional del Reino Unido, lo cual se puede verificar en *Modus Tenendi Parliamentu* (aprox. 1300) y en las obras de John Hooker (aprox. 1572), William Lambarde (1584), William Hakewill (1641), Henry Elsynge (1697) y John Hatsell (en cuatro volúmenes publicados entre 1776 y 1796) (Natzler, 2017). Posteriormente, Thomas Erskine May publicó su primera edición en 1844, obra que lleva 25 ediciones y puede consultarse públicamente en el propio sitio del Parlamento del Reino Unido.<sup>3</sup>

---

2 Cfr. p. 793.

3 Se puede consultar en: <https://erskinemay.parliament.uk/>.

En los Estados Unidos de América, la tarea emprendida por el Dr. Schinelli fue realizada desde el primer Congreso Federal en 1789 por Asher C. Hinds hasta 1907 (Hinds, 1908), continuada por Clarence Cannon hasta 1936 (Cannon, 1941, 1944) y luego por Lewis Dreschler hasta 1974. Debiendo ser actualizados cada dos años, desde 1976 los Dreschler's Precedents fueron ordenados bajo la supervisión de diferentes parlamentarios (Brown, Johnson y Sullivan) hasta 2013. Desde 2017, los precedentes de la Cámara de Representantes son recopilados y ordenados sobre la base de los Dreschler's Precedents por la propia Cámara, estando las cuatro series mencionadas también disponibles al público.<sup>4</sup>

La importancia de la sistematización de las reglas sería destacada por Thomas Jefferson, quien en su carácter de vicepresidente de los Estados Unidos de América, entre los años 1787 y 1801, confeccionó su célebre *Manual de Práctica Parlamentaria para el uso del Senado*, para tenerlas a mano para el gobierno de la Cámara en su condición de presidente de dicho cuerpo y para establecer el estándar con el cual él juzgaría y querría ser juzgado (Jefferson, 2017, p 5).<sup>5</sup>

En tanto observador externo del funcionamiento del Congreso de los Estados Unidos de América, sería Bidegain (1950) quien vincularía la observancia del Reglamento con el alto grado de ordenamiento de los precedentes en tanto fuentes del derecho parlamentario.

Ya lo decía Woodrow Wilson (1884):

las prácticas que prevalecen en los debates en las asambleas legislativas son manifiestamente de la importancia más grande para un pueblo que se gobierna a sí mismo: porque la legislación que no es ampliamente discutida por el cuerpo legislativo, se hace prácticamente en secreto. (p. 128)

El lector de la presente reseña, entonces, podrá coincidir conmigo en la trascendencia e importancia de la obra del Dr. Schinelli, en su carácter fundacional para el derecho parlamentario argentino y en su relevancia para el funcionamiento del Congreso de la Nación Argentina.

4 Ver todas las series en: <https://www.govinfo.gov/collection/precedents-of-the-house?path=/GPO/Precedents%20of%20the%20U.S.%20House%20of%20Representatives>.

5 Traducción propia. Del prefacio: "I have done this, as well to have them at hand for my own government [as Senate presiding officer], as to deposit with the Senate the Standard by which I judge and am willing to be judged". Con fecha 15/09/1837, la Cámara de Representantes resolvió que el *Manual de Práctica Parlamentaria...* gobernaría a la Cámara en lo que fuese aplicable cuando las reglas allí contenidas no fueran inconsistentes con sus *standing rules* o instrucciones (*orders*) o con las resoluciones conjuntas del Senado y de la Cámara.



Cada artículo del Reglamento en su versión existente hasta 2019<sup>6</sup> es comentado en forma específica, en alguna ocasión agrupados por afinidad temática, con una explicación simple, y no por ello menos profunda, actualizando y ratificando –según el caso– las reflexiones que el autor ya realizara en los antecedentes de la obra. Si corresponde, se hace expresa referencia a la norma constitucional vinculada y se ha conservado e incrementado la mención a las sentencias judiciales relacionadas con el objeto del artículo en comentario.

Sin dudas, la gran riqueza del Reglamento estriba en estudiar y evidenciar los hechos, las prácticas y los precedentes parlamentarios; en esta edición, agregando el período que corre entre el 29 de noviembre de 1983 y el 12 de septiembre de 2019, mediante un minucioso registro de antecedentes.

La pretensión del autor de que este sea el aspecto más original de la obra se transforma en una verdad revelada, ya que como bien lo afirma en este punto:

... en el derecho parlamentario, respetándose la independencia constitucional de los órganos supremos del Poder Legislativo, es indudable que “el Reglamento es lo que la Cámara dice que es”. Esta costumbre (y, permitiéndonos un deslíz, hasta cierto punto “jurisprudencia parlamentaria”), es fuente originaria de conductas en el ámbito del Congreso (y así lo reconocen, en determinada manera, los artículos 224 y 225 del Reglamento). (p. 15).

En esta instancia, vale la pena señalar que el artículo 225R establece que se debe llevar un libro en el que se registren todas las resoluciones de la Cámara sobre: (i) los reclamos de contravenciones al Reglamento en una votación sin discutir (artículos 222 y 223); y (ii) en general, puntos de disciplina o de forma (artículo 224R). Dicho registro es de suma importancia, pues las resoluciones allí consignadas se deben tener presentes al momento de reformar o corregir el Reglamento (artículo 224R). Dicho “libro especial”, como lo califica Schinelli, es llevado por el secretario encargado de la relación o anuncio de los asuntos ante la Cámara (artículos 47, 50 y 224R), y se lee en el recinto siempre que la Cámara lo disponga (artículo 225R).

Al analizar las fuentes de derecho parlamentario, el autor menciona “ciertas normas internas sancionadas o convenidas por las Cámaras del Congreso, indi-

---

6 El texto del Reglamento se corresponde con el publicado como “Guía del legislador” en <https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/institucional/reglamento.html>, conforme última modificación del 19, 20 de diciembre de 2019 sobre el texto ordenado por Resolución 2019/96 del 26/12/96 de la Presidencia de la HCDN, publicación de la Dirección de Información Parlamentaria de la Secretaría Parlamentaria de la Cámara.

vidualmente o en forma conjunta” (p. 793); y a las siguientes normas agregadas al texto del Reglamento, como “Otras Disposiciones”:

- Presentación de proyectos ante Mesa de Entradas en soporte magnético, Resolución de la Cámara del 15 de junio de 2000.
- Presentación de proyectos ante Mesa de Entradas en soporte digital, R.P. 495/12 del 26 de marzo de 2012.
- Presentación de proyectos ante Mesa de Entradas con firma digital, R.P. 944/13 del 5 de diciembre de 2013.
- Solicitudes de cambio de giro Resolución de la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados del 21 de octubre de 1988.
- Interpretación sobre la validez de los despachos de las comisiones, Resolución de la Cámara del 21 de abril de 2010.
- Interpretación sobre la facultad para emplazar comisiones, Resolución de la Cámara del 14 de julio de 2010.
- Interpretación sobre concurrencia al plenario de comisiones en caso de ampliación de giro en un cuarto intermedio, Resolución de la Cámara del 25 de febrero de 2015.
- Ley 13640, Normas para la tramitación de asuntos a consideración del Congreso Nacional (BO 05/11/1949), con las actualizaciones de las leyes 23821 (BO 05/10/1990) y 23992 (BO 28/10/1991).
- Resolución conjunta aclaratoria del artículo 1° de la Ley 13640, RCPP 19/09 del 27 de marzo de 2009.
- Caducidad de los proyectos de resolución y/o declaración (Orden del Día N° 829, aprobado el 30 de septiembre de 1992).
- Caducidad de los proyectos de promoción de juicio político (Orden del Día N° 137, aprobado el 30 de abril de 1992).
- Resolución del Honorable Senado sobre caducidad de proyectos de decreto, resolución, comunicación y/o declaración, del 13 de junio de 1991.
- Archivo de expedientes (Orden del Día N° 178, aprobado el 5 de junio de 1996).
- Informes sobre viajes al exterior, Resolución de la Honorable Cámara del 04/07/2001.

La relevancia del Reglamento se ratifica al realizar la simple comparación entre los registros incluidos en la obra y las múltiples resoluciones adoptadas –por la Cámara o por su Presidencia– en la aplicación del cuerpo normativo versus las pocas disposiciones incorporadas como apéndices al texto del Regla-

mento y la falta de conocimiento público del libro especial mencionado por los artículos 224 y 225 R.

No es menor la importancia del índice temático incorporado y actualizado, que permite una búsqueda ágil y rápida de la cuestión deseada, convirtiendo al Reglamento en una obra de extremada utilidad práctica.

El Dr. Schinelli mantiene el estilo del comentario realizado para el período 1983-1996, que reconoce su original modalidad en los cuadernos del *Curso de Derecho Constitucional* del Dr. Carlos María Bidegain, editados por Abeledo Perrot a partir de 1979, obra que contó con la colaboración del autor en su versión original y su actualización posterior a la reforma de 1994.

Acorde con la metodología antes explicada, la obra se divide en función de los 26 capítulos del Reglamento de la Cámara, y en el entendimiento de que esta reseña podría ser leída por aquellos que no están familiarizados con las cuestiones reguladas por dicha norma, me permito transcribir el título de aquellos:

- I. Sesiones preparatorias.
- II. De los Diputados.
- III. Sesiones en general.
- IV. Presidente.
- V. Secretarios.
- VI. Taquígrafos.
- VII. Bloques.
- VIII. Comisión Labor Parlamentaria.
- IX. Comisiones de Asesoramiento.
- X. Presentación de proyectos.
- XI. Tramitación de proyectos.
- XII. Mociones.
- XIII. Orden de la palabra
- XIV. Discusión de la Cámara en comisión.
- XV. Discusión en sesión.
- XVI. Discusión en general.
- XVII. Discusión en particular.
- XVIII. Orden de la Sesión
- XIX. Disposiciones generales sobre sesión y discusión.
- XX. Interrupciones, llamamientos a la cuestión y al orden.
- XXI. Votación.
- XXII. Sesión informativa Jefe de Gabinete de Ministros.

- XXIII. Informes y asistencia ministros y secretarios del Poder Ejecutivo.
- XXIV. Empleados y Policía de la casa.
- XXV. Homenajes.
- XXVI. Observancia y reforma del Reglamento.

Es sorprendente y digna de admiración la cantidad de ejemplos para cada uno de los supuestos de aplicación del Reglamento, con el detalle de la sesión y su fecha junto con una clasificación y sistematización de los casos.

Una obra tan completa como el Reglamento no podía dejar fuera el análisis de un punto crucial de todo sistema republicano: la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial. El autor no defrauda al lector e incluye sus reflexiones sobre el control de constitucionalidad sobre las cuestiones de derecho parlamentario y su íntima vinculación con las cuestiones políticas no justiciables a partir de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicables a la materia.<sup>7</sup>

Sin perjuicio de las anteriores y específicas publicaciones del autor sobre algunos de estos casos,<sup>8</sup> en función de lo decidido por la CSJN en el caso *Barrick* concluye el autor que:

se produjo una especie de reafirmación de que por más que haya evolucionado con un giro manifiesto la jurisprudencia en la materia, siempre está (y puede seguir) latente que se afirme que puedan existir puntos de discusión en los cuales a los jueces no les quepa pronunciarse. (p. 809)

Si el lector busca una fuente para interpretar normativamente la realidad parlamentaria actual, el Reglamento considera y analiza los siguientes temas de indudable actualidad jurídico-política: (i) el censo y Ley 27412 de paridad de gé-

---

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/Baldomero Llerena, s/inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, 07/08/1893, Fallos: 53:420; *Soria de Guerrero, Juana Ana c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos. S.A.*, 20/09/1963, Fallos: 256:556; *Noblezza Piccardo SAIC. y F. c/Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/repeticón DGI*, 15/12/1998, Fallos: 321:3487; *Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados*, 13/07/2007, Fallos: 330:3160; *Binotti, Julio César c/EN - Honorable Senado de la Nación (Mensaje 1412/02 s/amparo)*, 15/05/2007, Fallos: 330:2222; *Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo*, 15/06/2010, Fallos: 333:1023; *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917; y *Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza*, 24/04/2020, Fallos: 343:195.

