



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 3. Número 2. Diciembre 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 2. Diciembre 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

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

Culminando el año 2022 y con un renovado compromiso hacia nuestros lectores, producto del esfuerzo y dedicación del todo el equipo editorial de la Revista Jurídica Austral, nos enorgullece presentar el Volumen 3, Número 2 (diciembre de 2022).

Una vez más, debemos agradecerles a los autores, revisores y colaboradores en general las magníficas contribuciones y aportes que generosamente nos entregan con el fin de hacer cada vez más grande y exitoso este proyecto editorial.

En este segundo número semestral de 2022 se destacan los aportes rigurosos de Manuel José García-Mansilla, Alberto B. Bianchi, Juan B. Etcheverry, María G. Andía, Pablo H. Martos, Inés Colombato, Emanuel Catardo, Lucía Traverso, Ignacio E. Alterini, Lucía Obligado, Manuel Alderete, Verónica Nolazco, Julián Madrid Moreno, Catalina Seventich, Nicolás J. Lafferriere y Adrián F. Ambroggio.

Les deseamos a todos que disfruten de la lectura de los trabajos publicados y que les resulten inspiradores en la cotidianeidad de las distintas tareas que a cada uno le toque cumplir o desempeñar.

Finalmente, ante la proximidad de las fiestas navideñas, les hacemos llegar nuestros mejores deseos, para que la paz de la santa Navidad ilumine sus hogares y bendiga a vuestras familias.

Buenos Aires, diciembre de 2022

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mg. Andrés Arla
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 473 El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos
Manuel José García-Mansilla
- 531 El Congreso de los Estados Unidos. Un cuarto de siglo de equilibrio partidario: 1981-2007
Alberto B. Bianchi
- 591 Dignidad de la ley e interpretación jurídica en Jeremy Waldron
Juan B. Etcheverry
- 613 Desafíos en el acceso a la información ambiental: hacia una coordinación con el sistema de acceso a la información pública
María Gracia Andía - Pablo Hernán Martos - Inés Colombato
- 659 Paul Roubier y los doctores medievales. (Sobre una injusta opinión)
Emmanuel Catardo
- 697 La Justicia y la pena en *La Divina Comedia*
Lucía María Traverso
- 717 Algunas inconsistencias en el sistema de daños
Ignacio E. Alterini
- 755 La aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo disciplinario
Lucía Obligado
- 795 Un pequeño empujón: medios de fomento no tradicional como alternativa para enfrentar nuevos desafíos regulatorios sin intervención estatal
Manuel Alderete

Análisis, crónicas y comentarios

- 819 Inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Análisis del fallo de la Corte Suprema en *Etcheverry* y propuesta de ley sobre la reglamentación de las leyes
María Verónica Nolzco
- 847 El derecho a la paz ambiental frente al desafío de la discriminación: el caso *Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina*
Julián Madrid Moreno
- 869 Inteligencia artificial en el proceso penal. ¿Más vale humano conocido o algoritmo por conocer?
Catalina Serventich

Recensiones

- 883 *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*
de Alfonso Santiago
Jorge Nicolás Lafferriere
- 889 *Derecho Administrativo en la Patagonia Norte. Provincias de Río Negro y Neuquén.*
Fundamentos históricos y constitucionales
de Juan Bautista Justo
Adrián Federico Ambroggio

Sobre los autores

895

Normas editoriales

901

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

EL ROL DE ABOGADOS Y JUECES EN EL SURGIMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS

Manuel José García-Mansilla

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

Recibido: 13/10/2022

Aceptado: 02/11/2022

Resumen

Este trabajo propone la necesidad de revisar el rol que cumplieron abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos durante la década de 1780, varios años antes que el *Chief Justice* John Marshall redactara su célebre decisión en el fallo *Marbury v. Madison*.

Palabras clave: control judicial de constitucionalidad, constitución, *Marbury v. Madison*, jueces, función judicial, deber judicial, separación de poderes.

The Role of Lawyers and Judges in the Rise of Judicial Review in the United States

Abstract

This article proposes the need to review the role played by lawyers and judges in the rise of judicial review in the United States during the 1780s, several years before Chief Justice John Marshall wrote his famous decision in *Marbury v. Madison*.

Key words: judicial review, constitution, *Marbury v. Madison*, judges, judicial function, judicial duty, separation of powers.

1. Introducción

La guerra revolucionaria entre el reino de Gran Bretaña y las trece colonias que conformarían los nuevos Estados Unidos de Norteamérica se extendió entre

el 19 de abril de 1775 y la firma del tratado de paz en París el 3 de septiembre de 1783. Como no podía ser de otra manera, la guerra generó numerosos conflictos jurídicos de diversa índole. Muchos tuvieron que dirimirse a través de reclamos judiciales en los tribunales de los nuevos estados que surgieron a partir de la Declaración de Independencia del 4 de julio de 1776. Una parte de esos reclamos fue consecuencia directa de la inevitable crisis económica derivada de la guerra. Pero otra parte, no menor, se dio a raíz de la aplicación de varias leyes dictadas por las nuevas legislaturas estatales en materia de traición, confiscación de bienes de personas que ayudaran de cualquier forma a Gran Bretaña, regulación de reclamos por daños y perjuicios por la utilización de inmuebles forzosamente abandonados durante la guerra luego de la ocupación de esas tierras por las tropas británicas, etc.

La mayoría de estas leyes fueron sancionadas por las legislaturas locales al calor del conflicto bélico o de la urgencia de la crisis económica inmediatamente posterior. En ese marco, los tribunales estatales se vieron obligados a decidir casos concretos en los que se planteaba la contradicción entre esas leyes y las flamantes constituciones de cada estado. Sorpresivamente, fueron los abogados en muchos de esos juicios los que les plantearon a los jueces la inconstitucionalidad de esas leyes. En algunos casos, con argumentos muy elaborados.

Nombres como William Willcocks, Andrew Roland, St. George Tucker, Samuel Sheburne o James Iredell tal vez no digan nada. De hecho, no son conocidos por el público en general. Sin embargo, cuando se analizan en detalle algunos de los primeros casos en los que los jueces controlaron efectivamente la constitucionalidad de leyes locales en los Estados Unidos, la importancia del accionar de estos abogados surge de forma evidente. Ellos fueron los que hicieron los primeros planteos de inconstitucionalidad e intentaron convencer a los jueces de que las leyes que cuestionaban fueran dejadas sin efecto por contradecir la constitución de sus estados.

Cabe destacar que ninguna de las constituciones estatales escritas que los abogados invocaron como ley fundamental en cada uno de estos juicios establecía formalmente el control judicial de constitucionalidad de las leyes. En ese marco, ¿cómo es que hicieron esos planteos si, como se suele enseñar, la idea del control judicial de constitucionalidad nació muchos años después en el caso *Marbury v. Madison*?¹ ¿Cómo puede ser que ignotos abogados de distintos orígenes les pidieran a los jueces que declararan la inconstitucionalidad de leyes que contradecían

1 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). En un trabajo anterior expuse las razones por las que considero que esas enseñanzas son parte de lo que denominé “el mito de *Marbury*” (ver García-Mansilla, 2020).

la constitución de sus respectivos estados si la *judicial review* nacería recién en 1803 y como una creación pretoriana en medio de un conflicto político? ¿Cuál es la razón por la que, en muchos casos, los jueces hicieron lugar a esos planteos de inconstitucionalidad? ¿Qué es lo que explica esta verdadera anomalía que contradice frontalmente la historia que, hasta ahora, se contaba acerca del origen del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos?

En este trabajo intentaré dar respuesta a estos interrogantes. Para contextualizar el accionar de estos abogados y jueces, así como la importancia de los casos que voy a exponer y analizar, en la primera parte del trabajo voy a explicar la amalgama de ideas que se generó en los Estados Unidos entre la tradición jurídica heredada del mundo anglosajón y las innovaciones radicales en materia institucional que aparecieron junto con la Revolución norteamericana. Esa amalgama es la que permitió racionalizar el ejercicio de una atribución tan importante y novedosa como la *judicial review*. A pesar de no haber sido contemplado expresamente, el control judicial de constitucionalidad surgió como una derivación lógica y natural de esa conjunción de ideas viejas y nuevas. En la segunda parte, analizaré algunos de los casos en los que esas ideas fueron puestas en práctica por primera vez por abogados y jueces. Allí expondré algunos de los casos en los que, frente a los planteos presentados por diversos abogados, los jueces ejercieron efectivamente el control judicial de constitucionalidad en estados como Nueva Jersey, Virginia, New Hampshire y Carolina del Norte, entre 1780 y 1787, antes de la sanción de la Constitución federal en Filadelfia. En esta parte, daré también a conocer un importante documento que es prácticamente desconocido. Me refiero a la primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad, que data del 31 de octubre de 1782 y que se publica por primera vez traducido al castellano. Finalmente, daré mis conclusiones.

2. El surgimiento de la *judicial review* en los Estados Unidos

El control judicial de constitucionalidad surgió en los Estados Unidos como consecuencia de una combinación entre tradición e innovación en materia institucional. Los cambios y continuidades que se sucedieron gradualmente en el mundo jurídico norteamericano a partir de 1776 derivaron en una amalgama entre el tradicional deber que tenían los jueces del mundo anglosajón de resolver casos y controversias aplicando el derecho vigente y las novedades institucionales que la Revolución norteamericana trajo al derecho constitucional. De esa amalgama entre lo viejo y lo nuevo es que surgió la *judicial review*.

2.1. Las novedades institucionales

Para entender el proceso en el que surgió el control judicial de constitucionalidad es necesario tener en cuenta la conciencia que tenían los revolucionarios norteamericanos acerca de las novedades que estaban introduciendo en el mundo de las instituciones. En primer lugar, al reconocer el carácter de norma jurídica fundamental a una constitución escrita. En segundo lugar, al concebir al Poder Legislativo como un órgano esencialmente limitado. En tercer lugar, al modificar el principio de separación de poderes a través de la separación nítida entre la función legislativa y la función judicial, apartándose de la tradición británica en la que ambas funciones no estaban claramente delimitadas, ya que el Parlamento era la máxima autoridad judicial (Hamburger, 2008, p. 610).

Esas novedades se combinan con la tradicional función judicial que ejercían los jueces en el mundo anglosajón. Así es que, en todas las justificaciones al control judicial de constitucionalidad, tanto a nivel estatal primero como a nivel federal después, se expone el deber (no el poder) de los jueces de aplicar la constitución escrita como norma jurídica fundamental, jerárquicamente superior a cualquier ley que sancionara el Poder Legislativo, a la hora de resolver casos concretos. Y también que ese carácter jurídico superior de la constitución tiene que ver con la idea de imponer límites a todo el Gobierno, especialmente al legislador. La constitución se convierte así en “la ley que gobierna a aquellos que gobiernan” (Barnett, 2016, p. 23).

Esa nueva concepción de constitución, además, trae otra novedad fundamental en cuanto a quién tiene el poder de sancionarla y modificarla. A través de un proceso complejo y gradual, las primeras constituciones de los Estados Unidos terminan mostrando que no son producto de la soberanía del Poder Legislativo, sino de la soberanía del pueblo. Esta idea de una constitución como expresión soberana del pueblo implicaba un apartamiento radical del ejemplo inglés, en el que el Parlamento era el soberano y no tenía límites para modificar la Constitución. Este alejamiento de la concepción de la soberanía imperante en Gran Bretaña no solo complementa esa idea radicalmente nueva de constitución, sino que implica un traslado de la soberanía que pasa del Poder Legislativo al pueblo. De ahí que la Constitución, sancionada a través de un procedimiento especial, intensamente participativo para los estándares de la época, se considere como una expresión de esa soberanía del pueblo.

2.1.1. La constitución escrita como norma fundamental

Hasta la Revolución norteamericana, el mundo anglosajón se movía dentro del paradigma de la omnipotencia del Poder Legislativo. Ese paradigma fue expuesto con elocuencia en las famosas reflexiones de William Blackstone en su influyente *Commentaries on the Laws of England*. Allí, sostuvo que el Parlamento es el lugar en donde reside la soberanía del reino y que se trata de un poder absoluto e incontrolable. Bajo ese paradigma, se consideraba que el Parlamento podía hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible y que no había autoridad en la Tierra que pudiera deshacer sus decisiones. El Parlamento podía no solo modificar la Constitución del reino, sino también crear una nueva de cero. Tanto era el poder soberano del Parlamento que incluso podía modificar la religión oficial y las normas de sucesión del reino.²

De ahí que no escapaba a los revolucionarios norteamericanos la novedad radical que implicaba considerar a la constitución como norma jurídica fundamental y, a su vez, límite al poder del Gobierno, en general, y al Poder Legislativo, en particular. Por el contrario, esa novedad era constantemente remarcada en los Estados Unidos, en especial para contrastarla con el ejemplo de la Constitución de Gran Bretaña. Madison lo expresa muy bien en *El Federalista* N° 53 en relación con la Constitución federal:

La importante distinción, tan bien comprendida en América, entre una Constitución establecida por el pueblo e inalterable por el gobierno y una ley establecida y alterable por el gobierno, parece haber sido mal comprendida y menos observada en cualquier otro país. Dondequiera que haya residido el supremo poder de legislar, se ha supuesto que también residía una potestad plena para

2 La frase completa de Blackstone es: “The power and jurisdiction of parliament, says sir Edward Coke’, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. And of this high court he adds, it may be truly said «*si antiquitatem spectes, est vetustissima; si dignitatem, est honoratissima; si jurisdictionem, est capacissima.*» It hath sovereign and uncontrollable authority in making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. All mischiefs and grievances, operations and remedies, that transcend the ordinary course of the laws, are within the reach of this extraordinary tribunal. It can regulate or new model the succession to the crown; as was done in the reign of Henry VIII and William III. It can alter the established religion of the land; as was done in a variety of instances, in the reigns of king Henry VIII and his three children. It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it’s power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what the parliament doth, no authority upon earth can undo” (Blackstone, 1770, pp. 160-161).

cambiar la forma de gobierno. Inclusive en Gran Bretaña, donde los principios de la libertad política y civil han sido más discutidos y donde más se habla de los derechos de la Constitución, se sostiene que la autoridad del Parlamento es suprema e incontrolable, tanto con respecto a la Constitución, como a los objetos ordinarios sobre los que dispone el legislador. De acuerdo con esto, y en distintas ocasiones, han cambiado por medio de actos legislativos algunos de los artículos más fundamentales del gobierno. [...] *Donde no existiese, ni pudiera existir una Constitución superior al gobierno, no habría modo de buscar una garantía constitucional semejante a la establecida en los Estados Unidos.*³ (Madison, “The Federalist N° 53”, Hamilton et al., 1818, pp. 335-336)

Algo similar ocurría con las diferencias entre esta nueva concepción de la constitución y la que existía hasta entonces en Inglaterra, que también eran expuestas con frecuencia. En el Capítulo XI de sus *Lectures on Law*, por ejemplo, James Wilson explicaba que:

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

En similar sentido, en el voto del *Justice William Paterson* en el caso *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance* de 1795 se advierte que:

Es difícil decir qué es la constitución de Inglaterra; dado que no se reduce a la certeza y precisión escritas, queda totalmente a merced del Parlamento. [...] [N]o hay una constitución escrita, *ninguna ley fundamental*, nada visible, nada real, nada cierto, por el cual una ley pueda ser evaluada.⁴

Ese concepto novedoso de constitución se impone primero a nivel estatal, cuando aparecen las primeras constituciones escritas, y luego a nivel federal. En ese mismo momento, esa novedad es reconocida como “una revolución en el lenguaje” por un joven John Quincy Adams en su libro de respuesta y crítica al célebre *Rights of Man* de Thomas Paine:

3 Énfasis agregado.

4 *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. (2 Dall.) 304, p. 308 (1795). Énfasis agregado.

“Una Constitución”, dice el Sr. Paine, “no es una cosa sólo de nombre, sino en hecho. No tiene una existencia ideal, sino real; y siempre que no pueda ser producida en una forma visible, no existe.” El Sr. Paine debería haber ido más allá, y decirnos, si como en una escritura pública, esa constitución debe ser escrita en papel o en pergamino; o si tiene una latitud mayor, y puede ser grabada en piedra, o tallada en madera. Por el tenor de su argumento, parece que sólo tenía en mente a las Constituciones americanas; porque a excepción de éstas, creo que no encontrará en toda la historia, un gobierno que encaje dentro de su definición; y por supuesto, nunca hubo un pueblo que tuviera una Constitución antes del año 1776. Pero la palabra [constitución], con una idea adherida a ella, había estado en uso, y comúnmente entendida, durante siglos antes de ese período; y, en consecuencia, el Sr. Paine, para cumplir con su propósito, debe alterar sus acepciones, y, al calor de su celo por las revoluciones, esforzarse por traer también [a Inglaterra] una revolución en el lenguaje.⁵ (Publicola, 1792, pp. 14-15)

Esta concepción radicalmente nueva de “constitución” no solo implicaba una “revolución en el lenguaje”. Implicaba, fundamentalmente, la adopción de un nuevo modelo de constitución, con sus características de ser escrita, rígida, es decir que solo puede modificarse por un mecanismo especial, y a la que se considera como norma jurídica fundamental, a la que todo el ordenamiento jurídico se debe subordinar.⁶ Tal como explico más adelante, esta novedad institucional se combinó a su vez con la tradicional función judicial propia del mundo anglosajón, que se traducía en el deber de los jueces de decidir casos y controversias de acuerdo con las leyes del reino. Esa combinación entre las novedades institucionales y la tradicional función judicial, así como una ingeniosa vuelta de tuerca al principio de la separación de los poderes expuesto por Montesquieu, fueron las que permitieron racionalizar el control judicial de constitucionalidad y lograr superar las polémicas que se generaron cada vez que se lo puso en práctica entre 1780 y 1790.

2.1.2. La constitución como límite al Poder Legislativo

Ese concepto nuevo de “constitución”, como norma escrita de máxima jerarquía del orden jurídico, no es la única novedad que se introduce a partir de

5 John Quincy Adams publicó este ensayo bajo el seudónimo de “Publicola” en una serie de cartas publicadas en el periódico *Columbian Sentinel* de Boston. Si bien en la época se le atribuyó este escrito a su padre, John Adams, lo cierto es que posteriormente se demostró su autoría.

6 Cabe aclarar que no todos los estados adoptaron de entrada ese modelo nuevo de constitución, sino que en algunos se fue imponiendo gradualmente. Para esa evolución, ver Steinfeld (2021, pp. 33-121).

la Revolución norteamericana y que influye en la formación y aceptación del control judicial de constitucionalidad. Algo similar ocurrió con el carácter de límite que este concepto específico y nuevo de “constitución” tenía para el Poder Legislativo de los estados, primero, y para todo el Gobierno federal, después, en especial para el Congreso. Ese límite al Poder Legislativo, al que se consideraba una criatura de la constitución a la cual debía su autoridad para legislar, significó otro cambio radical para la época.

En este punto, los revolucionarios norteamericanos pusieron en práctica las enseñanzas de Emer de Vattel, que había anticipado esta postura ya en 1760.⁷ En su influyente *The Law of Nations*, luego de preguntarse si la autoridad de los titulares del Poder Legislativo se extendía tanto como para modificar la constitución de un estado, Vattel (1760) respondió que:

la autoridad de esos legisladores no se extiende tan lejos y ellos deben considerar esas leyes fundamentales como sagradas, salvo que la nación les haya dado en términos muy expresos el poder para cambiarlas. Porque la constitución debe tener estabilidad [...] y es de la constitución que esos legisladores derivan su poder: ¿cómo pueden cambiarla sin destruir la base de su propia autoridad? (Libro I, Capítulo 3, §34, p. 18)

Las ideas de Vattel en este punto son aplicadas después en el contexto de conflictos entre las colonias y el imperio británico. Esta idea de una constitución “estable” o “fija”, que no puede ser modificada por las decisiones del Poder Legislativo, implicaba otro cambio radical para el mundo anglosajón que, hasta entonces, estaba acostumbrado a la omnipotencia del Parlamento británico. La consecuencia lógica de esa concepción de una “constitución fija”, que no puede modificarse unilateralmente por decisiones del Parlamento, se expone con claridad antes de la Revolución norteamericana. Así ocurrió, por ejemplo, durante el conflicto por las llamadas Townshend Acts, sancionadas en 1767 por el Parlamento británico para, entre otras cosas, aumentar la recaudación de impuestos en las colonias. Durante ese conflicto, que derivó posteriormente en la ocupación militar de Boston por parte del ejército británico, la Cámara de Representantes de Massachusetts le envió una carta el 15 de enero de 1768 al Conde de Shelburne. En esa carta, redactada por Samuel Adams y James Otis, le advierten que: “la Constitución es fija; de allí es de donde la legislatura

7 Acerca de la influencia de Vattel, ver Fenwick (1913, p. 395). Aclaro que el nombre correcto de Vattel es “Emer” y no el alemán “Emerich” con el que se lo conoce modernamente.

deriva su autoridad. En consecuencia, no puede cambiar la constitución sin destruir las bases de su propio poder” (Wells, 1865, p. 159).⁸

Las referencias a las opiniones de Vattel acerca de la constitución y del rol subordinado del Poder Legislativo eran moneda corriente en el período anterior y posterior a la Revolución norteamericana (Haines, 1914, p. 37). Por eso no sorprende que haya sido citado en casos como *Trevett v. Weeden* en 1786⁹ o por los jueces Spencer Roane y St. George Tucker en la sentencia de la Corte General de Virginia en el caso *Kamper v. Hawkins* en 1793,¹⁰ dos casos estatales relacionados con el ejercicio del control judicial de constitucionalidad.

2.1.3. La constitución como expresión de la soberanía del pueblo

Las primeras constituciones sancionadas en Estados Unidos en 1776 fueron el producto de decisiones de legislaturas estatales cuyos integrantes eran elegidos periódicamente, en muchos casos, anualmente. Ese control del pueblo a través de una elección anual fue el que se impuso al principio en algunos estados. La mayoría de esas constituciones no tenían todavía el carácter de norma jurídica

8 La frase completa es: “There are, my Lord, fundamental rules of the Constitution, which, it is humbly presumed, neither the supreme legislative nor the Supreme executive can alter. In all free states the constitution is fixed; it is from thence that the legislative derives its authority; therefore it cannot change the constitution without destroying its own foundation. If, then, the Constitution of Great Britain is the common right of all British subjects, it is humbly referred to your Lordship’s judgment, whether the supreme legislative of the empire may rightly leap the bounds of it, in the exercise of power over the subjects in America, any more than over those in Britain”.

9 Ver Varnum (1787, pp. 23-25).

10 *Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21 (1793). En el voto del juez Roane aparece la siguiente referencia a Vattel: “The celebrated Vattel in a passage of his, which I will not fatigue this audience by quoting, denies to the ordinary legislature the power of changing the fundamental laws, «for, (says he,) it is necessary that the Constitution of the state be fixed.» But if the legislature may infringe this Constitution, it is no longer fixed; it is not this year what it was the last; and the liberties of the people are wholly at the mercy of the legislature” (*Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21, pp. 37-38). Algo similar ocurre en el voto del juez St. George Tucker: “Vattel, in treating of the fundamental laws of a state, observes, «that a nation may entrust the exercise of the legislative power to the prince, or to an assembly, or to that assembly and the prince, jointly; who have then a right of making new, and of abrogating old laws. It is here demanded, whether if their power extends as far as the fundamental laws, they may change the constitution of the state? To this he answers, we may decide with certainty, that the authority of these legislators does not extend so far, and that they ought to consider the fundamental laws as sacred, if the nation has not in express terms given them power to change them. For the constitution of the state ought to be fixed; and since that was first established by the nation, which afterwards trusted certain persons with the legislative powers, the fundamental laws are excepted from their commission. In short, these legislators derive their power from the constitution: how then can they change it, without destroying the foundation of their authority?» Vattel, p. 31” (*Kamper v. Hawkins*, 1 Va. Cases 21, pp. 75-76).

fundamental que adoptarían después. Por el contrario, en algunos estados, su carácter era más bien político y podían ser modificadas por las mismas legislaturas (Steinfeld, 2021, p. 102). Sin embargo, ya de entrada empezaron a aparecer excepciones como la Constitución de Georgia de 1777, que preveía que la Constitución solo podía alterarse a través de una convención especial. Esa convención, a su vez, debía ser convocada a tal efecto por la Asamblea a pedido de la mayoría de los condados. La Asamblea era la encargada de especificar las alteraciones que la convención tenía que hacer.¹¹

Esta situación se modificó drásticamente a partir de 1780, año en el que se inició una ola de reformas de varias constituciones locales. Esas modificaciones no se harían a través de las legislaturas, sino a través de un cuerpo nuevo: las convenciones constituyentes. Esas convenciones, a su vez, se disolverían apenas terminada su función de sancionar una constitución. En la mayoría de los estados, esas constituciones serían posteriormente ratificadas por el pueblo.

Como observa Gordon Wood (1969), la concepción de la constitución como ley fundamental (*higher law*) y la de las convenciones del pueblo como órganos existentes por fuera de las legislaturas son dos ideas que están unidas de forma inescindible y que se desarrollan en tándem. Para poder mantener inmune a la constitución de posibles alteraciones por parte del Poder Legislativo es que se llegó a la conclusión de que las constituciones debían ser sancionadas por un poder superior y distinto a las legislaturas (Wood, 1969, p. 306). Esa idea de la existencia de un órgano separado de la legislatura que pudiera sancionar una ley fundamental que quedaba fuera del alcance del Poder Legislativo fue otra innovación radical que trajo la Revolución norteamericana (p. 309).

Las convenciones constituyentes se convirtieron así en un órgano extraordinario que pasó a considerarse como distinto y superior a la legislatura. Las convenciones, además, se volvieron instituciones permanentes del sistema político norteamericano (Wood, 1969, pp. 318-319). Y así es que, gradualmente, se llega a la convicción de que las convenciones son los únicos órganos a los que les corresponde sancionar constituciones y que las legislaturas son órganos subordinados, apropiados solamente para sancionar leyes que estén en conformidad con esa constitución (p. 338).

11 “Art. LXIII. No alteration shall be made in this constitution without petitions from a majority of the counties, and the petitions from each county to be signed by a majority of voters in each county within this State; at which time the assembly shall order a convention to be called for that purpose, specifying the alterations to be made, according to the petitions preferred to the assembly by the majority of the counties as aforesaid” (Perley Poore, 1877, p. 383).

Esa novedad se impuso en algunos estados y su impacto quedó reflejado en un debate en la Convención de Filadelfia. En la sesión del 23 de julio de 1787 se discutió la forma de ratificación de la Constitución federal. Allí quedó claro que la postura dominante era que las legislaturas ya no tenían poder para revisar las constituciones. Oliver Ellsworth propuso que la Constitución fuera enviada a las legislaturas estatales para su revisión y ratificación. Esa propuesta fue rechazada por George Mason, quien sostuvo que “las legislaturas no tienen poder para ratificarla. Son meras creaturas de las constituciones estatales y no pueden ser más grandes que sus creadoras” (Farrand, 1937, Tomo II, p. 88). Entonces, si ya no es a las legislaturas, ¿a quién le corresponde el poder de ratificar la Constitución? Según Mason, al pueblo, que es “en quien reside todo el poder que no ha sido renunciado en la Constitución derivada de ellos” (Farrand, 1937, Tomo II, p. 88). Sin embargo, Ellsworth rechaza la propuesta y observa, de forma crítica, que “un nuevo conjunto de ideas se ha ido arrastrando desde la sanción de los Artículos de Confederación. No se pensaba entonces en Convenciones del pueblo, o con poderes derivados expresamente del pueblo. Las legislaturas eran consideradas como competentes” (Farrand, 1937, Tomo II, p. 91). En respuesta a esos planteos, Madison los rechaza y sostiene que “sería una doctrina nueva y peligrosa que una Legislatura pudiera cambiar la constitución a la cual debía su existencia. [...] necesariamente se debe obtener una ratificación por parte del pueblo” (Farrand, 1937, Tomo II, pp. 92-93).

El contrapunto entre Ellsworth y Madison muestra que, a partir de la Revolución, se impuso gradualmente en los Estados Unidos la idea acerca del rol normativo y jurídicamente superior que tenía la constitución escrita sancionada y ratificada por el pueblo en convenciones especiales, cuya única función era sancionar la constitución y luego disolverse. Asimismo, que esa constitución iba a ser la vara para medir las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. Tal como explica Casto (1995), en los Estados Unidos

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

A partir de esa clara y novedosa premisa constitucional es que, diferenciándose de Gran Bretaña, la soberanía fue trasladada desde el Poder Legislativo al pueblo. La constitución, a su vez, se convierte en expresión de esa soberanía del pueblo y, por ende, limita al Poder Legislativo. Así lo explica, por ejemplo, St. George Tucker (1803), quien, como veremos más adelante, tuvo un rol destacado en la justificación del control judicial de constitucionalidad:

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

¿Qué ocurre si el legislador transgrede esos límites? El propio Tucker (1803) lo explica:

Si el Congreso intenta sancionar una ley contraria a la Constitución de los Estados Unidos, o si una legislatura estatal intenta algo similar en contra de ella o en contra de su constitución estatal, esas normas, aunque en sus formas luzcan con todo el ropaje legal, no serán ley, ni podrán derogar de forma alguna aquello que ha sido establecido por una autoridad superior, a saber, el pueblo. (p. 89, nota al pie 18)

Así es que, durante la Revolución norteamericana, se introdujo este concepto totalmente nuevo de “constitución” con sus características peculiares de: (i) ser expresión de la soberanía del pueblo a través de una convención constituyente; (ii) ser escrita; (iii) tener el carácter de norma jurídica de máxima jerarquía; (iv) ser estable en el sentido de que no puede ser modificada por el Poder Legislativo, el que, a diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña, lejos

de ser omnipotente es considerado una “creatura de la constitución”; y (v) imponerle límites precisos al Gobierno, especialmente al Poder Legislativo.¹² Esta novedad, a su vez, alteró inevitablemente la relación entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.¹³

Ese reconocimiento de un nuevo tipo de constitución, con sus características de ser escrita y ser la norma de máxima jerarquía (*higher law*) en el ordenamiento jurídico, implicó una enorme transformación en la lógica constitucional de la época. Esa innovación fue la que les permitió a los abogados argumentar ante los jueces de los diversos estados su utilización para resolver casos concretos y, de esta forma, ayudar a establecer, diseminar y normalizar el control judicial de constitucionalidad entre las décadas de 1780 y 1790 (Steinfeld, 2021, pp. 4-5).

A su vez, ese concepto nuevo y original de “constitución” como expresión de la soberanía del pueblo, sumado a los límites que tenía el Poder Legislativo,

12 Esas novedades institucionales fueron directamente ignoradas por James Bradley Thayer (1893, p. 129) en su famoso artículo sobre los orígenes y alcances del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. En el que, tal vez, sea uno de los trabajos académicos más influyentes en la historia norteamericana, Thayer (1893) se centra solamente en el carácter escrito de la Constitución para analizar si de ahí se deriva o no la *judicial review*, y concluye que no: “Resulta insuficiente fundamentar esta notable facultad [de la *judicial review*] en el mero hecho de que una constitución sea escrita o en que los jueces hayan jurado defenderla. Ni la forma escrita ni el juramento de los jueces implica necesariamente el derecho de revocar o rechazar un acto emanado del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo que estos poderes están autorizados a emitir conforme a la Constitución, ni la afirmación por parte de estos poderes de que están autorizados para así obrar. Para confirmar esta aserción, basta con referirse al hecho de que otros países, como Francia, Alemania y Suiza, tienen constituciones escritas y esta facultad no se reconoce en ellas” (p. 130). Este peculiar análisis del derecho comparado es otro aspecto problemático y poco analizado del artículo de Thayer. El error en el que incurre ya desde el inicio de su argumentación es evidente, ya que pretende asimilar a los Estados Unidos con países europeos como Francia, Alemania y Suiza por el solo hecho de que todos tenían constituciones escritas. En ese análisis, se olvida de la enorme diferencia que había, precisamente, en relación con el valor de la Constitución como norma jurídica en uno y otro lado del Atlántico, así como la idea de límite jurídico concreto que esta tenía sobre todos los poderes, especialmente el Legislativo. Varios países europeos descubren el carácter de norma jurídica fundamental de la Constitución y su carácter de límite (y no de orientación o programa) recién muchos años después, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial. Aunque suele pasar desapercibido, este error evidente de Thayer oscurece, en parte, el desarrollo posterior del análisis que hace en su influyente artículo.

13 “The transition from British, Lockean, Whig constitutional theory, locating sovereignty in the legislature, to American constitutional theory, locating sovereignty in the people, impelled a shift in the relations between legislative and judicial power. The central implication for the courts was that they could no longer hide behind legislative authority; the legislature was no longer sovereign and could neither immunize nor coerce the judges, except as authorized by the people themselves. The judiciary now had to ensure its own authority to act—protect its own «rights»—by reference to the people’s constitutions. It had to intervene, as necessary, to protect the people’s rights against legislative overreaching, lest it act illegally itself. And there was nothing in such a theory to suggest deference to the legislature, a doubtful case rule” (Leonard, 2006, p. 881).

se combinó con el *judicial duty* anglosajón: el deber que tenían los jueces bajo el *common law* de decidir los casos y controversias correspondientes a su jurisdicción de acuerdo con el derecho vigente.¹⁴ Ese rol de los jueces fue reforzado luego con otra novedad que los revolucionarios norteamericanos introdujeron al considerar el principio de la separación de los poderes.

2.1.4. La separación de poderes

En la separación de poderes se puede advertir también otra de las claras novedades institucionales que se introducen gradualmente en los Estados Unidos, primero en las constituciones locales y luego en la Constitución federal. El que mejor explica esas ideas en este punto es, sin lugar a dudas, James Madison. Si bien esas novedades no están pensadas estrictamente como una justificación concreta para el control judicial de constitucionalidad, la peculiar concepción de la separación de poderes defendida por Madison y adoptada por la Constitución de 1787 aportaría un elemento más para racionalizar y justificar la *judicial review*.

La *judicial review* encaja perfectamente en la noción madisoniana de la “separación de poderes”, como parte de los frenos y contrapesos entre los distintos poderes. Esta diferente concepción de un principio expuesto previamente por otros autores, especialmente Montesquieu, es la que explica la interpretación de la separación de poderes en los Estados Unidos y la creación de todos los frenos y contrapesos entre los distintos poderes. En similar sentido, explica también la introducción del federalismo y la vigencia de la Constitución como norma jurídica inmediatamente invocable por los particulares en juicio, así como su necesaria consecuencia: el control judicial de constitucionalidad.

Madison comprendió que no era suficiente con establecer facultades limitadas de los poderes públicos a través de una Constitución escrita. Era necesario también crear incentivos para que cada poder se opusiera a las usurpaciones de los otros órganos de gobierno. Es decir que resultaba imprescindible establecer un sistema de controles recíprocos, de manera tal que cada poder de gobierno necesitara el concurso de los otros para poder llevar adelante su tarea. Madison defendió un sistema en el que se establecía una división parcial de funciones, a través de la cual cada poder de gobierno compartía atribuciones que eran, en sentido estricto, ajenas a sus competencias esenciales. Además, el personal

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

de cada poder se mantenía estrictamente separado. Así, el Poder Ejecutivo recibía atribuciones esencialmente legislativas, como el veto. A su vez, el Poder Legislativo ejercía atribuciones ejecutivas, como el acuerdo del Senado para las designaciones de funcionarios designados por el presidente. Y ambos ejercían atribuciones judiciales, como el indulto y la amnistía. Por su parte, el Poder Judicial controlaba a los otros dos poderes. ¿De qué forma? Invalidando en cada caso concreto una acción de otro poder dictada en contradicción con el texto de la Constitución.

En *El Federalista* se explican en detalle los fundamentos de esta doctrina esencial del constitucionalismo estadounidense. En primer lugar, lo hace Madison en *El Federalista* N° 47. Allí contestó las críticas de aquellos que se oponían a la ratificación de la Constitución federal y que planteaban que la Constitución violaba la máxima de la separación de poderes a través de una lectura errónea de Montesquieu (Madison, “The Federalist N° 47”, Hamilton et al., 1818, pp. 301 y ss.). En segundo lugar, en *El Federalista* N° 48 explicó que el principio de separación de poderes “no requiere que los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial deban estar totalmente desconectados entre sí” (Madison, “The Federalist N° 48”, Hamilton et al., 1818, pp. 309-310). En opinión de Madison, “salvo que esos departamentos estén tan conectados y mezclados como para dar a cada uno de ellos un control constitucional sobre los otros, el grado de separación que el principio requiere como esencial para un gobierno libre, no podrá ser nunca debidamente mantenido en la práctica” (Madison, “The Federalist N° 48”, Hamilton et al., 1818, p. 310).

Madison advierte que

luego de discriminar, para ello, en teoría, las diferentes clases de poder que sean en su naturaleza legislativos, ejecutivos o judiciales, la siguiente y más difícil tarea es establecer alguna garantía práctica a favor de cada uno, contra la invasión de los otros. Determinar cuál habrá de ser esa garantía es el gran problema a ser resuelto. (Madison, “The Federalist N° 48”, Hamilton et al., 1818, p. 310)

Para Madison no es suficiente establecer con precisión los límites de los departamentos de gobierno en la Constitución escrita ni confiar en que esos límites actuarán por sí solos como barrera a los avances y eventuales desbordes del poder. La experiencia demuestra que esos límites son ineficaces para detener esos avances y que es necesario encontrar un mecanismo más efectivo, especialmente contra las usurpaciones del Legislativo que en todas partes intenta extender y absorber el poder de los demás (Madison, “The Federalist N° 48”,

Hamilton et al., 1818, pp. 310-311). Por ello es que debe “diseñarse la estructura interna del gobierno, de tal manera que sus diferentes partes constitutivas, por sus relaciones mutuas, sean el medio de mantener a las otras en su lugar adecuado” (Madison, “The Federalist N° 51”, Hamilton et al., 1818, p. 323).

Esta concepción madisoniana es la que complementó la separación de poderes de Montesquieu con los célebres *checks and balances*, característicos del constitucionalismo estadounidense. A ello se sumó la exposición hamiltoniana de la función judicial expuesta magistralmente en *El Federalista* N° 78. Allí se advierte, nuevamente, acerca de la posibilidad de desbordes del Poder Legislativo. Para Hamilton, esto justifica, en primer lugar, la designación de jueces con carácter permanente, es decir, mientras dure su buena conducta (Hamilton, “The Federalist N° 78”, Hamilton et al., 1818, p. 483). Además, Hamilton observa que el Poder Judicial no tiene forma de interferir en la separación de poderes que se pretende establecer siguiendo, en teoría, a Montesquieu, que vuelve a ser citado. Esto es así debido a que el Judicial es el más débil de los tres poderes (p. 484). Por el contrario, la defensa de la independencia del Poder Judicial resulta necesaria para el adecuado control de los otros poderes, especialmente del Legislativo. Hamilton destaca que esa independencia es indispensable para garantizar el respeto a una constitución limitada, es decir, una constitución que establezca ciertas prohibiciones y límites a los demás órganos de gobierno (pp. 484-485). Apartándose de Montesquieu en este punto, concluye que la única forma de asegurarse el respeto a esos límites impuestos por la Constitución es a través de los tribunales de justicia “cuyo deber tiene que ser anular las leyes contrarias al tenor manifiesto de la Constitución” (p. 485).

Así es que, en la teoría expuesta por Madison y Hamilton en *El Federalista*, el control judicial de constitucionalidad pasaría a ser uno de los frenos y contrapesos del sistema constitucional adoptado en la Constitución de Filadelfia en 1787.

2.1.5. La función judicial

Desde esta doble perspectiva, primero a nivel local y luego a nivel federal, la aplicación de la constitución como norma de máxima jerarquía del orden jurídico pasó a ser un aspecto más del deber general que tenían que cumplir los jueces a la hora de decidir casos y controversias concretos. A su vez, la invalidación de normas dictadas por los otros poderes cuando se apartaran de la Constitución se convirtió en parte del ejercicio práctico del principio de la separación de los

poderes. Así, la combinación de ambas novedades institucionales, sumado al ejercicio de la tradicional función judicial del mundo anglosajón, derivó en el rol ordinario y habitual para todos los jueces que se encontraran frente a una ley que contradijera la constitución –sea local o federal– de dejar de aplicarlas en el caso concreto debido a su inconstitucionalidad (Althouse, 2010, p. 1123). Por eso es que, tal como explica Schwartz (1963), al momento de sancionar la Constitución de Filadelfia en 1787 no hubo necesidad de mencionar específicamente ese rol de los jueces. El motivo es sencillo: el control judicial de constitucionalidad ya era considerado y aceptado por la tradición jurídica de la época en los Estados Unidos como una parte esencial del derecho vigente.¹⁵ De hecho, se lo consideraba incluido dentro de las atribuciones propias de la función judicial.¹⁶ En ello tuvo mucho que ver el accionar de abogados y jueces de los tribunales estatales, especialmente en la década de 1780.

Algo similar podría decirse en relación con el principio de la separación de los poderes que, a diferencia de lo que ocurría con varias constituciones estatales que lo contemplaban expresamente,¹⁷ no fue mencionado como tal en la Constitución federal a pesar de haber sido enfáticamente defendido por Madison. Sin embargo, resulta indiscutible que ese principio se encuentra reflejado en la propia organización de los distintos órganos del gobierno federal. Es exactamente lo mismo que pasó con la función judicial: no hacía falta explicar en qué consistía. Todos sabían que esa función judicial, que la Constitución atribuye específicamente a los jueces federales en el texto del Artículo III de la Constitución de Estados Unidos, consistía en el deber de los jueces de resolver causas y controversias aplicando el derecho vigente. Esa concepción de la función judicial llevaba ya siglos de aplicación en el mundo anglosajón (Ham-burger, 2008, pp. 101 y ss.). La gran diferencia en este caso es que ese derecho

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

16 Así lo confirma también Farrand: “Not a word in all this of that great power exercised by the federal courts to declare laws null and void if they are in contravention to the constitution. This power has been the subject of much dispute, and many have looked in vain in the proceedings of the convention for the authority to exercise any such power. The difficulty is easily solved. The question did not come up in connection with the discussion of the jurisdiction of the federal courts. At different times in the sessions of the convention, however, it was proposed to associate the federal judges with the executive in a council of revision or in the exercise of the veto power. At those times it was asserted over and over again, and by such men as Wilson, Madison, Gouverneur Morris, King, Gerry, Mason and Luther Martin that the federal judiciary would declare null and void laws that were inconsistent with the constitution. In other words, it was generally assumed by the leading men in the convention that this power existed” (Farrand, 1913, pp. 156-157).

17 Ver, por ejemplo, la Sección 1ª de la Constitución de Virginia de 1776, el artículo XXX de la Constitución de Massachussets de 1780 y la Sección XXXVII de la Constitución de New Hampshire de 1784.

vigente, como no podía ser de otra forma, incluía a la Constitución como norma de máxima jerarquía. Esto, además de ser obvio, obligaba lógicamente a los jueces a la hora de “decir el derecho”, es decir, de ejercer la jurisdicción, a dejar de lado las normas sancionadas por los otros dos poderes que contradijeran la ley fundamental. Esas normas se tenían como no escritas para resolver el caso. Así lo habían hecho ya los jueces estatales en numerosas ocasiones, algunas de las cuales expondré seguidamente.¹⁸

2.2. Los primeros precedentes de la *judicial review* en los Estados Unidos

2.2.1. *Holmes & Ketcham v. Walton* (1780)

La primera declaración de inconstitucionalidad de una ley en los Estados Unidos parece haber sido dispuesta por la Suprema Corte de Nueva Jersey en 1780.¹⁹ Si bien uno de los críticos más feroces de la *judicial review* puso en duda el alcance de este caso en 1929 (Boudin, 1929, p. 173), lo cierto es que la evidencia recolectada en estudios posteriores, especialmente los de Moore en 1990 (p. 41), Hamburger en 2007 (pp. 407-422) y la compilación efectuada por Paul Axel-Lute en 2009 –que transcribe todas las actuaciones del caso, incluidos los escritos presentados por los abogados–, demuestran que, efectivamente, la Suprema Corte del estado de Nueva Jersey dejó de aplicar una ley estatal de 1780 debido a que contradecía la Constitución de 1776. Y lo hizo en medio de la guerra revolucionaria.

El 8 de octubre de 1778, la legislatura de Nueva Jersey sancionó una ley para prevenir el intercambio de bienes entre los ciudadanos del nuevo estado y las tropas inglesas asentadas en la vecina ciudad de Nueva York.²⁰ Ese inter-

18 Para Treanor (2005, p. 458), uno de los principales estudiosos de la materia, fueron por lo menos 38 casos y no los escasos 6 o 7 que la doctrina solía citar. En realidad, podría haber aún más casos. En un estudio posterior, Gerber (2011) demuestra la existencia de numerosos precedentes a nivel estadual. Algunos son anteriores a la declaración de independencia de 1776. Así ocurre, por ejemplo, en Carolina del Sur. Gerber cita, entre otros, el caso *Dymes v. Ness* de 1724, en el que la Corte General de “Charles Town”, el tribunal más alto en ese momento, se negó a aplicar una ley que les permitía a personas que alegaban vivir fuera de la jurisdicción de un tribunal que los consideraba sujetos a su órbita el poder cuestionar ese criterio judicial sin seguir un procedimiento técnico específico. La Asamblea legislativa criticó la decisión del tribunal y afirmó que violaba la ley. El tribunal, a su vez, respondió que tenía el poder de anular legislación que contradijera el derecho inglés o las instrucciones reales (Gerber, 2011, pp. 222 y ss.).

19 Cfr. Hamburger (2008, p. 407).

20 La ley en cuestión se denominaba “An Act to prevent the Subjects of this State from going into, or coming out of, the Enemy’s Lines, without Permissions or Passports, and for other Purposes therein mentioned” (Wilson, 1784, Appendix, p. 8).

cambio era considerado altamente peligroso para la seguridad pública. Entre otras cosas, la ley le permitía a cualquier persona poder confiscar provisiones, bienes y mercaderías que se intentaran trasladar a o desde territorios vecinos con campamentos o en posesión de las fuerzas británicas. Tanto los bienes como las personas involucradas debían ser llevados ante un juez de paz en el condado respectivo.²¹ La ley requería que, a pedido de cualquiera de las partes, el conflicto se decidiera en una única instancia ante los jueces de paz y por un jurado de seis miembros de acuerdo con una ley sancionada en 1775, anterior a la Revolución.²² En caso de prevalecer en el juicio, el denunciante podía quedarse con lo producido de la venta de los bienes confiscados.²³

La cuestión constitucional se generó debido a que, tradicionalmente, la jurisdicción de los jueces de paz en el marco del *common law* inglés se limitaba a reclamos de menor cuantía. La ley estatal de 1778, en cambio, no distinguía valor alguno para la aplicación del mecanismo de resolución de conflictos ante los jueces de paz. En Inglaterra, desde el año 997, cualquier reclamo patrimonial por encima de los 40 chelines salía de la jurisdicción de los jueces de paz y

-
- 21 “That it shall and may be lawful to and for any Detachment or Guard of the regular Forces of the United States, or of the Militia of this State, and to and for any Person or Persons whomsoever, to seize and secure any Provisions, Goods, Wares or Merchandize, attempted to be carried or conveyed into, or brought from within the Lines of Encampments, or any Place in the Possession of the Subjects or Troops of the King of Great-Britain, otherwise than is herein allowed, together with the Boats, Carriages, Teams or Horses so carrying or conveying the same, and also the Person or Persons in whole Possession they may be, and him, her or them to take before any Justice of the Peace of the County wherein he, she or they may be apprehended; which Justice is hereby directed and required to hear the Allegations and Defences of the Parties, with the Evidence produced in Support thereof, and to give Judgment accordingly; and if Judgment shall go against Defendant or Defendants, the Goods or Effects so as aforesaid found in his, her or their Possession, shall be forfeited to and for the Use of the Person or Persons who seized the same; but if Judgment shall go against Plaintiff, the said Goods or Effects shall be restored to the Owner, or Person from whom they were taken, and the Costs shall be paid by the Plaintiff” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 6, Wilson, 1784, Appendix, pp. 10-11).
- 22 “Provided always, that it shall and may be lawful for either of the Parties to the Trial to demand a Jury; and upon such Demand the said Justice is hereby required to grant the same, and to proceed in all other Respects as in the like Case in the Act, intituled An Act to erect and establish Courts in Several Counties in this Colony for the Trial of Small Causes, and to repeal the former Act for that Purpose, passed the eleventh Day of February, One Thousand Seven Hundred and Seventy-five, is directed; and on the Verdict of the Jury being taken, shall give Judgment agreeably thereto” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 6, Wilson, 1784, Appendix, p. 11).
- 23 “And be it further enacted by the Authority aforesaid, that all Good and Effects so seized and forfeited, shall be disposed of at publick sale, and after deducting the Costs in every Instance, the Residue shall be divided among the Persons so seizing the same, in Proportion to their Pay, if on military Duty, and if not, then to each an equal Share” (“An Act to prevent the Subjects...”, Sección 7, Wilson, 1784, Appendix, p. 11).

debía ser normalmente resuelto por un jurado de doce miembros y ante un tribunal civil. Luego de la Revolución, muchos estados mantuvieron ese derecho a ser juzgado en un juicio ante doce jurados por considerarlo como sagrado o, como en el caso de la sección 22 de la Constitución de Nueva Jersey de 1776, “inestimable” e “inderogable”.²⁴ El problema para muchos estados, incluyendo Nueva Jersey, era ajustar ese derecho a la inflación que se produjo por los desbarajustes económicos derivados de llevar adelante la guerra revolucionaria (Hamburger, 2008, p. 410). Como veremos más adelante, este inconveniente se replicaría en otros estados, incluyendo New Hampshire, y daría lugar a otros problemas similares de indole constitucional.

¿Cómo se originó el conflicto constitucional en este caso? Elisha Walton, integrante de una milicia de Nueva Jersey, había confiscado una importante cantidad de mercaderías de propiedad de los comerciantes John Holmes y Solomon Ketcham. Walton los acusó de haber conseguido esas mercaderías por medio de transacciones con los enemigos británicos (Scott, 1899, p. 457). Esa era la segunda vez que Walton intentaba una maniobra similar contra Holmes y Ketcham. El valor de los bienes confiscados en esa segunda oportunidad era muy importante para la época: superaba las 29 mil libras esterlinas (Hamburger, 2008, p. 412).

Walton detuvo a los supuestos contrabandistas en su propia casa y logró llevar el reclamo ante un juez de paz del condado de Monmouth en apenas 48 horas. El 24 de mayo de 1779, a través de un rápido juicio llevado ante un jurado de solo seis miembros, ese juez de paz le dio la razón. Según se denunciaría después en el recurso de apelación, Walton les había suministrado grandes cantidades de alcohol a los miembros del jurado antes de que dieran su veredicto.²⁵

Holmes y Ketcham recurrieron a los servicios de William Willcocks, un brillante abogado y experto litigante egresado de la Universidad de Princeton, que se había visto forzado a mudarse desde Nueva York a Nueva Jersey debido a la guerra.²⁶ Willcocks se encargó del proceso de apelación de la sentencia del juez

24 “XXII. That the common law of England, as well as so much of the statute law, as have been heretofore practiced in this Colony, shall still remain in force, until they shall be altered by a future law of the Legislature; such parts only excepted, as are repugnant to the rights and privileges contained in this Charter; and that the inestimable right of trial by jury shall remain confirmed as a part of the law of this Colony, without repeal, forever” (Perley Poore, 1878, p. 1313).

25 En el punto 6 del escrito “Reasons & C.”, presentado como parte de la apelación, se lee: “6. Because the said Elisha Walton did at his own expence, and without the Consent of the said John [Holmes] and Solomon [Ketcham] treat with strong Liquor the Jury sworn to try this cause after they were impannelled and appeared, and before they gave their verdict in the said cause” (Axel-Lute, 2009).

26 Terminada la guerra, Willcocks volvió a Nueva York. Allí tuvo oportunidad de intervenir, enfrentando a Alexander Hamilton, en otro caso resonante que involucró el control judicial de constitu-

de paz y lo primero que hizo fue conseguir una medida cautelar para impedir que Walton obtuviera dinero alguno por la venta de las mercaderías confiscadas (Hamburger, 2008, p. 413).

Luego de apelada la sentencia del juez de paz, el 11 de noviembre de 1779, en defensa de los comerciantes cuyos bienes habían sido confiscados, Willcocks presentó sus argumentos a la Suprema Corte estatal (Scott, 1899, p. 457). Entre las razones que expuso para que se revocara la decisión del jurado de seis miembros ante el juez de paz, Willcocks planteó expresamente que la sentencia apelada era contraria a la Constitución de Nueva Jersey, que reconocía el derecho a ser juzgado a través de un juicio por un jurado de doce miembros.²⁷ Tal como expliqué, la sección XXII de la Constitución estatal de 1776 reconocía expresamente el “inestimable” derecho al juicio por jurados para siempre, en las mismas condiciones que en Inglaterra. Allí regía la regla que exigía los juicios por jurados de doce miembros para reclamos superiores a los 40 chelines, es decir, a partir de una cifra notoriamente inferior al valor de los bienes confiscados en este caso.

La Suprema Corte de Nueva Jersey no resolvió el planteo de inmediato, sino que se tomó casi un año para decidir (Hamburger, 2008, p. 416). Durante ese lapso, le propuso a la legislatura estatal que se modificara el régimen cuestionado por Willcocks.²⁸ Aunque no se conservan registros de los argumentos expuestos en forma oral por los abogados de las partes en las audiencias ni del contenido de las opiniones de los jueces,²⁹ lo cierto es que sí consta en las minutas del tribunal que, el 7 de septiembre de 1780, la Suprema Corte de Nueva Jersey revocó la sentencia del juez de paz y ordenó la devolución de todos los bienes confiscados.³⁰

cionalidad: *Rutgers v. Waddington* decidido en 1784 (cfr. Hamburger, 2008, p. 413, nota al pie 37).

27 En el escrito “Additional reasons why the Judgment of the Justice given in this Cause or plaint should be reversed &”, presentado por Willcocks en noviembre de 1779, se lee: “For that the Jury who tried the said plaint before the said Justice consisted of six men only contrary to law. For that the Jury who tried the said plaint before the said Justice consisted of six men only contrary to the constitution of New Jersey. For that the proceedings and trial in the said plaint in the Court below and the Judgment thereon given were had and given contrary to the Constitution, Practices and Laws of the Land” (Axel-Lute, 2009).

28 Al respecto, ver Steinfeld (2021, pp. 161-169).

29 A esa fecha, las sentencias no se publicaban. Hoy damos por sentado que todas las sentencias se publican, sin embargo, tanto a nivel estatal como a nivel federal, los tribunales tardarían varios años en publicar regularmente sus sentencias.

30 En la minuta de la Suprema Corte de Nueva Jersey en la que se da cuenta de la resolución del caso se lee: “This Cause having been argued several Terms past and the Court having taken Time to consider of the same and being now ready to deliver their Opinions gave the same for the plaintiffs in certiorari seriatim. And on Motion of Boudinot for the sd Ptfes Judgment is order’d for the Plffs and

A las pocas semanas, sesenta habitantes del condado de Monmouth presentaron una queja formal ante la legislatura estatal en la que denunciaban que los jueces de la Suprema Corte de Nueva Jersey “habían invalidado alguna de las leyes debido a su inconstitucionalidad y hecho nulo el procedimiento de los magistrados, a pesar de estar estrictamente de acuerdo con esas leyes” (Scott, 1899, p. 459).

El 22 de diciembre de 1780, la legislatura estatal sancionó una nueva ley por considerar que las leyes anteriores, la de 1778 y sus reformas, eran “insuficientes”.³¹ La sección 13 de esta nueva ley estableció que las disputas que se generaran por el régimen de confiscación de bienes serían decididas por un jurado de doce miembros conforme lo previsto en la Constitución estatal, tal como había reclamado Willcocks en defensa de sus clientes.³²

A pesar de haber perdido el juicio, Walton no se quedó de brazos cruzados e inició un nuevo reclamo contra Holmes y Ketcham al año siguiente. Willcocks planteó de forma inmediata que, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 7 de septiembre de 1780, no había ley que autorizara el juicio, ya que la nueva ley de diciembre de 1780 no contenía una cláusula que ordenara su aplicación retroactiva.³³ Sin embargo, esta vez los esfuerzos de Willcocks fueron en vano: el 23 de julio de 1781, en un nuevo juicio ante un juez de paz y con un jurado de doce miembros, Holmes y Ketcham serían nuevamente condenados.³⁴ Apelada la decisión, el 5 de abril de 1783, la Suprema Corte estatal terminó confirmando la condena.³⁵

La decisión de la Suprema Corte de Nueva Jersey de 1780 no pasó desapercibida. Un par de años después, en 1785, en una publicación dirigida a la

that the Judgment of the Justice in the Court below be revers'd and the said Plaintiffs be restored to all Things” (Axel-Lute, 2009).

31 “An Act more effectually to prevent the Inhabitants of this State from trading with the Enemy, or going within their Lines, and for other Purposes therein mentioned” (Wilson, 1784 p. 16).

32 “An Act more effectually...”, Wilson, 1784, p. 18.

33 “That the Present Cause being commenced and undetermined at the time of the late law authorizing a trial by twelve men[,] it is not comprehended by the said Law[,] it not having in it any retrospective clause –and as trial by six men is unconstitutional, there is no law existing by which this cause could be tried” (Axel-Lute, 2009).

34 Ver minuta de la sentencia del juez de paz de condado Monmouth en Axel-Lute (2009).

35 “On Cert. to John Anderson Esq. of Monmouth, the Court having heard the State of Facts taken in this Cause and the Reasons in Error assigned, [read] and the Arguments of Counsel thereon, and duly considered the same, do order, on motion of Mr. Bloomfield Attorney for Defendant that the Judgment given by the said John Anderson Esq be in all Things confirmed with Costs” (Axel-Lute, 2009).

Asamblea de Pensilvania en la que criticaba un proyecto para abolir el Bank of North America, Gouverneur Morris, futuro convencional constituyente en Filadelfia, fulminó la omnipotencia legislativa y se refirió a la declaración de inconstitucionalidad de los jueces de Nueva Jersey. En la llamada “Address to the Assembly of Pennsylvania, On the Abolition of the Bank of North America”, Morris sostuvo que:

La alardeada omnipotencia de la autoridad legislativa no es más que un juego de palabras. En el sentido literal es impía. Y sea cual sea la interpretación que puedan darle los abogados, los hombres libres deben sentirla absurda e inconstitucional. Absurda, porque las leyes no pueden alterar la naturaleza de las cosas; inconstitucional, porque la Constitución dejaría de existir si puede ser cambiada por la Legislatura. Una vez se aprobó una ley en Nueva Jersey, que los jueces declararon inconstitucional y, por lo tanto, nula. Seguramente ningún buen ciudadano puede desear que este punto se decida en los tribunales de Pensilvania. Tal poder en los jueces es peligroso; pero a menos que exista en alguna parte, el tiempo empleado en redactar una declaración de derechos y una forma de gobierno se habría simplemente desperdiciado. (Sparks, 1832, p. 438)³⁶

Haines (1914, p. 80) sostiene que los jueces de la Suprema Corte de Nueva Jersey fueron pioneros en ejercer el control judicial sobre la legislación. Steinfeld (2021, pp. 17-174), en cambio, sostiene que se trata de un caso de transición en el que todavía el accionar de los tribunales en el ejercicio del control judicial de constitucionalidad aparece como rudimentario. Como sea, lo que no deja de llamar la atención es la postura adoptada por el abogado de los demandados. En efecto, fue a instancias de William Willcocks que, en medio de la guerra revolucionaria, se dejaron sin efecto las leyes que restringían el derecho constitucional que sus clientes tenían a ser juzgados mediante un jurado de doce ciudadanos. Ello, pese a que las acciones por las que sus clientes fueron perseguidos eran consideradas directamente como traición, incluso sujetas a pena de muerte en otros estados. Su planteo de inconstitucionalidad obligó a los jueces a dejar sin efecto una condena que se basaba en leyes vigentes y a que

36 “[T]he boasted omnipotence of legislative authority is but a jingle of words. In the literal meaning it is impious. And whatever interpretation lawyers may give, freemen must feel it to be absurd and unconstitutional. Absurd, because laws cannot alter the nature of things; unconstitutional, because the Constitution is no more, if it can be changed by the Legislature. A law was once passed in New Jersey, which the judges pronounced to be unconstitutional, and therefore void. Surely no good citizen can wish to see this point decided in the tribunals of Pennsylvania. Such power in judges is dangerous; but unless it somewhere exists, the time employed in framing a bill of rights and form of government was merely thrown away”.

la legislatura estatal se viera obligada a modificar el régimen legal para ajustarlo a la Constitución.

Como explico en el caso siguiente, una situación similar generó un conflicto constitucional que los jueces fueron llamados a resolver en medio de un escándalo público en el estado de Virginia. En ese marco es que aparecería la primera defensa escrita y extensa sobre el control judicial de constitucionalidad. Esa defensa, que se publica por primera vez en castellano en este trabajo, es una muestra clara y concreta de la amalgama de ideas, viejas y nuevas, que expuse y que fue la que dio origen al control judicial de constitucionalidad.

2.2.2. *Commonwealth v. Caton (1782)*

La Corte de Apelaciones de Virginia decidió en 1782 el conocido caso *Commonwealth v. Caton*.³⁷ En el llamado *Caso de los Prisioneros*,³⁸ se cuestionó la validez de una ley estatal en el marco de tres condenas a muerte por el delito de traición contra ciudadanos del estado de Virginia que habían colaborado con las tropas británicas durante la guerra revolucionaria. Las condenas a muerte habían sido dictadas por la Corte General de Virginia el 15 de junio de 1782 en contra de John Caton, James Lamb y Joshua Hopkins.

La ley cuestionada para impedir la ejecución de esas condenas a muerte era la llamada Treason Act de 1776.³⁹ El artículo 3 de la ley disponía que las condenas por el delito de traición solo podían perdonarse con el consentimiento de ambas cámaras de la legislatura estatal.⁴⁰ El 18 de junio de 1782, Caton, Lamb y Hopkins recibieron el perdón de la Cámara de Delegados, a condición de que los tres fueran desterrados. El Senado, en cambio, votó en contra y rechazó inmediatamente el pedido de perdón (Treanor, 1994, p. 501). Aunque el texto de la escueta Constitución estatal de 1776 no era claro en este punto, parecía haber delegado el poder de perdonar solamente a la Cámara de Delegados.⁴¹

37 8 Va. (4 Call.) 5 (1782).

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

39 “An act declaring what shall be treason” (1776) (Hening, 1821, p. 168).

40 “And it is farther enacted, by the authority aforesaid, That the governour, or in case of his death, inability, or necessary absence, the counsellor who acts as president, shall in no wise have or exercise a right of granting pardon to any person or persons convicted in manner aforesaid, but may suspend the execution until the meeting of the general assembly, who shall determine whether such person or persons are proper objects of mercy or not, and order accordingly” (Hening, 1821, p. 168).

41 La Constitución de Virginia, sancionada el 29 de junio de 1776, en la parte referida al gobernador

El día de la ejecución, los condenados intentaron una maniobra desesperada: convencer al *sheriff* de Richmond de que el perdón otorgado por la Cámara de Delegados estatal era suficiente desde el punto de vista constitucional. Para ello, omitieron toda referencia al rechazo del Senado. Ante la duda, el *sheriff* suspendió la ejecución de los prisioneros a la espera de instrucciones concretas de parte de la Corte General de Virginia (Treanor, 1994, p. 501).

El 18 de julio de 1782, el entonces *Attorney General* del estado de Virginia, Edmund Randolph, le envió una carta a James Madison, futuro “padre” de la Constitución de los Estados Unidos, en la que le advertía que “es probable que un reciente incidente ponga a prueba la fortaleza de nuestro poder judicial que será llamado a decir si una ley contraria a la constitución es obligatoria”.⁴²

Randolph se presentó ante la Corte General de Virginia para que confirmara la condena a muerte y emitiera una nueva orden para hacer efectivas las ejecuciones previamente dispuestas. Si bien reconocería que toda ley contraria a la Constitución podía ser declarada inválida por los jueces (Treanor, 1994, p. 512),⁴³ Randolph planteó que la Treason Act era compatible con la Constitución estatal. Uno de sus principales argumentos fue que la ley cuestionada y la constitución estatal se podían “reconciliar” a través de la interpretación y que lo que la Constitución exigía era que no se excluyera a la Cámara de Delegados en decisiones relacionadas con el otorgamiento de un perdón.⁴⁴ Andrew Roland, el abogado de Caton, Lamb y Hopkins, en cambio, se opuso argumentando que, bajo el texto de la Constitución de Virginia de 1776, el perdón emitido por la Cámara de Delegados era válido y suficiente. Además, entre otros argumentos, planteó expresamente que la Treason Act era contraria a la letra de la Constitución estatal y, por ende, nula.⁴⁵

del estado establecía que: “But he shall, with the advice of the Council of State, have the power of granting reprieves or pardons, except where the prosecution shall have been carried on by the House of Delegates, or the law shall otherwise particularly direct; in which cases, no reprieve or pardon shall be granted, but by resolve of the House of Delegates” (Perley Poore, 1878, p. 502).

42 Carta de Edmund Randolph a James Madison, 18 de julio de 1782, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence (1723-1859), https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0642_0643/?sp=1 (última visita, 10/10/2022).

43 Ver, sin embargo, Steinfeld (2021, p. 187).

44 Para un análisis detallado de los argumentos de Randolph, ver Steinfeld, (2021, pp. 184-190).

45 “For the prisoners, it was contended, that the language of the constitution embraced both sets of cases [...] and, in both, that the direction was express that the power of pardoning belonged to the house of delegates. That the words of the constitution, and not conjectures drawn from the supposed meaning the framers of it, should give the rule. That the act of the assembly was contrary to the plain declaration of the constitution; and therefore void” (8 Va. (4 Call.), p. 7). Para ampliar el

Los jueces de la Corte General dudaban de si correspondía fallar en favor de los prisioneros. De hecho, el 26 de octubre de 1782, el propio Randolph le envió otra carta a James Madison en la que le dijo que: “Estoy firmemente persuadido que, de haber tenido que decidir el caso, la Corte General hubiera dispuesto la nulidad de la ley debido a que era contraria a la Constitución”.⁴⁶ ¿Qué hizo finalmente la Corte General? Frente a las dudas de sus jueces y la repercusión pública del caso, se lo reenviaron a la Corte de Apelaciones de Virginia, que en ese momento era el máximo tribunal estatal, para que decidiera el planteo constitucional de Roland.

Los jueces de la Corte de Apelaciones, a su vez, invitaron a que los abogados del foro que tuvieran interés dieran su opinión. El 31 de octubre de 1782, St. George Tucker, un joven abogado de 30 años oriundo de la isla de Bermuda, en el Caribe,⁴⁷ se presentó e hizo una elaborada defensa escrita del control judicial de constitucionalidad de las leyes, tal vez la más antigua del período revolucionario anterior a la sanción de la Constitución de Filadelfia (Treanor, 1994, pp. 522-529).

Vale la pena detenerse en los argumentos de Tucker, que años después se convertiría en uno de los juristas más importantes de la época (a punto tal que llegó a ser llamado “el Blackstone Americano”) (Treanor, 1994, p. 521). En el Anexo 1 de este trabajo se reproducen esos argumentos completos en inglés y traducidos al castellano.⁴⁸ Quien los repase podrá comprobar que, 20 años antes de que Marshall comenzara a redactar la sentencia de *Marbury v. Madison*, Tucker anticipó prácticamente todos los razonamientos expuestos por el célebre *Chief Justice*. En efecto, en lo que sería la primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos, el joven abogado sostuvo que:

- i. Los poderes de gobierno estaban separados, especialmente el Legislativo y el Judicial.
- ii. Les corresponde exclusivamente a los jueces explicar e interpretar las leyes del estado en su aplicación a casos concretos.

punto, ver Treanor (1994, p. 519).

46 Carta de Randolph a Madison, 26 de octubre de 1782, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence (1723-1859), https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0774_0776/?sp=2 (última visita, 10/10/2022).

47 Para mayor información sobre su vida, ver Tucker (1896, pp. 789 y ss., 1999, pp. vii y ss.).

48 Este documento fue descubierto por William Michael Treanor en 1994 (p. 494), quien lo menciona, pero no lo reproduce en su totalidad.

- iii. La Constitución de Virginia, siguiendo el principio de separación de poderes de Montesquieu, impide que la legislatura interprete una ley en su aplicación a personas o casos concretos.
- iv. Dado que les corresponde a los jueces el poder de interpretar las leyes en casos concretos, se sigue que les corresponde exclusivamente a los jueces decidir acerca de la validez o nulidad de leyes diferentes que se contradicen entre sí.
- v. En Gran Bretaña se aplica la regla que dispone que la ley posterior deroga la ley anterior y que la misma regla aplica en Virginia. Sin embargo, hay una gran diferencia con el caso de una ley de la legislatura que altera o deroga la Constitución, que es el baluarte de las libertades de los ciudadanos del estado.
- vi. La Constitución no puede ser alterada por la legislatura estatal sin destruir las bases mismas del gobierno.
- vii. Cualquier ley de la legislatura estatal que contradiga o sea repugnante a la Constitución es absolutamente nula y sin efecto y, en consecuencia, los jueces no están obligados a considerarla como ley.
- viii. Si bien es cierto que los jueces juran decidir todos los casos de acuerdo con las leyes del estado, la Constitución es la primera de esas leyes a la que están obligados por ese juramento y cualquier decisión que tomen contraria a ella es una subversión del Gobierno.
- ix. No se puede trazar un paralelo entre la Constitución de Gran Bretaña y la del estado de Virginia. En Gran Bretaña, a través de una ficción legal, el Parlamento puede explicar y modificar a su voluntad una constitución que no es expresa. La Constitución del estado de Virginia, en cambio, es escrita y pública para evitar que sea malinterpretada.
- x. La función judicial es la de ser el guardián de la Constitución y esa es la piedra de toque contra la que toda ley de la legislatura debe ser juzgada. Y si cualquier ley es encontrada absoluta e irreconciliablemente contradictoria con la Constitución, no puede haber dudas de que esa ley es absolutamente nula y sin efecto.
- xi. Consecuentemente, toda ley repugnante con la Constitución es nula *ab initio*, dado que, de lo contrario, la legislatura tendría el poder de alterar, anular o derogar la Constitución.⁴⁹

49 “To W.N.”, Tucker-Coleman Papers, Legal Papers, Papers of St. George Tucker, Manuscripts Department, Earl Gregg Swem Library, College of William and Mary, Williamsburg, Virginia, Caja

Los argumentos de Tucker en su elaborada defensa del control judicial de constitucionalidad muestran cómo se conjugaron natural y lógicamente la función judicial tradicional en el mundo anglosajón con las novedades institucionales que trajo la Revolución norteamericana, que expliqué en el punto anterior. A la concepción radicalmente nueva de “constitución”, con todas sus características de ser escrita, rígida y norma superior a todo el ordenamiento jurídico, por un lado, así como a la separación de poderes, especialmente entre el Legislativo y el Judicial, y además a la concepción limitada del Poder Legislativo en relación con la constitución, por el otro, se le suma la tradicional función judicial de resolver casos y controversias aplicando el derecho vigente. La lógica del argumento es contundente y difícil de cuestionar. Tal como sostiene Steinfeld (2021), tal vez por primera vez en los Estados Unidos, Tucker armó y presentó un poderoso argumento a favor del control judicial de constitucionalidad “a partir de proposiciones relativamente indiscutibles acerca de las constituciones y la función de los jueces [...]. Ese argumento, una vez desarrollado, parecía obvio, casi auto evidente, y rápidamente transformó el paisaje constitucional” (p. 183).

El escrito que Tucker presentó como amigo del tribunal se expone completo en el Anexo 1. Creo que su importancia es más que evidente, y hasta donde he podido averiguar, nunca fue siquiera mencionado en publicaciones en castellano.