8 Cfr. Schinelli (2008, 2010).

nero en la representación política (p. 107); (ii) el funcionamiento remoto de la Cámara (p. 145 y ss.); (iii) la cuestión del *quorum* (pp. 152 y ss.); (iv) las licencias y permisos de los legisladores (pp. 167, 186); (v) la tolerancia de la media hora y su régimen flexible (p. 192); (vi) la elección del presidente de la Cámara (pp. 252-273); y (vii) la competencia de la Comisión de Labor Parlamentaria (pp. 314, 337), entre otros.

Bien se podría concluir la reseña intentada en esta instancia, pero entiendo de toda justicia destacar una serie de puntos que reflejan el pensamiento del autor.

Tal como afirma Sir David Natzler KCB, ex Clerk de la House of Commons del Parlamento del Reino Unido, la práctica y el procedimiento parlamentarios no existen en el vacío y están íntimamente ligados o conectados con el ambiente político del Parlamento (Natzler, 2019, párr. 1).<sup>9</sup>

En nuestra realidad vernácula, dicha vinculación podría referirse a lo que antaño la Corte Suprema de Justicia denominaba “las razones peculiares de nuestra propia sociabilidad y motivos de alta política en cuestiones parlamentarias”,<sup>10</sup> o más recientemente la “exégesis contextual” a la cual hay que recurrir para evaluar un caso constitucional no previsto, que lógicamente desecha la interpretación literal de la norma constitucional.<sup>11</sup>

Se podrá observar en los puntos desarrollados seguidamente que el Reglamento, y el entendimiento del Dr. Schinelli al respecto, son un fiel testimonio de dicha realidad.

## Las sesiones especiales y las reuniones y expresiones en minoría

Las sesiones especiales son las que se celebran fuera de los días establecidos por oposición a la sesiones de tablas fijadas en la sesión preparatoria conforme el artículo 1 R. Son citadas por el presidente de la Cámara para el día y hora que se hubiere determinado, a petición del Poder Ejecutivo o por un número no

---

9 Traducción propia. En el original: “Parliamentary practice and procedure does not exist in a vacuum: it is intimately bound up with the political environment of Parliament”.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional*, 15/12/1893, Fallos: 54:432.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917. En ese sentido, la Corte amplía el concepto señalando que los textos legales no deben ser considerados aisladamente, sino correlacionándolos con lo que disciplina la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquellos (cfr. considerando 3°).

inferior a diez diputados, y en todos los casos se debe consignar el objeto de la reunión –uno o varios–, entre ellos, el tratamiento de la impugnación de los diplomas (ver artículos 7, 30, 35 y 36 R).

El Profesor Schinelli señala con precisión que son las

... dedicadas a la consideración específica e íntegramente dirigida a asuntos o temas decididos con prudente antelación, a efectos de tratarlos con particular profundidad y extensión, y evitando las confusiones y demoras que podrían causar el cumplimiento de otros trámites o procedimientos parlamentarios, propios de las sesiones de tablas. (p. 227)

Sin embargo, justamente dicho fin ha sido completamente transformado por mayorías y minorías, desfigurando así el funcionamiento normal de la Cámara.

Por la mayoría, para lograr una mayor autonomía en la conducción de la Cámara con un temario ilimitado en su objeto, pues, como precisa el autor, permite que puedan ser tratados prácticamente todos los rubros que la Constitución y el Reglamento habilitan, siempre que se cumplan con los procedimientos (formales o consuetudinarios) que lo permitan (p. 228), a través de una moción de apartamiento del Reglamento mediante la incorporación de otros asuntos no incluidos originariamente, votándose mociones a título de excepciones o de orden, no formulando objeciones, asintiendo a una indicación o, directamente, sin decir nada al respecto.

Por la minoría, solicitando la convocatoria a una sesión correspondiente a sabiendas que no se logrará el *quorum* suficiente, transformando ese cauce procedimental parlamentario en otro previsto en el propio Reglamento a partir de la resolución de la Honorable Cámara de Diputados del 13/10/2010: la reunión en minoría del artículo 36 bisR, que el autor clasifica como “típicas”.<sup>12</sup>

Ello, con efectos protocolares (p. 165); “con un único valor político, no jurídico” (p. 242); como consecuencia –según señala el autor– “de la permisividad del Reglamento” (p. 227) y –con cita de una intervención del diputado Matzkin– “fundada en el conocimiento del funcionamiento del Parlamento y la tradición parlamentaria” (p. 244).

Desde el punto de vista jurídico, con acierto, el autor distingue también

---

12 Tal conceptualización realizada por el Dr. Schinelli, por oposición a las “atípicas”, que son las sesiones generalmente previstas como de tablas, pero que terminan siendo reuniones en minoría –aunque no se las llame así– cuando por falta de quorum no se adopta ninguna decisión válida, y que culminan –previa expresión de manifestaciones en minoría– en un cuarto intermedio, en el fracaso de la reunión que se estaba continuando o las que directamente fracasan en primera instancia (ver p. 246).

las manifestaciones en minoría de las reuniones en minoría. Mientras que las primeras son las expresiones realizadas por algunos diputados cuando no se ha registrado *quorum* y finalizan al momento en que se ha alcanzado, las segundas son reuniones formales, pero que nunca llegan al carácter de sesión (p. 164).

Con su habitual amabilidad, pero no por ello con menos firmeza, señala Schinelli que el fin de la especialidad “se ha visto notablemente alterado en los últimos años” (p. 230).

En este punto, su monumental obra verifica que la decisión de la Cámara de constituirse en sesión especial no tuvo un criterio constante, pues: (a) hasta 1993 se adoptaba con una votación afirmativa en tal sentido con una leve mayoría, sin decidirlo con anterioridad expresa y formalmente, sin requerir si se originaba en el pedido de varios legisladores; y (b) desde 1994, la costumbre de la Cámara fue oscilante y en buena medida arbitraria, que permite hasta siete interpretaciones de la norma (sin votarlo especialmente, no se vota salvo para algunos temas, votación afirmativa sin supermayoría, votación sin los  $\frac{2}{3}$  (y los asuntos no tenían despachos de comisión o no estaban en término para ser votados), votación afirmativa con los  $\frac{2}{3}$ , votación el inicio mediante una moción de apartamiento del Reglamento con mayoría de las  $\frac{3}{4}$  partes de los votos para asuntos no homogéneos, simple asentimiento de la Cámara sin votación).

El lector de la recensión se podrá preguntar a esta altura si estas cuestiones tienen algún tipo de trascendencia jurídica. Efectivamente la tienen; de allí la importancia de la obra que se anuncia en la presente.

Por interpretación de la propia Cámara, en oportunidad de las sesiones del 27 y 28 de diciembre de 1984 y del 21 de marzo de 1985, con motivo de la consideración del Tratado de Paz y Límites con Chile y la patria potestad y filiación, respectivamente, se decidió que la constitución de la Cámara en sesión especial obviaba la exigencia reglamentaria del artículo 147 R que requiere una mayoría de  $\frac{2}{3}$  para considerar un asunto sin dictamen de comisión.

Así, el Dr. Schinelli afirma que ello implicó

una verdadera alteración del Reglamento, introduciendo un nuevo elemento (la resolución de la Cámara de tratar un asunto en sesión especial, a resolverse por más de la mitad de los presentes) como excepcionante de las exigencias de un despacho de Comisión en término (artículos 113R, 147R y concordantes) o de una decisión de sobre tablas, de preferencia o de apartamiento del Reglamento (que requieren mayorías calificadas). (p. 235)

Pero la obra va más allá aún: se ocupa de verificar que la conducta posterior

de la Cámara fue cambiante, sin rumbos definitivos, con detalle de los casos contrarios a los precedentes señalados, casos especiales, pero ratificando que se ha *desenvuelto preferentemente en la línea de los* “casos ratificatorios de esos precedentes” (p. 236).

### **La moción de apartamiento del reglamento**

Enmarcada en las mociones de orden del artículo 127R, la moción de apartamiento del Reglamento tiene por objeto que la Cámara se aparte de las prescripciones de este para la consideración de un asunto especial o de urgencia; son puestas a votación sin discusión (artículo 128R), para lo cual se necesita el voto afirmativo de las  $\frac{3}{4}$  partes para su aprobación (artículo 129R). El autor las denomina, para la simplificación del lector de la obra, como *mapr*.

Fruto de su exhaustiva investigación, se verifica que las *mapr* fueron utilizadas para: (i) abrir otras mociones posteriores; (ii) alterar el orden de la sesión; y (iii) aprobar un largo plan de labor (283 asuntos) justo antes de que terminara el período ordinario de sesiones. También con particular frecuencia, como recurso de las minorías para expresar sus posiciones a sabiendas de que no se conseguiría los  $\frac{3}{4}$  votos afirmativos necesarios, sin fundamentación previa y algunas instancias particulares de las sesiones.

Según la definición del Dr. Schinelli, se trata del supuesto “... hipotéticamente extremo, en que la Cámara, para considerar un asunto en circunstancias de urgencia o especiales, puede llegar a disponer la exclusión de la aplicación de su norma básica, el Reglamento” (p. 474), lo cual no se condice con la práctica parlamentaria comprobada y utilizada frecuentemente.

### **La moción de tratamiento de una cuestión de privilegio**

Las cuestiones de privilegio son, tal como las define el propio Reglamento, exclusivamente aquellas que se vinculan con los privilegios que la Constitución le otorga a la Cámara y a cada uno de sus miembros para asegurar su normal funcionamiento y resguardar su decoro (artículo 128R, segundo párrafo).

Es una moción de orden, pues justamente allí anida la estrecha vinculación entre ese beneficio brindado por la Constitución y el funcionamiento de la Cámara y el desempeño de la función de legislador. Tal como señalara el Dr. Bidart Campos (1989, p. 88), opinión de la que participa el Dr. Schinelli, se trata de una garantía funcional.



A semejanza de lo realizado con el resto de los institutos del Reglamento, la obra desgrana hasta el último detalle las diferentes vicisitudes de la moción de tratamiento de una cuestión de privilegio, a las que denomina *mtcp*.

Así, se transita el punto a partir de los casos parlamentarios en los cuales se analiza: (i) el fundamento de las inmunidades, con expresa referencia a las sanciones disciplinarias que la Cámara adoptó oportunamente;<sup>13</sup> (ii) el desafuero y la Ley 25320 de Inmunidades para legisladores, funcionarios y magistrados, el allanamiento; y (iii) rarezas, como un proyecto de ley aprobado por la Cámara –que finalmente no aprobó el Senado– por el cual se extendía el que se les reconocía en todo el territorio del país a los legisladores y demás integrantes de los tres poderes provinciales las inmunidades que gozaban en su provincia de acuerdo con las constituciones provinciales.

Además, la obra resume fallos judiciales pronunciados –respecto a situaciones vinculadas con prerrogativas parlamentarias individuales o colegiadas– en el período en estudio.<sup>14</sup>

El lector y estudioso del derecho parlamentario podrá verificar el exhaustivo análisis de la interposición y trámite general de estas mociones realizado por la obra, en cuanto a:

- Si se las consideró o no con desplazamiento de cualquier otro asunto.
- Si fue la Cámara quien decidió *a priori* sobre la suerte de la *mtcp* planteada o fue el propio presidente quien lo hizo (con asentimiento de aquella o por su sola autoridad).
- Si se votó, o se giró a la Comisión de Asuntos Constitucionales directamente sin hacerlo, con o sin petición del orador.
- Si fue el presidente quien ordenó el pase a Comisión sin que se haya votado y sin que el orador haya pedido nada al respecto (solución de sorprendente recurrencia).
- Si se le dio tratamiento efectivo en Comisión a través del despacho respectivo, se cajoneó o el trámite fue desistido.
- Las nueve oportunidades en las cuales la Cámara adoptó una decisión, en su misma sala y en el marco de una *mtcp*, o los ocho casos en los cuales se llegó a resultados parecidos aunque no estuviera en juego la promoción de una *mtcp* según lo dispuesto por el Reglamento.
- Las denominadas *mtcp* “en cadena”, en las que se marcan los casos en los

---

13 Ver pp. 678-683.

14 Ver pp. 486-491.

cuales se superaron las diez *mtcp* interpuestas, en ocasiones –como el mismo autor señala– “la situación política estuvo particularmente agitada, se plantearon *mtcp* ‘en cadena’, conteniendo a menudo muchos reclamos, que habitualmente terminaron sin consecuencias concretas” (p. 505).