¿Cómo fue resuelto finalmente el caso? Si bien los jueces de la Corte de Apelaciones de Virginia decidieron por mayoría que la *Treason Act* era válida,⁵⁰ varios de ellos se manifestaron explícitamente en favor de la *judicial review*. A la hora de resolver el caso, el 2 de noviembre de 1782, más de 20 años antes que *Marbury v. Madison*, el juez George Wythe explicó que:

si toda la legislatura, un evento que debe ser desaprobado, intentara sobrepasar los límites prescritos por el pueblo, Yo, al administrar la justicia pública del país, asumiré los poderes unidos en mi sede en este tribunal; y, señalando a la constitución, les diré a ellos, aquí está el límite de su autoridad; y hasta aquí podrán ir, pero no más allá.⁵¹

17, Mss. 40 T79. Obtuve una copia completa del manuscrito original de Tucker a través del profesor Jerónimo Lau Alberdi, doctorando en la Universidad de Virginia. Agradezco su ayuda inestimable para poder conseguir el documento en cuestión, cuya nueva ubicación, luego de un procesamiento de esta colección de manuscritos, fue confirmada por Anne Johnson, asistente de la Special Collections en la Earl Gregg Swem Library a través de un correo electrónico en poder del autor de fecha 4 de octubre de 2022.

50 El juez James Mercer sostuvo que la *Treason Act* era inconstitucional y que, por ende, el perdón era válido (Treanor, 1994, p. 530).

51 8 Va. (4 Call.), p. 8 (voto del Chancellor George Wythe).

Además de juez, Wythe fue profesor de Derecho en el College of William and Mary entre 1779 y 1789. Allí enseñó a varios futuros abogados que defendieron luego el deber de los jueces de controlar la constitucionalidad de las leyes. Entre sus alumnos más destacados estuvieron el mencionado St. George Tucker,⁵² James Madison, Spencer Roane y el propio John Marshall.⁵³

Los famosos prisioneros tuvieron que insistir para que la legislatura estatal les perdonara sus vidas, cosa hicieron de forma conjunta el 15 de noviembre de 1782.⁵⁴ Esta vez, el 7 de diciembre de 1782, ambas cámaras acordaron otorgarles el perdón: en dos casos, con el destierro como condición,⁵⁵ y en el caso de Caton, bajo la obligación de incorporarse al ejército revolucionario junto con otros condenados hasta que terminara la guerra contra Inglaterra.⁵⁶

En ese juicio, además, participó otro juez que integró la Suprema Corte estadounidense antes que Marshall: John Blair.⁵⁷ En relación con la actuación de Blair, al final del reporte oficial del caso se advierte que:

52 Cfr. Tucker (1999, p. vii).

53 Cfr. Treanor (1994, p. 497).

54 “A petition of James Lamb, Joshua Hopkins and John Caton, was presented to the House, and read; setting forth, that the resolution of pardon granted them by this House, for the crime of treason, has been adjudged invalid by the Court of Appeals, that it would highly aggravate the pains of death to themselves, and add misery to their unfortunate families, to know that they suffered at a time, when the said resolution of pardon by the House of Delegates, remained of record, and upon the validity of which, great contrariety of opinion had arisen among the best and wisest men of their country, even of some of those judges individually, whose collective voice has declared its invalidity; and praying that they may now receive the pardon of the General Assembly” (*Journal of the House of Delegates...*, 1828, pp. 18-19).

55 “An act granting a conditional pardon to certain offenders. [...] That James Lamb and Joshua Hopkins, who severally stand convicted of treason, by judgment of the general court, at their session in June last, shall be, and each of them are hereby declared to be pardoned and exonerated from the penalties of the said judgment, upon condition that they, and each of them, do within two months depart this commonwealth, and not return into the same during the present war” (Hening, 1823, p. 129).

56 “That the keeper of the public prison, be directed to deliver John Caton, Levi Moore, Albridgton Holland and Henry Norfleet, who stand severally pardoned, upon condition they and each of them serve in the Virginia line on continental establishment during the war” (*Journal of the House of Delegates...*, 1828, p. 58).

57 Nacido en Williamsburg, Virginia, en 1732, estudió en el College of William and Mary, donde se graduó con honores en 1754. Viajó luego a Londres para estudiar leyes entre 1755 y 1757. Después de ocupar cargos públicos locales de diversa índole, Blair tuvo una larga carrera judicial que comenzó a nivel estatal cuando fue elegido para integrar la Corte de Apelaciones en 1777. Posteriormente, fue electo como miembro de la Convención de Filadelfia por el estado de Virginia e inmediatamente después participó de la Convención estadual que ratificó la Constitución en 1788. En 1789 fue designado como juez de la Suprema Corte de Apelaciones del Estado de Virginia, cargo en el que estaría apenas unos meses, ya que el presidente Washington lo designó como *Justice* de la Suprema Corte el 24 de septiembre de 1789 (Marcus y Perry, 1985, p. 56). Renunció seis años después, el 25 de octubre de 1795, por cuestiones de salud (Holt, 1998, pp. 155 y ss.).

El Chancellor Blair y el resto de los jueces eran de la opinión que el tribunal tenía el poder de declarar cualquier resolución o ley de la legislatura, o de cualquiera de sus ramas, como inconstitucional y sin efecto.⁵⁸

Si bien la personalidad de Blair era más bien apocada, participó también junto con James Wilson de la decisión de la Corte de Circuito de Pensilvania que declaró inconstitucional por primera vez una ley del Congreso federal el 11 de abril de 1792. (Holt, 1998, p. 168)

2.2.3. New Hampshire y la Ten Pound Act (1786)

El caso más llamativo, y tal vez el menos conocido, de ejercicio de la *judicial review* previo a la sanción de la Constitución de Filadelfia sucedió en el estado de New Hampshire entre 1786 y 1787. Aunque se trata de un episodio en general poco estudiado, lo cierto es que la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham en New Hampshire declaró inconstitucional en reiteradas oportunidades una ley de 1785.⁵⁹ Tal como explicaré a continuación, los jueces dejaron sin efecto esa ley estatal por ser contraria a la Constitución en por lo menos seis casos distintos, aun bajo presiones de diversa índole y la amenaza de ser removidos a través de un *impeachment* (Lambert, 2002, p. 37).

New Hampshire no solo fue el primer estado de la Unión en adoptar una constitución escrita en 1776 y probablemente el primero en el mundo en llamar a una convención constituyente para reformar su constitución en 1784 (Gerber, 2011, pp. 109-115), sino que también aportó un notorio ejemplo del ejercicio del control de constitucionalidad con anterioridad a la sanción de la Constitución federal.

El conflicto se originó luego de la sanción de la llamada Ten Pound Act.⁶⁰ Esta ley permitía que los jueces de paz pudieran decidir de forma rápida ciertos casos civiles de un valor de hasta 10 libras. A su vez, podían resolver los casos sin condenar a la parte vencida a pagar los costos del reclamo (Gerber, 2011, pp. 117-118). Se trataba de una de varias normas sancionadas para favorecer a ciudadanos afectados por deudas como consecuencia de la depresión economi-

58 8 Va. (4 Call.), p. 20.

59 Al igual que ocurría a nivel federal, a pesar de que la Suprema Corte estatal dictó sus primeros fallos en 1784, recién en 1816 fue que se empezaron a publicar sus sentencias en reportes periódicos oficiales. Las primeras sentencias nunca fueron publicadas (cfr. Van Loan, 2002, p. 35).

60 La ley denominada “An Act for the recovery of Small debts, in an expeditious way and manner” fue sancionada el 9 de noviembre de 1785 (Batchellor, 1891, pp. 408 y 448).

ca que siguió a la guerra revolucionaria (Lambert, 2002, p. 38). La ley pretendía abaratar los costos en casos de reclamos de dinero que, hasta ese momento, debían ser resueltos por medio del juicio por jurados, que era un proceso más largo y caro, especialmente para la parte vencida en juicio. La ley fue aprobada prácticamente por unanimidad, con la solitaria protesta del representante William Plumer, quien advirtió que la ley era inconstitucional.⁶¹

Plumer tenía razón. El problema se planteó a los pocos meses de sancionada la ley debido a que el artículo XX del Bill of Rights de la Constitución de New Hampshire de 1784 establecía claramente que ese tipo de reclamos debía resolverse no directamente por un juez de paz, sino a través del juicio por jurados, al que se consideraba como un derecho sagrado.⁶² Hasta la sanción de la Ten Pound Act, los jueces de paz solo tenían jurisdicción para resolver casos de menor importancia, hasta un valor de apenas 40 chelines conforme una ley sancionada en 1692 (Gerber, 2011, p. 118). Los reclamos patrimoniales por encima de ese monto exiguo se resolvían tradicionalmente a través del juicio por jurados y en las Inferior Courts of Common Pleas de cada condado.

Apenas seis meses después de sancionada, la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham dejó sin efecto la Ten Pound Act. El caso en cuestión es *Tarlton v. Wallace*, en el que William Wallace, Jr. le reclamó a Richard Tarlton el pago de 9 libras por trabajos que había hecho en su propiedad. La declaración de inconstitucionalidad se dio a instancias de Samuel Sheburne, un abogado local que cuestionó la sentencia de un juez de paz que condenaba a su cliente a pagar. El argumento de Sheburne era que la Ten Pound Act de 1785 contravenía la “expresa letra y el espíritu de la Constitución” estatal de 1784 (Hamburger, 2008, p. 426), en particular el artículo XX del Bill of Rights, al violar el derecho de su cliente a que el reclamo fuera resuelto por el juicio por jurados y no por una mera sentencia de un juez de paz.

De acuerdo con la Ten Pound Act, las apelaciones de las decisiones de los jueces de paz debían ser resueltas por las Inferior Courts of Common Pleas de cada condado. Presentada la apelación ante el tribunal del condado de Rockin-

61 “At the second session, I entered my protest, singly and alone, against the bill for the recovery of small debts in an expeditious way and manner; principally on the ground that it was unconstitutional” (Plumer, 1856, p. 59).

62 “In all controversies concerning property, and in all suits between two or more persons, except in cases in which it has been heretofore otherwise used and practiced, the parties have a right to a trial by jury; and this method of procedure shall be held sacred, unless in causes arising on the high seas, and such as relate to mariners wages, the legislature shall think it necessary hereafter to alter it” (Perley Poore, 1878, p. 1282).

gham, sus cuatro jueces aceptaron el planteo constitucional y repitieron al pie de la letra ese argumento de Sheburne a la hora de declarar la inconstitucionalidad de la ley (Lambert, 2002, p. 41).

Sheburne logró rápidamente otra declaración de inconstitucionalidad de la Ten Pound Act en *Cate v. Treferrin*, otro caso de menor cuantía. Esta vez, su argumento sería un poco más elaborado y constaría de cinco puntos:

- i. que la Constitución del estado de New Hampshire era la fuente de la que derivaba el Poder Legislativo;
- ii. que la legislatura estatal no podía ejercer un poder que no se derivara de la Constitución;
- iii. que cada intento de la legislatura de ejercer un poder no derivado de la Constitución no era una ley, sino una usurpación tiránica de autoridad nunca delegada a ella y una violación de la libertad del pueblo, así como una conspiración y traición contra la Constitución;
- iv. que la Constitución no le había otorgado a la legislatura el poder de autorizar a los jueces de paz a resolver causas por un valor mayor a 40 chelines y que, en consecuencia, esa ley era arbitraria y una usurpación que no podía tener fuerza de ley; y
- v. que cualquier muestra de tiranía debía ser debidamente inspeccionada por los tribunales del estado, que son barreras constitucionales entre el poder de la legislatura y la libertad del pueblo (Lambert, 2002, p. 44).

Aunque de forma más rudimentaria, al igual que St. George Tucker en Virginia, Sheburne expuso en este caso la amalgama de ideas viejas y nuevas a las que ya hice referencia. Tal como explica Steinfeld (2021),

el deber constitucional del poder judicial era interpretar y aplicar la ley a casos individuales. En este punto, no implicó un gran salto decir que ese deber se extendía a interpretar y aplicar la Constitución a esos casos. Cuando al interpretar las leyes los jueces encontraban que una ley de la legislatura estaba en conflicto con la Constitución, era su deber aplicar la ley superior del pueblo, y declarar sin efecto las leyes que la legislatura no tenía poder para sancionar. De esta forma, podía decirse de forma razonable, como dijo Sheburne, y por más improbable que sonara a algunos, que los tribunales servían como barrera constitucional entre el pueblo y su propia legislatura (p. 273).

A partir de argumentos similares a los de Sheburne, los jueces Nathaniel Folsom, Timothy Walker, Jr., Abiel Foster y John Calfe, de la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham, resolvieron que la Ten Pound

Act era manifiestamente contraria a la constitución del estado (Hamburger, 2008, pp. 428-429). Así lo hicieron tanto en *Tarlton v. Wallace* como en otros casos de menor cuantía: *Furber v. Macgregore*, *French v. Bartlet*, *Mason v. Furber* y el referido *Cate v. Treferrin*. En todos los casos, fueron los abogados de las partes condenadas por los jueces de paz los que le hicieron los planteos constitucionales al tribunal.⁶³

Las decisiones de los jueces del condado de Rockingham no pasaron desapercibidas. El 15 de junio de 1786, la Cámara de Representantes⁶⁴ rechazó una moción para derogar la Ten Pound Act por una mayoría contundente de 64 votos a 16 (Batchellor, 1891, pp. 634-635). Una semana más tarde, el 22 de junio de 1786, se analizó una queja presentada por James Macgregore, en la que manifestó haber sido perjudicado por la sentencia dictada en favor de Joshua Furber en el caso *Furber v. Macgregore*. A raíz de esa presentación, la Cámara de Representantes estatal aprobó dos resoluciones: en la primera, sostuvo que la Ten Pound Act era constitucional;⁶⁵ en la segunda, declaró que la sentencia del Tribunal del condado de Rockingham en ese caso era nula.⁶⁶ No solo las partes perjudicadas por sus decisiones, sino también uno de los jueces de paz indignado por las decisiones de ese tribunal, presentaron fuertes quejas en am-

63 Todos los casos fueron documentados por primera vez en 2002 a partir de archivos oficiales por Richard Lambert, quien da cuenta de la posible existencia de por lo menos cinco casos más, no solo en el condado de Rockingham, sino también en el de Strafford (Lambert, 2002 p. 432, notas al pie 97 y 98).

64 Al igual que en Virginia, la legislatura estatal de New Hampshire estaba dividida en una Cámara Baja y un Senado.

65 “Whereas James Macgregore, of Londonderry, hath petitioned the General Court, setting forth, that he commenced an action or plea of debt, against Joshua Furber, of Northwood, before a justice of the peace, for sundry breaches of law, and hereby demanding of the said Furber, ten pounds damages, as accruing on said breaches of law: at the hearing of which action, the said Furber plead that a justice of the peace had no right to take cognizance of any cause where the damages alleged amount to more than forty shillings; notwithstanding which, said justice overruled said plea, and gave judgment in the said Macgregore’s favor, for ten pounds damage and cost of suit: from which judgment the said Furber appealed to the Inferior Court of Common Pleas, holden at Portsmouth, in and for the county of Rockingham, on the last Tuesday of May last; which said Inferior Court adjudged that the said Furber’s plea was good, and that a justice of the peace ought not to take cognizance of any action, wherein the damage alleged, (or the sums demanded) exceeds the sum of forty shillings. Whereupon judgment was entered up against him the said MacGregore, for the said Furber’s cost; notwithstanding a late act of this state, passed the ninth day of November last, intitled, “An act for the recovery of small debts in an expeditious way and manner”; whereby the said Macgregore conceived himself to be greatly injured, and prayed for direction and redress in the premises. Therefore, Resolved, That said act is a constitutional law of this state, and ought to be observed as such” (Batchellor, 1891, pp. 652-653).

66 “And be it further Resolved, that the judgment of the Inferior Court aforesaid be and hereby is rendered null and void, and that the said Macgregore shall have liberty, and he is hereby impowered

bas cámaras de la legislatura estatal. En algunos casos, pidieron directamente la remoción de los jueces a través de un *impeachment* (Gerber, 2011, p. 120).

En medio de ese conflicto, en noviembre de 1786, el tribunal declaró inconstitucional la Ten Pound Act en un sexto caso: *Young v. Davis* (Hamburger, 2008, p. 432). La reacción no se hizo esperar: el 25 de diciembre de 1786, la Cámara Baja de la legislatura volvió a reafirmar la constitucionalidad de la Ten Pound Act en contra de lo decidido por el tribunal del condado de Rockingham (Batchellor, 1891, p. 759). A los dos días, se aprobó una moción para solicitar copia de todas las actuaciones de la Inferior Court of Common Pleas del condado de Rockingham en causas que excedieran los 40 chelines.⁶⁷ Posteriormente, se decidió analizar la apertura de un proceso de remoción de todos los jueces y se constituyó un comité para estudiar el caso y analizar todas esas causas. Finalmente, ese comité se reunió el 27 de junio de 1787 y presentó un reporte en el que afirmaba que la conducta de los jueces se encontraba justificada bajo la Constitución del estado y que, por ende, no podían ser removidos por la causal de mal desempeño (*mal-administration*).⁶⁸ Al día siguiente, la Cámara Baja aprobó una votación para derogar la Ten Pound Act.⁶⁹ Esa moción fue apoyada inmediatamente por el Senado estatal.⁷⁰

to enter his said action at the Superior Court of Judicature, to be holden at Exeter, in and for said county of Rockingham, on the third Tuesday of September next, and that said Macgregore be empowered to prosecute, and the Justices of said Superior Court to sustain, hear and determine said action, in the same manner as though the same action had been appealed from said Inferior Court of Common Pleas, to said Superior Court of Judicature in usual form, any law, usage or custom, and the judgment aforesaid notwithstanding” (Batchellor, 1891 p. 653).

67 “Voted, That the Clerk of this House write to the Clerk of the Inferior Court of Common Pleas, for the county of Rockingham, and request of him, a copy of the proceedings of [the] said [Inferior] Court in each action brought before them by appeals from (the) Justices of the Peace, in cases which exceed forty shillings” (Batchellor, 1891, p. 762).

68 “The Committee appointed to take into consideration the papers purporting an Impeachment of the Justices of the Court of Common pleas for the County of Rockingham beg leave to report as their Opinion that the said Justices are not Impeachable for Mal administration as their conduct is justified by the constitution of this State” (Batchellor, 1892, p. 79). Luego de aprobado el reporte, la Cámara de Representantes aprobó también una moción para constituir “a Committee to draught a Bill for repealing an Act of this State intituled an Act for the recovery of Small debts in an expeditious way & manner passed Nov 9, 1785” (Batchellor, 1892, p. 79). Es decir, un comité para redactar una ley para derogar la Ten Pound Act.

69 “An Act to repeal an Act passed the ninth day of November Anno Domini 1785 entitled an Act for the recovery of Small debts in an expeditious way and manner, was read a third time & motion was made that it pass to be Enacted” (Diario de sesiones de la Cámara de Representantes, sesión del 28 de junio de 1787, Batchellor, 1892, p. 83).

70 “An Act to repeal an act passed the ninth day of November Anno Domini 1785, entitled an Act for the recovery of small debts in an expeditious [sic] way and manner, having been read a third

Tal como sostiene Hamburger (2008), en los *Ten Pound Cases* los jueces de tribunales inferiores “declararon inconstitucional de forma repetida una ley y esto es revelador. Sugiere que lejos de ejercer lo que consideraban un poder sobre la legislación, [esos jueces] simplemente entendieron que estaban cumpliendo con su deber” (p. 435).

Por lo menos cuatro periódicos de gran circulación en el estado de Pensilvania en 1787 le dieron una cobertura importante al conflicto desatado entre los jueces y la legislatura de New Hampshire, y lo hicieron en plenas reuniones de la Convención de Filadelfia (Gerber, 2011, p. 122).

2.2.4. Bayard v. Singleton (1787)

El último caso que voy a analizar ocurrió en el estado de Carolina del Norte. En 1786, uno de los futuros jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos defendió como abogado a Elizabeth Cornell Bayard en un conocido caso ante la Suprema Corte estatal. Allí, James Iredell planteó la inconstitucionalidad de una ley local de 1785 que ordenaba desechar sumariamente los reclamos judiciales para intentar recobrar la propiedad en casos de confiscación bajo las Confiscation Acts de 1777 y 1779. Ambas leyes le permitían al Gobierno local quitarles todos los bienes a personas consideradas como leales al Imperio británico y venderlas a un tercero como método para solventar los costos de la guerra de independencia. Sin embargo, la Constitución de Carolina del Norte establecía concretamente que toda controversia legal relacionada con la propiedad debía ser decidida mediante el juicio por jurados, al que se consideraba sagrado e inviolable.⁷¹

Samuel Cornell, el padre de la reclamante, sabiendo las consecuencias de la ley debido a su lealtad a Gran Bretaña, les había legado a sus hijas todo su patrimonio antes de huir del estado de Carolina del Norte. A pesar de ello, las autoridades locales le confiscaron todos los bienes legados a una de sus hijas, Elizabeth, y se los vendieron a Spyres Singleton, un conocido político local. Con la ayuda de Iredell, Cornell Bayard inició una demanda para recuperar los

time, voted the same be enacted” (Diario de sesiones del Senado, sesión del 28 de junio de 1787, Batchellor, 1892, p. 31).

71 La sección XIV de la Declaración de Derechos de la Constitución de Carolina del Norte del 17 de diciembre de 1776 establecía: “That in all controversies at law, respecting property, the ancient mode of trial by jury is one of the best securities of the rights of the people, and ought to remain sacred and inviolable” (*The Constitution of North Carolina...*, 1835, p. 4).

bienes confiscados. Pero la ley estatal de 1785, contradiciendo directamente la Constitución local, impedía que el reclamo fuera decidido a través del juicio por jurados. Los jueces se enfrentaban así a un obstáculo legislativo, teóricamente insalvable, para considerar el caso.

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

No he vivido tan poco tiempo en el Estado, ni con tan poco interés sobre sus preocupaciones, como para olvidar la ansiedad extrema que nos agitaba a todos al formar la constitución, una constitución que considerábamos como la base fundamental de nuestro gobierno, inalterable, salvo por el mismo alto poder que la estableció, y que por lo tanto debíamos deliberar sobre ella con la mayor precaución, porque si contenía algún principio malvado, el gobierno formado bajo ella debía ser aniquilado antes de que el mal pudiera ser corregido. Por supuesto, había que considerar cómo imponer restricciones a la legislatura, que aunque la dejaran libre para todos los propósitos útiles, fueran al mismo tiempo una salvaguarda contra el abuso del poder ilimitado, en el que no se podía confiar, sin el peligro más inminente, para cualquier hombre o cuerpo de hombres en la tierra. (McRee, 1858, pp. 145-146)

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

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

debe ser obedecida como una ley; porque el poder judicial no debe atreverse a cuestionar el poder de una norma de la Asamblea.⁷² (McRee, 1858, pp. 146-147)

Luego de rechazar ambas posiciones, Iredell planteó:

queda por averiguar si el poder judicial tiene alguna autoridad para interferir en tal supuesto. Entiendo que el deber de ese órgano en todos los casos es decidir de acuerdo con las *leyes del Estado*. Supongo que no se negará que la constitución es una *ley del Estado*, que es la *ley fundamental*, y que es inalterable por la legislatura, que deriva todo su poder de ella. Una ley de la Asamblea puede derogar otra ley de la Asamblea. Por esta razón, la ley posterior debe ser obedecida, y no la anterior. Una ley de la Asamblea no puede derogar la constitución, ni parte alguna de ella. Por esa razón, una ley de la Asamblea, inconsistente con la constitución, es nula y no puede ser obedecida, sin desobedecer a la ley superior a la que estábamos previa e irrevocablemente obligados. Los jueces, por lo tanto, deben tener el cuidado de que cada ley de la Asamblea que pretendan imponer esté autorizada por la constitución ya que, de lo contrario, corren el riesgo de actuar sin autoridad legal. Este no es un poder usurpado o discrecional, sino uno que inevitablemente resulta de la naturaleza de su cargo, ya que son jueces *en beneficio de todo el pueblo, no meros servidores de la Asamblea*.⁷³ (McRee, 1858, p. 148)

Como se puede observar, los argumentos de Iredell son muy similares a los expuestos por St. George Tucker en Virginia y los más escuetos de Samuel Sheburne en New Hampshire. Aquí tenemos otra muestra de la amalgama de ideas que dieron origen y sustento posterior al control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos.

A instancias de Iredell, en el caso *Bayard v. Singleton*,⁷⁴ en mayo de 1787 la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional la ley de 1785 y ordenó que el juicio prosiguiera y fuera decidido mediante un juicio por jurados conforme lo previsto en la Constitución estatal de 1776. Luego de resaltar la importancia de las obligaciones derivadas del juramento al asumir el cargo de juez, así como los deberes inherentes a la función judicial, el máximo tribunal estatal expuso lo siguiente:

Que, según la Constitución, cada ciudadano tenía indudablemente el derecho a una decisión sobre su propiedad mediante un juicio por jurados. Por eso, si

72 Énfasis en el original.

73 Énfasis en el original.

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

la Legislatura pudiera quitarle este derecho y exigirle que enfrente una condena sobre su propiedad sin un juicio, podría con la misma autoridad requerir que le quiten la vida sin un juicio por jurados, y que deba ser condenado a morir, sin la formalidad de ningún juicio en absoluto: que si los miembros de la Asamblea General pudieran hacer esto, podrían con la misma autoridad, no solo convertirse en los Legisladores del Estado de por vida, sin más elecciones del pueblo, sino a partir de allí transmitir la dignidad y autoridad de la legislación a sus herederos varones para siempre. Pero que estaba claro que ninguna ley que pudieran aprobar podría derogar o alterar la Constitución de manera alguna, porque si pudieran hacerlo, al mismo tiempo destruirían su propia existencia como Legislatura y disolverían el gobierno allí establecido. En consecuencia, la Constitución (que el poder judicial estaba obligado a tener en cuenta como correspondía con cualquier otra ley), estando en plena vigencia como la ley fundamental del estado, a pesar de la norma de la legislatura en la que se fundaba la moción actual, esa misma norma, por supuesto, debe quedar anulada y sin ningún efecto en esta ocasión.⁷⁵

Bayard v. Singleton fue el primer caso en el que la Suprema Corte de Carolina del Norte declaró inconstitucional una ley estatal. Apenas conocida la decisión, Richard Dobbs Spaight, representante de Carolina del Norte en la Convención de Filadelfia, le escribió a Iredell una crítica a la decisión de los jueces.⁷⁶ Nuevamente, Iredell defendió ese rol de los jueces en una carta privada a Dobbs Spaight, fechada el 26 de agosto de 1787. Allí, expuso nuevamente casi todos los argumentos que John Marshall desarrollaría 15 años después en *Marbury v. Madison*:

En relación con la última decisión de [la Suprema Corte de Carolina del Norte] en Newbern, confieso que siempre ha sido mi opinión, que una ley incompa-

75 1 N.C. 5, pp. 6-7.

76 “The late determination of our judges at Newbern, must, in my opinion, produce the most serious reflections in the breast of every thinking man, and of every well-wisher to his country. It cannot be denied, but that the Assembly have passed laws unjust in themselves, and militating in their principles against the Constitution, in more instances than one, and in my opinion of a more alarming and destructive nature than the one which the judges, by their own authority, thought proper to set aside and declare void. [...] I do not pretend to vindicate the law, which has been the subject of controversy: it is immaterial what law they have declared void; it is their usurpation of the authority to do it, that I complain of, as I do most positively deny that they have any such power; nor can they find any thing in the Constitution, either directly or impliedly, that will support them, or give them any color of right to exercise that authority. Besides, it would have been absurd, and contrary to the practice of all the world, had the Constitution vested such powers in them, as they would have operated as an absolute negative on the proceedings of the Legislature, which no judiciary ought ever to possess” (ver carta de Richard Dobbs Spaight a James Iredell del 12 de agosto de 1787, en McRee, 1858, p. 169). Llamativamente, tal como explica Berger (1969, p. 335), Spaight no hizo pública su crítica a la *judicial review* y no hizo saber su oposición en la Convención de Filadelfia.

tible con la Constitución era nula; y que los jueces, consistentemente con sus deberes, no podrían darle efecto. Me parece que la Constitución es una ley fundamental, que limita los poderes de la Legislatura, y que cada ejercicio de esos poderes debe, necesariamente, ser comparado con ella. [...] En un Gobierno republicano (tal como lo concibo), la libertad individual es una cuestión de suma importancia y, si no hay un control sobre las pasiones públicas, corre el mayor peligro. Al tener el poder en sus propias manos, la mayoría puede cuidarse a sí misma; pero, ¿en qué condición están las minorías, si el poder del otro es ilimitado? Supongo que estas consideraciones, u otras similares, ocasionaron esas disposiciones expresas para la libertad personal de cada ciudadano, que los ciudadanos, cuando formaron la Constitución, eligieron reservar como un derecho inalienable, y no dejarlo a merced de ninguna Asamblea que sea. Esa restricción podría ser atendida con inconvenientes; pero decidieron arriesgarse a esas molestias, por el bien de la ventaja; y en cada transacción debemos actuar de la misma manera: debemos elegir entre males de uno u otro tipo: la imperfección del hombre nunca puede mantenerse completamente al margen de todo. Por lo tanto, siendo la Constitución una *ley fundamental*, y una *ley por escrito* de la naturaleza solemne que he mencionado [...], el poder judicial, en el ejercicio de su autoridad, debe tomar nota de ella como la base de su autoridad, así como de toda otra autoridad; y como ningún artículo de la Constitución puede ser derogado por una Legislatura, que deriva todo su poder de ella, se sigue que la *ley fundamental e irrevocable* debe ser obedecida, a través del rechazo de un acto injustificado e incompatible con ella, o usted debe obedecer un acto fundado en una autoridad que no fue otorgada por el pueblo, y a la cual, entonces, el pueblo no le debe obediencia. No es que los jueces hayan sido nombrados árbitros para determinar, como si lo fueran, en cualquier instancia, si la Asamblea ha violado o no la Constitución; pero cuando una ley se presenta necesariamente ante ellos al momento de resolver un caso, deben, inevitablemente, determinarlo de una forma u otra. [...] Realmente me parece que el ejercicio de ese poder es inevitable, dado que la Constitución no es un objeto meramente imaginario, sobre el cual se pueden formar diez mil opiniones diferentes, sino un documento escrito al que todos pueden recurrir, y al que, en consecuencia, los jueces no pueden ignorar deliberadamente. (McRee, 1858, pp. 172-175)

Años después, en 1793, ahora desde su cargo de *Justice* de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Iredell ratificaría que los jueces tienen el deber de controlar la constitucionalidad de las leyes que contradigan la Constitución, aun las dictadas por el Congreso federal. Así lo haría en su conocida disidencia en el caso *Chisholm v. Georgia*, en la que sostuvo que una ley inconsistente con la Constitución debía ser anulada por los tribunales.⁷⁷

77 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793). Allí, Iredell sostuvo que: “Upon this authority, there is, that I know, but

Los argumentos que Iredell expuso en 1786, 1787 y 1793 son muy similares a los que otros abogados y hombres públicos esgrimirían para defender el control judicial de constitucionalidad durante fines del siglo XVIII.⁷⁸ Tanto el carácter de “ley fundamental” que se le reconoce a la constitución escrita⁷⁹ como los límites del Poder Legislativo en cuanto a la imposibilidad de sancionar leyes que contradigan esa norma jurídica considerada de rango superior, sancionada por el pueblo y alterable solamente por él, y fundamentalmente el deber de los jueces de invalidar las leyes que violen la constitución, están presentes en todas esas argumentaciones. Lo mismo ocurre con la idea acerca del carácter subordinado que tenía el Poder Legislativo, cuya autoridad deriva de la constitución. Detrás de muchas de esas posturas hay también un profundo escepticismo y temor a eventuales abusos de poder por parte del Poder Legislativo.⁸⁰ El deber de los jueces de ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes no se considera como un conflicto entre el Poder Judicial y el legislador, sino uno entre el legislador y la voluntad del pueblo expresada en la constitución.⁸¹

3. Conclusión

Los ejemplos de William Willcocks, Andrew Roland, St. George Tucker, Samuel Sheburne y James Iredell, así como los casos de Nueva Jersey, Virginia, New Hampshire y Carolina del Norte de 1780, 1782, 1786 y 1787, respectivamente, son apenas una muestra de una verdad histórica irrefutable: varios años antes de que John Marshall se sentara a escribir su sentencia en *Marbury v. Madison*, la idea del control judicial de constitucionalidad ya era familiar y conocida. No solo eso: esta idea había sido analizada, discutida y aceptada como un deber inherente a la función judicial a la hora de resolver los casos concretos aplicando la Constitución como norma de máxima jerarquía e imponiendo así límites

one limit; that is, «that they shall not exceed their authority.» If they do, I have no hesitation to say, that any act to that effect would be utterly void, because it would be inconsistent with the Constitution, which is a fundamental law, paramount to all others, which we are not only bound to consult, but sworn to observe; and, therefore, where there is an interference, being superior in obligation to the other, we must unquestionably obey that in preference” (2 U.S. (2 Dall.) p. 433).

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

79 Sobre el concepto de *fundamental law* y sus alcances, ver Hamburger (1989).

80 Para profundizar el punto, ver Berger (1969, pp. 8-16 y 34-36).

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

claros al accionar del Gobierno, especialmente al Poder Legislativo. Además, había sido practicada en varios casos a nivel estatal en los Estados Unidos aun antes de la sanción de la Constitución de Filadelfia en 1787.

Así es que la *judicial review*, entendida como el deber de los jueces de invalidar las leyes que contradijeran a la constitución como norma jurídica de jerarquía superior en el marco de un caso litigioso, se concretó primero a nivel estatal y de ahí pasó a la Constitución federal. En ese tránsito es que se la admite como parte necesaria de la función judicial y se la racionaliza como uno de los frenos y contrapesos propios del principio de la separación de los poderes.

Cabe recordar que, a diferencia de lo que ocurría con el principio de la separación de los poderes que fue contemplado expresamente en varias constituciones estatales, ninguno de los trece estados originales incluyó una atribución específica para que los jueces pudieran invalidar leyes de las legislaturas que contradijeran la constitución de cada estado.⁸² Sin embargo, lo que hoy conocemos como el “control judicial de constitucionalidad” termina siendo considerado como parte de los deberes correspondientes al ejercicio de su función judicial. Así es que los jueces estatales lo pusieron en práctica en numerosas ocasiones, algunas de las cuales ya expuse en este trabajo. Pero esos jueces no lo hicieron de *motu proprio*, autoatribuyéndose una función que no tenían. En la gran mayoría de los casos, fueron los propios abogados de las partes los que pidieron esas declaraciones de inconstitucionalidad, y lo hicieron por considerar que esas declaraciones eran una derivación lógica del ejercicio de la función judicial en el marco de los cambios institucionales que impuso la Revolución norteamericana.

Esta sorprendente realidad sugiere el grado de aceptación generalizada que tenía esa forma de concebir la función judicial aun antes de la sanción de la Constitución federal en 1787. Pero también obliga a concluir que la novedad no pasaba por ahí. Por el contrario, el cambio más importante se dio en la adopción de un nuevo concepto de “constitución”. Esta nueva noción es la que, al ser concebida y aceptada como una norma jurídica escrita, de máxima jerarquía, que al ser expresión de la soberanía del pueblo solo puede ser modificada por un órgano o un mecanismo especial y que, además, resulta directamente invocable por los particulares en juicio, impuso como corolario lógico la *judicial review*. Máxime cuando, a diferencia de Gran Bretaña, esa “constitución” se concibe también como un límite concreto al Gobierno, especialmente al

82 Cfr. Van Loan (2002, p. 34).

Poder Legislativo. De otra forma, es imposible explicar cómo es que, en medio de la guerra revolucionaria, abogados de diferentes estados y en casos diversos convencieron a los jueces de ejercer una atribución que no tenían y que nadie hasta entonces había contemplado.

Bibliografía

- Althouse, A. (2010). The Historical Ordinarity of Judicial Review. *The George Washington Law Review*, 78(6), 1123-1128.
- Axel-Lute, P. (2009). *Holmes v. Walton: Case File Transcriptions and Other Materials*. New Jersey Digital Legal Library, Rutgers Law School, <https://njlaw.rutgers.edu/collections/hw/>.
- Barnett, R. E. (2016). *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*. Broadside Books.
- Berger, R. (1969). *Congress v. the Supreme Court*. Harvard University Press.
- Blackstone, W. (1770). *Commentaries on the Laws of England. In Four Books* (4^a ed.). Clarendon Press.
- Boudin, L. B. (1929). Precedents for the Judicial Power: *Holmes v. Walton* and *Brattle v. Hinkley*. *St. John's Law Review*, 3, 173-215.
- Casto, W. R. (1995). James Iredell and the American Origins of Judicial Review. *Connecticut Law Review*, 27(2), 329-364.
- Casto, W. R. (1996). Oliver Ellsworth. *Journal of Supreme Court History*, 1996(2), 73-91.
- Casto, W. R. (2009). There Were Great Men Before Agamemnon. *Vanderbilt Law Review*, 62, 371-406.
- Connor, H. G. (1912). James Iredell: Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799. *University of Pennsylvania Law Review*, 60(4), 225-253.
- Farrand, M. (1913). *The Framing of the Constitution of the United States*. Yale University Press.
- Farrand, M. (1937). *The Records of the Federal Convention of 1787* (Tomos I y II). Yale University Press.
- Fenwick, C. G. (1913). The Authority of Vattel. *The American Political Science Review*, 7(3), 395-410.
- García-Mansilla, M. J. (2020). *Marbury v. Madison* y los mitos acerca del control judicial de constitucionalidad. *Revista Jurídica Austral*, 1(1), 9-89. <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.gar>.
- Gerber, S. D. (1998). *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall*. New York University Press.
- Gerber, S. D. (2011). *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-178*. Oxford University Press.
- Gerber, S. D. (2018). The Supreme Court Before John Marshall. *University of St. Thomas Law Journal*, 14(1), 27-55.
- Haines, C. G. (1914). *The American Doctrine of Judicial Supremacy*. The Macmillan Company.
- Hall, K. L. y Hall, M. D. (Eds.). (2007). *Collected Works of James Wilson* (Tomo I). Liberty Fund.

- Hamburger, P. A. (1989). The Constitution's Accommodation of Social Change. *Michigan Law Review*, 88, 239-327.
- Hamburger, P. A. (2008). *Law and Judicial Duty*. Harvard University Press.
- Hamburger, P. A. (2010). A Tale of Two Paradigms: Judicial Review and Judicial Duty. *The George Washington Law Review*, 78, 1162-1177.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1818). *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*. Jacob Gideon.
- Higginbotham, D. (Ed.). (1976). *The Papers of James Iredell* (Tomo II 1778-1783). North Carolina Division of Archives and History.
- Holt, E. (1998). John Blair. "A Safe and Conscientious Judge". En Gerber, S. D. (Ed.), *Seriatim: The Supreme Court Before John Marshall* (pp. 155-197). New York University Press.
- Lambert, R. M. (2002). The 'Ten Pound Act' Cases and the Origins of Judicial Review in New Hampshire. *New Hampshire Bar Journal*, 43, 37-55.
- Lawrie, T. A. (1995). Interpretation and Authority: Separation of Powers and the Judiciary's Battle for Independence in New Hampshire, 1786-1818. *The American Journal of Legal History*, 39(3), 310-336.
- Leonard, G. (2006). Iredell Reclaimed: Farewell to Snowiss's History of Judicial Review. *Chicago-Kent Law Review*, 81, 867-882.
- Marcus, M. y Perry, J. R. (Eds.). (1985). *The Documentary History of the Supreme Court of the United States, 1789-1800* (Tomo I - Parte I - Appointments and Proceedings. Columbia University Press.
- McRee, G. J. (1858). *Life and Correspondence of James Iredell, one of the Associate Justices of the Supreme Court of the United States* (Tomo II). D. Appleton & Company.
- Moore, W. D. (1990). Written and Unwritten Constitutional Law in the Founding Period: The Early New Jersey Cases. *Constitutional Commentary*, 7(2), 341-360.
- Perley Poore, B. (Comp.). (1877). *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States* (Tomo I). Government Printing Office.
- Perley Poore, B. (Comp.). (1878). *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and other Organic Laws of the United States* (2ª ed., Tomo II). Government Printing Office.
- Plumer, Jr., W. (1856). *Life of William Plumer*. Phillips, Sampson & Co.
- Publicola. (1792). *Observations on Paine's Right of Man, in a series of letter* (3ª ed.). Dickson y Fairbarn.
- Schwartz, B. (1963). *A Commentary on the Constitution of the United States* (Tomo I). The Macmillan Co.
- Scott, A. (1899). Holmes v. Walton: The New Jersey Precedent. A Chapter in the History of Judicial Power and Unconstitutional Legislation. *The American Historical Review*, 4(3), 456-469.
- Sparks, J. (1832). *The Life of Gouverneur Morris with selections from his correspondence and miscellaneous papers. Detailing events in the American Revolution, the French Revolution, and in the political history of the United States* (Tomo III). Gray & Bowen.
- Steinfeld, R. (2021). "To Save The People From Themselves". *The Emergence of American Judicial Review and the Transformation of Constitutions*. Cambridge University Press.
- Thayer, J. B. (1893). The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.
- Treanor, W. M. (1994). The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review. *University of Pennsylvania Law Review*, 143(2), 491-570.
- Treanor, W. M. (2005). Judicial Review before *Marbury*. *Stanford Law Review*, 58(2), 455-562.

- Tucker, R. J. (1896). The Judges Tucker of the Court of Appeals of Virginia. *The Virginia Law Register*, 1(11), 789-812.
- Tucker, St. G. (1803). Appendix to Volume First. Part First of Blackstone's Commentaries. En *Blackstone's Commentaries: with note of reference, to the Constitution and Laws, of the Federal Government of the United States, and the Commonwealth of Virginia* (Tomo I). William Young Birch & Abraham Small.
- Tucker, St. G. (1999). *View of the Constitution of the United State. With Selected Writings*. Liberty Fund.
- Van Loan, E. M. (III). (2002). Ten Pound Acts: An Introduction to Original Research on the Origins of Judicial Review. *New Hampshire Bar Journal*, 43(1), 34-36.
- Varnum, J. M. (1787). *The Case, Trevett Against Weeden: On Information and Complaint, for refusing Paper Bills in Payment for Butcher's Meat, in Market, at Par with Specie: Tried before the Honourable Superior Court, in the County of Newport, September Term, 1786*. Impreso por John Carter.
- Vattel, E. de. (1760). *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (Tomo I). Impreso por J. Newbery, J. Richardson, S. Crowder, T. Caslon, T. Longman, B. Law, J. Fuller, J. Coote y G. Kearsly.
- Wells, W. V. (1865). *The life and public services of Samuel Adams being a narrative of his acts and opinions, and of his agency in producing and forwarding the American Revolution with extracts from his correspondence, state papers and political essays* (Tomo I). Little, Brown & Co.
- Wood, G. S. (1969). *The Creation of the American Republic. 1776-1787*. W. W. Norton & Co.

Fuentes inéditas

- Carta de Edmund Randolph a James Madison. (18 de julio de 1782). Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence, 1723-1859. https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0642_0643/?sp=1 (última visita 10/10/2022).
- Carta de Edmund Randolph a James Madison. (26 de octubre de 1782). Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos, General Correspondence, 1723-1859. https://www.loc.gov/resource/mjm.01_0774_0776/?sp=2 (última visita 10/10/2022).
- "To W.N.", Tucker-Coleman Papers, Legal Papers, Papers of St. George Tucker, Manuscripts Department, Earl Gregg Swem Library, College of William and Mary, Williamsburg, Virginia, Caja 17, Mss. 40 T79.

Fuentes publicadas

- Arguments and Judgment of the Major's Court of the City of New York, in a cause between Elizabeth Rutgers and Joshua Waddington*. (1784). Samuel Loudon.
- Batchellor, A. S. (Ed.). (1891). *Early States Papers of New Hampshire, Including the Constitution of 1784, Journals of the Senate and House of Representatives, and Records of the President and Council, from June, 1784 to June, 1787*, (Tomo XX). John B. Clarke Public Printers.
- Batchellor, A. S. (Ed.). (1892). *Early States Papers of New Hampshire, Including the Journals of the Senate and House of Representatives and Records of the President and Council, from June, 1787 to June, 1790* (Tomo XXI). Ira C. Evans Public Printers.
- Hening, W. W. (Ed.). (1821). *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619* (Tomo IX). J. & G. Cochran.

- Hening, W. W. (Ed.). (1822). *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619* (Tomo X). J. & G. Cochran.
- Hening, W. W. (Ed.). (1823). *The Statutes at Large; Being a Collection of All the Laws of Virginia, from the First Session of the Legislature, in the Year 1619* (Tomo XI). George Cochran.
- Journal of the House of Delegates of the Commonwealth of Virginia; Begun and Held in the City of Richmond, in the County of Henrico.* (1828). Thomas W. White.
- Letters and other writings of James Madison.* (1865). (Vol. I 1769-1793). J. B. Lippincott & Co.
- The Constitution of North Carolina, adopted December 17, 1776; and the amendments thereto, submitted to the people by the convention which assembled at Raleigh, June 4, 1835; together with an ordinance for carrying the same into effect.* (1835). J. Gales & Son.
- Wilson, P. (Comp.). (1784). *Acts of the Council and General Assembly of the State of New-Jersey from the Establishment of the present Government, and Declaration of Independence, to the End of the first sitting of the eight session, on 24th day of December, 1783; with the Constitution prefixed.* Isaac Collins.

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Virginia

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

Major's Court de la Ciudad de New York

Rutgers v. Waddington (1784).

Honorable Corte Superior del Condado de Newport, Rhode Island

Trevett v. Weeden (1786).

Inferior Court of Common Pleas del Condado Rockingham

Tarlton v. Wallace (1786).

Cate v. Treferrin (1786).

Furber v. Macgregore (1786).

French v. Bartlet (1786).

Mason v. Furber (1786).

Young v. Davis (1786).

Suprema Corte de Carolina del Norte

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

Corte General de Virginia

Kamper v. Hawkins, 1 Va. Cases 21 (1793).

Suprema Corte de los Estados Unidos

Vanhome's Lessee v. Dorrance, 2 U.S. (2 Dall.) 304 (1795).

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

Anexo 1

La primera defensa escrita del control judicial de constitucionalidad

Texto original en inglés:

Argument in the *case of the prisoners*
Commonwealth v. Caton
Court of Appeals, October 31, 1782⁸³

Marginal note: “Memo. This Letter was addressed to my friend Wm. Nelson who proposed to appear in behalf of the prisoners; but he having prepared an Argument for the Occasion, advised me to deliver it at the Bar of the Ct. of Appeals: which I did -it was digested & committed to paper in a great hurry, being begun the night before it was delivered & completed before going to Bed.”

To W.N. Esqr.

The first Question arising on the Grand Constitutional Question adjourned by the Judges of the G.C. [General Court] to the C. of A. [Court of Appeals] is, whether the latter can take cognizance of it?

With submission to the General Court, I should have conceived that the most eligible mode which they could have adopted would have been to remand the prisoners to Goal, untill a certain Day in the next Term, then to be brought before the Court to receive Judgement.

And altho’ it is impossible without Reference to the Law constituting the Court of Appeals (a Circumstance which is not in my power having never seen that Act) to decide whether the C. of A. [Court of Appeals] can take Cognizance of any criminal Matter, yet I hold it to be an uncontrovertible Point that the Judges of the G. C. [General Court] have a Right to consult those of the C. of A. [Court of Appeals] in any Cases wherein Difficulties may arise, altho’ they may not be absolutely bound to adhere to their Opinion -and as this is a grand constitutional Question I should presume that it could not be debated either with too much solemnity or notoriety- for which reason the propriety of discussing it in open Court, rather than in the Judges Chambers privately and perhaps separately, is evident to me.

Thus I conceive, that the Judges of the C. of A. [Court of Appeals] may with the utmost Propriety deliver their Opinions on the Question to be referred to them, even tho’ from a deliberate & mature Consideration of the Act of Assembly it should appear, that no criminal process can be submitted to their Decision by bringing the Record thereof into the Court.

83 El original se encuentra en la colección Tucker-Coleman Papers, Legal Papers, Papers of St. George Tucker, Manuscripts Department, Earl Gregg Swem Library, College of William and Mary, Williamsburg, Virginia, Caja 17, Mss. 40 T79. Copia en poder del autor. En la traducción al castellano se incluyen las anotaciones al margen.

It being admitted that the Judges of the C. [Court] of Appeals may deliver their Opinions on a point thus referred to them by those of the G. [General] Court, the next Question which arises is,

Whether the Judges have a right to decide on the validity or nullity of a positive Act of Assembly passed with all the Formalities used in framing or enacting Laws?

Our Bill of Rights, says “the Executive and Legislative powers of the state should be separate and distinct from the Judiciary” -Our Constitution repeats, that the Legislative, executive and Judiciary Departments shall be separate and distinct, so that neither exercise the powers properly belonging to the other.

Now I hold to be uncontrovertible that the power properly belonging to the Judiciary Department, is, to explain the Laws of the Land as they apply to particular Cases, consequently, that where such Cases arise, the Interpretation of the Laws of the Land is in the Judiciary alone- Yet if the Legislative shall find that Mischiefs have, or may arise from such interpretation it is undoubtedly their province to explain their own Acts, so that no further Doubts may occur in the future Construction of them in such particular Cases as shall be brought before the Judiciary for their Explanation or Interpretation.

Thus it is the undoubted province of the Judiciary to interpret all Laws whatsoever; altho’ the Legislative may by a future Act explain any point not sufficiently clear in a former Act. For every Interpretation of a Law by the G. A. [General Assembly] in reality amounts to enacting a new Law, which is their undoubted province.

This I conceive agreeable to the principle laid down by Baron Montesquieu, that the same Man or body of Men should not enact Laws, & afterwards carry them into Execution, for in this Case he observes arbitrary Laws may first be made & then tyrannically executed, or interpreted -and this is also the Spirit of our Constitution, which will not permit the Legislative to expound or interpret a Law as applying to particular Persons or Cases, altho’ they have undoubtedly the right to explain their General Pollicy.

For if the Legislative have a right to determine or explain the Laws judicially, that is to decide in *particular Cases* the Judiciary, who are by the Constitution appointed as a counterpoise to it, is entirely annulled, & one of the Pillars on which our Government is established is totally destroyed.

But as this right of Interpretation does not exist in the Legislative, not yet in the Executive, it is consequently vested in the Judiciary alone, for neither according to the Constitution *shall exercise the powers properly belonging to the other.*

It being presumed as admitted that the power of interpreting all the Laws of this Commonwealth in particular Cases, is vested in the Judiciary alone, it follows that they alone (If any of the Departments of Government can do it) can decide what is or is not Law, and consequently (I should presume) on the validity or nullity of different Laws contradicting each other.

In Britain I have generally understood that it is a rule in the Construction of Statutes to consider a later Statute, which contradicts a former (so essentially as that they can not be construed so as to stand together) as repealing the former Statute.

The same Rule may with equal propriety I presume be adopted in construing all acts of the General A [Assembly]: of this Commonwealth.

But, I conceive there is a very wide Distinction between an Act of Assembly which may at any time be altered, or repealed, and that Bulwark of the Liberties of the Citizens of this Commonwealth, the Constitution, as framed agreeable to their Bill of Rights which is declared to be the *Basis and Foundation of Government*.

Under this idea I conceive the Constitution not liable to any alteration whatsoever by the Legislative, without destroying that Basis and Foundation of Government.

Therefore I hold, that any Act of the Legislative, absolutely contradictory, or repugnant to the Constitution, to be absolutely null and void -& consequently that the Judges are not bound to consider such Act as a Law.

For altho' it be true that the Judges are sworn to decide in all matters brought before them agreeably to the Laws of the Land, yet is the Constitution the first Law by which they are bound, and any Decision contrary thereto is absolutely subversive of that Government of which it is undoubtedly the Basis and Foundation.

But it may be urged -Magna Charta[,] the Habeas Corpus Act, & the British Bill of Rights tho' constitutional Acts, may, nay, have been altered by the British Parliament, more than once.

To this I reply that no parallel can possibly be drawn between the Constitution of G. B. [Great Britain] & this Country. The Acts above referred to are by some of the ablest Politicians of that nation considered only as Acts explanatory of that Constitution, which has existed to use their own phrase from time beyond the memory of Man; and that all the Rights and Privileges therein set forth were the inherent and indefeasible Rights of Englishmen equally as if those Acts explaining them had never been made. Therefore the Constitution of G. B. [Great Britain] partakes of the nature of their common Law, which can only be collected from immemorial Usages, or such Statutes as have from time to time been made to explain it; or amend it.

Now the Parliament of G. B. [Great Britain] having power not only to explain the Common Law, but also the Constitution, it follows that they may by a subsequent Act explain certain points of the Constitution differently from what they were explained in a former Act, which different explanation while it amounts to a repeal of a former Act, is only considered as placing what really was the Constitution in it's proper light.

Thus by this Fiction in Law, (for it seems to deserve that name) the British Constitution may be modelled agreeably to the Will of Parliament, whose omnipotence in this Instance seems generally admitted.

But the case is otherwise with our Constitution -the British is constructive- Ours is express -the British is traditional; and different points of it have been explained at different Times, & by different Parliaments, and in different Modes. Ours on the contrary was framed with all the solemnity of an original Compact between Citizens about to establish a Government most agreeable to themselves. That it might not be liable to be infringed it is founded on a Bill of Rights which is declared to form the Basis & Foundation of Government; and that it might not be misinterpreted it was committed to writing and made public to all the Citizens who became parties thereto.

Here then are explained those Fundamental Principles of our Government which the Judi-

ciary Department is constituted the Guardian. And this is the touchstone by which every Act of the Legislative is to be tried. If any Act thereof shall be found absolutely & irreconcilably contradictory to the Constitution, it can not admit of a Doubt that such act is absolutely null & void.

For the Constitution being the Act of the political Legislature, and in nature of an original Compact between the Citizens of the Commonwealth, the civil Legislature (as was I conceive in a very masterly manner argued by an honourable Gentleman of the G. C. [General Court]) being and inferior or subordinate Institution can not have power to annul or avoid any part of the Constitution so established.

But if every Act of the General Assembly, tho diametrically opposed to the Constitution, be valid as a Law, it follows that the G: A: [General Assembly] may at any time alter, repeal, or annul any part or the whole Body of the Constitution.

Yet there is no proposition in nature more generally admitted, than the Opinion is received in this Commonwealth, that no General Assembly can alter, repeal or annul a single iota of the Constitution.

Consequently all Laws repugnant thereto are ab Initio void. For if they are not void the Assembly have a right of altering[,] repealing, or annulling the Constitution. Now this Right being by universal concurrence of Opinion in the Citizens of the Commonwealth denied to exist in any General Assembly convened for the purposes of civil Legislation only, it follows that any Attempt to exercise such a Right is subversive of the Basis and Foundation of Government, & consequently is, & ought to be deemed absolutely void.

But still the important Question remains,

Whether the Treason Law be consistent with, or repugnant to the Constitution?

Here my Embarrassment is excessive on many Accounts -I have never seen the Treason Law. Nor am I competent to decide so nice a point as that which this Question includes. Yet the reasons offered, as I am informed, by an honourable member of the G. C. [General Court] that is what the Intention of the Constitution to leave as few Obstacles as possible in the way to mercy -& some other parts of the Constitution by which it appears that particular exclusive Priviledges have been reserved to the house of Delegates, have induced me to incline to the Opinion that the Spirit of our Constitution declares that the power of Pardoning in all Cases where it is not given to the Executive, is vested in the House of Delegates *alone*.

Upon these principles I should incline to think that the Treason Law can not be considered merely as an explanatory, but as an Act creative of powers in a set of Men to whom the Constitution has denied them.

It not only gives powers where the Constitution had tacitly denied them, but renders that incompleat & inadequate which the Constitution had declared fully sufficient.

For by the Constitution a pardon by Resolve of the H. [House] of Delegates in all Cases where the power of pardoning is taken from the Executive is compleat.

But by the Law that pardon in not compleat, unless the Senate shall concur in that resolve, with the H. [House] of Delegates.

Here then I apprehend we may draw an absolute Contradiction -For the Law declares that to be insufficient, which the Constitution had before declared to be fully sufficient, competent and compleat.

If this reasoning be admitted the Inference is plain -viz. that the prisoners are fully & compleately pardoned.

[Tucker's Revision, December 1793]

By the Act for establishing a Court of Appeals, Octr. 1778 The Jurisdiction of such Court is clearly confined no matters of Controversy, for the words *suits, Controversies and Causes* are the only words therein, descriptive, of the subjects to be submitted to the Decision of the Court.

By the same Act no *suits, controversies, or Causes* can be brought before that Court from any other, but by petn: appeal or Writ of Error, after a *final judgement*, or by Adjournment *before decision* on Acct. of Difficulty.

Now the Judgement of the General Court having being *final and Execution* awarded accordingly, it follows that *under* this Act the present Case could not have been properly submitted to the Decision of the Court of appeals.

And as the Law makes mention of no other subjects for the Decision of the Court but *suits, controversies, and Causes*, which I conceive to be mere Terms of *Litigation*, it seems equally to follow that *under* this Act the Court of Appeals can have no right to determine in criminal Cases.

But the act for constituting the Court of Appeals sets the matter in a different Light.

The first Clause demonstrates that it is an enlarging Statute (at least of compared with the former), for it expressly gives the Court an original Jurisdiction, altho' it does not define in what Cases suits shall be instituted therein.

A succeeding Clause is in these words. "This Court shall have Jurisdiction, *not only in Suits* originating there, and adjourned thither for Trials by Virtue of any Statute, which Trials shall be by Juries according to the Course of Law, but also in such as shall be brought before them by *Appeals & Writs of Error* to reverse Decrees of the H. C. of C. Judgements of the G. C. & Sentences of the Court of Admiralty, after those Decisions shall be *final there*, if the Matter of controversy be equal in value, exclusive of Costs to fifty pounds, or be a Freehold or Franchise; and *also in such Cases* as shall be removed before them by Adjournment from the other Courts before mentioned, when *Questions* in their Opinion, new & difficult occur.

This Clause distinguishes this act in several points from the Act for *establishing* the Court of Appeals.

First it declares the Court of Appeals to be capable of original Jurisdiction.

In the succeeding part of the Clause it points out the mode by which suits may be brought before this Court of Decision.

And in the latter part it declares the Court to have "Jurisdiction also in all such Cases as shall be removed before them by adjournment from the other Courts before mentioned, when Questions in their opinion new and difficult occur."

In this last Sentence the word Cases is clearly a word of much largers & more extensive Import than the words Suits, Controversies and Causes, which are the words of the former Statute and to which the first part of the Clause has reference. The latter as before observ'd seem to indicate matters merely of Litigation. The former applies equally to criminal as to civil Cases, & is indeed the most comprehensive word that could have been made use of in defining the power & Jurisdiction of the Court.

The word Questions in the same Sentence is likewise a word of comprehensive Sense & may apply to all subjects, civil, criminal or political, as arising in a Judiciary process.

Thus the succeeding Statute clearly gives the Jurisdiction in all Cases, removed to them by adjournment from any other Court.

An Objection may perhaps be made that where the Question is adjourned on account of Difficulty, from any other court, it must be done before Decision, and the Judgement of the General Court having been final, such adjournment can not be made.

The reply is ready -The first Statute, by which the Jurisdiction of the Court is confined to suits, Controversies and Causes, requires that the Adjournment be made before Decision- But the subsequent Statute, by which the powers & Jurisdiction of the Court are evidently enlarged makes no mention of the time when the adjournment should be made, and of course leaves the court open at any time to hear & determine Judgement in the nature final, altho' the peculiarity of the Circumstances attending it have rendered it otherwise.

Thus the Jurisdiction of the court is clearly established not only in criminal Cases, but I conceive in all cases which can possibly occur, whether civil, criminal, or political.

The last clause renders it's decision a rule for the Decision of the Court from whence the Question was adjourned.

Traducción al castellano

Alegato para el *Caso de los prisioneros*

(*Estado de Virginia c. Caton*)

Cámara de Apelaciones, 31 de octubre de 1782⁸⁴

Nota al margen de Tucker: "Memo. Esta nota fue dirigida a mi amigo Wm. Nelson, que propuso comparecer en nombre de los prisioneros, pero habiendo él preparado un alegato para la ocasión, me aconsejó que lo presentara ante la Cámara de Apelaciones, lo que hice. Quedó plasmado en papel con mucho apuro: lo comencé la noche en que lo di y lo terminé antes de irme a la cama".

Para el abogado W. N.:⁸⁵

El primer punto que surge en relación con la importante cuestión constitucional remitida

84 Traducción del inglés al español de Mariano Vitetta, revisada por el autor.

85 Tucker escribió este alegato en tres hojas plegadas compuestas por doce páginas numeradas.

por los jueces de la Corte General a la Cámara de Apelaciones es ¿si la Cámara de Apelaciones puede entender en el caso?⁸⁶

Con la presentación ante la Corte General, habría pensado que la mejor manera que ellos hubieran podido adoptar hubiera sido enviar a los detenidos a prisión hasta una fecha determinada dentro del próximo período de sesiones y luego llevarlos ante la Cámara para que se dicte sentencia.

Y aunque es imposible sin referencia a la ley mediante la que se constituye la Cámara de Apelaciones (algo que me resulta imposible, ya que nunca vi esa ley) decidir si la Cámara puede entender en cualquier asunto penal, sostengo que es incontrovertible que los jueces de la Corte General tienen derecho a consultar a los de la Cámara de Apelaciones en los casos en que surjan dificultades, aunque no estén obligados de manera absoluta a seguir esa opinión. Como se trata de una cuestión constitucional de mucha relevancia, entiendo que no puede debatirse con mucha solemnidad ni notoriedad. Por ende, me resulta evidente que lo que corresponde es debatir el tema abiertamente en la Cámara y no en los despachos de los jueces en privado y por separado.

Por ende, entiendo que los jueces de la Cámara de Apelaciones tienen total competencia para expedirse sobre la cuestión que se les presenta, aunque a partir de un análisis profundo y considerado de la ley de la legislatura⁸⁷ pueda entenderse que no se puede someter a su decisión un proceso penal llevando el expediente a la Cámara.

Admitida entonces la posibilidad de que los jueces de la Cámara de Apelaciones se expidan sobre puntos remitidos a ellos por la Corte General, la pregunta que sigue es esta:

¿Tienen los jueces el derecho a decidir sobre la validez o la nulidad de una ley positiva de la Legislatura aprobada con todas las formalidades legales?

Nuestro Bill of Rights establece: “los Poderes Ejecutivo y Legislativo del estado estarán separados del Poder Judicial”. Nuestra Constitución repite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial estarán separados, *de modo tal que ninguno de ellos ejerza los poderes que les corresponden a los demás*.⁸⁸

Creo que no hay lugar a dudas para sostener que la facultad que compete al Poder Judicial es la de explicar las leyes de la nación tal como se aplican a los casos particulares. En consecuencia, cuando surgen tales casos, la interpretación de las leyes del país le *corresponde al Poder Judicial de manera exclusiva*.⁸⁹ Sin embargo, si el Poder Legislativo considera que se han cometido o que pueden cometerse errores a partir de tal interpretación, no hay dudas de que le corresponde explicar sus propias leyes, de modo tal que ya no surjan dudas en el futuro a la hora de interpretarlas en casos particulares que se planteen ante los tribunales para su explicación o interpretación.

En consecuencia, no hay dudas de que es competencia del Poder Judicial interpretar todas

86 Tucker tachó el pasaje en *itálica* al revisar sus notas en 1793, presumiblemente al momento de decidir el caso *Kemper v. Hawkins* como juez, en el que declaró inconstitucional una ley estatal (véase más abajo).

87 N. de T.: se refiere al Poder Legislativo local del estado de Virginia.

88 Énfasis en el original.

89 Énfasis en el original.

las leyes, aunque el Poder Legislativo pueda explicar en una ley posterior algún punto que no sea lo suficientemente claro en una ley anterior. Toda interpretación de una ley por parte de la Legislatura General en realidad es equivalente a la aprobación de una ley nueva, que sin dudas es de su competencia.

Entiendo que este criterio es compatible con el principio enunciado por el Barón de Montesquieu de que no puede ser que el mismo hombre o conjunto de hombres aprueben las leyes y luego las ejecuten. Según él, si así fuera, podrían dictarse leyes arbitrarias que luego se ejecutarían o interpretarían de manera tiránica. Este es el espíritu de nuestra Constitución, que no permite que el Poder Legislativo explique ni interprete la aplicación de una ley a personas o casos *específicos*, aunque no hay dudas de que tiene el derecho de explicar su *política general*.⁹⁰

Si el Poder Legislativo tiene derecho a determinar o explicar las leyes judicialmente, es decir, a decidir *casos en particular*,⁹¹ el Poder Judicial, que está diseñado en la Constitución como contrapeso, quedaría totalmente anulado. De tal modo, quedaría destruido por completo uno de los pilares en los que se basa nuestro Gobierno.⁹²

Pero como este derecho de interpretación no le corresponde al Poder Legislativo, ni siquiera al Poder Ejecutivo, por ende, queda conferido solo al Poder Judicial, ya que conforme a la Constitución *ningún poder puede ejercer las facultades que les corresponden a los otros poderes*.⁹³

Presumiendo que se admita que la facultad de interpretar las leyes de este estado en casos particulares esté conferida de manera exclusiva al Poder Judicial, se deduce que solo el Poder Judicial (si es que algún poder del Estado puede hacerlo) puede decidir qué es y qué no es derecho, y en consecuencia (presumiría) puede expedirse sobre la validez o la nulidad de leyes diferentes que se contradigan entre sí.

Tengo entendido que en Gran Bretaña existe una regla de interpretación legislativa por la cual una ley posterior que se contradiga con una ley anterior (de modo tan esencial que no puedan interpretarse para que ambas tengan vigencia) deroga la ley anterior.

Con igual corrección puede aplicarse, presumo, la misma regla para interpretar todas las leyes de la Legislatura General de este estado.

Sin embargo, entiendo que hay una distinción muy marcada entre una ley de la Legislatura que puede modificarse o derogarse en cualquier momento y ese baluarte de las libertades de los ciudadanos de este estado que es la Constitución, diseñada conforme al Bill of Rights que se considera *la base y el fundamento del Gobierno*.⁹⁴

Conforme a esta concepción, entiendo que la Constitución no puede ser modificada de ningún modo por parte del Poder Legislativo sin destruir esa base y fundamento del Gobierno.

90 Énfasis en el original.

91 Énfasis en el original.

92 Tucker intercaló la frase “para determinar o explicar las leyes judicialmente, es decir”. Entre este párrafo y el siguiente intercaló las frases “Nuestra Const. [ilegible] a la *maison des Phi*. No es una cuestión de privilegio, sino de la Const.”; “No consult. con [ilegible]”.

93 Énfasis en el original.

94 Énfasis en el original.

Por ende, sostengo que toda ley del Poder Legislativo que sea absolutamente contradictoria o repugnante en relación con la Constitución es absolutamente nula y sin efecto; en consecuencia, los jueces no están obligados a considerar que tal ley es derecho.

Aunque sea verdad que los jueces asumen sus cargos bajo juramento para decidir en todos los casos planteados ante ellos de conformidad con las leyes de la nación, la Constitución es la primera ley a la que están sometidos, y toda decisión contraria a ella es absolutamente contraria al Gobierno del cual es, sin lugar a dudas, su base y fundamento.

Pero puede sostenerse que la Magna Carta, la Ley de Habeas Corpus y el Bill of Rights británico, aunque son leyes constitucionales, pueden haber sido modificados y, en efecto, han sido modificados por el Parlamento británico en más de una oportunidad.

A esto respondo que no hay posibilidad de trazar una comparación entre la Constitución de Gran Bretaña y este país. Las leyes mencionadas más arriba son, para los políticos más destacados de aquella nación, meras leyes explicativas de esa Constitución que existe, para usar su frase, desde tiempos inmemoriales. También entienden que todos los derechos y privilegios que aparecen allí eran los derechos inherentes e inalienables de los ingleses que tenían vigencia de todos modos aun si las leyes que los explicaban nunca se hubieran promulgado. Así, la Constitución de Gran Bretaña participa en la naturaleza de su *common law*, que solo puede recogerse de usos inmemoriales o de las leyes que se hayan aprobado oportunamente para explicar o modificar ese derecho.

Pues bien, como el Parlamento de Gran Bretaña tiene facultades no solo para explicar el *common law*, sino también la Constitución, se sigue que puede, mediante una ley posterior, explicar ciertos puntos de la Constitución de un modo diferente al que se habían explicado en una ley anterior. Tal explicación diferente, si bien equivale a una derogación de la ley anterior, es solo considerada como que fija lo que en realidad era la Constitución correctamente interpretada.

Entonces, mediante esta ficción jurídica (parece merecer este nombre) la Constitución británica puede moldearse según la voluntad del Parlamento, cuya omnipotencia en esta instancia ya está admitida de manera general.

Sin embargo, la situación es diferente con nuestra Constitución: la británica es tácita; la nuestra, expresa. La británica es tradicional, y diferentes cuestiones suyas han sido explicadas en diferentes épocas y por diferentes parlamentos y según modalidades diferentes. Por el contrario, la nuestra estaba moldeada con todas las solemnidades de un pacto original entre ciudadanos para crear un Gobierno que los satisficiera en mayor medida. Para que no pueda incumplirse, se funda en un Bill of Rights que se declara base y fundamento del Gobierno. Y para que no sea malinterpretada se plasmó por escrito y se hizo pública para todos los Ciudadanos que se convirtieron en partes de ella.

Aquí entonces se explican los Principios Fundamentales de nuestro Gobierno, respecto de los cuales el Poder Judicial se erige como Guardián. Y esta es la piedra angular según la cual debe analizarse toda ley del Poder Legislativo. En caso de que alguna de sus leyes fuera considerada absoluta e irreconciliablemente contradictoria con la Constitución, no puede admitirse duda alguna de que esa ley es absolutamente nula y sin efecto.

Como la Constitución es la ley del Poder Legislativo político, y en su naturaleza es un pacto original entre los ciudadanos del estado, el Poder Legislativo civil (como creo que argumentó con mucha solidez un caballero de la Corte General)⁹⁵ al ser una institución inferior o subordinada no puede tener facultades para anular o dejar sin efecto parte alguna de la Constitución así establecida.⁹⁶

Pero si todas las leyes de la Legislatura General son válidas como derecho aun siendo diametralmente opuestas a la Constitución, se sigue que la Legislatura General en cualquier momento puede modificar, derogar o anular una parte o la totalidad de la Constitución.

No obstante, no hay proposición en la naturaleza que sea admitida de manera más generalizada en este estado que la de que ninguna Legislatura General puede alterar, derogar o anular siquiera una coma de la Constitución.

En consecuencia, todas las leyes que sean contrarias a la Constitución son nulas *ab initio*. Si no lo fueran, la Legislatura tendría el derecho de modificar, derogar o anular la Constitución. Ahora bien, dado que la existencia de ese derecho es denegada por la opinión universal de los ciudadanos del estado a toda Legislatura General convocada a los efectos de sancionar legislación civil únicamente, se sigue que todo intento de ejercer tal derecho es contrario a las Bases y al Fundamento del Gobierno, por lo que, en consecuencia, es y debe considerarse absolutamente nulo.

Pero sigue sin responderse la pregunta importante: la Ley de Traición ¿es adecuada a la Constitución o contraria a ella?

En este punto, reconozco que estoy avergonzado por varias cuestiones. Para empezar, nunca vi la Ley de Traición. Tampoco estoy capacitado para decidir el punto tan detallado que incluye esta pregunta. Sin embargo, las razones ofrecidas, según me informan, por un honorable miembro de la Corte General, en el sentido de que era intención de la Constitución dejar la menor cantidad posible de obstáculos para la misericordia y otras partes de la Constitución en las que parece que se han reservado privilegios exclusivos para la Cámara de Delegados, me inducen a inclinarme en el sentido de que el espíritu de nuestra Constitución declara que la facultad de indultar en todos los casos no asignados al Poder Ejecutivo quedan asignados *solamente* a la Cámara de Delegados.⁹⁷

Sobre la base de estos principios, me inclinaría a pensar que la Ley de Traición no puede ser considerada como meramente explicativa, sino que es una ley creadora de facultades para un grupo de hombres a quienes la Constitución se las ha denegado.

No solo otorga facultades en casos en que la Constitución las había denegado tácitamente, sino que torna incompleto e inadecuado lo que la Constitución había declarado completamente suficiente.

Ello es así porque, conforme a la Constitución, el indulto resuelto por la Honorable Cá-

95 Es evidente que Tucker se refiere a un abogado que ejercía ante la Corte General.

96 En el margen izquierdo, Tucker escribió: “La Constitución es la barrera que no puede transgredir el Poder Judicial”.

97 Énfasis en el original.

mara de Delegados es completo en todos los casos en los que la facultad de indultar es sacada al Poder Ejecutivo.