El Dr. Schinelli también da cuenta de la amplitud de temas que han sido objeto de la *mtcp*, contrastando con el objeto exclusivo expresamente señalado en la norma, y otras consideraciones particulares al momento de esta trascendental moción de orden.

Se destaca así lo que el autor califica como un “instituto controvertido” (p. 491), mencionando

que se han llegado a tener que tolerar hasta 45 *mtcp* por sesión, en las cuales nadie está satisfecho: la oposición, porque sólo le han servido para interrumpir y alargar; y el oficialismo, porque el desarrollo de sus planes de labor se le trunca en el tiempo o en las oscuras madrugadas parlamentarias que a veces finalizan cerca del mediodía siguiente y entre el cansancio y el sueño de los oradores. (p. 512)

Así, y sirva la presente reseña para ello, es necesario alzar la voz para repetir la opinión del Dr. Schinelli al respecto y

la necesidad de que sea reformado en forma casi total el instituto, del cual se ha abusado en el Congreso en forma notoria, habiendo perdido en gran manera (a nuestro entender) el propósito y el contenido que se le pretendió dar al redactarlo. El recurrir a las llamadas “cuestiones de privilegio” ha sido frecuentemente origen de controversias así como también de desviaciones respecto de su utilización concreta. No se desconoce la importancia de los fueros parlamentarios, ni la necesidad de defenderlos, pero debe mencionarse que, por sus efectos “semi-paralizantes” [...], frecuentemente se recurrió a interponer estas tan particulares mociones con objetivos meramente personales o de política “menuda”, ajenos a los artículos constitucionales citados en el N° 218 [...]. Este ejercicio, tan fuera del propósito tenido en cuenta por el Reglamento, cooperó, en muchas ocasiones, a alterar el orden y el manejo de las sesiones. (p. 491)

### **Cumplimiento e interpretación del Reglamento. La costumbre parlamentaria**

Al comentar el capítulo XXVI –De la observancia y reforma del Reglamento–, la obra aborda uno de los principales temas del derecho parlamentario: la costumbre parlamentaria.

En virtud de los artículos 39R, inciso 14 y 222R, el presidente debe hacer

observar el Reglamento, máxime en caso de que alguno de los diputados reclame su observancia si se juzgara que ha sido contravenido. Lógicamente, los diputados también tienen el deber de cumplir el Reglamento.

Ante una cuestión de interpretación del Reglamento, la Cámara es el intérprete necesario de la norma, sin perjuicio de lo que despache la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento (artículo 82R).

De este modo lo consigna el propio Reglamento en su artículo 228: “Si ocurriese alguna duda sobre la inteligencia de alguno de los artículos de este reglamento, deberá resolverse inmediatamente por una votación de la Cámara, previa la discusión correspondiente”.

La obra no solo da cuenta de los casos en los cuales la Cámara interpretó oficialmente el Reglamento en los términos del artículo 228R, sino también numerosos casos en los que resolvió dudas sobre la inteligencia de los artículos del Reglamento, los cuales –aunque ya señalados a lo largo de todo el libro– se recuerdan en esta instancia por su pertinencia.

El Dr. Schinelli justamente nos ilustra afirmando que “la interpretación concreta que en cada caso realice la Cámara constituye un precedente parlamentario, que podrá tener, ‘a posteriori’, un valor análogo al de la jurisprudencia judicial” (p. 788).

Se destaca el análisis de la costumbre como fuente de derecho parlamentario, las diversas opiniones al respecto y la identificación de aquellas prácticas y precedentes que se incluyen dentro del concepto “costumbre parlamentaria”, con un merecido reconocimiento de los autores (Fermín Ubertone, Eduardo Menem, Juan H. Estrada y Guillermo Carlos Arias) que las reconocieran como tales en primer término (el izamiento de la bandera en el recinto, la elección de autoridades de la Cámara sin votación, la elección de autoridades de comisiones, el cierre de debates, el abandono por parte de los legisladores del recinto sin pedir el reglamentario permiso a la Presidencia, la práctica de los parlamentarios de ocupar siempre las mismas bancas y las de “cortesía parlamentaria”: reciprocidad en concederse interrupciones en el uso de la palabra, guardar silencio mientras otros pronuncian sus discursos, abstenerse de hacer gestos o manifestaciones reprobatorias).

A tono con toda la obra, la detallada casuística y su verificación si las costumbres fueron repetidas por la Cámara sin solución de continuidad permite concluir si estas se han normativizado o solo evidencian un carácter errático en el modo en que la Cámara lleva adelante sus asuntos.

Ahora bien, si la tarea de sistematización de precedentes, análisis de la doc-

trina sobre la cuestión de los usos y costumbres en el mundo del derecho –no siempre fácil, mucho menos en el ámbito del derecho público–, no fuera suficiente, el Dr. Schinelli señala con justeza que “algunas costumbres no se condicen con lo previsto expresamente por el Reglamento, avalándose en los hechos conductas precisamente contrarias a lo dispuesto normativamente” (p. 799), debiéndose actuar

con sumo cuidado en la aceptación, o no, de prácticas que constituyan (o al menos, rocen) con lo “contrario a derecho”. Y en ese sentido, consideramos que hay que utilizar un criterio restrictivo al analizar conductas que parecen abarcar prácticas admitidas, pero que son realmente contrarias a derecho. (p. 800)

Dichas “costumbres *contra legem*”, conforme señala el Dr. Schinelli, se refieren a la aplicación del Reglamento en las siguientes situaciones:

- La votación afirmativa sin los  $\frac{2}{3}$  de los votos para tratar un tema en una sesión especial, sin dictamen de comisión o sin que se hubiese cumplido el término para su observación (artículos 113R y 147R).
- La gran cantidad de proyectos que se incluyen “escondidos” en los planes de labor (y luego se aprueban), aunque no tengan estatus reglamentario (artículo 168R).
- Las frecuentes cuestiones de privilegio (artículo 128R).
- Las recurrentes mociones de apartamiento del Reglamento (artículo 128R).
- El abuso de las sesiones especiales (artículos 7, 30, 35 y 36 R);
- La no aplicación plena del artículo 36 bisR.
- El párrafo final del artículo 21R como “letra muerta” (permisos para que los legisladores dejen en suspenso el ejercicio de sus mandatos parlamentarios).
- Los juramentos en fórmulas más allá del Reglamento (artículo 10R).

Si para efectuar esta reseña se eligieron los temas de las sesiones especiales –las reuniones y expresiones en minoría, las *mapr* y *mtcp* y la costumbre parlamentaria antes referidos– es porque entiendo que son los temas que mejor reflejan el valor del Reglamento y la opinión del autor luego de analizado el funcionamiento de la Cámara durante todo el período democrático hasta 2019.<sup>15</sup>

---

15 Sirva la presente nota para señalar que el propio Dr. Schinelli seleccionó estos temas para el módulo Reglamento y Procedimiento Parlamentario, que dirigiera junto con las doctoras Mercedes Piscitello y María Laura Martín, del Primer Programa de Derecho Parlamentario dictado en la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, llevado a cabo durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2021.

Justamente señala el Dr. Schinelli que las *mtcp* han sido “un fomento innecesario de desacuerdos y peleas entre legisladores y entre bloques, y se han también constituido en un elemento que coadyuva a las divisiones” (p. 511), lo cual hace extensivo en buena medida a las *mapr* y a las sesiones especiales (p. 512), y “que en algunos casos rozarían la definición de costumbre contra legem” (pp. 234-239, 242-244, 491-515). Ello, especialmente en los últimos diez años.

De su ciclópea lectura del Diario de Sesiones y los diálogos allí receptados el autor también extrae la posibilidad de soluciones, afirmando que

puede haber muchas salidas imaginativas. Pero la decisión hay que tomarla. Está de por medio la calidad legislativa y, para quienes aprecian la trascendencia de la institución parlamentaria, por otra parte, lo que significa la desilusión que se llevan quienes esperan (como los estudiantes que concurren a la sesión para aprender) desde la barra, el movimiento serio, meditado, efectivo y eficaz del primer poder público de nuestra organización política. (p. 514 y 515)

Sin perjuicio de haberlo hecho al momento de comentar alguno de sus artículos, el Reglamento concluye con la necesidad de complementar la modernización futura de la norma objeto del comentario con las visiones de otras ramas que modelan la fisonomía del derecho parlamentario, con una precisión final más que oportuna: “El estudioso del Reglamento no puede limitar su análisis a los elementos vistos hasta ahora, resultando imprescindible pensar en su modernización futura, a la luz de los análisis y consideraciones efectuadas según otra óptica, la de los politólogos” (p. 813).

Una conclusión es evidente al finalizar el estudio de la obra aquí reseñada: el procedimiento parlamentario o procesal parlamentario (Menem, 2012) no ha adquirido aún caracteres definitivos, salvo en la verificación de conductas erráticas, decisiones inconstantes, nombres diversos para un mismo acto jurídico parlamentario que tienden a la confusión y una falta de metodología estable para la deliberación y la toma de decisión que conspira contra la calidad legislativa.

En comentario a la cláusula de la Constitución de los Estados Unidos que le reconoce la potestad reglamentaria a la Cámara de Representantes, Joseph Story (1833) señala que esta:

tiene por objeto asegurar la publicidad de los actos de la Legislatura y la responsabilidad de los miembros hacia sus comitentes. Por este medio la intriga y la cábala no pueden ya tramarse en la oscuridad sus proyectos, la opinión pública se ilustra por la discusión; el patriotismo, la integridad y la sabiduría, obtienen su recompensa, y los votos se conocen, no por vagas conjeturas, sino por hechos positivos. (p. 514)

El Reglamento, así, no solo contribuye sustancialmente a un derecho parlamentario *in fieri*, sino a la construcción de una Cámara de Diputados cada vez más representativa, con altos niveles de legitimidad, credibilidad y confianza, en función de un procedimiento parlamentario moderno para la toma de decisiones y la construcción de consensos. Es decir, aporta a una Cámara de Diputados con un lugar central en el sistema de gobierno y al cumplimiento cabal de sus funciones y compromisos constitucionales.

Paul Evans (2017) define al procedimiento parlamentario –en simples palabras– como “la colección de reglas y convenciones que determinan cómo y qué debate el Parlamento, y cómo reconcilia desacuerdos y alcanza decisiones, delega y manda” (p. 2). E “incluye las reglas y convenciones que rigen sus relaciones con otros tomadores de decisiones, en particular los lores, la corona y (hasta cierto punto), los tribunales” (p. 2).<sup>16</sup> Y señala, en lo que clasifica como la era del precedente, que Sir Edward Coke, en su estudio del derecho consuetudinario inglés publicado por primera vez en 1628, se refirió a la ley y la costumbre del Parlamento como “*ab omnibus quaeranda, a multis ignoranda, a paucis cognita*”.<sup>17</sup>

Así, *La Cámara de Diputados de la Nación y su reglamento, comentado 1983/2019* del Dr. Guillermo C. Schinelli contribuye a responder muchas preguntas y a conocer y entender nuestro Congreso nacional.

En síntesis, la obra del Dr. Schinelli es fundacional para cualquier investigación y estudio en la materia, incluso para toda modificación reglamentaria que se pretenda efectuar por parte de la Cámara de Diputados.