Pero conforme a la ley, ese indulto no está completo, a menos que el Senado preste su conformidad junto con la aprobación de la Cámara de Delegados.

En este punto, entiendo que podemos encontrar una contradicción absoluta: la ley declara que es insuficiente lo que la Constitución había declarado totalmente suficiente, competente y completo.⁹⁸

Si se admite este razonamiento, se colige con claridad que los prisioneros han sido indultados de manera completa y total.

[Revisión de Tucker, diciembre 1793]⁹⁹

Conforme a la ley de creación de la Cámara de Apelaciones de octubre de 1778, la competencia de ese Tribunal queda restringida a asuntos controvertidos, ya que las palabras *demandas*, *controversias* y *causas*¹⁰⁰ son las únicas palabras que describen las materias que pueden ser objeto de decisión de la Cámara.¹⁰¹

Conforme a la misma ley, no se pueden iniciar *demandas*, *controversias* ni *causas* ante la Cámara a partir de otro órgano jurisdiccional, sino mediante petición, ya sea por apelación o recurso de revisión, después de dictada una *sentencia definitiva* o por remisión *antes de que se dicte sentencia* en virtud de la dificultad.¹⁰²

Ahora que la sentencia de la Corte General es definitiva y se ha ordenado su ejecución, se sigue que *conforme a esta ley* el presente caso no se podría haber presentado adecuadamente para la decisión de la Cámara de Apelaciones.¹⁰³

Y como la ley no menciona otros objetos para la decisión de la Cámara que no sean las *demandas*, *controversias* y *causas*, que entiendo son meros sinónimos de *litigios*, parece de igual modo que puede derivarse que la Cámara de Apelaciones no puede tener derecho a decidir en *casos penales* conforme a esta ley.¹⁰⁴

98 Tucker insertó: “La Cámara de Delegados no puede renunciar a un privilegio constitucional”.

99 La revisión posterior de Tucker se ocupó solo de la cuestión de la competencia, que no trató acabadamente en su memorial original porque no había tenido acceso a la ley mediante la que se constituyó la Cámara de Apelaciones en 1779. Escribió estas notas adicionales (presentadas junto con el memorial original) en una hoja única doblada en dos, con esta anotación: “Cuestión constitucional. Este alegato en un principio quiso ser una nota para el Sr. Nelson, pero por su sugerencia fue pronunciado ante la Cámara de Apelaciones en noviembre o diciembre de 1782. Después de revisarlo con la distancia de los once años que pasaron, concluyo que no cambié mi opinión, aun si la prisa con que redacté el documento en su momento dio lugar a ciertas imprecisiones que quizás hoy habría evitado. 8 de diciembre de 1793”.

100 En el original en inglés “*suits, Controversies & Causes*”.

101 Hening (1821, pp. 522-525).

102 Énfasis en el original.

103 Énfasis en el original.

104 Énfasis en el original.

Sin embargo, la ley mediante la que se constituye la Cámara de Apelaciones adopta otra postura.¹⁰⁵

La primera cláusula indica que se trata de una ley extensiva (al menos si se la compara con la anterior), en tanto otorga a la Cámara una competencia original, aunque no define en qué casos se podrán presentar demandas allí.

Le sigue esta cláusula: “Esta Cámara tendrá competencia no solo en los casos que se originen en ella y en los aplazados para juicio en virtud de una ley, que deberán ser por jurados conforme al derecho, sino también en los casos que se susciten por apelación y recurso de revisión para revocar resoluciones de la *High Court of Chancery*, decisiones de la Corte General y sentencias del Tribunal Marítimo, una vez que tales resoluciones sean consideradas finales en los respectivos tribunales, en tanto el asunto en controversia sea igual en valor, con exclusión de costos, a cincuenta libras o que implique la propiedad absoluta o una franquicia; y también en los casos que lleguen por remisión de los tribunales antes mencionados, cuando se produzcan cuestiones que a su opinión sean nuevas y difíciles”.¹⁰⁶

Esta cláusula distingue a esta ley en puntos diferentes de la ley por la que se constituye la Cámara de Apelaciones.

En primer lugar, declara que la Cámara de Apelaciones puede tener competencia original.

En la parte siguiente de la cláusula indica de qué manera pueden presentarse acciones ante esta Cámara para su decisión.

Y en la última parte establece que la Cámara tiene “competencia también en todos los casos que se presenten ante ella por remisión de los otros tribunales mencionados, cuando se produzcan cuestiones que en su opinión sean nuevas y difíciles”.¹⁰⁷

En la última oración, la palabra *casos* claramente es mucho más amplia y extendida que las palabras *demandas*, *controversias* y *causas*, que son las de la ley anterior y a la que hace referencia la primera parte de la cláusula. Como se observó antes, la última pareciera indicar solo asuntos *litigiosos*. Lo anterior se aplica tanto a los casos *penales* como *civiles*, y también es, de hecho, la palabra más abarcadora que se podría haber usado para definir las facultades y la competencia de la Cámara.¹⁰⁸

La palabra *cuestiones* en la misma oración es igualmente una palabra de sentido abarcador y puede aplicarse a todas las materias, *civiles*, *penales* o *políticas* que surjan en un proceso judicial.¹⁰⁹

Así, la ley posterior claramente asigna competencia en todos los *casos* que les lleguen por remisión de otro tribunal.¹¹⁰

105 En el margen, Tucker escribió “Const.”. La ley de constitución de la Cámara de Apelaciones de 1779 puede consultarse en Hening (1822, pp. 89-92).

106 En el margen izquierdo, Tucker escribió: “a saber, demandas”.

107 Énfasis en el original.

108 Énfasis en el original. En el margen izquierdo, Tucker escribió: “Casos”.

109 Énfasis en el original. En el margen izquierdo, Tucker escribió: “Cuestiones”.

110 Énfasis en el original.

Quizás pueda objetarse que, en caso de que se transfiera la cuestión en razón de su dificultad, a partir de otro tribunal, debe hacerse *antes de la sentencia*, y cuando la sentencia de la Corte General sea definitiva, no podrá hacerse tal remisión.¹¹¹

La respuesta es clara: la primera ley, por la que la competencia de la Cámara está limitada a las demandas, controversias y causas, exige que la remisión sea anterior a la sentencia, pero la ley posterior, por medio de la cual claramente se agrandan las facultades y la competencia de la Cámara, no menciona el momento en el que puede hacerse la remisión, y por supuesto deja abierto a la Cámara la posibilidad de que entienda en esas *cuestiones nuevas y difíciles* y las decida, como este caso, que claramente surgió a raíz de una sentencia definitiva, aunque la peculiaridad de las circunstancias en torno a ellas le haya dado otro tinte.¹¹²

De este modo, la competencia del tribunal queda claramente establecida no solo en los casos penales, sino en todos los casos que pudieran surgir, ya sean civiles, penales o políticos.

La última cláusula hace que la decisión sea una regla para la decisión del Tribunal desde el que se remitió la cuestión.

111 Énfasis en el original.

112 Énfasis en el original.

EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. UN CUARTO DE SIGLO DE EQUILIBRIO PARTIDARIO: 1981-2007

Alberto B. Bianchi

Universidad Austral. Universidad Católica Argentina

ab@bgcv.com.ar

Recibido: 13/01/2022

Aeptado: 16/03/2022

Resumen

Desde 1981 hasta 2007, el Congreso de los Estados Unidos tuvo un reparto de poder bastante equilibrado entre republicanos y demócratas, aunque muchos de sus eventos pueden dar la sensación de que predominaron los primeros. Ronald Reagan emergía como una figura política fuerte luego de muchas décadas de predominio demócrata y, en el Congreso, Newt Gingrich –extravagante, imprudente y controvertido– no alcanzó las metas que se había propuesto, pero hizo mucha propaganda con su *contract with America*. Probablemente, el legado republicano más estable y duradero de estos años haya sido el rearmado de la Corte Suprema, que dejó de ser el tribunal liberal de las décadas de 1960 y 1970 para convertirse en un cuerpo cada vez más conservador, una tendencia que se ha acentuado en los últimos años. El equilibrio entre ambos partidos se verifica también en los escándalos más notorios del período. Reagan quedó claramente involucrado en el *affaire Iran-Contras* y Clinton fue presa de su aventura romántica, que lo condujo hasta el juicio político, aunque probablemente nunca estuvo muy cerca de la destitución. Ya en los últimos años de este período, los hechos terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la guerra de Irak contribuyeron notablemente a incrementar el poder del Ejecutivo sobre el Congreso, como ocurre con todas las emergencias.

Palabras clave: derechos civiles, juicio político, *lobby*, contrato con América, *affaire*, líderes políticos, mayorías, minorías, acuerdo del Senado, elecciones, corrupción política.

The United states Congress. A Quarter of a Century in Partisan Balance: 1981-2007

Abstract

From 1981 to 2007, there was a certain balance of power between Republicans and Democrats in the U.S. Congress, although a number of events that took place over that period of time

may create the impression that Republicans prevailed. After several decades of Democrat predominance, Ronald Reagan was emerging as a strong political figure, while in Congress Newt Gingrich—flamboyant, reckless and controversial—failed to reach the goals he had set for himself, but attracted a lot of attention with his “contract with America”. The most stable and lasting Republican legacy from those years was probably the rearrangement of the Supreme Court, which ceased to be the liberal court of the 1960s and 1970s to become an increasingly conservative body, a trend that has continued over the last few years. The balance between both parties was also reflected in the most notorious scandals of those years. Reagan was clearly involved in the Iran-Contras affaire, while Clinton’s romantic escapades eventually ended in impeachment, although he was probably never too close to being removed from office. In the last few years of that period, the terrorist attacks of 9/11 and the war in Iraq did a great deal to increase the power of the Executive Branch over Congress, as is the case with all emergency situations.

Key words: civil rights, impeachment, lobbying, contract with America, affaire, political leaders, majorities, minorities, Senate consent, elections, political corruption.

1. Idas y venidas electorales	533
2. La impronta republicana en los primeros años	534
3. Los líderes del período	536
3.1. En el House	536
3.2. En el Senado	540
4. Dos casos de corrupción	542
4.1. El caso Abscam	542
4.2. Los “Keating Five”	543
5. Las elecciones legislativas de 1986	544
6. El <i>affaire</i> “Iran-Contra”	544
6.1. Antecedentes	545
6.2. La Tower Commission	548
6.3. La investigación en el Congreso	549
6.4. Los resultados finales	550
7. Dos grandes batallas por el acuerdo de jueces para la Corte Suprema	551
7.1. Robert H. Bork	551
7.2. Clarence Thomas	551
8. La Ethics Reform Act of 1989	554
9. El “Año de las Mujeres” en el Senado	556
10. El Congreso y el Distrito de Columbia	557
11. La Enmienda XXVII	559
12. Dos nuevos casos de corrupción	560
12.1. El <i>House banking scandal</i>	560
12.2. El <i>Post Office scandal</i>	560
13. La Revolución Republicana. <i>El contract with America</i>	561
13.1. Las elecciones de 1994	561
13.2. El programa de gobierno	562
14. La información legislativa <i>online</i>	564
15. La aplicación de las leyes de derechos civiles en el Congreso	565
16. Una nueva regulación del <i>lobby</i>	565
17. Los conflictos presupuestarios entre Clinton y el Congreso y los <i>shutdowns</i> de 1995 y 1996	566

18. El juicio político contra Bill Clinton	566
18.1. Los antecedentes. La investigación del Independent Counsel	566
18.2. El procedimiento en el <i>House</i>	569
18.3. El juicio en el Senado	570
19. John Glenn. Un senador en el espacio	572
20. El empleo del veto y las reacciones judiciales	573
20.1. El veto de bolsillo (<i>pocket veto</i>)	573
20.2. El <i>line item</i> veto	574
20.3. El veto legislativo	574
21. Las elecciones del año 2000 y las curiosidades del 107° Congreso (2001-2003)	577
22. Los hechos terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la respuesta del Congreso	579
22.1. Los hechos	579
22.2. La legislación dictada en consecuencia	580
22.3. Los casos planteados por estas leyes y las decisiones de la Corte Suprema	581
22.4. La comisión investigadora y su informe	583
22.5. El ataque con ántrax	586
23. La Bipartisan Campaign Reform Act de 2002 y los casos judiciales que ha suscitado	587
24. Reflexiones sobre este período	588

1. Idas y venidas electorales

Las elecciones generales del 4 de noviembre de 1980 cambiaron sustancialmente el panorama político de los Estados Unidos. Ese día, Ronald Reagan venció por una amplia mayoría a Jimmy Carter,¹ cuya popularidad había descendido fuertemente.² 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.³ En el House, los demócratas perdieron 33 bancas y los republicanos recuperaron 34, pero, aun así, los primeros retuvieron la mayoría.⁴

Esta elección marcó el inicio de un nuevo período en el Congreso,⁵ extendido desde el 97° Congreso (1981-1983) hasta el 109° Congreso (2005-2007),

1 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.

2 La popularidad de Carter había sufrido un fuerte golpe con la toma de 52 rehenes en la embajada de los Estados Unidos en Irán, en noviembre de 1979, por parte de fanáticos islámicos, militantes del Ayatollah Khomeini, como protesta por haber permitido que el ex Sha Reza Pahlevi, enfermo de cáncer, fuera atendido en una clínica de New York. En abril de 1980, el Gobierno de Carter intentó recatarlos en una misión que resultó un fracaso y la situación de los cautivos fue resuelta recién 444 días después, durante el Gobierno de Reagan, luego de que los bancos norteamericanos descongelaran las cuentas iraníes por una suma de unos 8 mil millones de dólares.

3 La distribución de las bancas resultó así: 53 republicanos y 46 demócratas.

4 Los demócratas quedaron con 243 bancas y los republicanos con 192.

5 En los trece Congresos anteriores (desde el 84° hasta el 96°), los demócratas habían tenido mayoría en ambas cámaras.

donde el reparto de poder entre uno y otro partido se fue alternando en un equilibrio con cierta ventaja en el Senado para los republicanos; y en el House, para los demócratas, aunque con menor diferencia.⁶ Así, durante los tres primeros Congresos (97º, 98º y 99º), los republicanos controlaron el Senado; y los demócratas, el House. En los cuatro Congresos siguientes (100º, 101º 102º y 103º), los demócratas tuvieron mayoría en ambas cámaras. En los tres siguientes (104º y 105º y 106º), la situación se invirtió y los republicanos, aprovechando la excelente elección que hicieron en 1994, recuperaron la mayoría en el Senado y en House. En el 107º Congreso, la situación volvió a equilibrarse, pues los demócratas volvieron a tener mayoría en el Senado, y en los dos últimos dos (108º y 109º), los republicanos controlaron nuevamente las dos cámaras.

El siguiente cuadro permite ver con más claridad estos vaivenes:

Congreso	Mayoría en el Senado	Mayoría en el House
97º (1981-1983)	Republicana	Demócrata
98º (1983-1985)	Republicana	Demócrata
99º (1985-1987)	Republicana	Demócrata
100º (1987-1989)	Demócrata	Demócrata
101º (1989-1991)	Demócrata	Demócrata
102º (1991-1993)	Demócrata	Demócrata
103º (1993-1995)	Demócrata	Demócrata
104º (1995-1997)	Republicana	Republicana
105º (1997-1999)	Republicana	Republicana
106º (1999-2001)	Republicana	Republicana
107º (2001-2003)	Demócrata	Republicana
108º (2003-2005)	Republicana	Republicana
109º (2005-2007)	Republicana	Republicana

2. La impronta republicana en los primeros años

Con la llegada de Ronald Reagan a la Casa Blanca, el Grand Old Party (GOP) encontró el líder que no había tenido desde fines de la década de 1950, cuya

6 A lo largo de estos trece Congresos, los republicanos tuvieron mayoría en ocho de ellos (97º, 98º, 99º, 104º, 105º, 106º, 108º y 109º) y los demócratas en el House tuvieron la mayoría en siete (97º a 103º).

influencia se hizo sentir en ambas cámaras.⁷ Si bien en el Senado esta impronta fue más marcada, también fue sensible en el House. Varios de los senadores que no renovaron la banca en las elecciones de 1980 eran antiguos demócratas liberales, que fueron reemplazados por senadores conservadores –más jóvenes– decididamente adherentes a Reagan, que ocuparon en las comisiones legislativas los puestos que dejaron aquellos. En el House, a su vez, si bien los demócratas conservaron formalmente la mayoría en los siete primeros Congresos, muchos representantes del sur, de tendencia conservadora, se alinearon con los republicanos, lo que redujo fuertemente el número de legisladores opositores a las nuevas políticas.⁸ Este grupo, oficialmente denominado Conservative Democratic Forum,⁹ estaba integrado por unos cuarenta representantes, que fueron clave en la formación de las mayorías al momento de votar las leyes. Uno de sus más notorios integrantes fue William Philip (Phil) Gramm, de Texas, considerado un traidor por su partido.¹⁰ Todo ello colaboró, durante los primeros años de Reagan, a imponer una agenda legislativa basada en la reducción de impuestos y de programas de asistencia social y a incrementar el gasto público en defensa para doblar el poderío militar de la Unión Soviética, provocando una fuerte tensión interna entre ambos partidos.

Comienza así, en este período, una mayor polarización entre ambos partidos, fruto del fenómeno de homogeneización interna de sus respectivas tendencias ideológicas, que perdura hoy día y se ha ido acentuando. Hasta ese momento, tanto los demócratas como los republicanos albergaban en sus filas una

7 Guy Sorman (1985) describe a Reagan de manera prosaica, pero no exenta de verdad: “A juzgar por los ataques de la izquierda norteamericana, Ronald Reagan viene a ser el más ideólogo de todos los presidentes del país. En Estados Unidos, esto no es un cumplido. Paradoja, pues, de un político sin formación ni pasado intelectuales, de un hombre simple y sin modales, portador y encarnación al mismo tiempo de un sistema de pensamiento que supera con mucho a su persona. El hecho es que su victoria de 1980 es un testimonio de la cristalización de unas corrientes de opinión hasta entonces dispersas. Todos los componentes de la derecha norteamericana se reúnen, por primera vez en la historia, alrededor de un candidato único. Esas corrientes, que provisionalmente calificaremos de conservadoras antes de analizarlas en detalle, son hoy las dominantes, no sólo en la derecha, en el seno del Partido Republicano, sino también en el interior de la izquierda, donde el Partido Demócrata rechaza a sus dirigentes más ‘liberales’, como Edward Kennedy” (p. 26).

8 Al igual que en el Senado, en el House dejaron la banca antiguos liberales como Albert C. Ullman, que había presidido desde 1974 la poderosa Comisión de Presupuesto (Ways and Means Committee).

9 Se los llamaba extraoficialmente los *boll weevils*, un término acuñado a mediados del siglo XX para designar a los demócratas sureños conservadores. El *boll weevil* es un escarabajo que se cría en las plantas de algodón.

10 Gramm, elegido como demócrata, se afilió al GOP en 1983 y, en 1984, fue electo senador, banca que retuvo hasta 2002.

amplia gama ideológica, pero, a partir de 1980, se produjo un realineamiento en el cual los republicanos pasaron a ser un partido de tinte cada vez más conservador; y los demócratas, un partido netamente liberal. Esto se nota particularmente en el sur, donde los antiguos demócratas conservadores pasaron a ser republicanos y los demócratas se convirtieron en un partido integrado, esencialmente, por blancos liberales y afroamericanos.

En su momento, este fenómeno, que se replicaba también en otras partes del mundo,¹¹ parecía ser una revolución conservadora que sucedía a medio siglo de dominio liberal.¹² Hoy día, con la perspectiva que nos dan los 40 años pasados desde entonces, podemos decir que fue más bien una renovación conservadora pasajera, una más de las muchas que ha habido en otras épocas, y probablemente sigan existiendo como parte del *corsi e ricorsi* de cada partido, en el cual encuentra su equilibrio el sistema político norteamericano.

3. Los líderes del período

3.1. En el House

Esta división partidaria está personalizada, en particular, por los dos *Speakers* más notorios del período aquí analizado: James Claude (Jim) Wright Jr., de

11 Recordemos que Reagan formaba, junto con Margaret Thatcher en el Reino Unido, el papa Juan Pablo II, Helmut Kohl en Alemania y Anwar el Sadat en Egipto, un grupo de líderes de tendencia política similar. Francia, en cambio, salía del conservadorismo de Valéry Giscard d'Estaing para ingresar en el socialismo de François Mitterrand.

12 Como es inevitable para quien analiza con gran entusiasmo un fenómeno que está todavía ocurriendo, Guy Sorman (1985) carga la pluma y describe la situación como si la izquierda liberal se hubiera agotado: "A partir de Roosevelt, lo chic en Estados Unidos está en la izquierda. Ha sido así sin interrupción desde 1933 hasta 1980. Durante más de 40 años ha sido la izquierda la que ha dado el tono, el buen tono de las modas, de las ideas, de las soluciones políticas y económicas. Sus portavoces han dominado la vida intelectual, los medios de comunicación, la enseñanza, la justicia y los debates políticos. La alternancia en el poder de los republicanos conservadores y de los demócratas progresistas no cambió nada: la izquierda siguió siendo el Establishment, incluso en la oposición. Cuando Eisenhower o Nixon ocuparon la Casa Blanca, también tuvieron que rendir cuentas, públicamente, a la izquierda. Durante la caza de brujas del maccarthysmo, cuando el Vietnam o cuando el Watergate, las iniciativas de derecha fueron siempre juzgadas según los criterios de la izquierda. Fue la izquierda la que inició la guerra del Vietnam con John Kennedy, pero también fue la izquierda la que exigió y obtuvo que la interrumpiera Nixon, un presidente de derecha. Desde 1978, ese modelo ha comenzado a ser discutido, superado. El discurso liberal se repite sin innovar. La política personal de izquierda -Carter-Kennedy- está desacreditada. El radical chic de los snobs de la costa Este ha pasado de moda. Por primera vez desde 1932, la izquierda americana ya no tiene programa. Sus reacciones ante la agresividad conservadora se limitan a denunciar sus efectos perniciosos y a rememorar la herencia histórica de la Gran Sociedad. No hay nada en lo inmediato que permita entrever, en ese sentido, un esbozo de reconstrucción ideológica o simplemente programática. En resumen, la izquierda americana está agotada" (p. 33).

Texas, por los demócratas, y Newton Leroy (Newt) Gingrich, de Georgia, por los republicanos. Cada uno se destacó –a su turno– por su ambiciosa personalidad, los dos tuvieron que renunciar, y si bien no ejercieron el cargo en forma prolongada, su liderazgo fue sensible. Tuvieron, en síntesis, una gloria pasajera y un ocaso muy similar.

Jim Wright sucedió a Tip O’Neil en el 100° Congreso (1987-1989), quien había conducido el House durante cinco Congresos consecutivos, desde 1977 hasta 1987. Pese a ser un veterano legislador,¹³ durante sus dos primeras décadas en el Congreso,¹⁴ Wright no se había destacado por ninguna actividad en particular. Como tal, tampoco se había creado enemigos. Había integrado la Comisión de Obras Públicas y, en 1976, fue elegido *House Majority Leader*, derrotando en la contienda –por muy escaso margen– a Richard W. Bolling, de Missouri, y a Phillip Burton, de California, dos poderosos legisladores de entonces. Tampoco tuvo una actuación especialmente destacada como líder de la mayoría, salvo por haber impulsado, en 1979, una reforma (la Wright Amendment)¹⁵ a la Ley de Desregulación Aérea de 1978,¹⁶ que protegía de la competencia al Dallas/Fort Worth International Airport.¹⁷

En enero de 1987, al comenzar el 100° Congreso, fue elegido *Speaker*. Había competido para el cargo con Robert H. Michel, republicano de Illinois, otro veterano legislador,¹⁸ vencéndolo por una mayoría de 254-173. Desde la presidencia del House, Wright empezó rápidamente a desarrollar sus condiciones de líder,¹⁹ pero lo hizo apresuradamente, con mucha ambición y escasa prudencia, ganándose los enemigos que no había tenido hasta entonces en ambos lados del arco político. Sus partidarios demócratas lo acusaban de comportarse como un *lonely ranger* por no ser consultados en muchas de sus decisiones²⁰ y, paralelamente, enfureció a los republicanos por entrometerse demasiado en el caso de los “contras” en Nicaragua, un tema altamente sensible para la Casa Blanca.²¹

13 Inició su carrera política como miembro de la Cámara de Representantes de Texas en 1947.

14 Había ingresado al House en el 84° Congreso (1955-1957).

15 Public Law 96-192: 94 Statutes at Large 35.

16 Airline Deregulation Act of 1978, Public Law 95-504; 92 Statutes at Large 1705.

17 Cabe mencionar que Wright había nacido en la ciudad de Fort Worth.

18 Era miembro del House desde el 85° Congreso (1957-1959).

19 Algunos, incluso, ya pretendían compararlo con Joseph Cannon, el icónico *Speaker* de comienzos del siglo XX.

20 Entre sus enemigos demócratas figuraba Leslie Aspin, de Wisconsin, un influyente legislador que sería luego secretario de Defensa (1993-1994) en la administración de Clinton.

21 Wright no solo se opuso al apoyo que la administración Reagan les estaba dando a las milicias antisandinistas en Nicaragua, sino que pretendió liderar las tratativas de paz entre ambos grupos

Todo ello desató, como revancha, una serie de investigaciones éticas impulsadas por Newt Gingrich, que terminaron forzando su temprana renuncia.²² En 1988, la Comisión de Ética (House Committee on Ethics) comenzó a investigar las abultadas ganancias que había obtenido por la venta de su libro *Reflections of a Public Man*, publicado en 1984, el cual había sido adquirido, principalmente, por lobistas en actos y campañas políticas.²³ Como resultado de ello y de otros cargos, la Comisión de Ética, luego de diez meses de investigación, produjo, en abril de 1989, un devastador informe en contra de Wright. Se sumó a estas acusaciones el haber designado como uno de sus principales asesores a John Mack, cuñado de su hija, que había sido condenado a 15 años de prisión por lesiones graves, pero había obtenido rápidamente la libertad condicional e ingresó a trabajar en el Congreso al ser liberado.²⁴ Apremiado por las circunstancias, Wright renunció como *Speaker* en junio de 1989 y se retiró de la vida política.²⁵

A Jim Wright lo sucedió Thomas S. Foley, de Washington, que en ese momento era líder de la mayoría demócrata, luego de vencer a su oponente, Robert H. Michel, líder de la minoría republicana, por 251-164 votos. Foley tenía una personalidad muy diferente a la de Wright e intentó, con cierto éxito, reconstruir la relación entre ambos partidos. Pese a que su mandato se extendió a lo largo de tres Congresos,²⁶ no ha pasado a la historia como un *Speaker* relevante.

Sí lo fue, en cambio –para bien o para mal– su sucesor, Newt Gingrich, cuya personalidad, exuberante y controvertida, desarrolló con plenitud cuando fue elegido *Speaker* en el 104º Congreso (1995-1997), luego del extraordinario triunfo republicano en las elecciones de 1994.²⁷ Gingrich fue el primer *Speaker*

en conflicto en ese país, interfiriendo en las relaciones internacionales, incluso llegó a reunirse privadamente con Daniel Ortega, el entonces (y actual) presidente nicaragüense.

22 Ver Barry (1989).

23 Se decía que estos derechos de autor encubrían donaciones en exceso de lo legalmente permitido. Se lo acusó también de recibir, junto con su esposa, beneficios impropios de George Mallick, un desarrollador inmobiliario de Texas.

24 La víctima era Pamela Small, quien, luego de ser atacada con un martillo y herida con un cuchillo, fue abandonada por John Mack al borde de la muerte, pese a lo cual logró sobrevivir y pudo relatar el episodio. Andrea Dworkin, una militante activista, entre otros, se encargó de difundir las críticas a Wright por este hecho.

25 Se recluyó en la docencia: fue profesor de un curso de Ciencia Política en la Texas Christian University.

26 Foley fue *Speaker* en los Congresos 101º (1989-1991), 102º (1991-1993) y 103º (1993-1995).

27 Había ingresado como miembro del House en el 96º Congreso (1979-1981) por el 6º distrito de Georgia, luego de haber sido un poco destacado profesor de Historia en la West Georgia University. El 6º distrito de Georgia había sido creado por el 29º Congreso (1845-1847) y Gingrich fue su prim-

del GOP luego de 40 años de mayoría demócrata ininterrumpida.²⁸ Cuando asumió,²⁹ se propuso poner en marcha el más puro y estricto programa del manual de la derecha republicana,³⁰ conocido en su momento como “Contract with América”, al que me referiré más adelante,³¹ el cual produjo una serie de controversias con la Casa Blanca, ocupada entonces por Bill Clinton, dando lugar en dos ocasiones al cierre temporal de las oficinas del Gobierno federal por falta de aprobación de la Ley de Presupuesto.³²

Tal como le ocurrió a Jim Wright, su falta de prudencia y su personalidad agresiva no solo le hicieron ganar enemigos entre los demócratas, sino también entre sus propias filas. Como resultado de ello, los primeros lo denunciaron en 84 oportunidades durante su primer mandato por violaciones a normas de ética. Todos esos cargos fueron desechados, salvo uno.³³ Si bien con motivo de estas acusaciones tuvo el apoyo de sus partidarios en el House, estos comprendieron que Gingrich ya se estaba convirtiendo –muy tempranamente– en un problema. Fue así que, en julio de 1997, un grupo integrado por John A. Boehner,³⁴ Richard K. Arme y³⁵ y Thomas D. DeLay³⁶ le encomendaron a Leon William (Bill) Paxson³⁷ que le aconsejara renunciar. Gingrich se negó, alegando que si renunciaba y se llamaba a una nueva elección, podía ganar el demócrata Richard Gephardt con los votos republicanos disidentes.

Su caída se produjo, de todos modos, poco después. En 1998, promovió el

er representante republicano, luego de triunfar sobre John Flynt, que lo había representado en los seis Congresos anteriores (1965-1979).

28 Su antecesor más inmediato había sido Joseph W. Martin Jr., en el 83° Congreso (1953-1955). Tal vez por ello la revista *Time* eligió a Gingrich, en 1995, como *man of the year*.

29 Había derrotado a su oponente, Richard A. Gephardt, por 228-220 votos.

30 Se valía para ello de la mayoría que el GOP tenía también en el Senado, donde el líder de esa mayoría era Robert J. (Bob) Dole, un veterano legislador de Kansas con más de tres décadas en el Congreso.

31 Ver apartado 13.

32 Ver apartado 17.

33 En enero de 1997, el House, por amplia mayoría (395-28), lo amonestó por haber empleado con fines políticos una organización de estudios para los republicanos, exenta de impuestos, de la que Gingrich formaba parte, llamada GOPAC. Dado que en el curso de la investigación no prestó la debida colaboración, fue condenado, además, a pagar 300 mil dólares por el costo del proceso.

34 Por entonces, Boehemer, de Ohio, era presidente del Caucus Republicano y posteriormente fue *Speaker* (2011-2015).

35 Army, de Texas, era el líder de la mayoría republicana en el House.

36 DeLay, de Texas, era el *Chief Whip* republicano.

37 Paxson, un lobista, era por entonces representante por New York.

juicio político contra Bill Clinton, con motivo de su *affaire* con Monica Lewinsky,³⁸ creyendo que ello acarrearía un triunfo republicano en las elecciones de ese año. El resultado electoral, sin embargo, fue un fracaso³⁹ y Gingrich tuvo que renunciar en enero de 1999, al término del 105º Congreso (1997-1999). Luego de dejar el House, no volvió a ejercer cargos electivos, pero se ha mantenido activo en la política,⁴⁰ ha desarrollado otros emprendimientos⁴¹ y ha sido un prolífico escritor.⁴² Fue sucedido por Dennis Hastert, de Illinois, que fue *Speaker* a lo largo de cuatro Congresos⁴³ hasta que los republicanos perdieron la mayoría en las elecciones de 2006.⁴⁴ Poco relevante como *Speaker*, Hastert fue condenado varios años después, en 2016, por abuso sexual de menores, un delito en el que había incurrido en su juventud.⁴⁵ Poco antes de ello, había escrito un libro autobiográfico y testimonial sobre su experiencia como político y entrenador (Hastert, 2013).

3.2. En el Senado

Con excepción de Robert J. Dole, durante este período no se destacaron en el Senado figuras particularmente carismáticas. Ya mencioné que, a comienzos de la década de 1980, los líderes demócrata y republicano eran Robert C. Byrd, de West Virginia, y Howard H. Baker, de Tennessee, respectivamente.

Byrd, una figura más consular que carismática, había sido elegido líder de

-
- 38 Este hecho pone en evidencia una doble moral de Gingrich, pues al mismo tiempo que promovía el escándalo Clinton-Lewinsky, mantenía una relación extramatrimonial con Callista Louise Bisek, una empleada del Congreso, que luego sería su tercera mujer. Este antecedente no impidió que, en 2017, Donald Trump la nombrara embajadora ante la Santa Sede, probablemente como retribución al apoyo que Gingrich le había dado a su campaña presidencial.
 - 39 Lejos del éxito esperado, la elección del 1998 no fue buena para los republicanos. En el House perdieron cuatro bancas y en el Senado conservaron su mayoría de 55-45.
 - 40 Fue candidato presidencial en las elecciones de 2012, cuando Barack Obama renovó su mandato, pero perdió en las primarias ante Mitt Romney.
 - 41 En 1999 fundó una consultora, The Gingrich Group, que luego se enfocó en el asesoramiento a empresas de seguros médicos, denominándose Center for Health Transformation.
 - 42 El más reciente de sus libros es *Beyond Biden: Rebuilding the America We Love* (Gingrich, 2021).
 - 43 Hastert fue *Speaker* desde el 106º Congreso (1999-2001) hasta el 109º (2005-2007).
 - 44 El triunfo demócrata permitió que, en el 110º Congreso (2005-2007), fuera elegida *Speaker* Nancy Pelosi, de California, la primera mujer en ejercer ese cargo.
 - 45 Lo había cometido siendo *coach* (entrenador) del equipo de lucha (*wrestling*) de un colegio secundario en Illinois (Yorkville High School) en la década de 1970. Para evitar ser denunciado, Hastert hizo un acuerdo de “pago a cambio de silencio” (*hush money*), dinero cuya sospechosa extracción en efectivo promovió una investigación bancaria que fue el hilo conductor de la causa por abuso sexual.

los demócratas en el 95º Congreso (1977-1979) y retuvo su cargo hasta el 100º Congreso (1987-1989). En el 101º Congreso (1989-1991) fue reemplazado por George J. Mitchell, de Maine, que mantuvo esa posición hasta el 103º Congreso (1993-1995). A diferencia de Byrd, un experto conocedor del Senado enteramente dedicado a la política nacional,⁴⁶ la personalidad política de Mitchell se destacó más en el campo internacional que en el nacional. En el Senado fue un líder promedio,⁴⁷ en las relaciones internacionales tuvo participación activa en el proceso de paz de Irlanda del Norte y elaboró los llamados “Mitchell Principles”, que sentaron las bases del acuerdo.⁴⁸

Baker, por su lado, como líder de la mayoría había llevado adelante el programa republicano durante la primera presidencia de Reagan y fue reemplazado en el 99º Congreso (1985-1987) por Robert J. Dole, de Kansas, que lideró a los senadores republicanos –primero en la mayoría y luego en la minoría– hasta mediados del 104º Congreso (1995-1997). Había ingresado al Congreso como representante en 1961⁴⁹ y, en las elecciones de 1968, fue electo senador para el 91º Congreso (1969-1971). A partir de entonces, fue reelecto sucesivamente hasta su renuncia, en 1996, cuando se presentó como candidato presidencial para las elecciones de ese año, perdiendo contra Bill Clinton, que renovó su mandato para el período 1997-2001.⁵⁰ Esto puso fin a su carrera política, pero no a su popularidad, que fue creciendo merced a sus constantes apariciones en programas de televisión, en los que hacía gala de su simpatía y buen humor.⁵¹ De hecho, en 1986, con el apoyo de Byrd, como líder de la entonces minoría demócrata logró que el Senado autorizara la televisación permanente de sus

46 Debido a su dedicación a la política, algo que había aprendido de Lyndon B. Johnson, en 1971 había logrado arrebatarle a Edward (Ted) Kennedy, mucho más entregado a su vida social, la posición de *Majority Whip*, que retuvo hasta 1977, cuando fue elegido líder de la mayoría.