**Mariano Palacios**

Pontificia Universidad Católica Argentina. Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral

palacios\_mariano@hotmail.com

---

16 En su idioma original: “Procedure, put very simply, is the collection of rules and conventions which determine how and what the House debates, and how it reconciles disagreements and reaches decisions, delegates and mandates. It includes the rules and conventions which govern its relations with other constitutional decision-makers- in particular the Lords, the Crown and (to an extent) the courts”.

17 “Preguntado por todos, desconocido para muchos, entendido por pocos”. En su idioma original: “Asked after by everyone, unknown to many, understood by few”.

## Bibliografía

- Bidart Campos, G. J. (1989). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Tomo II). El derecho constitucional del Poder. EDIAR
- Bidegain, C. M. (1950). *El Congreso de los Estados Unidos de América. Derecho y prácticas legislativas. La Ley.*
- Bidegain, C. M. (1999). El Derecho Parlamentario Argentino. *Anticipo de Anales, Año XLIV, Segunda Época*, (37).
- Cannon, C. (1941). *Cannon's precedens of the House of Representatives*. Government Printing Office.
- Cannon, C. (1944). *Cannon's procedure in the House of Representatives*. Government Printing Office.
- Evans, P. (2017). Introduction. The Growth of many centuries. En Evans, P. (Ed.), *Essays on the History of Parliamentary Procedure: In Honour of Thomas Erskine May* (pp. 1 -18). Hart Publishing.
- González Calderón, J. E. (1909). *El Poder Legislativo*. Librería Jurídica YNY.
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación. (2019). *Guía del legislador*. Secretaría Parlamentaria, Dirección de Información Parlamentaria. <https://www.hcdn.gob.ar/export/hcdn/institucional/reglamento.html>.
- Hinds, A. C. (1908). *Precedents of the House of Representatives*. Government Printing Office.
- Jefferson, T. ([1834] 2017). *A Manual of parliamentary Practice, composed originally for the use of the Senate of the United States: with reference to the practice and rules of the House of Representatives*. Leopold Classic Library.
- Menem, E. (2012). *Derecho Procesal Parlamentario*. La Ley.
- Natzler, D. (2017). Manuals before May. En Evans, P. (Ed.), *Essays on the History of Parliamentary Procedure: In Honour of Thomas Erskine May* (pp. 87-96). Hart Publishing.
- Natzler, D. (2019). Preface. En *Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament* (25<sup>a</sup> ed.). <https://erskinemay.parliament.uk/information/preface/>.
- Palacios, M. (2019). Democracia deliberativa, representación y reglamentación parlamentaria. En *El Derecho Constitucional* (Tomo 2019, pp. 635 -708). El Derecho.
- Schinelli, G. C. (2008). Profundización del control judicial en el proceso parlamentario. *Jurisprudencia Argentina*, 2008-I(10), 645-650.
- Schinelli, G. C. (2010). Caso "Thomas". La legitimación procesal de los legisladores y el control judicial del procedimiento parlamentario. En *El Derecho Constitucional* (Tomo 2010, pp. 114 -123). El Derecho.
- Story, J. ([1833] 1888). *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos* (Tomo I, 4<sup>a</sup> ed., Trad. N. A. Calvo). Imprenta La Universidad.
- Wilson, W. ([1884] 1902). *El Gobierno del Congreso. Estudio sobre la organización política americana* (Trad. J. Carrié). J. Peuser.

## Jurisprudencia citada

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad*, 04/06/2019, Fallos: 342:917.
- Binottí, Julio César c/EN – Honorable Senado de la Nación (Mensaje 1412/02 s/amparo*, 15/05/2007,

Fallos: 330:2222.

*Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados*, 13/07/2007, Fallos: 330:3160.

*Contra el Dr. Leandro N. Alem y el Dr. Mariano M. Candiotti, por rebelión contra el Gobierno Nacional*, 15/12/1893, Fallos: 54:432.

*Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de Presidenta del Honorable Senado de la Nación s/acción declarativa de certeza*, 24/04/2020, Fallos: 343:195.

*Joaquín M. Cullen, por el Gobierno Provisorio de la Provincia de Santa Fé c/Baldomero Llerena, s/inconstitucionalidad de la ley Nacional de Intervención en la Provincia de Santa Fé y nulidad*, 07/08/1893, Fallos: 53:420.

*Nobleza Piccardo SAIC. y F. c/Estado Nacional - Dirección General Impositiva s/repeticón DGI*, 15/12/1998, Fallos: 321:3487.

*Soria de Guerrero, Juana Ana c/Bodegas y Viñedos Pulentá Hnos. S.A.*, 20/09/1963, Fallos: 256:556.

*Thomas, Enrique c/E.N.A. s/amparo*, 15/06/2010, Fallos: 333:1023.





# LA RECONCILIACIÓN DEL DERECHO CON LA RAZÓN Y LAS EMOCIONES

**Rodolfo Luis Vigo**

---

Lima: Palestra, 2022, 214 páginas.

## 1. Introducción

Rodolfo Vigo me ha pedido que haga un comentario del último de sus muy numerosos libros, y lo voy a hacer con el deleite que se sigue de una honda e intensa amistad de toda la vida, así como de la calidad y valor intelectual del volumen que vamos a exponer. Además, para evitar una excesiva prolongación de esta reseña, me limitaré en esta oportunidad a realizar algunas apreciaciones –que considero centrales– de carácter comprensivo y estructural, dejando lugar para que otros eventuales reseñadores desarrollen otros aspectos particulares del libro.

Pero antes de referirme al trabajo de Vigo haré una breve consideración sobre los libros en general y acerca de su cometido en la cultura de la humanidad y de la presente coyuntura en particular. Todo esto comienza con el recuerdo de una reunión de diálogo filosófico llevada a cabo hace unos años en una dependencia de la Universidad de Navarra, en la cual, una vez terminada la exposición central del ponente, en ese caso el riguroso y brillante filósofo Alejandro Llano, le preguntaron cuál sería el camino para superar la actual crisis del conocimiento sapiencial, o de las humanidades, a lo que Alejandro respondió con seguridad: “Logrando que los jóvenes vuelvan a leer libros”. Evidentemente, el pensador valenciano no se refería a cualquier libro, sino solo a los bien escritos, con método riguroso y sobre temas centrales de la problemática humana. En otras palabras, podría decirse que se refería a los libros clásicos, así como a los que se han escrito siguiendo esa estela de sabiduría.

Y las razones que parecen fundamentar esta necesidad de retornar a los libros pueden ser reducidas a las siguientes: (i) en los libros, cosa que no ocurre con los artículos breves, los folletos o las notas periodísticas, los temas y problemas son desarrollados *in extenso*, desde una o varias perspectivas más amplias y con la intención –no siempre concretada– de agotar el tema abordado; (ii) los

libros suponen un estudio más amplio y más profundo de la temática abordada y, en general, es más fácil que se evite en ellos la superficialidad y la inexactitud; (iii) la lectura de un libro (completo) supone una disciplina y un esfuerzo que contribuyen no solo a superar la ignorancia, sino también la pereza intelectual; finalmente, (iv) queda claro que las grandes obras científicas, literarias, filosóficas, teológicas, etc. han tenido siempre la extensión de un libro (aunque fuera en otras épocas un rollo de pergamino) y, por lo tanto, menospreciarlos como vehículo del saber y la cultura resulta indudablemente un sinsentido y un desatino. Por todo esto, es claro que los beneficios que se alcanzan con la lectura de libros no son posibles de alcanzar, ni remotamente, con el recurso compulsivo y desestructurado, a los teléfonos celulares y a sus explicaciones mínimas y superficiales, así como a otros medios electrónicos de transmisión de ideas. De aquí que sea manifiesto que el *dictum* de Alejandro Llano está lleno de sabiduría y de agudeza, y su promoción generalizada puede considerarse como el primer paso para la restauración y el progreso de la cultura.

## 2. Un libro lúcido en una tradición milenaria

Luego de esta breve defensa del valor de los libros, corresponde centrarse en el novísimo de Rodolfo Vigo, comenzando por una corta semblanza personal y académica del autor, de cuya carrera intelectual y obra científica destacaré solo sus caracteres principales. El primero de ellos es que la trayectoria científica de Vigo tiene una estructura consistente y ordenada: se recibió primero de abogado y, poco después, de doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, en ambos casos, en la Universidad del Litoral (Santa Fe); luego cursó y terminó la carrera de Licenciatura en Ciencia Política en la Universidad de Rosario; todo ello en pocos años (antes de sus 30) y como base consistente de su carrera intelectual y judicial. En esos años comenzó su actividad docente en la Universidad del Litoral en la cátedra de Filosofía del Derecho, y luego de un enriquecedor viaje académico que hicimos junto a Carlos Raúl Sanz a Europa en 1981-1982, comenzó a escribir sus primeros libros, de los cuales los más importantes fueron: *Las causas del derecho* (que prologó el iusfilósofo polaco Georges Kalinowski) (1983) y *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho* (1984). Es decir, comenzó su actividad de investigador estudiando el derecho en sus fundamentos metafísico-antropológicos y en su proyección y decurso histórico, es decir, en aquellos saberes que son la base nocional de la filosofía del derecho y que deben ser el inicio de cualquier carrera intelectual seria en ese ámbito.

Sobre esas bases sólidas, Vigo comenzó luego a abordar las temáticas más concretas del pensamiento filosófico-jurídico, centrándose en algunas de ellas, tales como la ética del abogado y del juez, la interpretación y argumentación jurídica, la consistencia y función de los principios jurídicos, así como en el análisis crítico de la iusfilosofía contemporánea, incluidos los mejores representantes de la tradición iusnaturalista, como Michel Villey, Georges Kalinowki, John Finnis, Gustav Radbruch y Robert Alexy. En estas obras, Vigo pone en práctica una idea desarrollada por varios de los grandes filósofos contemporáneos, como Giuseppe Abbà, Alasdair MacIntyre, Josef Pieper y Joseph Boyle, en el sentido de que nadie comienza a pensar seriamente desde cero, sino en el contexto de alguna tradición de pensamiento e investigación y con la finalidad de desarrollarla, actualizarla, superar las objeciones de las que ha sido objeto e incorporar las aportaciones positivas efectuadas a lo largo del tiempo por las tradiciones con las que ha de competir. Esto es lo que hace que una tradición se mantenga viva y operante, contribuyendo a la sabiduría humana a través de los siglos sin quedar anquilosada e inmovilizada en las categorías del momento en el que fue originariamente concebida.

Esta idea fue asumida rigurosamente por Rodolfo, quien si bien siempre siguió las líneas centrales del iusnaturalismo clásico realista, lo hizo en todos los casos remozándolas, debatiendo con sus objetores, integrando ideas propias de las tradiciones competitivas y explicándola a la luz de los nuevos temas y problemas que se plantean en la ciencia jurídica, la ética y la política de la cultura que nos es contemporánea. Esto aseguró el éxito de sus libros (casi treinta), muchos de los cuales fueron reimpresos o reeditados varias veces y han sido citados y debatidos en muy numerosas oportunidades, a veces por pensadores de auténtico prestigio. Este carácter tradición-dependiente queda en evidencia en este libro, uno de cuyos capítulos –creo que el más importante– asume y desarrolla las ideas del neoconstitucionalismo desde la perspectiva clásica, debatiendo con las escuelas del constructivismo kantiano-alexiano, del positivismo defendido por Luigi Ferrajoli y de las escuelas críticas (incluidas la populista de Laclau y sus seguidores). Frente a estas formulaciones modernas y tardo-modernas del neoconstitucionalismo, Vigo defiende con solvencia y convicción la posibilidad de una versión estructurada sobre las bases de la tradición del iusnaturalismo clásico, que aparece claramente como más realista, más humana y mejor fundada que las demás versiones competitivas.

### 3. Un autor prolífico e incansable

Poco antes de su muerte, un periodista le preguntó al notable filósofo francés Paul Ricoeur cómo había hecho para escribir tantos libros (y, además, buenos), a lo que el pensador le respondió que la fórmula era sencilla: dar la menor cantidad de clases posible y dormir todos los días la siesta. Rodolfo Vigo, por su parte, no solo no duerme la siesta, sino que da clases a manto, ahora solo de posgrado, pero hasta hace poco también de grado y de divulgación, instruyendo y enseñando a jueces, abogados, funcionarios judiciales, doctorandos y a quienes quieran oírlo las doctrinas centrales del realismo clásico. De estas doctrinas defendidas incansablemente en nuestros días por Vigo, tengo para mí que la tesis central y estructural es la de la intrínseca racionalidad del derecho en todas sus dimensiones y concreciones. Esta tesis, Vigo la defiende en compañía de muy relevantes iusfilósofos contemporáneos: John Finnis, Mark Murphy, Robert Alexy, Jonathan Crowe, Andrés Ollero, Robert P. George y varios más, para quienes la razón en el derecho no tiene carácter meramente instrumental, ni relativo, ni solo dialógico ni puramente crítico, sino que es todo eso y mucho más, principalmente una razón que conoce, sistematiza y desarrolla un orden de valores, bienes humanos, virtudes, normas racionales, actos de interpretación y argumentación y prácticamente todas las dimensiones de la praxis jurídica.

En otras palabras, se trata en este libro de Vigo acerca de una razón sustantiva a la vez que práctica, cognitiva a la vez que valorativa, sapiencial a la vez que prudencial, capaz de infundir racionalidad en la dirección y valoración de las conductas humanas jurídicas. Y esto es estrictamente necesario, ya que la dirección adecuada de la acción humana deliberada y electiva solo puede realizarse –tal como lo acredita Mark Murphy– a través de medios racionales: normas, valoraciones, conocimiento de bienes, etc. Y esto, porque un ser eminente y constitutivamente racional solo puede ser regulado y guiado racionalmente y no con los métodos pavlovianos que se utilizan para llevar las vacas a pastar. Vigo explica esto principalmente en el capítulo segundo de su libro, pero toda la obra está transida de esta tesis: la razón en su uso práctico es la única que puede guiar humanamente la conducta social de los hombres hacia los bienes que plenifican, perfeccionan y realizan su naturaleza racional. Por eso, todos los escepticismos, antirracionalismos, criticismos simplistas, instrumentalismos y sus múltiples allegados no logran, en el ámbito del derecho, nada más que degradar al hombre, reduciéndolo a un sujeto de manipulación, amaestramiento y titerización.

#### 4. De la razón a la afectividad

Pero además de la defensa de estas tesis acerca del valor y pertinencia de la racionalidad práctica en el ámbito de lo jurídico, Vigo ha desarrollado últimamente toda una serie de ideas acerca de la función de los afectos, sentimientos y emociones en la dirección y valoración de la actividad humana, en especial la jurídico-social. Es cierto que esas ideas no son propiamente novedosas, ya que los autores clásicos como Aristóteles, Aquino, Pascal, Max Scheler y varios otros las han desarrollado en diferentes oportunidades y, en nuestros días, corrientes como la de la Virtue Jurisprudence (Lawrence y Solum), de la Virtue Epistemology (Ernest Sosa y Alejandro Vigo) y de la Virtue Ethics (Anscombe, Foot, Slo-te, MacIntyre) han desarrollado la doctrina de la conjunción e imbricación entre la razón práctica y las dimensiones sensibles del modo de ser humano. Vigo ha recogido estas aportaciones y ha expuesto en el presente libro sus propias contribuciones a los estudios acerca de la dirección de la praxis humana, en especial en el capítulo III, denominado “Emociones y virtudes en el derecho”.

Allí pone de relieve la importancia del elemento emocional humano en el derecho, en especial en lo que se refiere a la efectividad de los mandatos legales (justicia), así como a la determinación de lo debido jurídicamente en las situaciones y casos concretos (prudencia). Esta doctrina era de curso corriente entre los pensadores medievales de la escuela tomista, pero fue progresivamente abandonada en la Edad Moderna y sustituida por el legalismo de la Escuela Moderna del Derecho Natural y por el subjetivismo de los derechos desarrollado por los pensadores empiristas. Vigo rescata en este libro esa doctrina clásica y propone repensarla –Rodolfo habla de “reconciliarla”– con los parámetros epistémicos de la iusfilosofía actual. Y resulta especialmente importante seguir este camino para alcanzar la formulación de una filosofía del derecho integral que tenga en cuenta todas las dimensiones del fenómeno ético-jurídico y las integre en el conocimiento práctico del derecho y de las restantes dimensiones de la praxis humana.

#### 5. Conclusiones sobre un libro valioso

Luego de estas breves consideraciones sobre los aspectos centrales de las tesis sostenidas por Rodolfo Vigo en este su (por ahora) último libro, conviene efectuar una síntesis valorativa de esta obra, con algunas referencias a la perspectiva filosófico-jurídica de su autor. La primera de estas conclusiones es que el libro que ahora reseñamos es claramente un intento exitoso de desarrollar, actualizar y reformular las afirmaciones centrales de la tradición iusnaturalista clásica, así como de refutar sólidamente las impugnaciones de las que ha sido objeto. Y esta tarea se ha llevado a cabo en el libro que presentamos con solvencia

científica y eficacia comunicacional, es decir, con rigor académico y de modo atractivo para los lectores. Vigo suele escribir de ese modo, pero esta vez lo ha realizado de una manera destacada y precisa.

La segunda conclusión consiste en que el libro pone en evidencia que, en medio de la multiplicidad y confusión de tradiciones filosófico-jurídicas que caracterizan a nuestro tiempo, es posible escribir un libro ordenado, justificado racionalmente, sólido en sus argumentaciones y rico en ideas rigurosas, a la vez que útiles para la praxis concreta de la actividad jurídica. En este punto ha influido indudablemente la extensa actividad judicial que desarrolló Rodolfo como camarista Civil y como ministro de la Suprema Corte de Santa Fe. Esta vinculación estrecha con la vida jurídica concreta ha hecho posible que sus afirmaciones y desarrollos tengan siempre como referencia última la praxis del derecho y se orienten sintéticamente a su correcta realización y vivencia comunitaria.

La tercera radica en que la temática central del libro: defender la relevancia de la razón práctica y de la afectividad rectificadas por las virtudes para la comprensión adecuada y la dirección-valoración del fenómeno jurídico hace posible un mejoramiento de la existencia humana en el ámbito del derecho y un mejor desarrollo del pensamiento científico-jurídico. Por lo tanto, no se trata aquí de una tarea abstracta y alejada de las realidades del derecho, sino de un conocimiento que enriquece directa o indirectamente ese sector de la praxis humana que los hombres han determinado para regir su convivencia coordinada para la búsqueda de sus bienes propios.

Finalmente, solo nos queda felicitar vivamente a su autor por el libro que hoy presentamos, que nos ha puesto rigurosamente en evidencia la multiplicidad analógica de la realidad jurídica, su carácter estrictamente racional-práctico, el innegable papel de las emociones y de las virtudes que perfeccionan la praxis humana y la necesidad de pensar filosóficamente en el marco de tradiciones seguras de pensamiento e investigación sin pretensiones insólitas de novedad, que generalmente conducen al descubrimiento de la rueda o del agujero del mate. Y lo que más llama la atención en el caso de Rodolfo es que ha realizado todas esas tareas a la vez y eficazmente, moviéndose constantemente por el mundo, dando clases ininterrumpidamente, desarrollando una intensa vida familiar y, sobre todo, sin dormir la siesta.

**Carlos I. Massini-Correas**

Universidad de Mendoza. Universidad Austral

carlos.massini@um.edu.ar

# LECCIONES DE TEORÍA DEL DERECHO. UNA VISIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

**Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (coordinador)**

---

**3ª edición corregida, aumentada y actualizada.**

**Buenos Aires: Ábaco, 2022, 281 páginas.**

Parte de la actividad de los operadores del derecho es hacer que las normas –como un abstracto distante– cobren significado e importancia en la realidad concreta que nos toca vivir. Juez o parte, las normas no se despliegan en los hechos como una deducción matemática, pues nos atañe siempre su aplicación al modo en el que se hace un arte, el *ars iuris*. Pues bien, esta obra escrita por docentes de la cátedra de Teoría General del Derecho a cargo del Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Católica de Salta propone un análisis de fallos emblemáticos procurando entrelazar las piezas que quizás estaban dispersas en la bibliografía básica de dicha cátedra.<sup>1</sup> De este modo, el trabajo tiene como norte que lo estudiado en dicha bibliografía no sea solo un trabajo de memorización, sino que en cada capítulo quede impreso el uso de lo aprendido en la resolución de un caso determinado. Esta metodología remite a un fenómeno viejo como nuestra historia, pero que en los siglos pasados cayó en desmedro. Se halla presente en Roma, lugar en el que nos enseñaron un método casuístico, es decir, empírico, al cual es ajeno el formalismo, mediante el que se preocupaban por resolver los problemas de lo cotidiano.

La presente obra comienza con unas palabras del coordinador respecto a la tercera edición y sus novedades; se divide en cuatro partes, cada una de las cuales gira alrededor de un eje problemático-filosófico central.

La primera se dedica a la enseñanza de la teoría general del derecho a partir del llamado “método de casos” en la formación universitaria de los estudiantes de Derecho, efectuando un análisis que transcurre por la historia y la pedagoga-

---

1 Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2021). *Teoría del Derecho* (6ª edición). Ábaco.



gía. En el capítulo primero, Maximiliano Consolo plantea cómo en la Academia Carolina de Charcas y en la posteriormente creada Universidad de Buenos Aires ya existía un método de enseñanza que se basaba en casos prácticos. Los estudiantes de la Academia en Chuquisaca tenían un largo derrotero, de once años o más, para convertirse en abogados: tras cuatro años en un colegio, cursaban tres años en la Universidad, y dado que el título universitario no era habilitante para el ejercicio profesional, posteriormente se debía ingresar a la Academia para poder ejercer la profesión. El estudiante que luego del examen oral lograba ingresar a esta, se sometía al modo de enseñanza basado en la simulación de un proceso judicial, en el que cuatro estudiantes cumplían alternadamente los roles dentro de aquel, sea de índole penal o civil, mientras, además, se impartían enseñanzas y tomaban exámenes teóricos sobre las leyes vigentes. Una vez aprobadas todas las asignaturas, era necesario obtener la “posesión”, estando al servicio de la Audiencia de Charcas durante dos años, luego de lo cual, el estudiante juraba fidelidad al rey y el fiscal le otorgaba “licencias generales” para el ejercicio profesional. Sin embargo, como es sabido, en nuestra tradición operó un cambio de paradigma, en el que comenzó a postergarse la enseñanza de lo “problemático” frente a un estudio “sistemático” en el que predominaron análisis exegéticos o comentarios de normas. A pesar de ello, el autor señala que en los últimos años se fue abandonando dicho paradigma a fuerza de la labor de muchos docentes que hacen base en un estudio más operativo, más cercano a lo cotidiano. Es interesante hacer ver, como lo hace el autor, que una tradición que se reputó siempre como anglosajona tiene en realidad profundas raíces en nuestra idiosincrasia romana-hispánica-criolla. Esta forma de ver el derecho implica que el pensamiento filosófico debe hacerse presente en la realidad de todos los días, pero sin atenerse solamente al pensamiento abstracto, sino vinculándose con los problemas circundantes.