47 Durante su período como líder de la mayoría, el Senado aprobó el North American Free Trade Agreement (NAFTA) en 1994 y la creación de la World Trade Organization (WTO) en 1995.

48 Antes de entrar en la política, había sido juez federal de distrito, pero parecería que la carrera judicial no le interesaba en particular, pues, cuando se retiró el juez Harry Blackmun de la Corte Suprema en 1994, Clinton le ofreció ocupar la vacante y la rechazó. Ya retirado de la política, ocupó cargos directivos en empresas importantes, tales como Disney y Unilever.

49 Antes de ello había sido legislador (1951-1953) y fiscal estatal (1953-1961). Asimismo, combatió durante la Segunda Guerra Mundial en el norte de Italia, en la que logró sobrevivir a una herida muy grave en la espalda que le produjo una discapacidad parcial en el brazo derecho. Luego, escribió un libro autobiográfico sobre su tiempo como oficial del ejército (Dole, 2006).

50 Es evidente que, para ese entonces, el mapa político de Estados Unidos había cambiado, pues en el colegio electoral Dole ganó en casi todos los estados del sur.

51 Estaba casado con Mary Elizabeth Alexander Hanford, muy activa también en la política y senadora por North Carolina entre 2003 y 2009.

sesiones,⁵² una cuestión que había suscitado hasta ese momento una fuerte oposición de algunos senadores como Claiborne Pell, un veterano legislador demócrata de Rhode Island.⁵³ La decisión fue acompañada de una reforma al Cloture Rule (Regla XXII), que disminuyó a treinta las horas que podía durar el debate luego de aprobada la clausura.⁵⁴ Los sucesores de Dole en la conducción republicana en el Senado –Chester Trent Lott, de Mississippi, y William H. Frist, de Tennessee– no fueron líderes particularmente notables.

4. Dos casos de corrupción

4.1. El caso Abscam

En 1981 salió a la luz un escándalo que sacudió a la opinión pública. Hacia fines de la década de 1970, el FBI montó una operación encubierta⁵⁵ con la ayuda de Melvin Weinberg, un estafador y exconvicto convertido en informante, para descubrir una red de corrupción cuyas ramificaciones llegaron hasta el Congreso. Los agentes del FBI, que pretendían ser árabes ricos, supuestamente accionistas o inversores de Abdul Enterprises,⁵⁶ ofrecían sumas de dinero a cambio de favores políticos, entre otros, la obtención de licencias para instalar

52 Senate Resolution No. 28.

53 Ver: https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/live_television.htm.

54 Recordemos que, bajo la reforma de 1979, el *post cloture debate* podía durar hasta cien horas. Con la reforma de 1986, la sección 2 de la Regla XXII quedó redactada de esta manera: “2. [...] at any time a motion signed by sixteen Senators, to bring to a close the debate upon any measure, motion, other matter pending before the Senate, or the unfinished business, is presented to the Senate, [...] the Presiding Officer shall, without debate, submit to the Senate by a yea-and nay vote on the 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 three-fifths of the Senators duly chosen and sworn [...] the 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. Thereafter no Senator shall be entitled to speak in all more than one hour on the measure, [...] After no more than thirty hours of consideration of the measure, motion, or other matter on which cloture has been invoked, the Senate shall proceed, without any further debate on any question [...] The thirty hours may be increased by the adoption of a motion, decided without debate, by a three-fifths affirmative vote of the Senators duly chosen and sworn [...]”.

55 En la jerga policial se las llama *sting operations*. Ver: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/sting-operations>.

56 Abascam es apócope de “Abdul Scam”.

casinos. Cayeron en la trampa un senador⁵⁷ y seis representantes,⁵⁸ entre otras figuras,⁵⁹ quienes resultaron condenados a diferentes penalidades.⁶⁰

4.2. Los “Keating Five”

Lincoln Savings and Loan Association, una compañía fundada en 1925, fue adquirida por Charles H. Keating Jr. en 1984. Entre otras actividades, se dedicaba a captar dinero de inversores –muchos de ellos, jubilados– que luego era invertido en préstamos hipotecarios.⁶¹ Cuando sobrevino la crisis del sistema hipotecario (*savings and loan crisis*) a fines de la década de 1980, la compañía entró en insolvencia, produciendo graves pérdidas para sus inversores y un alto costo para el Gobierno federal.⁶² A raíz de ello, la Federal Home Loan Bank Board (FHLBB) dispuso iniciar una investigación por presunto fraude.

En el curso de este proceso, se comprobó que cinco senadores⁶³ habían recibido de Lincoln Savings contribuciones para sus campañas electorales por una suma de 1,3 millones de dólares, aproximadamente. Dado que los senadores fueron acusados por la FHLBB de no prestar la debida colaboración y de intentar proteger a Keating, intervino la Comisión de Ética del Senado.⁶⁴ La prensa, por su lado, le dio gran difusión al escándalo.⁶⁵ En sus conclusiones sobre la alegada connivencia entre Keating y los senadores en el fraude a los inversores,⁶⁶ la Comisión sostuvo que los senadores Cranston, Riegle y De Concini

57 Harrison A. Williams, demócrata de New Jersey.

58 Frank Thompson, demócrata de New Jersey, John Jenrette, demócrata de South Carolina, Raymond Lederer, demócrata de Pennsylvania, Michael Myers, demócrata de Pennsylvania, John M. Murphy, demócrata de New York, y Richard Kelly, republicano de Florida.

59 Fue condenado también Angelo Errichetti, intendente de Camdem, New Jersey.

60 Ver Greene (2013).

61 Dado que esta actividad había sido desregulada a comienzos de 1980, la captación de depósitos en esa década fue extraordinaria, no solo por parte de Lincoln Savings, sino también por todas las entidades financieras de su tipo.

62 Ver Day (1993).

63 Ellos eran: Alan Cranston, demócrata de California, Dennis DeConcini, demócrata de Arizona, John Glenn, demócrata de Ohio, John McCain, republicano de Arizona, y Donald W. Riegle Jr., demócrata de Michigan.

64 La Comisión estaba integrada por tres senadores demócratas, Howell Heflin (presidente), David Pryor y Terry Sanford, y tres republicanos, Warren Rudman (vicepresidente), Trent Lott y Jesse Helms.

65 Los senadores fueron presentados por los medios como los “Keating Five”.

66 La investigación comenzó en noviembre de 1989 y duró unos 22 meses.

no habían cometido fraude alguno, pero habían interferido indebidamente en la investigación de la FHLBB, mientras que Glenn y McCain fueron exonerados de este cargo y solamente se les imputó haber incurrido en *poor judgement* (juicio deficiente) en su obrar.⁶⁷ Keating, por su lado, luego de varios procesos judiciales muy controvertidos, llegó a un acuerdo sobre su culpabilidad y estuvo detenido casi 5 años.⁶⁸

5. Las elecciones legislativas de 1986

Después de ganar por amplio margen las elecciones presidenciales de 1980 y 1984, el Partido Republicano sufrió una fuerte derrota en las elecciones legislativas de 1986, para el 100° Congreso (1985-1987), justo en la mitad del segundo mandato de Reagan.⁶⁹ Las pérdidas republicanas se produjeron en ambas cámaras. En el Senado, donde el GOP tenía 55 bancas, contra 47 de los demócratas, la mayoría se invirtió. El primero perdió 8 bancas, que los segundos recuperaron a su favor. En el House las pérdidas fueron menores, pues los demócratas recuperaron 5 bancas, quedando con una mayoría de 258 bancas contra 177 de los republicanos.⁷⁰

6. El affaire “Iran-Contra”

Durante el segundo mandato de Ronald Reagan, tuvo lugar el *affaire* conocido como “Iran-Contra”, un caso que vinculó dos conflictos internacionales, geográficamente distantes, pero políticamente cercanos para los Estados Unidos: la revolución sandinista en Nicaragua, por un lado, y la inestabilidad en Medio

67 John McCain, incluso, fue reelecto sucesivamente hasta el 115° Congreso (2017-2019) y falleció en 2018 mientras se hallaba en ejercicio del cargo. Asimismo, compitió con George W. Bush en las primarias presidenciales de 2000 y fue candidato presidencial en las elecciones nacionales de 2008 –con Sarah Palin en la fórmula– contra Barack Obama, que obtuvo en ellas su primer mandato.

68 Ver Wells (2019).

69 Esta elección, conocida en la ciencia política como “Six-year itch”, es la que tiene lugar en el sexto año del mandato de un presidente. De acuerdo con una tradición histórica, esta elección suele perderla el partido que está en el gobierno. Así le sucedió a Ulysses Grant en 1874, a Woodrow Wilson en 1918, a Franklin D. Roosevelt en 1938, a Harry Truman en 1950, a Dwight Eisenhower en 1958, a Richard Nixon en 1974, a George W. Bush en 2006 y a Barack Obama en 2014.

70 El triunfo demócrata en el Congreso no se reflejó, en cambio, en las elecciones estatales, en las que los republicanos ganaron en 8 estados, equilibrando una balanza que, hasta ese momento, favorecía claramente a los demócratas. Antes de la elección de 1986, estos tenían 34 gobernaciones contra 16 de los republicanos. Con la elección de 1986, la distribución quedó en 26-24.

Oriente, por el otro, producida por la revolución islámica en Irán y la política expansionista de Saddam Hussein en Iraq.⁷¹

Ambos conflictos –que en su momento levantaron muchas críticas por el exceso de poder presidencial puesto en ellos– (Byrne, 2017) estuvieron ligados por la venta de armas en contra de disposiciones que la prohibían y el financiamiento de uno con otro, hecho que, bien conocido en los círculos íntimos de Washington, salió a la luz a raíz de su difusión inicial en un medio libanés,⁷² lo que dio lugar a una investigación llevada a cabo en el Congreso por sendas comisiones creadas en el House⁷³ y en el Senado,⁷⁴ las cuales trabajaron en forma conjunta, compartieron la información obtenida por cada una y produjeron, en noviembre de 1987, durante la primera sesión del 100° Congreso, un informe final de casi 700 páginas (U.S. Government Printing Office, 1987).

6.1. Antecedentes

Bajo el Gobierno del Sha Reza Pahlevi, Estados Unidos fue el principal proveedor de armas a Irán, así como de todos los accesorios y repuestos necesarios.⁷⁵ Estas ventas fueron interrumpidas en 1979, cuando se produjo la revolución islámica liderada por el Ayatollah Khomeini, agravada con la toma de rehenes en la embajada norteamericana en Teherán. Como resultado de ello, el Gobierno de Carter dispuso un embargo a la venta de armamentos a Irán, que luego fue continuada por Reagan. Esta decisión, empero, comenzó a mostrar sus inconvenientes cuando, en septiembre de 1980, el Gobierno iraquí, al mando de Saddam Hussein, invadió Irán. A raíz de ello, los asesores de Reagan comenzaron a persuadir al presidente de que el embargo de armas no solo era inefectivo,

71 Una de las recopilaciones de documentación y análisis más completas de este caso puede verse en Kornbluh y Byrne (1993).

72 Las primeras noticias sobre el financiamiento y asistencia norteamericanos a los “contras” que operaban desde Honduras para derribar el Gobierno sandinista de Nicaragua fueron revelados por *Al Shira'a*, una revista semanal libanesa el 3 de noviembre de 1986.

73 Select Committee to Investigate Covert Arms Transactions with Iran, creada por Resolución No. 12, del 7 de enero 1987.

74 Select Committee on Secret Military Assistance to Iran and the Nicaraguan Opposition, creada por Resolución No. 23, del 6 enero de 1987.

75 Bajo el reinado de Mohammad Reza Pahlevi, consolidado en 1953 luego del derrocamiento del Gobierno nacionalista de Mohammad Mosaddegh, Irán se convirtió en un fuerte aliado de los Estados Unidos en el mundo bipolar de la Guerra Fría. Merced a sus extensas reservas de petróleo, el Sha creó un Estado netamente prooccidental, aunque autoritario, dotado de poderosas fuerzas armadas modernamente equipadas por su proveedor. Ver Cooper (2018).

sino políticamente riesgoso también, pues Irán, que necesitaba nuevo equipamiento para repeler la invasión iraquí, no tenía dificultades para conseguir armas norteamericanas en el mercado internacional o, peor aún, podía comenzar a abastecerse con pertrechos de la Unión Soviética. Fue así que, oficialmente, el Departamento de Estado montó en 1983 una campaña instando a que ningún Gobierno le vendiera armas a Irán,⁷⁶ pero, extraoficialmente, esas armas eran vendidas por los Estados Unidos a través de canales israelíes.⁷⁷ El justificativo oficial de estos embarques era que Irán colaboraba para liberar a rehenes norteamericanos detenidos en 1981, en el Líbano, por Hezbollah.⁷⁸

Al mismo tiempo que el Sha era derrocado en Irán, los insurgentes sandinistas en Nicaragua hicieron lo suyo con el Gobierno de Anastasio Somoza, un antiguo dependiente de los Estados Unidos.⁷⁹ Esta revolución, producida por el Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN),⁸⁰ no traía buenos augurios para los Estados Unidos, en tanto perdían un aliado en América Central a favor de la Unión Soviética, que sumaba así un peón más en el tablero de la región.⁸¹ La caída de Somoza dividió las aguas políticas en Washington, D.C.

76 Fue la llamada “Operation Staunch”.

77 Ver Segev (1988).

78 Según fue revelado luego en la comisión de investigación del caso *Iran Contra*, el que organizó estos embarques de misiles antitanques (BGM-71 TOW y MIM-23 Hawk) era Manucher Ghorbanifar, un judío iraní exmiembro de la SAVAK, la policía secreta del Sha, operación de la cual participó como intermediario Adnan Khashoggi, célebre traficante de armas y uno de los hombres más ricos del mundo en la década de 1980. Ver Kessler (2017).

79 La dinastía de los Somoza había gobernado Nicaragua, con mano de hierro, desde la década de 1930. Anastasio Somoza García, abuelo de Anastasio Somoza Debayle –el presidente derrocado en 1979– se convirtió en el hombre fuerte del país luego de eliminar, en 1934, al general Augusto Sandino, su mentor político, que había organizado una insurrección contra la presencia de tropas norteamericanas en Nicaragua. Luego de ello, el presidente F. D. Roosevelt invitó a Somoza a Washington, D.C. y le rindió honores de jefe de Estado. Ello ha contribuido a tejer una conocida anécdota –nunca confirmada– según la cual, al ser criticado por su apoyo a Somoza, Roosevelt habría dicho: “Somoza podrá ser un hijo de p..., pero es nuestro hijo de p...” (*He [Somoza] may be a son of a bitch, but he’s our son of a bitch*). Ver Cohen y Major (2004, p. 798). Hay quienes le atribuyen estas palabras a Cordell Hull, secretario de Estado de Roosevelt, pero tampoco existe ningún documento que lo pruebe.

80 El FSLN, una organización político militar de izquierda, había sido fundada por Carlos Fonseca en 1961. Ver Zimmermann (2001).

81 Si bien inicialmente la revolución sandinista parecía estar imbuida de principios democráticos –con figuras moderadas como Violeta Barrios, viuda de Pedro Chamorro, dueño del diario *La Prensa*, opositor a Somoza y asesinado en 1978– pronto pudo verse que el sandinismo se inclinaba por el sendero de otra dictadura de signo contrario, como ha quedado demostrado luego de 40 años en los que Daniel Ortega ha ejercido el poder real. Si bien entre 1990 y 2007 se sucedieron los Gobiernos liberales de Violeta Barrios, José Arnoldo Alemán y Enrique Bolaños, Ortega regresó en 2007 y, desde entonces, parece dispuesto a perpetuarse en un Gobierno cada vez más dictatorial junto a

Algunos sostenían que el Gobierno norteamericano debía intervenir en forma directa para que Nicaragua no se convirtiera en otra Cuba. Otros, en cambio, además de tener ciertas prevenciones ideológicas, temían que, con la intervención, Nicaragua terminara siendo otro Vietnam. Como resultado de ello, no se intervino en forma directa, sino indirecta. La CIA comenzó a equipar, entrenar y financiar la actividad de los llamados “contra” (contrarrevolucionarios), es decir, de las milicias que pretendían derrocar la Junta Nacional de Reconstrucción liderada por Daniel Ortega.⁸² Esta operación, iniciada en diciembre de 1981, contó con poca aceptación popular y sus recursos financieros fueron restringidos por la llamada Boland Amendment,⁸³ una serie de leyes sancionadas entre 1982⁸⁴ y 1984⁸⁵ que limitaron, progresivamente, los fondos destinados a la contrarrevolución nicaragüense.

A pesar de estas restricciones legislativas, Ronald Reagan decidió continuar con la ayuda a los “contra”. Se valió para ello de la compleja red administrativa de inteligencia que asesora al presidente en materia de seguridad nacional,⁸⁶ en particular de sus National Security Advisors,⁸⁷ quienes montaron, supervisaron o bien permitieron el montaje de una operación llamada “The Enterprise”, que consistía en obtener fondos por diversos canales indirectos, públicos y privados, entre ellos, el producido de la venta (tercerizada) de armas a Irán. El encargado de dirigir personalmente esta operación fue el coronel Oliver L. North, veterano de Vietnam y por entonces miembro del *staff* del NSC. Como puede verse, “The Enterprise” involucraba dos actividades prohibidas: la ven-

Rosario Murillo, su mujer y actual vicepresidenta.

- 82 El más importante de estos grupos fue la Fuerza Democrática Nicaragüense, integrado por exmiembros de la Guardia Nacional de Somoza.
- 83 Su principal *sponsor* fue Edward P. Boland, representante demócrata de Massachusetts desde 1953 hasta 1989, políticamente ligado a los Kennedy.
- 84 69 Statutes at Large 1865 § 793.
- 85 98 Statutes at Large 1210 § 2907 y 98 Statutes at Large 1935 § 8066.
- 86 El principal de estos organismos es el National Security Council (NSC), creado en 1947 por la National Security Act (Public law 80-253; 61 Statutes at Large 495). Ver: <https://www.whitehouse.gov/nsc/>. El órgano ejecutivo del NSC es el National Security Advisor (NSA).
- 87 Si bien Reagan tuvo numerosos NSA, los principales responsables de diseñar y ejecutar esta operación fueron Robert McFarlane y John Poindexter. Es presumible también que haya estado involucrado William J. Casey, director de la CIA, pero no hay pruebas concretas de ello, salvo la entrevista que Bob Woodward relata haber tenido con Casey en febrero de 1987, cuando este estaba hospitalizado, en la cual Casey habría reconocido estar al tanto del desvío de armas a los “contra” (Woodward, 1987, p. 588). Casey murió poco después de un tumor cerebral, antes de testificar en las audiencias en el Congreso y la verdad sobre esa entrevista, cuya existencia la viuda de Casey ha negado, nunca pudo ser confirmada.

ta de armas a Irán y la asistencia financiera a los “contra”.⁸⁸ Bajo este ropaje aparentemente privado, la ayuda a los nicaragüenses contrarrevolucionarios se llevó a cabo entre 1984 y 1986 sin que el Congreso, ni la casa Blanca, estuvieran oficialmente ligados ni en conocimiento de las actividades conducidas por Oliver North.

Todo marchaba bien hasta que el 5 de octubre de 1986 fue derribado un avión C-123 que volaba sobre suelo nicaragüense portando armas, municiones, uniformes y medicinas. Eugene Hasenfus, el tripulante sobreviviente, fue capturado por los sandinistas y no se tardó mucho en descubrir su conexión con la CIA.⁸⁹ A partir de allí, los acontecimientos se precipitaron. Tal como ya mencioné, a comienzos de noviembre una publicación libanesa dio cuenta del incidente y, a fin de mes, Edwin Meese, el *Attorney General*, reconoció que con la venta de armas a Irán se financiaba la asistencia a los “contra”.⁹⁰ Como ocurre en todos estos casos, inmediatamente se crearon comisiones para investigar el caso.

6.2. La Tower Commission

Consciente del escándalo que se estaba preparando, Ronald Reagan apeló rápidamente al manual del buen político y creó una comisión presidencial investigadora del caso.⁹¹ El 1 de diciembre de 1986 fue puesta en funciones la llamada “Tower Commission”, presidida por John G. Tower, exsenador republicano por Texas,⁹² e integrada, además, por Edmund S. Muskie, demócrata de Maine,⁹³ y Brent Scowcroft, un oficial de la Fuerza Aérea.⁹⁴ Al día siguiente, el propio Reagan declaró ante la Comisión, reconociendo, con ciertos límites, que

88 Ver Draper (1991).

89 Conforme la documentación recuperada del avión, el vuelo había partido de una base ubicada en Miami controlada por la CIA, que dirigía un tal Félix Rodríguez, agente retirado de esta.

90 Los datos de todo ello figuran en el libro que escribió Laurence Walsh (1997), a quien mencionaré luego, que fue el *independent counsel* Walsh.

91 Ver Koh (1990).

92 Tower era un antiguo legislador que había ingresado al Senado en 1961, quien permaneció en la banca hasta principios de 1985. Había presidido la Comisión de las Fuerzas Armadas desde 1981 hasta 1985.

93 Muskie había sido secretario de Estado en el Gobierno de Carter (1980-1981) y senador desde 1959 hasta 1980.

94 Scowcroft había sido *National Security Advisor* de Nixon y de Ford (1973-1975), y lo fue también de George H. W. Bush (1989-1993).

tenía conocimiento del caso, cuestión sobre la cual admitió su responsabilidad como jefe de Estado en su autobiografía, publicada poco después de concluir su segundo mandato (Reagan, 1990, pp. 486-487). Luego de tomar testimonio a más de ochenta testigos,⁹⁵ la Comisión produjo su informe el 27 de febrero de 1987, en el que hizo recaer la responsabilidad principal en Oliver North, John Poindexter y Caspar Weinberger, el secretario de Defensa, y admitió, además, que Reagan había actuado con negligencia.⁹⁶

6.3. La investigación en el Congreso

Tal como ya señalé,⁹⁷ a comienzos de 1987 se constituyeron en el Congreso dos comisiones –una en el House⁹⁸ y la otra en el Senado–⁹⁹ para investigar el caso. Ambas trabajaron por separado, pero compartieron la información y produjeron un informe conjunto en noviembre de 1987, cuyo valor objetivo es realmente dudoso, ya que está dividido entre los demócratas y los republicanos, lo que denota la fuerte influencia político-partidaria que hubo en los resultados de la investigación. Los demócratas, superiores en número, votaron en la mayoría y los republicanos votaron en la minoría. Los primeros, naturalmente, fueron lapidarios para Reagan y sus colaboradores, acusándolos, en síntesis, de haber violado el sistema democrático.¹⁰⁰ Los segundos, en cambio, sin negar

95 Entre ellos se encontraban Manucher Ghorbanifar y Adnan Khashoggi, los intermediarios en la venta de armas.

96 Según el informe, Reagan era “accountable for a lax managerial style and aloofness from policy detail”. El texto completo del informe fue publicado en una edición especial del New York Times (Tower et al., 1987).

97 Ver notas 73 y 74.

98 La integraron quince representantes en total, nueve demócratas y seis republicanos. Los primeros fueron: Lee H. Hamilton (Indiana), su presidente, Dante B. Fascell (Florida), Thomas S. Foley (Washington), Peter W. Rodino (New Jersey), Jack B. Brooks (Texas), Leslie Aspin (Wisconsin), Edward P. Boland (Massachusetts), Edgar L. Jenkins (Georgia) y Louis Stokes (Ohio). Los representantes republicanos fueron: Richard (Dick) Cheney (Wyoming), William S. Broomfield (Michigan), Henry J. Hyde (Illinois), James A. Courter (New Jersey), Ira W. McCollum (Florida) y Richard M. DeWine (Ohio).

99 Esta Comisión estuvo integrada por once senadores en total, seis demócratas y cinco republicanos. Los primeros fueron: Daniel Ken Inouye (Hawaii), su presidente, George J. Mitchell (Maine), Samuel A. Nunn (Georgia), Paul Sarbanes (Maryland), Howell Heflin (Alabama) y David Boren (Oklahoma). Los republicanos fueron: Warren B. Rudman (New Hampshire), vicepresidente de la Comisión, James A. McClure (Idaho), Orrin G. Hatch (Utah), William Cohen (Maine) y Paul S. Trible (Virginia).

100 El tono netamente acusatorio del informe de la mayoría se nota en los siguientes párrafos: “The common ingredients of the Iran and Contra policies were secrecy, deception, and disdain for the

los hechos probados, encontraron numerosos justificativos en el obrar de la cadena de mando que iba desde North hasta Reagan.¹⁰¹

6.4. Los resultados finales

Pese a la notoriedad y a la alegada gravedad del caso, sus resultados finales fueron magros. Oliver North, imputado en dieciséis cargos planteados por Lawrence E. Walsh, designado en el caso como *Independent Counsel*,¹⁰² fue condenado en 1989 a una pena menor por algunos de ellos en primera instancia,¹⁰³ sentencia que fue revocada al año siguiente en la Cámara de Apelaciones por tecnicismos legales vinculados con la defensa en juicio.¹⁰⁴ Asimismo, de los altos funcionarios también imputados –entre otros cargos, por haber ocultado información u obstruido la investigación–, Caspar Weinberger, el secretario de Defensa, y Robert McFarlane, asesor de Seguridad Nacional, fueron indultados por George H. Bush en 1992.¹⁰⁵

law. A small group of senior officials believed that they alone knew what was right. They viewed knowledge of their actions by others in the Government as a threat to their objectives. They told neither the Secretary of State, the Congress nor the American people of their actions. When exposure was threatened, they destroyed official documents and lied to Cabinet officials, to the public, and to elected representatives in Congress. They testified that they even withheld key facts from the President [...] There was confusion and disarray at the highest levels of Government [...] The Iran-Contra Affair was characterized by pervasive dishonesty and inordinate secrecy [...]”. Fuente: https://www.brown.edu/Research/Understanding_the_Iran_Contra_Affair/h-themajorityreport.php.

- 101 Cito algunos párrafos del informe de la minoría en tal sentido: “President Reagan and his staff made mistakes in the Iran-Contra Affair. It is important at the outset, however, to note that the President himself has already taken the hard step of acknowledging his mistakes and reacting precisely to correct what went wrong. He has directed the National Security Council staff not to engage in covert operations. He has changed the procedures for notifying Congress when an intelligence activity does take place. Finally, he has installed people with seasoned judgment to be White House Chief of Staff, National Security Adviser, and Director of Central Intelligence [...] The bottom line, however, is that the mistakes of the Iran-Contra Affair were just that – mistakes in judgment, and nothing more. There was no constitutional crisis, no systematic disrespect for «the rule of law,» no grand conspiracy, and no Administration-wide dishonesty or coverup. In fact, the evidence will not support any of the more hysterical conclusions the Committees’ Report tries to reach [...]”. Fuente: https://www.brown.edu/Research/Understanding_the_Iran_Contra_Affair/h-thereport.php.
- 102 El *Independent Counsel* es un abogado designado por el tribunal en los casos que involucran a funcionarios del Gobierno federal. Su designación tiene lugar bajo lo previsto en 28 U.S. Code Chapter 40, §§ 591-599. Si bien es similar, no debe ser confundido con el *Special Counsel*, un funcionario de la U.S. Office of Special Counsel (OSC) que es designado por el *Attorney General* como “fiscal especial” en algunos casos para asegurar la independencia de la acusación. Ver: <https://osc.gov/>.
- 103 La sentencia fue dictada por el juez Gerhard Gesell del U.S. District Court for the District of Columbia.
- 104 *United States of America v. Oliver L. North*, 910 F.2d 843 (D.C. Circuit 1990).
- 105 También fueron indultados Elliott Abrams, asistente del asesor nacional de Seguridad, y Duane

7. Dos grandes batallas por el acuerdo de jueces para la Corte Suprema

En 1987 y 1991 se produjeron dos propuestas para la designación de jueces en la Corte Suprema que ocasionaron gran revuelo y acarrearón, como consecuencia ello, una gran atención del público, generando una intensa discusión en el Senado. La primera de ellas, planteada por Ronald Reagan, fue la de Robert Bork, quien no obtuvo el acuerdo; la segunda fue la de Clarence Thomas, enviada por George H. Bush, que, con gran esfuerzo y muy escaso margen, logró superar, entre otras objeciones, las acusaciones de acoso sexual formuladas por Anita Hill.

7.1. Robert H. Bork

Reagan ya había cubierto dos vacantes en la Corte Suprema con jueces afines al ideario republicano¹⁰⁶ y, en junio de 1987, se le presentó una tercera oportunidad cuando Lewis F. Powell, un conservador moderado que usualmente actuaba como *swing vote* entre liberales y conservadores, anunció inesperadamente su retiro. Si bien tensar la cuerda con la propuesta de Robert Bork, un candidato ideológicamente más radical que los dos anteriores, era toda una apuesta,¹⁰⁷ el presidente decidió jugar fuerte y envió la propuesta al Senado el 1 de julio de 1987, pocos días después de producida la vacante de Powell.¹⁰⁸ Finalmente, si esta nominación era rechazada –algo que siempre está en los cálculos de un típico “animal político” como Reagan–, le quedaba todavía tiempo suficiente para elegir a un republicano más atenuado, como en definitiva ocurrió.¹⁰⁹

Robert Heron Bork, profesor de Derecho Constitucional en Yale University y por entonces juez de la U.S. Court of Appeals for the District of Columbia

Clarridge, Clair George y Alan Fiers, tres agentes de la CIA involucrados en el caso.

106 En 1981 había nombrado a Sandra Day O'Connor, conservadora moderada y primera mujer en la Corte Suprema de los Estados Unidos, que sucedió a Potter Stewart. Luego, en 1986, fue designado Antonin Scalia, que ocupó el sillón de William Rehnquist cuando este fue designado *Chief Justice* en reemplazo de Warren Burger.

107 Recordemos que los republicanos habían perdido la mayoría en el Senado en las elecciones de 1986. Ver apartado 5.

108 Bork esperaba ser propuesto para ocupar un sitio en la Corte desde 1974. Nixon se lo había prometido cuando era *Attorney General*, pero el escándalo de Watergate lo impidió. De hecho, cuando en 1975 se retiró William O. Douglas, la vacante fue cubierta por Gerald Ford con la designación de John Paul Stevens, un conservador muy moderado que fue tornándose liberal a medida que la Corte se fue inclinando hacia la derecha.

109 De hecho, el sucesor de Powell fue Anthony Kennedy, que también cumplió el rol de *swing vote*, inclinando la balanza entre liberales y conservadores en uno u otro sentido.

Circuit,¹¹⁰ fue –y así ha pasado a la historia– como la quinta esencia del intelectual de la derecha norteamericana. Fuertemente antiabortista (Bork, 1991, pp. 199-200), y con perspectivas muy particulares e impopulares sobre la legislación antimonopólica (Bork, 1978), su credo político antiliberal ha quedado reflejado en numerosos trabajos.¹¹¹ Cargaba en su haber, además, la llamada *Saturday Night Massacre*, ocurrida siendo *Attorney General* de Nixon, cuando ordenó la dimisión de Archibald Cox como fiscal especial en el caso Watergate, algo que los demócratas no le perdonarían.

En el Senado, donde los demócratas habían recuperado la mayoría en las elecciones de 1986,¹¹² le esperaba a Bork una dura batalla que no superó. El tratamiento de la propuesta fue inaugurado con un célebre e inflamado discurso del entonces senador Edward Kennedy, pronunciado el mismo día en que se formuló la candidatura,¹¹³ en el que sostuvo que la designación de Bork acarrearía calamidades tales como un retroceso en la libertad de las mujeres para abortar, la segregación de los afroamericanos, la censura de escritores disidentes, el allanamiento nocturno de los domicilios, etc.¹¹⁴ Luego de esta poco cálida bienvenida, Bork tuvo que enfrentar al Judiciary Committee, cuya presidencia había retornado a manos de los demócratas. Si bien se esperaba que volviera a presidirla Edward Kennedy, este optó por la de Trabajo (Labor Committee) y el entonces senador Joseph (Joe) Biden, de Delaware, se hizo cargo –con cierta reticencia– de la Comisión de Asuntos Judiciales.¹¹⁵ Su primera tarea fue formar

110 Había sido nombrado por Reagan en 1982.

111 Entre otros, Bork (1996).

112 En esa elección, además, los republicanos habían perdido algunos *hardliners*, como Jeremiah Denton, de Alabama, un marino que había sido prisionero de guerra de los vietnamitas durante ocho años, James Abdnor, de South Dakota, y Paula Hawkins, de Florida.

113 El discurso ha pasado a la historia como “Robert Bork’s America”, porque así comienza uno de sus párrafos más duros en contra de Bork,

114 En textuales palabras, Kennedy sostuvo en la parte principal de su discurso: “Robert Bork’s America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens’ doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists could be censored at the whim of the Government, and the doors of the Federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens for whom the judiciary is –and is often the only– protector of the individual rights that are the heart of our democracy. President Reagan is still our president. But he should not be able to reach out from the muck of Irangate, reach into the muck of Watergate and impose his reactionary vision of the Constitution on the Supreme Court and the next generation of Americans. No justice would be better than this injustice” (ver: <https://www.c-span.org/video/?172452-2/judge-bork-nomination>).

115 Por aquel entonces, Joe Biden ya estaba preparando su candidatura presidencial, una aspiración que recién pudo concretar muchos años después en las elecciones de 2020. De hecho, fue candidato en 1988 y también en 2008, aunque en esta segunda ocasión finalmente integró, como vicepresidente,

con sus colaboradores más estrechos¹¹⁶ un equipo que revisara las nominaciones y aconsejara rechazar las que se consideraran inaceptables, de modo tal de invertir el menor tiempo posible en chequear los antecedentes de los candidatos. Ello le permitió dedicar mucho tiempo a la candidatura de Bork que, por su importancia, lo colocaba en la primera fila de la escena política.

Biden atacó a Bork en todos los campos.¹¹⁷ En lo político, organizó una fuerte campaña en su contra con la ayuda de líderes sureños,¹¹⁸ a quienes advertía muy tenazmente que la nominación de Bork pondría en peligro todo el régimen de los derechos civiles. También logró que testificaran en las audiencias de confirmación William Coleman, exsecretario de Transporte, y Barbara Jordan, activista de los derechos civiles y exrepresentante por Texas.¹¹⁹ Ambos afroamericanos, sus testimonios fueron sumamente efectivos para desacreditar a Bork. En lo doctrinario, para revisar las opiniones jurídicas de Bork, fue consultado Laurence Tribe, un acreditado profesor de Derecho Constitucional en Harvard de tendencia ultraliberal.¹²⁰ Tampoco faltó la propaganda publicitaria, en la que un grupo denominado People for the American Way contrató a Gregory Peck para que presentara a Bork como un extremista enemigo de la libertad.

Con todos estos antecedentes, las audiencias en el Senado, que tuvieron lugar en noviembre, se convirtieron en un plebiscito nacional en torno a lo que el pueblo norteamericano interpretaba sobre la Constitución y el rol de los jueces. En ellas, el desempeño de Bork no fue bueno, no porque le faltara talento, sino por su falta de tacto y sensibilidad. Si bien fue afable, se mostró intelectual y distante, y cuando le preguntaron por qué quería ser juez de la

la fórmula con Barack Obama. Ciertamente, ocupar la presidencia de la Comisión de Asuntos Judiciales le restaba tiempo para su campaña política y, además, es un cargo de poca importancia presupuestaria, en el cual deben tomarse decisiones que generan adversarios. No obstante, presidir una comisión importante le otorgaba una notoriedad que todo aspirante a ocupar la Casa Blanca requiere.

- 116 Esta *task force* estaba liderada por Patrick J. Leahy, senador por Vermont, quien además es actor y, como tal, ha actuado en varias películas de Batman.
- 117 Un recuento muy detallado de la intensa actividad de Biden para obtener el rechazo de la nominación de Bork puede verse en Schwartz (1988, pp. 122-142).
- 118 Uno de ellos fue J. Bennett Johnson, de Louisiana, que organizó una serie de seminarios para aleccionar a otros senadores más jóvenes sobre el peligro que implicaban Reagan y sus acólitos para los derechos civiles.
- 119 Recordemos que años antes, en 1973, Jordan había participado muy efectivamente también en las audiencias para promover el juicio político contra Nixon.
- 120 Bork fue invitado a participar con Tribe en varios paneles simulando la audiencia de confirmación, pero se negó, lo que les dio la oportunidad a Biden y a Tribe de hacerlos por su cuenta, con gran desventaja para el candidato.