El capítulo segundo, a cargo de Patricia Calpanchay Suarez –una novedad de esta tercera edición–, se pregunta acerca de la enseñanza docente con la metodología de casos. Discute el carácter complementario de ese método de enseñanza dada la centralidad del sistema codificado como instrumento del conocimiento teórico. Enumera después distintos tipos de enseñanza de casos, tanto en relación con la experiencia anglosajona como con las diversas formas en que se ha aplicado en las experiencias argentinas. Al comentar la experiencia de la enseñanza de casos en los Estados Unidos, siguiendo en parte la opinión de Cueto Rúa, nos indica el enfoque para incentivar la capacidad crítica del estudiante ante el despliegue normativo y frente a la realidad fáctica. Asimismo,

a partir de la experiencia recabada en nuestro país, divide el estudio de casos en análisis de fallos ya resueltos, es decir, el resumen de un fallo jurisprudencial, para descubrir principios y ejercitar el análisis reflexivo del alumno; los “casos prácticos”, supuestos en que se simulan situaciones reales para guiar al aprendiz a encontrar la solución concreta del problema; y los llamados “casos situacionales” o casos “hacia delante”, a construirse, no necesariamente hipotéticos, donde se le pide al alumno que tome la postura de una parte de un proceso y recree una estrategia específica del caso presentado.

El capítulo tercero, escrito por Santiago Iribarne, presenta un método para el análisis de casos dividido en cuatro niveles, que se explicitan en la toma de decisiones judiciales, lo que deviene en una útil pedagogía para los estudiantes: el nivel filosófico o de fundamentación; el científico, es decir, la ley; el casuístico, esto es, la jurisprudencia; y el prudencial; este es el punto neurálgico de la exposición en el que se advierte una interpretación previsoras de las consecuencias en la decisión jurídica. Aquí, el autor afirma el carácter práctico del derecho recordando la máxima romana *in causa ius esse positum*. Luego explica cómo opera dicho método a través de un clásico fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), *Saguir y Dib*. Los padres de Claudia Saguir y Dib requirieron una autorización judicial para que esta le done un riñón a su hermano Juan pese a no tener la edad de 18 años requerida por ley. Pues bien, en el ejercicio de la prudencia jurídica, los jueces llegan a interpretar la ley no desde su mera literalidad, sino desde aspectos axiológicos y teleológicos que la identifican, por lo tanto, una vez tomados en cuenta los fines que la norma persigue, se buscó probar que la joven sí demostraba la madurez fáctica que se supone como presupuesto en la mayoría de edad y se accedió a su pedido, pese al óbice que presentaba la letra de la ley.

En el cuarto capítulo, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas comienza a trabajar la argumentación jurídica, una de las constantes de la obra. Para sostener su importancia, clasifica los casos según su complejidad, dividiéndolos en “fáciles”, “difíciles” y “trágicos”. Son “fáciles” aquellos en los que no se discute la prevalencia de un derecho de jerarquía constitucional/convencional sobre otro; en los “difíciles” sí existe un conflicto entre derechos de primer orden, lo que supone un trabajo de ponderación para lograr un equilibrio mínimo entre exigencias contrapuestas sin sacrificar lo esencial de dos valores en disputa. Por último, casos “trágicos” son aquellos en los que la contraposición de derechos es de tal naturaleza que no es posible darle a uno sin quitarle su derecho al otro. El fallo *Espósito*, explicado por el autor, es un ejemplo de estos últimos; trata

sobre la responsabilidad internacional del Estado por la detención arbitraria y posterior muerte del joven Walter David Bulacio y en la que el comisario Espósito surgiría responsable. En su voto, los jueces Petracchi y Zaffaroni explicitan la tensión que existe entre los derechos constitucionales y convencionales de Espósito y los de los familiares de la víctima. En particular son de trascendencia las objeciones filosóficas/constitucionales/convencionales que poblaron el ámbito decisorio de los jueces, las que nos recuerdan que no es posible trazar una jerarquía entre derechos, ambos de primer orden y emanados de la naturaleza del hombre, que nos imposibilitan subordinar graciosamente unos a otros. Al cabo, parece emerger que cualquiera de las opciones a adoptar pone en conflicto un derecho humano frente a las responsabilidades nacionales e internacionales contraídas por la justicia argentina.

La parte segunda versa sobre el concepto filosófico y jurídico de “persona”. El capítulo quinto, a cargo de Martín Truscello, aborda la cuestión relativa al derecho a la vida del *nasciturus* frente al derecho a la integridad física de la madre. En la jurisprudencia analizada –caso T, fallado por el alto tribunal en 2001–, una mujer solicitó que se le practicara un aborto por encontrarse gestando un embarazo anencefálico. Al no existir ningún riesgo grave para la salud de la mujer, la principal discusión versó sobre la viabilidad del *nasciturus*. La mayoría dispuso el adelantamiento del parto, a fuerza de no prolongar el sufrimiento psicológico de la madre y su familia dada la inviabilidad del feto por su patología congénita. El voto más interesante está expresado en la disidencia de los ministros Nazareno y Boggiano, que hace un recorrido de las razones por las que la anterior instancia –el Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– negó la personalidad del *nasciturus*, considerándolo una representación “subhumana” dada su especial patología. Truscello sostiene que la definición de lo humano debe versar sobre rasgos sustanciales, no sobre aspectos accidentales, recordando lo absoluto de la dignidad humana que se basa en esa sustancialidad. En este marco refiere a la ley de aborto, 27610, y a la causal del artículo 4º, inciso b) sobre la salud integral de la madre que tiene especial vínculo con este caso.

En el capítulo sexto, Mercedes Ales Uría analiza la resolución de la Suprema Corte norteamericana en la causa *Burwell v. Hobby Lobby*, sobre la objeción de conciencia de corporaciones privadas frente a la cobertura de terapias anti-conceptivas abortivas. En 2010, el Departamento de Salud de Estados Unidos prescribió que los planes de seguro de salud proporcionados por el empleador ofrecieran gratuitamente a sus beneficiarios ciertos métodos anticonceptivos, al-

gunos de los cuales son considerados abortivos. Hobby Lobby y otras sociedades familiares argumentaron que dicha obligación viola la protección otorgada por la Ley de Restauración de la Libertad Religiosa de 1993. La Corte estadounidense admitió la protección de la libertad de los seres humanos que efectivamente conforman el ente jurídico, ya que todo el derecho está estructurado para el ser humano y no a la inversa. Por otra parte, al no haber exclusión en la letra de la ley, la persona jurídica con fines comerciales no debe verse ajena a la objeción de conciencia. Asimismo, consideró que la protección de la libertad de culto de entidades jurídicas es la protección de las libertades de los individuos que la componen. El trabajo menciona los fallos *Bahamondez* y *Albarracini Nieves* de nuestra CSJN, en los cuales se recepta el respeto por la persona como eje del ordenamiento y concebida como un ser con una decisiva impronta espiritual. Por último, analiza la necesidad del examen de razonabilidad en las decisiones gubernamentales, la instrumentación de las medidas estatales orientadas hacia las formas menos gravosas respecto a la autonomía de las personas, procurando evitar que la reglamentación pueda desnaturalizar ciertos derechos fundamentales.

En el capítulo séptimo, Eduardo Magoja explica el caso *Caldeiro* de la Corte Suprema de 2020. En este, el Estado fue condenado a indemnizar al señor Caldeiro, quien contrajo cáncer a raíz de su servicio como profesional de la salud en el Ejército Argentino. La Cámara aplicó, en orden a proceder al pago, el régimen de ejecución de sentencias contra el Estado, en el cual no se encontraba especificado su inmediato abono. Para explicar la centralidad de la persona tal y como surge de la argumentación de la Corte, el autor se ocupa de la naturaleza discursiva del ser humano y su dignidad como estatus privilegiado, consecuencia de su autonomía como autolegislador moral, lo cual se expresa en la imperativa obligación del Estado de tutelar especialmente a aquellos en condición de vulnerabilidad. Dados el plano fáctico –la especial vulnerabilidad de Caldeiro– y el plano normativo –en el que no está previsto un pago acorde a la inmediatez requerida por el actor–, la Corte decidió fallar por analogía, haciendo uso de la directriz de la *epikeia* griega, subsanando la injusticia que podría ocasionar la decisión jurídica silogística basada en la solución legal, cuya consecuencia concreta en el caso bajo estudio el legislador no pudo prever.

En el capítulo octavo, Sonia Amieva Nefa y Eugenia Fleming Cánepa analizan el caso de la Corte Suprema M.A.D, en el que en 2015 dos hermanas solicitaron la suspensión de las medidas de soporte vital que se le venían suministrando a su hermano, quien se encontraba postrado desde 1994 a raíz de un grave siniestro vial, basándose en una supuesta manifestación de voluntad

anterior de aquel. A partir del caso planteado, las autoras reflexionan sobre dos formas de discernir el concepto de persona, el “universal” substancial, propio del cristianismo, y el “estamental”, limitado, propio del mundo antiguo, observando que cuando se ha tratado de señalar a quienes no lo son, siempre fueron descartados los más vulnerables. Agregan que nuestro sistema jurídico no admite la cosificación del ser humano y juzgan que no puede haber discriminación entre vidas dignas e indignas, ni que el Estado tenga potestad de juzgar la existencia de las personas y la dignidad que de ellas emana. A ese respecto, señalan la importancia de la manifestación de la voluntad del paciente, en un ejercicio de autodeterminación, respecto a los tratamientos médicos, sin embargo, descreen que los tribunales puedan hacer un sacrificio de esta disponibilidad, delegándolos en cabeza de algún representante.

En el capítulo noveno, nuevamente el coordinador Rabbi-Baldi Cabanillas trabaja el tópico del “pluralismo de fuentes y justicia material” a través del caso *Ruiz* de la Corte de Justicia de Salta del año 2006. En este caso, un integrante de la comunidad wichi en Tartagal fue acusado de mantener relaciones sexuales con su hijastra desde que ella tenía 9 u 11 años; el acusado sostuvo en su defensa que era imposible que se lo juzgara según normas extrañas a su cultura y que la Constitución Nacional le otorgaba marco legal a ese respeto cultural en el artículo 75, inciso 17, por lo que una norma infraconstitucional –el Código Penal– no podía contravenir ese principio. El foco del problema no consistió tanto en determinar si dicha conducta pertenece al acervo cultural de los wichis, ya que de las constancias de la causa emergió que ello no era así, sino que si dicha conducta fuese una práctica de la comunidad, si podría efectivamente juzgarse con pautas culturales extrañas. El autor señala al respecto que los derechos no son absolutos, pues conviven en un sistema que los obliga a su reglamentación y límite, debiendo resguardarse su contenido esencial; asimismo, no puede subordinarse un derecho esencial de la naturaleza humana al hecho de la pertenencia a un estado cultural determinado. Es decir que los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres se circunscribe a que estas sean compatibles con los derechos fundamentales del sistema jurídico nacional e internacional, y que remiten, en última instancia, a un derecho esencial de la naturaleza humana. Sobre tales bases, los derechos fundamentales de primer orden constituyen un límite moral que el legislador o las costumbres no pueden soslayar.

Héctor Cornejo D’Andrea, en el capítulo décimo, analiza los casos *Siri*, de 1957, y *Kot*, de 1958, ambos de la CSJN. El autor recuerda la diferencia entre

los sistemas “cerrado” y “abierto” que se estudian en la citada *Teoría del derecho*, a partir de los argumentos de la mayoría y de las disidencias de esos casos, y propone un método interesante desde lo pedagógico para que los alumnos puedan aprender el estudio de las cuestiones importantes de la materia en el análisis de casos. En efecto, luego de recomendar la lectura de los fallos, establece preguntas que deberán ser respondidas antes de leer las respuestas que el propio autor brinda luego, a fin de que sean cotejadas con las del estudiante. En ese marco, se ocupa de examinar la actividad de los jueces, quienes deben asegurar el goce de los derechos y garantías constitucionales a través de la inteligencia que mejor los asegure. Aprecia aquí el gran valor que tiene el recurso de amparo para defender los derechos constitucionales, lo que resulta en la ilegitimidad de su restricción si lo que impide su concreción es solo una medida de procedimiento. Una metáfora que cierra su desarrollo es bien ilustrativa para el alumnado: el sistema jurídico es como una caja de herramientas; y el juez, un buen electricista que debe solucionar un problema. Aun cuando esta caja no tenga la herramienta adecuada, debe este operario dar respuesta civilizada a las disputas que surjan entre las personas. El derecho es una ciencia práctica, y relacionar la teoría con la práctica es un ejercicio que debe entrenarse.

El capítulo onceavo, a cargo nuevamente de Ales Uría, estudia la existencia o no de las lagunas del derecho en el controvertido supuesto de las subrogaciones de vientres en un fallo de la Sala K de la Cámara Nacional en lo Civil del año 2020. En este caso, una pareja constituida por dos varones casados hizo un acuerdo con una mujer, quien se ofreció a gestar y entregar una hija renunciando luego a sus derechos materno-filiales. La niña al nacer fue registrada como hija legal de la mujer, acto que luego fue impugnado jurídicamente por el matrimonio de varones y fue resuelto en primera instancia aceptando la procedencia de la impugnación y la atribución de filiación a la pareja comitente. La Sala revocó lo resuelto, entendiendo que no existe vacío legislativo, sino que la figura de maternidad subrogada no es admitida en la Argentina, guardando concordancia con la prohibición de contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo establecida en el Código Civil y Comercial. Antes de analizar el fallo en cuestión, la autora puntualiza aspectos importantes en la atribución de la maternidad en el derecho nacional, tales como el principio del interés superior del niño como ordenador en las cuestiones filiatorias, por fuera de una visión adulto-céntrica, para establecer el estatus familiar. Asimismo, describe la naturaleza del pacto entre persona comitente y mujer gestante, el que, generalmente, es un acuerdo oneroso cuyo “objeto”, desde la teoría general de

las obligaciones, es doble: tanto poner a disposición la propia persona para la gestación como “dar” al niño o niña fruto de esa gestación a las personas que lo encargaron. Ya en relación con la existencia o no de “lagunas” de derecho en este caso, recuerda que normativamente no hay posibilidad de que se determine la situación filiatoria del ser humano por acuerdo de voluntades. Al contrario de lo que sucede en la laguna, aquí sí existe una solución dentro del sistema argentino: la filiación sigue al vientre, y si esta quisiera alterarse, el mecanismo es la “adopción”. La gestación por substitución es una exclusión deliberada del legislador –lo que se desprende de las reproducciones taquigráficas de las sesiones del Congreso–, es decir, invocar una laguna normativa o axiológica importa forzar el sistema jurídico, forzamiento que sugiere, según nos recuerda la autora, lo que Kelsen llamó “valoraciones emocionales”.

La cuarta y última parte de esta obra se titula “Razonamiento e interpretación del derecho”. Su primer trabajo, en el capítulo doceavo, pertenece a Leandro T. Pacheco Barassi, quien analiza el fallo *Rizzo* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2013 y se ocupa de examinar los presupuestos y directrices de la interpretación jurídica. Este tema, dado el cariz pedagógico de la obra, se vuelve importantísimo. Al respecto, la introducción merece una lectura cuidadosa por el estudio de las definiciones allí desarrolladas. Plantea la pregunta sobre si la teoría jurídica puede verse enriquecida por la teoría política –y no solo por la teoría del derecho– y la búsqueda de una verdad práctica (la “verdad jurídica objetiva”), entendiendo al derecho como un fenómeno complejo. En esa línea, hace referencia a la importancia del lenguaje como instancia comunitaria y a la dialéctica *lenguaje-polis-praxis*, que no solo tiene importancia en lo jurídico, sino también en todas las cosas humanas. A fin de hacer notar esa “politicidad” de lo jurídico, analiza el caso mencionado, en el que la Ley 26855 disponía la reforma del Consejo de la Magistratura estableciendo la elección popular de los representantes de los estamentos técnicos (abogados, magistrados, académicos). En su estudio se explicitan las formas de interpretación de los votos del fallo y las distintas directrices que hacen al decisorio. Es interesante, desde el desarrollo pedagógico, la indicación del autor sobre cada directriz interpretativa y la transcripción del considerando en el que se la utiliza. Es ahí donde el ejercicio de asomar la teoría a la práctica se aprende, con gran provecho del estudiante.

Rabbi-Baldi Cabanillas es autor del capítulo treceavo, en el que, desandando las directrices del fallo *Fontevicchia* de nuestra Corte Suprema en 2018, ofrece una circunstanciada lección acerca de la tópica jurídica, mientras brinda profu-

sión argumental en torno a la querrela sobre la primacía o no del derecho convencional –y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)– por sobre el sistema jurídico nacional y la Corte Suprema. El decisorio parte de la solicitud de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a la Corte para que deje sin efecto una sentencia firme dictada por la CSJN, tal y como había ordenado la CIDH en el año 2011 en la causa *Fontevicchia y otros c/República Argentina*. Al respecto, la Corte nacional plantea dos interrogantes que contesta negativamente: primero, si la orden de la CIDH ha sido dictada dentro de las atribuciones de la Convención Americana de Derechos Humanos; segundo, si es compatible con la Constitución Nacional. En cuanto a lo primero, examina el tema desde el argumento gramatical (la aceptación de la orden “dejar sin efecto” del tribunal internacional), el que conecta con el argumento conceptual (ya que, según la propia CIDH, dicho tribunal solo dicta fallos subsidiarios y complementarios, nunca restitutivos); el argumento de la letra de la Convención de Viena de derecho de los tratados, que niega también esa posibilidad; el argumento de la voluntad del convencional, en el que tampoco se aprecian consideraciones de esa índole; el de la voluntad del Estado argentino en la manera en la que ingresó la República a este sistema (que no pudo asignar tal alcance a la CIDH); el procedimental, ya que ante ese órgano no se sigue el mismo proceso con idénticas partes y análogas pruebas; y, por último, el argumento sobre el derecho comparado, en el que gravita un “margen de discrecionalidad” nacional respecto a ciertas decisiones internacionales. En relación con el segundo interrogante, el autor enumera el argumento de la primacía constitucional, según el cual el derecho internacional constitucionalizado no es más que la Constitución argentina; la coherencia, que se pregona en todo el ordenamiento internacional y local y que responde a una unidad conceptual basada en el criterio antes expuesto; los principios de derecho público constitucional, a los que el ministro Rosatti llama “reserva soberana”; el argumento de autoridad, apoyándose en autores que explican esa “reserva soberana”; la supremacía de la CSJN como órgano supremo del Poder Judicial según la Constitución Nacional; y, por último, el argumento del “diálogo jurisprudencial”, aunque el autor lo juzga poco práctico, ya que no resuelve el tema de la primacía normativa en discusión.

El trabajo encargado de cerrar la obra en el capítulo catorceavo pertenece a Natalia Müller, quien aborda la valoración de las directrices interpretativas en un fallo de 2021 en contexto de pandemia, en el que se dio la discrepancia entre el Estado nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires



respecto al dictado de clases en modalidad presencial. Luego de un año sin clases presenciales por medidas de aislamiento preventivo, en 2021 comenzaron a reanudarse paulatinamente; empero, se comenzó a observar un aumento en los casos de coronavirus que llevaron al Poder Ejecutivo Nacional, mediante el Decreto 241/2021, a dictar la suspensión del dictado de clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades durante dos semanas en el área metropolitana de Buenos Aires. Ante ello, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presentó una acción contra el Estado nacional para que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 2 del citado decreto y la inmediata suspensión de sus efectos. Para entender el resolutorio, la autora enumera tres teorías de la interpretación en materia jurídica: aquella que desvincula conceptualmente lo valorativo del estudio del derecho, propia del positivismo; la razón práctica, que se erige sobre principios y directrices que no son de aplicación automática y exigen una constante valoración; y la hermenéutica jurídica, que –siguiendo las ideas de Gadamer– requiere que la norma sea comprendida en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta. Seguidamente, estudia las directrices de interpretación presentes en la sentencia, entre las que menciona: la histórica, aludiendo a que con la reforma constitucional de 1994 se introdujo a la Ciudad como un actor pleno en el sistema federal; la de autoridad, emanada de otros precedentes de la Corte Suprema, donde también se le reconoce a la Ciudad estatus análogo al de las demás provincias; la de la voluntad del legislador, compulsando el Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente al respecto; la teleológica –quizás la más trascendente en el decisorio–, que en aras de obtener la razonabilidad de este exige la adecuada motivación que respalde las medidas adoptadas en concreto; y las directrices de los principios y de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, llegando a la conclusión de la inviabilidad del decreto por remisión a otras normas de carácter superior.

Como se anticipó, la obra sirve para vincular los conceptos planteados en el libro de cabecera de la cátedra a cargo del Dr. Rabbi Baldi Cabanillas con problemas concretos, los cuales se estudian en los decisorios judiciales. Es que el estudio de la materia Teoría General del Derecho, que en apariencia es meramente abstracto, requiere que los tópicos examinados se corporicen en aplicaciones concretas. En atención a la forma en la que se han expuesto todos los casos tratados en el libro reseñado, es importante señalar la relevancia de examinar los argumentos de los fallos judiciales más que sus meras disposiciones resolutorias, pues dichos argumentos pueden volver a usarse y alcanzar las con-

secuencias lógicas que se derivan de sus propias premisas. De ahí que subyazca al objeto del trabajo la idea de que no solo importa el conteo de votos a favor o en contra en un caso determinado, sino las razones que llevaron a tomar dichas resoluciones.

**Gabriel Gómez Benítez**

Universidad de Buenos Aires

[gabrielgomezbenitez@gmail.com](mailto:gabrielgomezbenitez@gmail.com)



# SOBRE LOS AUTORES

---

### **Diego Javier Bauso**

Médico graduado en la Universidad del Salvador (Buenos Aires). Actualmente es médico de planta y subjefe del Servicio de Neurología del Hospital Italiano de Buenos Aires. Es jefe de la Sección de Movimientos Anormales y Parkinson de dicho servicio. Es profesor adjunto de Medicina del Instituto Universitario del Hospital Italiano de Buenos Aires. Ha presentado más de cien trabajos científicos en congresos nacionales e internacionales de la especialidad. Es miembro titular y tesorero (2020-2022) de la Sociedad Neurológica Argentina. Es miembro titular de la International Parkinson's and Movement Disorder Society. Ha publicado artículos de medicina en revistas indexadas y capítulos en libros de la especialidad. Como investigador independiente ha trabajado sobre diversos temas históricos. Publicó *Un plagio bicentenario* (2015, Random House Mondadori) además de artículos en las revistas *Investigaciones y Ensayos*, de la Academia Nacional de la Historia, y *Todo es Historia*, entre otras publicaciones periódicas y brindado conferencias en la Universidad Nacional de Rosario, en la Universidad Torcuato Di Tella, en el Museo del Cabildo y de la Revolución de Mayo y en el Jockey Club de Buenos Aires.  
Correo electrónico: diegobauso@gmail.com

### **Alberto B. Bianchi**

Abogado (UCA). Doctor en Derecho (UBA) con tesis recomendada al Premio Facultad. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1991). Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (2012). Premio Konex en el área Derecho Constitucional (2016). Profesor de Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral), (UCA). Autor de 19 libros y más de 400 artículos sobre temas de derecho administrativo y derecho constitucional.  
Correo electrónico: ab@bgcv.com.ar

### **Evan J. Criddle**

Juris Doctor por la Facultad de Derecho de Yale, donde se desempeñó como editor de ensayos del *Yale Law Journal* y editor de artículos del *Yale Journal of International Law*. Es profesor Ernest W. Goodrich y profesor de investigación Reveley en la Facultad de Derecho William & Mary. Sus intereses de investigación se centran en el derecho internacional público, la teoría jurídica internacional, el derecho de asilo y refugiados, los derechos humanos, el derecho administrativo y el derecho fiduciario. Es autor o editor de cuatro libros: *Fiduciarios de la humanidad: cómo el derecho internacional constituye la autoridad* (Oxford University Press, con Evan Fox-Decent), *Derechos humanos en emergencias* (Cambridge University Press), *Gobierno fiduciario* (Cambridge University Press) y el *Manual de Oxford de Derecho Fiduciario* (Oxford University Press, con Robert H. Sitkoff y Paul B. Miller). Su investigación ha recibido el generoso apoyo del Social Science and Humanities Research Council y ha sido citada por los tribunales supremos de Canadá y Estados Unidos. Trabajó para el Honorable J. Clifford Wallace de la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos y fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Syracuse.  
Correo electrónico: ejcriddle@wm.edu