Corte Suprema, cometió el error de responder “for the intelectual feast” (por el banquete intelectual). Obviamente no es eso lo que el público espera de un candidato a ocupar el más alto tribunal del país y las encuestas posteriores le fueron claramente desfavorables. Luego de Bork, declararon 110 testigos expertos sobre temas constitucionales, 62 lo hicieron a favor y 48 en contra. Terminadas las audiencias, el 6 de octubre la Comisión votó 9-5 por el rechazo de la candidatura. Si bien se esperaba que Bork desistiera de su postulación, no lo hizo. Impulsado por Reagan, sostuvo –aun admitiendo que tenía pocas chances– que era necesario debatir la cuestión en el pleno del Senado. Allí, el 23 de octubre, la votación fue nuevamente contraria. Una mayoría de 58-42 concluyó con sus aspiraciones a ocupar un sillón en la Corte Suprema.¹²¹

7.2. Clarence Thomas

No menos colorida fue la candidatura de Clarence Thomas, aunque logró superar la prueba en el Senado por una ajustada mayoría. Los hechos tuvieron lugar en 1991, durante la presidencia de George H. Bush, cuando Thurgood Marshall, una figura icónica de los derechos civiles,¹²² anunció su retiro de la Corte Suprema. Bush había logrado el año anterior nombrar a David Souter, un conservador moderado, en reemplazo de William Brennan, otro de los *liberals* emblemáticos de las décadas de 1960 y 1970. Esta vez, sin embargo, la situación era más difícil, pues Marshall era afroamericano, y si bien –en teoría– los sillones en la Corte no se asignan por raza, ni religión ni por ningún criterio de este tipo, parecía políticamente correcto que el sucesor fuera también afroamericano. Obviamente, no era fácil encontrar un conservador entre los juristas negros. La elección recayó en Clarence Thomas, cuyo principal antecedente era que el propio Bush lo había designado, el año anterior, como juez del U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Antes de ello, había presidido la Equal Employment Opportunity Commission, cargo en el cual fue nombrado por Reagan en 1982.¹²³

121 Como era de esperar, casi toda la bancada demócrata votó en contra, salvo dos senadores, y entre los republicanos, seis lo hicieron también en contra de Bork. Ente ellos, los muy conservadores John Stennis, de Mississippi, y John Warner, de Virginia, que, como dato de color, había sido el sexto marido de Elizabeth Taylor.

122 Marshall, como director de legales de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP), había obtenido la victoria contra la segregación racial en el caso *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

123 Desde el punto de vista republicano, la elección de Thomas era impecable. Se continuaba con un

Pese a las molestias que la propuesta de designar a Thomas produjo en la NAACP y en otras asociaciones de derechos civiles,¹²⁴ quienes sospechaban que el candidato volcaría los votos de la Corte hacia la derecha,¹²⁵ y la magra calificación que obtuvo en la American Bar Association,¹²⁶ en las audiencias de confirmación –que tuvieron lugar en septiembre de 1991– el candidato tuvo un desempeño aceptable,¹²⁷ y el 27 de septiembre la Comisión de Asuntos judiciales, por una mayoría de 13-1, recomendó la aprobación del pliego.

Si bien en el 102º Congreso (1991-1993) el Senado conservaba la mayoría demócrata, todo parecía marchar sobre ruedas y no se avizoraba un rechazo de la candidatura, hasta que, a comienzos de octubre, Nina Totenberg, una periodista de la National Public Radio, denunció públicamente que Anita Hill, profesora de Derecho en la Universidad de Oklahoma, había sido sexualmente molestada por Thomas cuando trabaja en el Ministerio de Educación y luego en la Equal Employment Opportunity Commission.¹²⁸ Naturalmente, esto produjo un gran revuelo y fue necesario reabrir las audiencias en el Senado que, por cierto, entraron en turbulencia. Anita Hill declaró como testigo, afirmando que mientras trabajaba a las órdenes de Thomas había sido objeto de insinuaciones sexuales en reiteradas oportunidades,¹²⁹ pero ante una falta de pruebas concretas, todo quedó entre los dichos de Hill y las negaciones de Thomas, corroboradas por otras colaboradoras que negaron los hechos denunciados. Finalmente, el pleno del Senado confirmó la nominación por una mayoría de 52-48.¹³⁰

juez afroamericano, profundamente conservador y además muy joven. Nació en 1948, de modo tal que por entonces tenía apenas 43 años. Asimismo, había egresado de Yale, una de las universidades más prestigiosas del país.

124 Entre ellas, la National Urban League y la National Organization for Women.

125 Preocupaban, en particular, sus críticas hacia la Affirmative Action y las sospechas de que intentaría revertir lo decidido en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) sobre el derecho de las mujeres a abortar.

126 El Standing Committee on the Federal Judiciary lo había considerado –por mayoría– apenas como *qualified*.

127 Aunque con algunas evasivas, logró responder las preguntas de Biden, como presidente del Judiciary Committee, sobre sus convicciones sobre el derecho de propiedad y si se consideraba a sí mismo un *libertarian*, es decir, si entendía que debe prevalecer la autonomía de la voluntad frente a la autoridad del Estado.

128 Según Totenberg, la información la había obtenido de una fuente del FBI.

129 Otras dos mujeres que también habían trabajado con Thomas, Angela Wright y Rose Jourdain, afirmaron también haber sido molestadas, pero el Senado no las convocó a testificar dado que hasta los senadores demócratas dudaban de su credibilidad.

130 Fueron once los senadores demócratas que votaron favorablemente.

8. La Ethics Reform Act of 1989

En 1989 se dictó una nueva ley de ética para los funcionarios públicos,¹³¹ que reformó en parte la Ethics in Government Act sancionada en 1978, que ya he mencionado. En lo que se refiere a los legisladores, esta nueva ley dispuso que les quedaba prohibido ejercer, o intentar ejercer, influencia alguna en funcionarios de la cámara en la cual se hubieran desempeñado hasta luego de un año de haber dejado la banca.¹³² Una prohibición similar fue establecida para quienes hubieran trabajado para un senador o representante respecto a esos legisladores.¹³³ Esta prohibición rige también para el personal de las comisiones legislativas,¹³⁴ para el personal de los líderes parlamentarios¹³⁵ y para todo el personal del Congreso.¹³⁶

131 Ethics Reform Act of 1989, 103 Statutes at Large 1716 - Public Law 101-194.

132 “(1) MEMBERS OF CONGRESS AND ELECTED OFFICERS.—(A) Any person who is a Member of Congress or an elected officer of either House of Congress and who, within 1 year after that person leaves office, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any of the persons described in subparagraph (B) or (C), on behalf of any other person (except the United States) in connection with any matter on which such former Member of Congress or elected officer seeks action by a Member, officer, or employee of either House of Congress, in his or her official capacity, shall be punished as provided in section 216 of this title”.

133 “(2) PERSONAL STAFF.—(A) Any person who is an employee of a Senator or an employee of a Member of the House of Representatives and who, within 1 year after the termination of that employment, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any of the persons described in subparagraph (B), on behalf of any other person (except the United States) in connection with any matter on which such former employee seeks action by a Member, officer, or employee of either House of Congress, in his or her official capacity, shall be punished as provided in section 216 of this title”.

134 “(3) COMMITTEE STAFF.—Any person who is an employee of a committee of Congress and who, within 1 year after the termination of that person’s employment on such committee, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any person who is a Member or an employee of that committee or who was a Member of the committee in the year immediately prior to the termination of such person’s employment by the committee, on behalf of any other person (except the United States) in connection with any matter on which such former employee seeks action by a Member, officer, or employee of either House of Congress, in his or her official capacity, shall be punished as provided in section 216 of this title”.

135 “(4) LEADERSHIP STAFF.—(A) Any person who is an employee on the leadership staff of the House of Representatives or an employee on the leadership staff of the Senate and who, within 1 year after the termination of that person’s employment on such staff, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any of the persons described in subparagraph (B), on behalf of any other person (except the United States) in connection with any matter on which such former employee seeks action by a Member, officer, or employee of either House of Congress, in his or her official capacity, shall be punished as provided in section 216 of this title”.

136 “(5) OTHER LEGISLATIVE OFFICES.—(A) Any person who is an employee of any other legislative office of the Congress and who, within 1 year after the termination of that person’s employment in such office, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance

9. El “Año de las Mujeres” en el Senado

Las audiencias de confirmación de Clarence Thomas, en las cuales una comisión legislativa, integrada totalmente por hombres blancos interrogaba a una afroamericana (Anita Hill), produjeron indignación en muchas mujeres. Si bien por aquel entonces en el Senado había dos senadoras, Nancy Kassebaum¹³⁷ y Barbara Mikulski¹³⁸, ninguna de ellas había integrado la Judiciary Committee en dicha ocasión. Esta ausencia de mujeres en una comisión tan importante indujo a Patricia (Patty) Murray, demócrata y por entonces senadora en la legislatura del estado de Washington, a lanzar su candidatura como senadora nacional, obteniendo la banca en las elecciones de 1992. Ese mismo año, otras tres mujeres, Dianne Feinstein,¹³⁹ Barbara Boxer¹⁴⁰ y Carol Mosely Braun,¹⁴¹ fueron electas senadoras. Esta última, además, fue la primera senadora afroamericana.¹⁴² Fue la primera vez en la historia del Congreso que cuatro mujeres ingresaron al Senado al mismo tiempo.¹⁴³

10. El Congreso y el Distrito de Columbia

Es un hecho histórico que la relación entre el Congreso, más específicamente su ala republicana, con el Distrito de Columbia, es decir, Washington, D.C., no ha sido fácil. Se trata de una ciudad mayoritariamente poblada por afroamericanos demócratas, cuyos líderes son de clara tendencia liberal, razón por la cual el Partido Republicano se ha negado sistemáticamente a reconocerles representación en el Congreso.

Hasta mediados del siglo XX, los habitantes del Distrito de Columbia tenían una nula participación en la vida electoral nacional. Estas restricciones se

before any of the persons described in subparagraph (B), on behalf of any other person (except the United States) in connection with any matter on which such former employee seeks action by any officer or employee of such office, in his or her official capacity, shall be punished as provided in section 216 of this title. (B) The persons referred to in subparagraph (A) with respect to appearances or communications by a former employee are the employees and officers of the former legislative office of the Congress of the former employee”.

137 Republicana de Kansas, había ingresado al Senado en 1978.

138 Demócrata de Maryland, había ingresado al Senador en 1987.

139 Demócrata de California.

140 Demócrata de California también.

141 Demócrata de Illinois.

142 Ocupó la banca hasta 1999 y luego fue embajadora en Samoa y Nueva Zelanda.

143 Ver: https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/year_of_the_woman.htm.

moderaron recién en 1961 con la aprobación de la Enmienda XXIII, que les permitió, por primera vez en la historia, participar en elecciones nacionales, eligiendo electores para presidente y vicepresidente en un número igual al de los senadores y representantes del menor de los estados,¹⁴⁴ lo que se hizo efectivo en la elección presidencial de 1964. Diez años después, en 1971, fue sancionada la District of Columbia Delegate Act, por medio de la cual fue creado el cargo de delegado del Distrito en el *House*, con voz, pero sin voto,¹⁴⁵ un cargo similar al que tienen otros territorios.¹⁴⁶ El primer delegado fue Walter E. Fauntroy,¹⁴⁷ que fue sucesivamente electo hasta 1991, año en el que fue sucedido por Eleanor Holmes Norton, que continúa hasta el presente en el cargo.¹⁴⁸ Dentro de esta difícil evolución, en 1978, el Congreso aprobó la District of Columbia Voting Rights Amendment, que le otorgaba a Washington, D.C. representación

144 “Section 1. The District constituting the seat of Government of the United States shall appoint in such manner as the Congress may direct: A number of electors of President and Vice President equal to the whole number of Senators and Representatives in Congress to which the District would be entitled if it were a State, but in no event more than the least populous State; they shall be in addition to those appointed by the States, but they shall be considered, for the purposes of the election of President and Vice President, to be electors appointed by a State; and they shall meet in the District and perform such duties as provided by the twelfth article of amendment” (“El distrito que constituye la Sede del Gobierno de los Estados Unidos nombrará, según disponga el Congreso: Un número de electores para elegir al Presidente y al Vicepresidente, igual al número total de Senadores y Representantes ante el Congreso al que el Distrito tendría derecho si fuere un Estado, pero en ningún caso será dicho número mayor que el del Estado de menos población; estos electores se sumarán al número de aquellos electores nombrados por los Estados, pero para fines de la elección del Presidente y del Vicepresidente, serán considerados como electores nombrados por un Estado; celebrarán sus reuniones en el Distrito y cumplirán con los deberes que se estipulan en la Enmienda XII”) (traducción del autor).

145 “2 USC 25(a). The people of the District of Columbia shall be represented in the House of Representatives by a Delegate, to be known as the «Delegate to the House of Representatives from the District of Columbia», who shall be elected by the voters of the District of Columbia in accordance with the District of Columbia Election Act. The Delegate shall have a seat in the House of Representatives, with the right of debate, but not of voting, shall have all the privileges granted a Representative by section 6 of Article I of the Constitution, and shall be subject to the same restrictions and regulations as are imposed by law or rules on Representatives. The Delegate shall be elected to serve during each Congress”.

146 En el House hay en total seis delegados o comisionados en condiciones similares que, además del Distrito de Columbia, representan cada uno a: Puerto Rico, American Samoa, las Northern Mariana Islands, las U.S. Virgin Islands y Guam.

147 Pastor y activista de los derechos humanos, Fauntroy fue luego una figura controvertida que enfrentó cargos de fraude y estuvo prófugo de la justicia norteamericana. También cosechó opositores en las filas liberales por oponerse al matrimonio gay.

148 Abogada egresada de Yale University, es también una activista de los derechos humanos, miembro de la American Civil Liberties Union y de la Equal Employment Opportunity Commission.

plena en el Congreso y en el colegio electoral.¹⁴⁹ En el House fue aprobada por una mayoría de 289-127 votos, con 18 abstenciones, y en el Senado por una mayoría de 67-32 votos, con 1 abstención, pero luego no superó el proceso de aprobación en las legislaturas estatales.¹⁵⁰ Desde entonces, se han hecho numerosos esfuerzos por fortalecer la presencia del Distrito de Columbia en el Congreso, pero ninguno de ellos ha tenido éxito. Así, en 1992, el House District Committee aprobó un proyecto para darle categoría de estado, pero no prosperó, y en 2007 tampoco tuvo eco una iniciativa para darle al delegado el carácter de representante con todos los atributos de tal.

11. La Enmienda XXVII

En 1992 fue finalmente ratificada la Enmienda XXVII, que esperó para ello más de 202 años. Propuesta en septiembre de 1789, fue aprobada recién en mayo de 1992 como resultado de una monografía presentada por un estudiante de derecho 10 años antes.¹⁵¹ Esta Enmienda, con fundamento en el principio ético de que nadie debe fijarse el sueldo a sí mismo, establece que los sueldos que los senadores y representantes se fijen a sí mismos no entrarán a regir sino hasta la siguiente elección de estos últimos, oportunidad en la que pueden ser revisados.¹⁵²

149 El texto de la enmienda era el siguiente:

“Section 1. For purposes of representation in the Congress, election of the President and Vice President, and article V of this Constitution, the District constituting the seat of government of the United States shall be treated as though it were a State.

Section 2. The exercise of the rights and powers conferred under this article shall be by the people of the District constituting the seat of government, and as shall be provided by the Congress.

Section 3. The twenty-third article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed.

Section 4. This article shall be inoperative, unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by the legislatures of three-fourths of the several States within seven years from the date of its submission”.

150 No se alcanzaron los votos favorables de las 38 legislaturas favorables requeridos, es decir, tres cuartos del total de 50 estados. La Enmienda exigía ser aprobada en un plazo de 7 años, de modo que expiraba en 1985. Recordemos que la Corte Suprema en *Dillon v. Gloss*, 256 U.S. 368 (1921), admitió que podían establecerse estos límites temporales para aprobar las enmiendas.

151 En 1982, Gregory Watson, por entonces un estudiante de segundo año de la Universidad de Texas, en Austin, mientras preparaba un trabajo de investigación, descubrió que la ratificación de la Enmienda había caído en el olvido. Su profesora le otorgó una baja calificación por el trabajo y, molesto con su nota, comenzó una laboriosa campaña para que concluyera el proceso de ratificación. Cuando la Enmienda fue finalmente ratificada, su antigua profesora –35 años después– revisó la nota y le otorgó la máxima calificación. Ver Largey (2018).

152 “No law, varying the compensation for the services of the Senators and Representatives, shall take

12. Dos nuevos casos de corrupción

12.1. El *House banking scandal*

En 1992 surgió el llamado escándalo bancario de la Cámara de Representantes,¹⁵³ surgido a raíz de que sus miembros habían sido autorizados a girar en descubierto (*overdraw*) cheques de sus cuentas en el House Bank.¹⁵⁴ Si bien la operación no era ilícita, pues el giro en descubierto estaba autorizado y los montos eran luego cubiertos por la oficina del Sergeant at Arms,¹⁵⁵ el caso adquirió notoriedad porque involucró a 450 representantes, algunos de los cuales habían abusado del sistema, ya sea manteniendo sus giros en descubierto por largo tiempo¹⁵⁶ o bien por haber incurrido en *check kiting*, empleando los cheques como instrumento de crédito y no de pago.¹⁵⁷ Asimismo, en la investigación llevada a cabo por la Comisión de Ética, quedó al descubierto que el House Bank operaba al margen de las normas bancarias y con gran informalidad, sin llevar registros electrónicos de sus transacciones.

12.2. El *Post Office scandal*

El caso anterior apenas había salido de los titulares de los diarios cuando surgió uno nuevo, vinculado con el servicio de correo del House, que operaba por medio de un contrato con el U.S. Postal Service y era administrado por un funcionario (el *postmaster*) electo por aquella. Como resultado de varios actos de corrupción cometidos por empleados del servicio, este fue clausurado en 1992. Varios de esos empleados fueron condenados, pero la investigación escaló hasta los propios representantes cuando el supervisor del servicio declaró ante el Grand Jury que había colaborado con varios de ellos para otorgarles sumas de dinero en efectivo disimuladas bajo supuestas compras de estampillas. Entre los acusados figuraba nada menos que Daniel D. Rostenkowski, el presidente de la Comisión de Presupuesto (*ways and means*), quien finalmente, en 1996, se declaró culpable en dos cargos menores para evitar ser acusado de otros más

effect, until an election of Representatives shall have intervened”.

153 También llamado “Rubbergate” por la expresión *rubber checks* (cheques rechazados), aunque en realidad estos cheques nunca lo fueron.

154 No se trataba de un banco estrictamente, sino de una *clearinghouse*.

155 Es un funcionario que, bajo las directivas del *Speaker*, se encarga de la seguridad del House, tiene funciones protocolares y les provee también servicios administrativos a los representantes.

156 Stephen Solarz, demócrata de New York, había librado 743 cheques, manteniendo el giro en descubierto por espacio de treinta meses. Lo mismo había hecho Harold E. Ford, demócrata de Tennessee.

157 Tal fue el caso de Carl Christopher Perkins, demócrata de Kentucky.

graves. También se declararon culpables Joseph Kolter, demócrata de Pennsylvania, y Robert V. Rota, el *House postmaster*.

13. La Revolución Republicana. El *contract with America*

13.1. Las elecciones de 1994

A mediados del primer mandato presidencial de Bill Clinton, tuvieron lugar las elecciones legislativas para el 104° Congreso (1995-1996), llevadas a cabo el 8 de noviembre de 1994. Esta vez, a diferencia de otras ocasiones, la elección se polarizó a lo largo de todo el país entre dos propuestas diferentes de cada partido. Los demócratas se encolumnaron detrás de la reforma del sistema de salud, el Health Care Plan, elaborado por Clinton en 1993.¹⁵⁸ Los republicanos, acusando a Clinton de haberse convertido en un *tax and spend liberal*,¹⁵⁹ tomaron como nave insignia el *contract with America*, cuya cabeza visible fue Newt Gingrich.¹⁶⁰ El resultado fue desastroso para los demócratas. Los republicanos retomaron el control de ambas cámaras, algo que no ocurría desde 1952, dando lugar a la llamada “Revolución Republicana”.¹⁶¹

En el Senado, los republicanos ganaron ocho bancas a expensas de los demócratas. Derrotaron a los *incumbents*¹⁶² Harris Wofford, de Pennsylvania, y James R. Sasser, de Tennessee, y ganaron senadurías en otros seis estados: Arizona, Maine, Michigan, Ohio, Oklahoma y Tennessee. Como resultado de ello, en el 104° Congreso el Senado se dividió entre 52 republicanos y 48 demócratas. Luego de la elección se produjeron, además, dos cambios de bando. Los senadores Richard Shelby, de Alabama, y Ben Nighthorse Campbell, de Colorado,¹⁶³ se pasaron a las filas republicanas.

En el House, las pérdidas para los demócratas también fueron importantes. El GOP se alzó con 54 bancas que perdieron los demócratas, pero, además de lo cuantitativo, en esta elección ocurrieron hechos poco frecuentes. Thomas S.

158 Su vocera y principal artífice fue la primera dama, Hillary Clinton.

159 La expresión *tax and spend* en ocasiones tiene en los Estados Unidos un significado negativo, en tanto implica la política de incrementar los impuestos para abultar el gasto público.

160 El documento, cuyos lineamientos generales describiré en el punto siguiente, fue firmado el 27 de septiembre de 1994 por 367 candidatos republicanos en la escalinata del Capitolio.

161 En el Senado no tenían la mayoría desde 1987; y en el House, desde 1955.

162 *Incumbent* es quien ocupa el cargo y se presenta a una reelección.

163 Perteneciente a la tribu de los cheyennes, ha sido hasta ahora el único senador *native american*. Entre 2003 y 2005 presidió la Comisión de asuntos indígenas (Committee on Indian Affairs).

Foley, el *Speaker*, perdió la reelección en su distrito,¹⁶⁴ y también la perdieron Daniel D. Rostenkowski y Jack B. Brooks, que presidían, respectivamente, la Comisión de Presupuesto (*ways and means*) y la de Asuntos Judiciales.¹⁶⁵ No menos significativo fue que en el sur se produjo un realineamiento político. Por primera vez desde la Reconstrucción, ganaron los republicanos, alzándose con 19 bancas que perdieron los demócratas. Desde ese momento y hasta las elecciones de 2006, el GOP retuvo el control del House.

Algo similar ocurrió también en el orden local, donde los republicanos obtuvieron diez gobernaciones, que se sumaron a las elecciones municipales de New York y Los Angeles que habían ganado en 1993.¹⁶⁶

13.2. El programa de gobierno

En el terreno legislativo, la Revolución Republicana consistió en un paquete de leyes, llamado genéricamente *contract with America*, fundado en el más puro credo republicano, cuyo principal impulsor fue Newt Gingrich,¹⁶⁷ electo como *Speaker* en el 104º Congreso,¹⁶⁸ fuertemente asistido en la implementación del

164 Para encontrar un caso similar, hay que remontarse 130 atrás, hasta 1863, cuando le ocurrió lo mismo a Galusha A. Grow.

165 Rostenkowski presidía la Comisión de Presupuesto desde 1981. Sin dudas, la pérdida de su banca estuvo asociada a su participación en el “Congressional Post Office scandal” de ese mismo año, en el cual fue acusado de malversación (*embezzlement*).

166 Los republicanos, con Bret Schundler, ganaron incluso en Jersey City, New Jersey, una ciudad controlada por los demócratas desde 1917.

167 Este programa de gobierno fue escrito por Gingrich en coautoría Richard Keith Arme, un economista de Texas, que fue representante entre 1985 y 2003 y House Majority Leader entre 1995 y 2003. Ver Gingrich (1994). Tuvo raíces en el *State of the Union* (discurso de apertura de las sesiones del Congreso) de Ronald Reagan, en 1985, donde este prometió una fuerte reducción impositiva como medio para movilizar la economía: “Let us move together with an historic reform of tax simplification for fairness and growth [...] We have cut tax rates by almost 25 percent, yet the tax system remains unfair and limits our potential for growth. Exclusions and exemptions cause similar incomes to be taxed at different levels. Low-income families face steep tax barriers that make hard lives even harder. The Treasury Department has produced an excellent reform plan, whose principles will guide the final proposal that we will ask you to enact. One thing that tax reform will not be is a tax increase in disguise. We will not jeopardize the mortgage interest deduction that families need. We will reduce personal tax rates as low as possible by removing many tax preferences. We will propose a top rate of no more than 35 percent, and possibly lower. And we will propose reducing corporate rates, while maintaining incentives for capital formation. To encourage opportunity and jobs rather than dependency and welfare, we will propose that individuals living at or near the poverty line be totally exempt from Federal income tax. To restore fairness to families, we will propose increasing significantly the personal exemption”.

168 Ver apartado 3.1.

programa por Tom DeLay, de Texas, una figura central y controvertida del GOP durante esa época.¹⁶⁹

Estaba formulado sobre la base de ocho propuestas generales instrumentadas en diez proyectos de ley.¹⁷⁰

Las propuestas eran:

- i. Todas las leyes que se aplican al resto del país también son aplicables al Congreso.
- ii. Se contratará a una gran firma independiente para llevar a cabo una auditoría integral del Congreso sobre gastos, fraudes y abusos.
- iii. Se reducirán a un tercio las comisiones legislativas y el número de sus miembros.
- iv. Se limitará el mandato de todos los presidentes de las comisiones.
- v. Se eliminará el *proxy vote* en las comisiones.¹⁷¹
- vi. Todas las sesiones de las comisiones serán abiertas al público.
- vii. Las leyes que incrementen los impuestos deberán ser aprobadas con una mayoría de tres quintos.
- viii. Se implementará el Presupuesto con base cero.¹⁷²

Las diez leyes por medio de las cuales se llevaría a cabo el programa eran, en una muy sintética descripción, las siguientes:

- i. Fiscal Responsibility Act.¹⁷³
- ii. Taking Back our Streets Act.¹⁷⁴
- iii. Personal Responsibility Act.¹⁷⁵
- iv. Family Reinforcement Act.¹⁷⁶

169 DeLay fue House Majority Leader entre 2003 y 2005. Tuvo que renunciar cuando se declaró culpable de cargos lavado de dinero para financiar la campaña electoral.

170 Ver: <https://web.archive.org/web/19990427174200/http://www.house.gov/house/Contract/CONTRACT.html>.

171 El *proxy vote* consiste en la posibilidad de delegar el voto en otro miembro de la comisión.

172 Desarrollada por Peter Pyhrr en la década de 1970 con la finalidad de controlar los costos, el *Zero-based budgeting* (ZBB) es una técnica mediante la cual se exige que todos los gastos incluidos en el presupuesto estén debidamente justificados y aprobados en cada nuevo período.

173 Imponía un presupuesto equilibrado entre recursos y gastos y la posibilidad de ejercer el veto parcial (*line item veto*) por cada partida.

174 Era una ley penal que tendía a controlar el delito y promover mayor seguridad en las calles.

175 Intentaba reducir los embarazos de mujeres jóvenes y solteras reduciendo los programas de seguridad social que las beneficiaban.

176 Proponía defender a la familia promoviendo las adopciones y dándoles mayores derechos a los padres sobre la educación de sus hijos.

- v. American Dream Restoration Act.¹⁷⁷
- vi. National Security Restoration Act.¹⁷⁸
- vii. Senior Citizens Fairness Act.¹⁷⁹
- viii. Job creation and Wage Enhancement Act.¹⁸⁰
- ix. Common Sense Legal Reform Act.¹⁸¹
- x. Citizen Legislature Act.¹⁸²

Pese a su fuerte impulso inicial, el *contract with America* tuvo escasos resultados en la práctica. En el House –donde había nacido– fueron aprobadas todas estas leyes, salvo la última, que limitaba la elección indefinida de los legisladores. No sucedió lo mismo en el Senado, donde los presidentes de las comisiones no mostraron gran interés en este proyecto, que reducía impuestos y era una iniciativa exclusiva del House. Un año después de haber sido lanzado el programa, el Cato Institute informaba que, salvo las reformas menores, el resto de los proyectos de leyes permanecían en el limbo.¹⁸³

14. La información legislativa *online*

Hoy día, parecería impensable que la información legislativa no esté disponible *online*, pero esta realidad no era tan evidente hace poco menos de 30 años. Si bien desde 1977 existía un sistema computarizado para el Senado, fue Newt Gingrich quien impulsó la era digital cuando fue nombrado *Speaker* en 1995. Este inauguró un sistema denominado THOMAS (en homenaje a Jefferson) administrado por la Biblioteca del Congreso, que recopila y procesa todo el material legislativo, el cual no solo está disponible para los legisladores, sino también para el público.¹⁸⁴

177 Tendía a beneficiar a las familias otorgándoles créditos y reduciendo impuestos que les impedían acceder en forma temprana a una vivienda propia.

178 El objeto de esta ley era que no hubiera tropas americanas bajo el mando de las Naciones Unidas, a la vez que se incrementaba el presupuesto en gastos militares.

179 Beneficiaba a los jubilados eliminando cargas financieras y fiscales sobre sus haberes de retiro.

180 Favorecía los emprendimientos de las pequeñas y medianas empresas por medio de la creación de nuevos empleos con mejores salarios.

181 Tendía a bajar el índice de litigiosidad reduciendo el monto de las condenas de daños punitivos.

182 Intentaba poner fin a la reelección indefinida de los legisladores en ambas cámaras.

183 Ver: <https://www.cato.org/policy-report/september/october-1995/whatever-happened-contract-america>.

184 Ver: <https://www.loc.gov/item/lcwaN0003262/>.

15. La aplicación de las leyes de derechos civiles en el Congreso

Haciendo un esfuerzo por ampliar el ámbito de aplicación de todas las leyes protectoras de los derechos civiles, la Congressional Accountability Act of 1995,¹⁸⁵ aprobada por una amplia mayoría en ambas cámaras,¹⁸⁶ dispuso que a todos los empleados del Congreso les serían aplicables las siguientes leyes:

- i. The Fair Labor Standards Act of 1938.¹⁸⁷
- ii. El título VII de la Civil Rights Act of 1964.¹⁸⁸
- iii. The Americans with Disabilities Act of 1990.¹⁸⁹
- iv. The Age Discrimination in Employment Act of 1967.¹⁹⁰
- v. The Family and Medical Leave Act of 1993.¹⁹¹
- vi. The Occupational Safety and Health Act of 1970.¹⁹²
- vii. El capítulo 71 del Título 5 del USC.¹⁹³
- viii. The Employee Polygraph Protection Act of 1988.¹⁹⁴
- ix. The Worker Adjustment and Retraining Notification Act.¹⁹⁵
- x. The Rehabilitation Act of 1973 (29 U.S.C. 701 et seq.).
- xi. El capítulo del Título 38 USC.¹⁹⁶

16. Una nueva regulación del *lobby*

Dada la creciente actividad de los *lobbies* en el Congreso, sumada a la escasa efectividad de la ley sancionada en 1946,¹⁹⁷ fue dictada una nueva que los regu-

185 Public Law 104-1; 109 Statutes at Large 3.

186 En el Senado la mayoría fue 98-1; y en el House, 398-0.

187 29 U.S.C. 201 et seq.

188 42 U.S.C. 2000e et seq.

189 42 U.S.C. 12101 et seq.

190 29 U.S.C. 621 et seq.

191 29 U.S.C. 2611 et seq.

192 29 U.S.C. 651 et seq.

193 Federal service labor-management relations.

194 29 U.S.C. 2001 et seq.

195 29 U.S.C. 2101 et seq.

196 Relativo al empleo de veteranos.

197 Federal Regulation of Lobbying Act of 1946.

ló más intensamente.¹⁹⁸ Nació así la Lobbying Disclosure Act of 1995,¹⁹⁹ muy detallista en sus definiciones y contenidos, en la cual se establecieron, básicamente, la obligación de los lobistas o de las organizaciones que los emplean:²⁰⁰ (a) de registrarse en el Senado o en el House dentro de los 45 días de iniciadas sus actividades;²⁰¹ y (b) de presentar un informe semestral de sus actividades bajo las formalidades allí establecidas.²⁰² El incumplimiento de estas obligaciones podía acarrear la imposición de multas de hasta 50 mil dólares.

17. Los conflictos presupuestarios entre Clinton y el Congreso y los *shutdowns* de 1995 y 1996

Enfrentado Bill Clinton con una mayoría republicana en ambas cámaras, la relación entre las dos ramas del Gobierno pasó por momentos de gran tensión, reflejados en la aprobación de las leyes de Presupuesto o de aprobación de ciertos gastos, particularmente en relación con aquellos dedicados a educación, medio ambiente y salud pública. Como es habitual en los Estados Unidos –y había ocurrido ya con anterioridad, aunque con menor intensidad–, la falta de aprobación del Presupuesto provocó el cierre (*shutdown*) de algunas oficinas dependientes del Gobierno federal, entre ellas –en ciertos casos– las del Congreso y el correlativo otorgamiento de licencia (*furlough*) a sus empleados.²⁰³

198 La escasa efectividad de la ley anterior está señalada por la nueva ley, que en su Sección 2(2), dice: “Existing lobbying disclosure statutes have been ineffective because of unclear statutory language, weak administrative and enforcement provisions, and an absence of clear guidance as to who is required to register and what they are required to disclose”.

199 Public Law 104-65; 109 Statutes at Large 691.

200 Por “lobista” se entiende a toda persona que dedica más del 20% del tiempo de sus servicios a un cliente para llevar a cabo esta actividad en un periodo de 6 meses. “Section 3(10) LOBBYIST. The term «lobbyist» means any individual who is employed or retained by a client for financial or other compensation for services that include more than one lobbying contact, other than an individual whose lobbying activities constitute less than 20 percent of the time engaged in the services provided by such individual to that client over a six months period”.

201 “Section 4(a)(1) GENERAL RULE. No later than 45 days after a lobbyist first makes a lobbying contact or is employed or retained to make a lobbying contact, whichever is earlier, such lobbyist (or, as provided under paragraph (2), the organization employing such lobbyist), shall register with the Secretary of the Senate and the Clerk of the House of Representatives”.

202 “Section 5(a) SEMIANNUAL REPORT. No later than 45 days after the end of the semiannual period beginning on the first day of each January and the first day of July of each year in which a registrant is registered under section 4, each registrant shall file a report with the Secretary of the Senate and the Clerk of the House of Representatives on its lobbying activities during such semiannual period”.

203 Esto ya había ocurrido por escasos días en 1980, 1981, 1984, 1986 y 1990. Se repitió luego en 2013

Fue así que, en 1995 y 1996, se produjeron dos *shutdowns*. El primero de ellos fue breve, pues se extendió desde el 14 hasta el 19 de noviembre de 1995 y provocó el cierre del Congreso, junto con numerosas dependencias del Gobierno federal.²⁰⁴ Durante el segundo, extendido desde el 16 de diciembre de 1995 hasta el 6 de enero de 1996, el Congreso no fue cerrado, pero sí lo fueron otras oficinas, tales como los tribunales federales, la Secretaría de Estado, el Departamento de Justicia, el Departamento de Trabajo y el Departamento de Comercio.²⁰⁵ Lideradas por Newt Gingrich frente a la no aprobación de Clinton de reducciones de impuestos, estas clausuras finalmente minaron la popularidad del *Speaker* debido a los numerosos inconvenientes operativos y costos que acarrearón.²⁰⁶

18. El juicio político contra Bill Clinton

18.1. Los antecedentes. La investigación del Independent Counsel

Por segunda vez en la historia de los Estados Unidos, un presidente fue sometido a juicio político.²⁰⁷ El proceso contra Bill Clinton comenzó en 1998 con motivo de la investigación que ya estaba llevando como *Independent Counsel*²⁰⁸ Kenneth W. Starr²⁰⁹ en el caso Whitewater, relacionado con presuntas irregularidades cometidas por el matrimonio Clinton en inversiones y desarrollos inmobiliarios en Arkansas durante la década anterior.²¹⁰

Pero lo que comenzó como un caso de presunto fraude en *real estate* fue am-

bajo la presidencia de Barack Obama por 16 días, y volvió a ocurrir durante el mandato de Donald Trump en enero de 2018, diciembre de 2018 y enero de 2019. En este último caso, el *shutdown* duró 35 días.