### **Yazmín Rocío de los Santos**

Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral, 2021) con diploma de honor (promedio de 9,18 y calificación de 100/100 en la presentación y defensa de la tesis). Abogada graduada en la orientación de derecho penal (Universidad de Buenos Aires, 2018) con diploma de honor (promedio de 9,28). Recibió el premio a la Excelencia Académica 2019 otorgado por el Colegio de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, ha realizado el Curso de Formación Superior en Fundamentos del Derecho Penal de la Universidad de Navarra, el Curso de Posgrado sobre Régimen Infracional y Penal Tributario, como también el de Cibercrimen y Evidencia Digital, ambos de la Universidad de Buenos Aires. Ha publicado obras sobre derecho penal y procesal penal en revistas y libros. Ejerce la docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se ha desempeñado en diversos cargos dentro del Ministerio Público Fiscal, detentando actualmente el de secretaria en la Fiscalía General N° 3 ante la Cámara Federal de Casación Penal.  
Correo electrónico: yazmirdelossantos@gmail.com / ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4617-3911>

### **Evan Fox-Decent**

Juris Doctor por la Universidad de Toronto, Master of Arts por la University of Manitoba y Ph.D. en Filosofía por la University of Toronto. Es profesor titular en la Facultad de Derecho de la McGill

University. Es miembro del Board de la Canadian Philosophical Association.  
Correo electrónico: evan.fox-decent@mcgill.ca

### **Manuel José García-Mansilla**

Abogado (Universidad del Salvador). Master of Laws (LL.M.) en Georgetown University Law Center. Profesor de Derecho Constitucional I (Universidad Austral). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y miembro individual de la International Association of Constitutional Law. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.  
Correo electrónico: MGarciaMansilla@austral.edu.ar

### **Pasquale Gianniti**

Es magistrado desde 1990. Ha sido juez del Tribunal Civil y Penal de diversas ciudades de Italia. Desde 2015 es Consigliere de la Corte Suprema di Cassazione, con sede en Roma. Es autor de diversas monografías y trabajos relacionados con su especialidad, además de director de obras colectivas.  
Correo electrónico: pasquale.gianniti@gmail.com

### **Gabriel Gómez Benítez**

Abogado y profesor ayudante de 2a en la cátedra Teoría General y Filosofía del Derecho del Dr. Rabbi-Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires).  
Correo electrónico: gabrielgomezbenitez@gmail.com

### **Javier Ignacio Habib**

Abogado por la Universidad Nacional de Tucumán, doctor en Derecho por el European University Institute, Grado de Salamanca por la Universidad de Salamanca y Master in Comparative, European and International Laws (EUI, Italia). Es profesor titular de Metodología de la Investigación, de Taller de Tesis y de Investigación (Universidad San Pablo T) y profesor auxiliar de Teoría de la Relación Jurídica y Derecho de la Persona (Universidad Nacional de Tucumán). Es director del proyecto de investigación “Constitucionalización del Derecho Privado” y secretario de redacción de la Revista de Estudios Sociales, Política y Cultura (Universidad San Pablo Tucumán). Ha recibido la beca de investigación Max-Planck-Institut (2015), la beca de estudios doctorales del European University Institute (2014) y la beca de estudios doctorales del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación del Gobierno de España (2010-2013). Ha publicado el libro Cuestiones Fundamentales de Derecho. En honor al Profesor Ernesto Clemente Wayar (tomo 1, 2020, Bibliotex, junto con Federico Wayar y Pablo Baca), entre otros artículos y capítulos de libros de su especialidad.  
Correo electrónico: jhabib@uspt.edu.ar

### **Eduardo Esteban Magoja**

Estudió Abogacía y Filosofía en la Universidad de Buenos Aires y es especialista en derecho penal, magister en Filosofía del Derecho y doctor en Ciencias Jurídicas por esa casa de estudio. Ha realizado estancias de investigación posdoctorales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona (Cataluña), en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Coímbra (Portugal), en la Fundación Hardt (Suiza) y en la Comisión de Historia Antigua y Epigrafía del Instituto Arqueológico Alemán (Alemania), en dos últimos casos como becario. Asimismo, fue becado por la DAAD para realizar una estancia de investigación en la Universidad de Hamburgo. Ha recibido el premio “Joven Investigador” en Filosofía Jurídica y Social, otorgado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, y el premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación”, otorgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, entre otras distinciones. Se desempeña como profesor del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y también como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo en el área de posgrado. Ha dictado conferencias y ponencias en eventos académicos nacionales e internacionales y también ha publicado artículos académicos en revistas especializadas, capítulos de libros y libros. Entre estos se encuentran Sócrates, hoplita de la pólis: derecho y obediencia en el Critón de Platón (2017, Editorial Comares), El legado griego. Derecho, justicia y obediencia en las tragedias tebanas de Sófocles (2020, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA/Eudeba), La obediencia a la ley como coraza del pueblo: la defensa de las instituciones jurídicas en el texto del Anónimo de Jámblico (2021, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson editorial (2021) y Ética, derecho y filosofía ambientales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2021, Ad-Hoc).

Su campo de estudio es principalmente la filosofía del derecho y la filosofía antigua.  
Correo electrónico: magojaeduardo@gmail.com / ORCID: 0000-0003-3182-5219

### **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

### **Mariano Palacios**

Abogado por la Universidad Católica Argentina. 41st. Annual Academy of American and International Law. Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA) y en Derecho Constitucional (Universidad de Buenos Aires). Es profesor en Regulación Energética, CEARE (UBA, Enargas y Enre), en la Diplomatura en Hidrocarburos (Universidad Austral), de Derecho Parlamentario, Diplomatura en Derecho Constitucional Profundizado (Universidad Austral), en la Diplomatura en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Austral) y en la Diplomatura en Derecho Constitucional Latinoamericano (Universidad Austral). Asimismo, es secretario de redacción de la Revista de Derecho Administrativo (Abeledo Perrot), director ejecutivo de la Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADEHM), director adjunto del Centro internacional de estudios, investigación y prospectiva parlamentarios (CIDEIPP) de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral y director ejecutivo de la Diplomatura en Derecho Parlamentario de la Universidad Austral. Es miembro del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional de la Asociación y de la Asociación Argentina de Derecho Parlamentario. Actualmente se desempeña como director de Asuntos Legales e Institucionales de Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión (TRANSENER S.A.), Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: palacios\_mariano@hotmail.com

### **Jaime Rodríguez-Arana**

Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela (1986). Doctor honoris causa por la Universidad Hispanoamericana de Nicaragua (2009). Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña (1992). Es autor de cuarenta libros de derecho público y ciencia política. Es miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (2008) y de la Asociación Iberoamericana de Derecho Electoral (2011). Es presidente honorario de la Asociación Centroamericana de Derecho Administrativo (2011) y miembro del consejo académico de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Católica de Guayaquil (2006), de la maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral de Argentina (2009) y del curso de especialización en Derecho Administrativo de la Universidad del Nordeste (Argentina) (2008). Correo electrónico: jaimerodriguezarana.munoz@udc.es / ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9641-5419>

### **Mariano Vitetta**

Profesor adjunto en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, donde dirige el Área de Lengua y Derecho. Es traductor público y abogado por la Universidad de Buenos Aires. Obtuvo una maestría en Derecho Comparado en Louisiana State University. Actualmente, es candidato del doctorado en Derecho de Maastricht University. Como consultor, se desempeña ofreciendo servicios de traducción jurídica para estudios, empresas y particulares. Tiene a su cargo la traducción al español del Código Civil de Luisiana en el Center of Civil Law Studies de Louisiana State University, donde trabajó como investigador asociado. Correo electrónico: mvitetta@austral.edu.ar

# NORMAS EDITORIALES

---



## Temática y alcance

La Revista Jurídica Austral es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que tiene por fin primordial difundir investigaciones científicas originales e inéditas de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, con el propósito de realizar aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho válidos y útiles para sus lectores.

Sus destinatarios son, fundamentalmente, académicos, investigadores, profesores, alumnos universitarios, miembros de los tres poderes del Estado (en cualquiera de sus niveles), centros de investigación, organismos públicos y privados y operadores del derecho en general.

## Selección de artículos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

Se aceptan artículos y contribuciones de toda la comunidad científica nacional e internacional, sin cargos por procesamiento de artículos (APC) ni de ningún otro tipo. Asimismo, no se exige cargo alguno de envío (*submission fee*).

## 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 reseñas de obras bibliográficas, análisis, comentarios y notas que se publicarán en las secciones correspondientes no serán sometidas al proceso de revisión por pares, sin perjuicio del control previo y estricto que llevará a cabo el Consejo Editorial de la RJA, pudiendo, según los casos, remitir a un árbitro externo dichos contenidos cuando la profundidad, extensión y complejidad de estos lo justificara.

### **Ética y buenas prácticas editoriales**

La Revista Jurídica Austral adhiere al Código de conducta y buenas prácticas editoriales del Committee on Publication Ethics (COPE), foro de discusión para editores de publicaciones científicas arbitradas ([www.publicationethics.org.uk](http://www.publicationethics.org.uk)), cuyo objetivo primordial es promover la integridad de las investigaciones académicas y sus publicaciones.

### **Política de secciones**

Las ediciones de la Revista Jurídica Austral se componen de tres secciones:

- a) Artículos de investigación
- b) Análisis, crónicas y comentarios
- c) Reseñas

### **Derechos de autor**

Los autores remitirán las investigaciones o reseñas 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, RESEÑA, 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 amparadas 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 curriculum 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.

## Normas editoriales

Extensión: hasta 4 páginas (1800 caracteres en total aproximadamente).

### Estilo

Los trabajos enviados deberán seguir el estilo de la RJA, que a continuación se detalla:

#### \* Formato

Tamaño A4 con márgenes de 2,5 cm en cada extremo.

#### \* Tipografía

Título: Times New Roman, negrita, cuerpo 14 puntos, interlineado 1,5.

Texto: Times New Roman, cuerpo 12 puntos, interlineado 1,5.

Citas textuales de más de 40 palabras: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Notas al pie: Times New Roman, cuerpo 10 puntos, interlineado a 1,5.

Subtítulos (en todas sus jerarquías): Times New Roman, negrita, cuerpo 12 puntos, interlineado a 1,5.

Estilo de numeración: correlativa en números arábigos (no utilizar números romanos).

#### \* Alineación

Todo el texto y los títulos deben estar alineados a la izquierda, sin utilizar sangrías ni tabulaciones.

No dejar espacios entre párrafos.

Las citas textuales de más de 40 palabras deben colocarse en párrafo aparte con una sangría de 1,5 para todo el párrafo.

\* Se deben respetar los signos diacríticos propios de cada idioma (diéresis, acentos ortográficos, etc.), incluso en las mayúsculas. Las frases no deben comenzarse con abreviaciones ni gerundios.

\* Todas las imágenes (fotos, tablas, ilustraciones, gráficos, etc.) deben citarse en el texto, por ejemplo: (Gráfico 1) (Tabla 4).

\* Los fragmentos, frases o palabras que se transcriban en idioma extranjero deben ponerse en letra cursiva. Se exceptúan los nombres geográficos, los nombres de entidades, organismos, instituciones, corporaciones, etc.; los nombres de acuerdos, pactos o tratados, etcétera.

\* Las llamadas de las notas al pie se indican en números arábigos consecutivos en superíndice y, cuando corresponda, luego de los signos de puntuación, por ejemplo: ,<sup>3</sup>

\* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.

#### \* Abreviaciones

Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.

Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).

#### \* Tablas, cuadros y gráficos

Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.

#### \* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

### Citas y bibliografía

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association) 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:

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 Buergeth (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* (xxed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

\* Artículo en revista

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen*(número), número de las páginas xx-xx.

## Normas editoriales

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

---