204 Se les otorgó licencia a unos 800 mil empleados.

205 En este caso, solo fueron licenciados unos 240 mil empleados.

206 La prensa, incluso, se dedicó a ridiculizar a Gingrich, pues –dentro de su habitual falta de tacto– confesó estar molesto con Clinton por no haberle dado un asiento de mayor importancia en el vuelo de regreso de un viaje oficial a Israel.

207 La primera vez había tenido lugar en 1868, en el juicio contra Andrew Johnson, que se salvó de ser destituido por un solo voto en el Senado. Nixon, a su vez, también estuvo muy próximo a ser enjuiciado políticamente con motivo del caso Watergate, pero renunció antes de que el proceso se iniciara formalmente.

208 Sobre las funciones del Independent Counsel, ver nota 102.

209 Antes de ello, Starr había sido juez de la US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (1983-1989) y *Solicitor General* (1989-1993).

210 Los socios de los Clinton en este emprendimiento fueron Jim y Susan McDougal, que resultaron condenados por fraude.

pliándose a medida que nuevos hechos fueron sumándose a la investigación. Uno de ellos fue la denuncia que había hecho Paula Corbin Jones en 1994 contra Clinton por abuso sexual, delito que había cometido cuando era gobernador de Arkansas.²¹¹ En el curso de este juicio, que en paralelo generó otro proceso en el cual la Corte Suprema sentó un conocido precedente,²¹² los abogados de la denunciante intentaron probar que el abuso sexual era, en realidad, un patrón de conducta de Clinton. Para demostrarlo, citaron como testigo a Monica Lewinsky, una pasante de la Casa Blanca que, según los abogados de Jones, había tenido relaciones sexuales con Clinton.²¹³ Cuando este fue citado a declarar, bajo juramento negó haber tenido relación alguna con Lewinsky,²¹⁴ pero pruebas posteriores demostraron lo contrario y no le quedó más remedio que reconocer, públicamente, que las había tenido, algo que la propia Lewinsky admitió también.

No obstante que el proceso promovido por Paula Jones concluyó con un acuerdo extrajudicial,²¹⁵ el perjurio de Clinton terminó de darle a Kenneth Starr la munición suficiente para ampliar su investigación y promover luego el *impeachment*, sabiendo, además, que en el House Newt Gingrich recibiría el caso con los brazos abiertos. De todos modos, la astucia y la popularidad política de Clinton, y la necesidad de obtener la *supermajority* de dos tercios en el Senado (67 votos), lo salvaron de la destitución.²¹⁶

Luego de promover un Gran Jurado (Grand Jury) en el cual al prestar declaración Clinton hizo todo lo posible por evadir los cargos que se le formulaban manipulando las palabras y los conceptos,²¹⁷ Kenneth Starr realizó su informe en septiembre de 1998²¹⁸ –enfocado exclusivamente en el *affaire* con Lewinsky–,

211 Formaron parte de la investigación también el despido –aparentemente injustificado– de varios empleados de la agencia oficial de viajes de la Casa Blanca y su reemplazo por personas relacionadas con el matrimonio Clinton, un caso conocido como el Travelgate, y el acceso indebido a archivos del FBI, conocido como el Filesgate.

212 *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997). La Corte estableció en este caso que el presidente no puede negarse a comparecer en juicio por hechos ocurridos antes de su mandato.

213 Las pruebas fueron aportadas por Linda Tripp, una empleada de la Casa Blanca, que luego relató la historia según su propia experiencia (Tripp y Carstens, 2020).

214 La propia Lewinsky había firmado un *affidavit* en el juicio, en el que negó haber tenido relaciones sexuales con Clinton.

215 Clinton le pagó a Paula Jones unos 850 mil dólares para que no continuara con el proceso.

216 Sobre las tácticas legales y políticas empleadas por Clinton y sus asesores para evitar que lo destituyeran, puede verse Busby (2001).

217 Sostuvo, por ejemplo, que el sexo oral no era, en su opinión, una relación sexual, aunque admitió que había sido una relación “inapropiada” (*not appropriate*).

218 Conocido como el “Starr Report”, oficialmente fue el “Referral from Independent Counsel Ken-

en el que sostuvo que existían once fundamentos para promover el juicio político agrupados en cuatro categorías: falso testimonio (*perjury*), obstrucción de la justicia, manipulación de los testigos (*witness tampering*) y abuso de poder.²¹⁹

18.2. El procedimiento en el House

Recibido el informe en el House, los republicanos, impulsados por Newt Gingrich, decidieron aprovechar al máximo la oportunidad de cara a las elecciones legislativas que tendrían lugar al mes siguiente. Fue así que el Judiciary Committee, con mayoría republicana, decidió dar a conocer públicamente el video de la declaración de Clinton ante el Grand Jury como medio de producir un impacto en el electorado. Asimismo, de manera inusual, se decidió no llevar a cabo ninguna investigación adicional en la citada comisión y que el caso pasara a ser considerado directamente por la cámara, dando por sentado que el Starr Report era prueba suficiente. El 8 de octubre, por mayoría de 258-176,²²⁰ el pleno del House decidió avanzar con el proceso.

Pese a estos vientos favorables, las elecciones de noviembre de 1998 no resultaron como esperaban Newt Gingrich y el GOP. Los demócratas recuperaron cinco bancas en el House y en el Senado no hubo cambios.²²¹ Devuelto el caso al Judiciary Committee, su presidente, Henry Hyde, de Illinois, limitó fuertemente la producción de la prueba y se recabó tan solo el testimonio de Kenneth Starr, que declaró el 19 de noviembre durante doce horas. Posteriormente, hacia fines de ese mes, Clinton respondió por escrito las 81 preguntas que le formuló la Comisión, sosteniendo que en momento alguno había incurrido en falso testimonio.

Luego de las elecciones, Gingrich convocó a una *lame duck session*²²² para con-

neth W. Starr in Conformity with the Requirement of Title 28, United States Code, Section 595(c)".

219 En sus conclusiones, el informe sostiene: "In this case, the President made and caused to be made false statements to the American people about his relationship with Ms. Lewinsky. He also made false statements about whether he had lied under oath or otherwise obstructed justice in his civil case. By publicly and emphatically stating in January 1998 that 'I did not have sexual relations with that woman «and these allegations are false», the President also effectively delayed a possible congressional inquiry, and then he further delayed it by asserting Executive Privilege and refusing to testify for six months during the Independent Council Investigation. This represents substantial and credible information that may constitute grounds for an impeachment". Ver: <https://www.documentcloud.org/documents/4823388-Starr-Report-Original>.

220 En la mayoría votaron 227 republicanos y 31 demócratas.

221 Para Gingrich, que había apostado fuertemente en la elección, esto fue una dura derrota que precipitó su renuncia en enero de 1999.

222 Se llama así a las sesiones que tienen lugar luego de haber sido elegidos los legisladores para un

siderar las imputaciones que se formularían (*articles of impeachment*). A fin de distraer a la opinión pública, el 19 de diciembre Clinton lanzó un ataque aéreo contra Iraq, pero la convocatoria no se prorrogó por ello. Votados ese mismo día los artículos de la acusación, el resultado para los republicanos fue bastante magro y muy dividido. De los cuatro artículos, solo dos fueron aprobados, el artículo I sobre perjurio ante el Grand Jury²²³ y el artículo III sobre obstrucción de la justicia.²²⁴ El artículo II, sobre perjurio en la declaración en el juicio de Paula Jones, y el artículo IV, sobre abuso de poder, fueron rechazados.²²⁵

18.3. El juicio en el Senado

En el Senado, el proceso comenzó el 7 de enero de 1999, cuando el *Chief Justice* William Rehnquist juró como presidente del Senado constituido en tribunal,²²⁶ en una ceremonia muy formal en la que fue acompañado por un grupo bipartidano de senadores.²²⁷ Si bien el enfrentamiento entre los dos partidos auguraba un trámite arduo, en la práctica no lo fue. El juicio fue sencillo, breve y concluyó un mes después con la absolución de Clinton. Como *House Managers*, es decir, como responsables de la acusación, fueron designados trece representantes republicanos integrantes del Judiciary Committee²²⁸ y, como defensores, Clinton designó un equipo liderado por ocho abogados de gran renombre.²²⁹

nuevo Congreso.

223 Aprobado por una mayoría de 228-206.

224 Aprobado por una mayoría de 221-212.

225 En el primer caso, la decisión fue de 205-229; y en el segundo, de 148-285.

226 La Constitución de los Estados Unidos dispone que cuando se enjuicia políticamente al presidente de la nación, el Senado debe estar presidido por el presidente de la Corte Suprema (Artículo I, sección 3, cl. 6).

227 Lo integraron: Robert Byrd (demócrata de West Virginia), Orrin Hatch (republicano de Utah), Patrick Joseph Leahy (demócrata de Vermont), Barbara Mikulski (demócrata de Maryland), Olympia Snowe (republicana de Maine) y Theodore F. Stevens (republicano de Alaska).

228 Ellos fueron: Henry Hyde y George Gekas, de Pennsylvania, Robert L. Barr, de Georgia, Edward G. Bryant, de Tennessee, Stephen E. Buyer, de Indiana, Charles T. Canady, de Florida, Christopher B. Cannon, de Utah, Steven J. Chabot, de Ohio, Lindsey O. Graham, de South Carolina, William A. Hutchinson, de Arkansas, Ira William McCollum, de Florida, James E. Rogan, de California, y Frank J. (Jim) Sensenbrenner, de Wisconsin.

229 Charles F. Ruff, el abogado de la Casa Blanca, Bruce R. Lindsey (socio de Wright, Lindsey & Jennings, un estudio de Little Rock, Arkansas, que había defendido a los Clinton en el caso Whitewater), Cheryl D. Mills (integrante del equipo de abogados de la Casa Blanca y luego asesora de Hillary Clinton en la campaña presidencial de 2008), Gregory B. Craig (socio de Williams & Connolly LLP y luego abogado de la Casa Blanca en el Gobierno de Obama), Lanny A. Breuer (luego fue *Assistant Attorney General* en el Gobierno de Obama), Dale L. Bumpers (socio de Arent Fox Schiff LLP, un

Luego de establecidas las reglas de procedimiento, la acusación presentó su caso durante tres días²³⁰ y la defensa hizo su contestación, muy articulada y elaborada, intentando resaltar todos los puntos débiles de la primera, también durante tres días.²³¹ El Senado luego interrogó a ambas partes en los dos días subsiguientes.²³² Monica Lewinsky, que sería la testigo principal del caso, fue obligada judicialmente a trasladarse desde California, donde estaba residiendo, a Washington, D.C. para tener una entrevista previa con los *House Managers*, que la interrogaron durante dos horas el 24 de enero. Al día siguiente, el senador Byrd presentó una moción para que se desestimara el proceso que, si bien fue rechazada,²³³ tuvo una adhesión de 44 votos, lo que anticipaba ya el resultado del proceso favorable a Clinton.

Seguidamente, se debatió si las declaraciones (*depositions*) de los testigos ante los *House Managers*²³⁴ serían tomadas en público o a puertas cerradas y grabadas en video; se votó por esto último.²³⁵ Entre el 1 y el 3 de febrero declararon solamente Monica Lewinsky, Vernon Jordan²³⁶ y Sidney Blumenthal.²³⁷ El Senado decidió luego –por amplia mayoría de 70-30– que no los convocaría a testificar presencialmente, sino que se escucharían tan solo extractos (*excerpts*) de los videos.²³⁸ Ni siquiera Monica Lewinsky declaró presencialmente ante el Senado. Los videos fueron escuchados en la sesión del 6 de febrero y los alegatos de ambas partes (*closing arguments*) fueron presentados el 8 de febrero.

Concluida la etapa de prueba que, como puede verse, fue bastante exigua y superficial, el Senado deliberó a puertas cerradas entre el 9 y el 12 de febrero

estudio jurídico *white shoe* de Washington, D.C.), David E. Kendall (abogado de la NAACP y socio de Williams & Connolly LLP) y Nicole Seligman (había representado a Oliver North en el caso *Iran-Contras* y luego fue presidenta de Sony Corporation).

230 Desde el 14 hasta el 16 de enero.

231 Desde el 19 hasta el 21 de enero.

232 Conforme las reglas de procedimiento, las preguntas debían ser formuladas por escrito y leídas por William Rehnquist.

233 Fue votada el 27 de enero.

234 En los Estados Unidos, las normas de procedimiento establecen usualmente que, antes de la declaración formal de los testigos en el juicio, se llevan a cabo *depositions* fuera de la sala del tribunal, que son grabadas y luego presentadas como parte de la prueba.

235 Los republicanos, obviamente, pretendían que estas declaraciones se hicieran en público, pero no obtuvieron la mayoría necesaria.

236 Abogado, activista de los derechos civiles, amigo personal y asesor de Clinton.

237 Un periodista bastante controvertido, muy próximo a los Clinton, que por entonces se desempeñaba como asesor presidencial en materia de prensa y difusión. Su versión del caso fue publicada en su libro *The Clinton Wars* (Blumenthal, 2003).

238 Esto ponía nuevamente en evidencia que el caso contra Clinton se desvanecía cada vez más en el Senado.

y las conclusiones fueron anunciadas ese mismo día.²³⁹ Ninguno de los dos artículos de la acusación alcanzó la mayoría de dos tercios (67 votos) para ser aprobados. El artículo I solo obtuvo 45 votos favorables y el artículo II empató en 50 votos. Disimulando muy bien su satisfacción, desde el Rose Garden de la Casa Blanca, Bill Clinton –apenas conocido el veredicto– pidió humildemente perdón al pueblo norteamericano por la carga que todo ello había acarreado.²⁴⁰

19. John Glenn. Un senador en el espacio

John Herschel Glenn alcanzó la celebridad a nivel mundial cuando, en 1952, fue el primer astronauta norteamericano en dar tres vueltas alrededor del globo terráqueo.²⁴¹ Años después, en 1964, cuando ya estaba en condiciones de retirarse de la carrera espacial, fue tentado por Robert Kennedy para presentarse como candidato a senador nacional por su estado natal, Ohio. Debido a un accidente doméstico, su campaña quedó trunca, pero 10 años más tarde reiteró su intento y fue electo senador para el 94º Congreso (1975-1977). Desde entonces, fue reelecto hasta su retiro a fines del 105º Congreso, en 1999.²⁴² Poco antes de concluir su vida política, volvió a subirse a una nave espacial, el Space Shuttle Discovery, en 1998, una misión que duró nueve días y tuvo, por supuesto, gran repercusión política.²⁴³ Pese a su ya avanzada edad (77 años por entonces), no sufrió daños en su salud. Falleció en 2016 a los 95 años.²⁴⁴

239 Chester Trent Lott, senador republicano de Mississippi, presentó una moción para que el debate fuera público, pero fue rechazada.

240 Las reflexiones que pueden hacerse sobre este proceso son múltiples, pero ninguna de ellas puede omitir considerar la extraordinaria popularidad que tenía Clinton a pesar de todas las acusaciones que pesaban sobre él. Finalmente, un juicio político no es ajeno a esta circunstancia. Si bien es cierto que los hechos que se le imputaban pertenecían a su vida privada (a diferencia de los que desencadenaron los procesos contra Andrew Johnson y Richard Nixon), no lo es menos que habían sido cometidos durante su mandato con una empleada del Gobierno y en la Casa Blanca, nada menos. Bajo los estándares morales que usualmente pregonan los norteamericanos, ello es muy grave, pues entienden que la vida privada se refleja luego en la pública. El Senado, sin embargo, fue muy tolerante con todo ello, lo que pone en evidencia el desacuerdo existente entre las cámaras, pese a que en ambas los republicanos eran mayoría. Es difícil saberlo, pero probablemente con esta decisión se haya querido poner fin a una suerte de cacería de brujas que habría agrietado aún más la división entre ambos partidos.

241 Antes de ello había sido piloto naval en la Segunda Guerra Mundial y en la guerra de Corea.

242 Dentro de su carrera política, fue uno de los candidatos nominados para acompañar a Carter como vicepresidente en las elecciones de 1976 y, en 1984, lanzó su propia candidatura presidencial, sin éxito y con un gran costo económico.

243 Mientras estaba en el espacio, el presidente Clinton le envió un telegrama de felicitación.

244 Ver George (2020).

20. El empleo del veto y las reacciones judiciales

Una de las relaciones constitucionales más típicas entre el Congreso y el Poder Ejecutivo se produce por medio del veto. A diferencia de la Argentina, donde esta facultad solamente le corresponde al presidente –que puede ejercerlo en forma total o parcial–,²⁴⁵ en los Estados Unidos existen otras formas de veto. Una de ellas es la que le corresponde al Congreso: el llamado *legislative veto*, y las otras son variantes de la primera: el veto de bolsillo (*pocket veto*) y el *line item veto*. A lo largo de este período, el ejercicio del veto –en sus diferentes formas– dio lugar a varios casos judiciales, que tanto han ampliado como limitado los poderes del Congreso.

20.1. El veto de bolsillo (*pocket veto*)

Tal como ocurre en la Argentina, en los Estados Unidos el Poder Ejecutivo tiene diez días para aprobar o vetar la ley luego de haber sido enviada por el Congreso para su promulgación.²⁴⁶ Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema, la Constitución norteamericana prevé que si está pendiente dicho plazo y el Congreso entra en receso de sus sesiones (*adjourn*), se entiende que la ley ha sido vetada, produciéndose el llamado *pocket veto*.²⁴⁷ El objetivo de esta cláusula, naturalmente, es que el Congreso no pueda impedir el veto ejecutivo por medio de una suspensión anticipada de sus sesiones. La Corte Suprema había analizado esta cuestión en el llamado *Pocket Veto Case*,²⁴⁸ en el cual se había analizado un veto del presidente Coolidge frente a un receso de cuatro meses y –salvo alguna aclaración posterior del Tribunal–²⁴⁹ parecía ser pacífica hasta que Ronald Reagan pretendió ejercer el veto de bolsillo frente a recesos ocurridos entre la primera y la segunda sesión de los 97° y 98° Congresos. La cuestión dio lugar a una controversia judicial en el caso *Barnes v. Kline*, en el cual la Court of Appeals for the Federal Circuit²⁵⁰ dispuso que el receso entre las sesiones de un mismo Congreso no permitía el ejercicio del *pocket veto*.²⁵¹

245 Artículos 80 y 83.

246 Artículo I, sección 7, cl. 2.

247 “If any Bill shall not be returned by the President within ten Days (Sundays excepted) after it shall have been presented to him, the Same shall be a Law, in like Manner as if he had signed it, unless the Congress by their Adjournment prevent its Return, in which Case it shall not be a Law”.

248 279 U.S. 655 (1929).

249 En *Wright v. United States*, 302 U.S. 583 (1938), fue establecido que una suspensión parcial de tres días de la cámara de origen, que no había impedido al Poder Ejecutivo devolver la ley con sus objeciones, no permitía el ejercicio del *pocket veto*.

250 759 F.2d 21 (D.C. Cir. 1985).

251 Ver Whitney (1986).

20.2. El *line item veto*

Otra diferencia entre la Constitución argentina y la de los Estados Unidos es que esta última no prevé el veto parcial. Es por ello que los presidentes durante buena parte del siglo XX –entre ellos, Reagan y Bush– insistieron en que se les otorgara la posibilidad de vetar individualmente los diferentes ítems o partidas de las leyes presupuestarias, una cuestión en la que el Congreso siempre fue renuente, pues ello le otorgaba al Poder Ejecutivo mayor poder en el manejo del presupuesto. Cediendo a estas insistencias, finalmente el Congreso sancionó la Line Item Veto Act of 1996,²⁵² que fue ejercida por Clinton en varias oportunidades hasta que la Corte Suprema –por mayoría– la declaró inconstitucional en *Clinton v. City of New York*,²⁵³ sosteniendo que este sistema de veto no estaba previsto en la Constitución y violaba la forma en la que una ley debe ser sancionada. Nuevamente en este caso, la Corte resolvió a favor del Congreso, aun cuando este había expresamente limitado sus facultades.

20.3. El veto legislativo

Esta clase de veto, que no existe en la Argentina, le permite al Congreso norteamericano vetar los reglamentos ejecutivos. En los Estados Unidos es una costumbre instalada, desde hace ya muchas décadas, que cuando el Congreso habilita al presidente o a las agencias administrativas a dictar reglamentaciones, se reserva en la ley respectiva la prerrogativa de controlar el reglamento dictado.²⁵⁴ De tal manera, antes de poner en vigor el reglamento, el órgano o ente que lo ha dictado debe someterlo al Congreso para su revisión. Esta forma de control –cuyo empleo se acrecentó con el correr de los años– se denomina “veto legislativo”. En algunos casos se ha requerido una aprobación expresa del Congreso y en otros tiene lugar tácitamente, por el mero paso del tiempo fijado para que el Congreso se expida. También varía el modo de ejercer el veto. Se ha exigido tanto la intervención de ambas cámaras como de una sola de ellas y, en ocasiones, ha sido suficiente nada más que la de una comisión legislativa.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho sentir sus críticas hacia el veto legislativo con fundamento en las siguientes razones: (a) el veto ejercido por una sola Cámara viola el Artículo I de la Constitución, que exige la inter-

252 Public Law 104-130; 110 Statutes at Large 1200.

253 524 U.S. 417 (1998).

254 La primera vez tuvo lugar en 1932.

vención de las dos cámaras para sancionar una ley; (b) el veto legislativo viola la cláusula constitucional que exige la remisión de la ley sancionada al presidente para que esta la promulgue o la vete; y (c) el veto legislativo viola la separación de poderes.²⁵⁵

Estos argumentos fueron expuestos por la Corte Suprema cuando se resolvió el caso *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*,²⁵⁶ en el cual fue declarado inconstitucional el veto legislativo contenido en la Ley de Inmigración y Nacionalidad. El *holding* del fallo, en síntesis, sostiene que el veto del Congreso solo es válido si es ejercido por las dos Cámaras del Congreso y presentado luego al presidente para su aprobación o veto.

Jagdish Rai Chadha era un estudiante extranjero (nacido en Kenya, era de origen indio y tenía pasaporte británico) que residía en los Estados Unidos, amparado en una visa de estudiante no inmigrante. Vencido el plazo de residencia otorgado en la visa sin que Chadha abandonara el país, el INS lo intimó a que expusiera qué razones podía alegar en su favor para no ser deportado. Luego de haber sido analizadas las razones expuestas por Chadha, el juez administrativo del INS dispuso la suspensión de su deportación. Esta decisión debía ser sometida al Congreso bajo lo dispuesto en la sección 244(c)(1) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad y bajo la sección 244(c)(2) cualquiera de las cámaras del Congreso podía derogarla y ordenar la deportación. Intervino entonces el House, que revocó la decisión y ordenó la deportación. Esta resolución no fue enviada al Poder Ejecutivo para que ejerciera su poder de veto, en tanto se entendió que no tenía carácter legislativo.

La cuestión llegó hasta la Corte Suprema y, en un fallo con una mayoría de 7-2, el Tribunal entendió –por medio del voto del *Chief Justice* Burger– que la sección 244(c)(2) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad violaba: (a) las cláusulas 2 y 3 de la sección 7 del Artículo I de la Constitución (*presentment clause*) que exigen la remisión (presentación) al presidente de las leyes sancionadas; (b) el requisito de la bicameralidad en las decisiones del Congreso, contenido en el Artículo I, sección 1 y sección 7 cláusula 2; y (c) la separación de poderes, como requisito implícito de los Artículos I, II y III.²⁵⁷ Sostuvo que si bien la

255 Ver Rotunda y Nowak (1999, p 117).

256 462 U.S. 919 (1983).

257 “The bicameral requirement, the Presentment Clauses, the President’s veto, and Congress’ power to override a veto were intended to erect enduring checks on each Branch and to protect the people from the improvident exercise of power by mandating certain prescribed steps. To preserve those checks, and maintain the separation of powers, the carefully defined limits on the power of each Branch must not be eroded. To accomplish what has been attempted by one House of Congress in

resolución por medio de la cual se había ejercido el veto legislativo no era una ley, tenía, sin embargo, carácter legislativo tanto en su propósito como en sus efectos y debía, por ende, cumplir con los requisitos constitucionales de un acto legislativo.

En contraste con la opinión de tono formal de la mayoría, la fuerte disidencia del *Justice White* se apoya en argumentos funcionales, en los que explica que la decisión de la Corte acarreaba la inconstitucionalidad de unas doscientas leyes que establecían el veto legislativo, el cual había nacido en la década de 1930 a raíz de la proliferación de las reglamentaciones administrativas producida en esa época.²⁵⁸

this case requires action in conformity with the express procedures of the Constitution's prescription for legislative action: passage by a majority of both Houses and presentment to the President. The veto authorized by § 244(c)(2) doubtless has been in many respects a convenient shortcut; the «sharing» with the Executive by Congress of its authority over aliens in this manner is, on its face, an appealing compromise. In purely practical terms, it is obviously easier for action to be taken by one House without submission to the President; but it is crystal clear from the records of the Convention, contemporaneous writings, and debates that the Framers ranked other values higher than efficiency. The records of the Convention and debates in the states preceding ratification underscore the common desire to define and limit the exercise of the newly created federal powers affecting the states and the people. There is unmistakable expression of a determination that legislation by the national Congress be a step-by-step, deliberate and deliberative process" (462 U.S. en pp. 957-959).

- 258 "The prominence of the legislative veto mechanism in our contemporary political system and its importance to Congress can hardly be overstated. It has become a central means by which Congress secures the accountability of executive and independent agencies. Without the legislative veto, Congress is faced with a Hobson's choice: either to refrain from delegating the necessary authority, leaving itself with a hopeless task of writing laws with the requisite specificity to cover endless special circumstances across the entire policy landscape, or, in the alternative, to abdicate its lawmaking function to the Executive Branch and independent agencies. To choose the former leaves major national problems unresolved; to opt for the latter risks unaccountable policymaking by those not elected to fill that role. Accordingly, over the past five decades, the legislative veto has been placed in nearly 200 statutes. The device is known in every field of governmental concern: reorganization, budgets, foreign affairs, war powers, and regulation of trade, safety, energy, the environment, and the economy. The legislative veto developed initially in response to the problems of reorganizing the sprawling Government structure created in response to the Depression. The Reorganization Acts established the chief model for the legislative veto. When President Hoover requested authority to reorganize the Government in 1929, he coupled his request that the «Congress be willing to delegate its authority over the problem (subject to defined principles) to the Executive» with a proposal for legislative review [...] The history of the legislative veto also makes clear that it has not been a sword with which Congress has struck out to aggrandize itself at the expense of the other branches – the concerns of Madison and Hamilton. Rather, the veto has been a means of defense, a reservation of ultimate authority necessary if Congress is to fulfill its designated role under Art. I as the Nation's lawmaker. While the President has often objected to particular legislative vetoes, generally those left in the hands of congressional Committees, the Executive has more often agreed to legislative review as the price for a broad delegation of authority. To be sure, the President may have preferred unrestricted power, but that could be precisely why Congress thought it essential to retain a check on the exercise of delegated authority [...] For all these reasons, the apparent sweep of the Court's

21. Las elecciones del año 2000 y las curiosidades del 107° Congreso (2001-2003)

Sin lugar a dudas, los eventos ocurridos durante el 107° Congreso (2001-2003) fueron tan curiosos como dramáticos y serán recordados muy especialmente en la historia de los Estados Unidos, al punto de que el senador Tom Daschle, de South Dakota, el entonces líder de la mayoría demócrata, ha calificado a este período como “único” (Daschle, 2003). Basta mencionar los ataques terroristas del 11 de septiembre y la legislación dictada en consecuencia –cuestión que por su importancia analizaré en el punto siguiente– para tener una idea de los cambios que ello produjo en el Gobierno y en el pueblo norteamericano.

Las curiosidades comenzaron el mismo día de la elección de noviembre de 2000 cuando, por primera vez en la historia del país, fue elegido senador un candidato que había fallecido pocas semanas antes. Era Melvin E. Carnahan, por entonces gobernador de Missouri, que murió en un accidente aéreo durante la campaña en la que le disputaba el cargo a John D. Ashcroft del partido republicano. Dado que la legislación electoral de Missouri no permitía remover de la boleta el nombre del candidato, en reemplazo de Carnahan fue puesta su viuda, a quien Roger B. Wilson²⁵⁹ le prometió que sería designada senadora si triunfaba en la elección. Jean Anne Carpenter Carnahan triunfó por un escaso margen²⁶⁰ y fue senadora en reemplazo de su marido durante el 107° Congreso.²⁶¹

En esa misma elección de noviembre de 2000, Hillary Clinton fue electa senadora por New York, convirtiéndose en la primera (y única hasta ahora) primera dama que llega a ese cargo. Con Hillary Clinton y Jean Carnahan, el número de senadoras llegó en ese momento a trece.

Otra curiosidad del 107° Congreso fue que el Senado, luego de la elección de 2000, quedó empatado 50-50 entre republicanos y demócratas.²⁶² Sin embargo, este equilibrio no es absoluto y favorece al poder del vicepresidente, que, conforme al Artículo I, sección 3, cl. 4, como presidente del Senado solo vota en caso de empate.²⁶³ Durante los primeros 17 días de este período (desde el

decision today is regrettable” (462 U. S. en pp. 967, 968 y 974).

259 Era el vicegobernador que sucedió a Carnahan hasta completar el mandato.

260 Nuevamente, por un azar del destino, una mujer sucedía a su marido en la senaduría, tal como había ocurrido en 1922 con Rebecca Felton y en 1932 con Hattie Caraway.

261 Bajo la legislación de Missouri, al cabo de 2 años debía llevarse a cabo una nueva elección, en la que fue elegido James M. Talent del GOP.

262 Esta curiosa situación ya había tenido lugar en el 47° Congreso (1881-1883) y, como veremos luego, ha vuelto a repetirse en el 117° Congreso (2021-2023).

263 “The Vice President of the United States shall be President of the Senate, but shall have no Vote, unless they be equally divided”.

3 hasta el 20 de enero), ese control lo tuvieron los demócratas, pues Al Gore era el vicepresidente. Luego pasó a los republicanos, cuando Dick Cheney asumió en la fórmula integrada con George W. Bush. Esta elección presidencial también fue muy especial, pues finalmente fue decidida indirectamente por la Corte Suprema en *Bush v. Gore*,²⁶⁴ un caso sin precedentes en el que el Tribunal quedó claramente dividido 5-4 entre republicanos y demócratas,²⁶⁵ lo que generó, inevitablemente, un aluvión de comentarios y críticas.²⁶⁶ De todos modos, la ventaja republicana duró poco, pues el 24 de mayo de 2001 James Jeffords, de Vermont, abandonó su partido, se hizo independiente y se alineó con los demócratas, dándoles a estos la mayoría en el Senado. Por tercera vez en la misma sesión, la mayoría había cambiado de un partido a otro.

Luego, el 11 septiembre de ese año, se produjeron los ataques terroristas al World Trade Center (las Torres Gemelas), al Pentágono y a otros objetivos y, poco después, un sobre que contenía ántrax fue enviado a las oficinas de Tom Daschle, líder de la mayoría, lo que obligó a hacer una nueva evacuación de las oficinas del Congreso, algo que no ocurría desde la Guerra de 1812, cuando los ingleses invadieron Washington e incendiaron el Capitolio.

Un cuarto cambio en la ajustada mayoría en el Senado –dentro de una misma sesión– se produjo a raíz de las elecciones de noviembre de 2002. Jean Carnahan –que, como vimos, había ganado la senaduría por Missouri al morir su marido durante la campaña– no podía permanecer todo el mandato de 6 años establecido en el Artículo I, sección 3, sino que debía competir nuevamente al segundo año; fue derrotada por James M. Talent. La mayoría nuevamente pasó a los republicanos.

264 531 U.S. 98 (2000).

265 Brevemente relatado, el caso se originó porque en algunos estados de Florida el sistema requiere perforar la boleta electoral. Algunas personas mayores no completaron debidamente la perforación, de modo tal que esos votos, que le habrían dado el triunfo a Gore, no fueron registrados por las urnas mecánicas. Gore, entonces, solicitó judicialmente antes los tribunales de Florida que se hiciera un recuento manual. Bush, por su lado, se opuso a ello en una acción planteada ante los tribunales federales. Desestimado este planteo en primera instancia y en cámara (intervino el tribunal del 11° Circuito), la Corte Suprema hizo lugar al planteo (*Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*, 531 U.S. 70 [2000]) y reenvió el caso a la Suprema Corte de Florida para que ordenara el recuento bajo ciertos estándares. Ordenado el recuento, Bush se presentó nuevamente ante la Corte Suprema por medio de una apelación de emergencia, alegando que la decisión del supremo tribunal de Florida era poco clara y que el recuento debía ser suspendido. La Corte Suprema, con el voto de los cinco jueces conservadores (Rehnquist, Scalia, O'Connor, Kennedy y Thomas), hizo lugar a esta apelación y ordenó suspender el recuento de los votos.

266 Los escritos y decisiones judiciales, así como los artículos periodísticos que se suscitaron con motivo del caso, están recopilados en *Bush v. Gore. The Court Cases and the Commentary* (Dionne y Kristol, 2001).

Los eventos de este 107° Congreso tan particular continuaron en diciembre de 2002, cuando Strom Thurmond, aquel legendario senador de South Carolina que, en 1957, había batido el récord de duración de un *filibuster* al oponerse a la Ley de Derechos Civiles, cumplió 100 años mientras todavía permanecía en su banca. Había ingresado al Senado en 1954 y se retiró en 2003, con casi 50 años de servicio ininterrumpidos, una marca solo superada por James Byrd, de West Virginia (1959-2010), y Daniel Ken Inouye, de Hawaii (1962-2012).

Por último, en 2002 ingresó como senadora Lisa Ann Murkowski, republicana de Alaska. Su nombramiento fue muy controvertido, pues fue designada directamente por su padre, Frank Murkowski, que dejó la senaduría al ser elegido gobernador del estado y puso a su hija en su lugar. Pese a todo, la entonces joven senadora completó el mandato de su padre hasta 2004, compitió en las elecciones de ese año, las ganó y desde entonces se ha mantenido en la banca.²⁶⁷

22. Los hechos terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la respuesta del Congreso

22.1. Los hechos

En la mañana del martes 11 de septiembre de 2001, los Estados Unidos fueron objeto de cuatro ataques terroristas sin precedentes en su historia. Los dos primeros –y los más graves– tuvieron lugar cuando dos aviones de pasajeros, que habían sido capturados por militantes del grupo Al-Qaeda, se estrellaron contra las torres del World Trade Center (WTC), en New York, las cuales fueron completamente destruidas por el incendio. El segundo tuvo como objetivo el Pentágono, en Arlington, Virginia. Un avión se estrelló contra el sector oeste del edificio, provocando el derrumbe parcial de su pared exterior. El tercero estaba dirigido a otros objetivos en Washington, D.C. –posiblemente el Capitolio o la Casa Blanca–, pero la acción de los pasajeros permitió que el vuelo fuera desviado y, finalmente, cayó en un campo ubicado en Stonycreek Township, Pennsylvania. Como resultado de estos ataques, especialmente el del WTC, murieron unas 3 mil personas.²⁶⁸

267 Siempre ha sido una republicana muy moderada, que votó a favor del segundo juicio político contra Donald Trump y también dio su apoyo a la candidatura de Ketanji Brown Jackson; fue nominada para la Corte Suprema por Joe Biden en febrero de 2022, en reemplazo de Stephen Breyer.

268 Los hechos, sus antecedentes y conclusiones están detalladamente expuestos en *The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States* U.S. Government Printing Office (2004) Esta comisión, a la que me referiré más adelante, fue creada por ley en noviembre de 2002.

22.2. La legislación dictada en consecuencia

Luego de los ataques, el Congreso emitió –el 13 de septiembre– una resolución conjunta en la que autorizaba al presidente a “usar toda la fuerza necesaria y apropiada” para combatir el terrorismo. Esta resolución, llamada Authorization for Use of Military Force (AUMF),²⁶⁹ habilitó a George W. Bush a dictar una orden militar.²⁷⁰

Posteriormente, el 24 de octubre, el Congreso sancionó la llamada USA Patriot Act.²⁷¹ Por medio de esta ley, se reformaron una serie de normas anteriores, se restringieron ciertas libertades en aras de la seguridad nacional –otorgando para ello mayores facultades al Departamento de Justicia– y, entre otras previsiones, se creó el delito de “terrorismo doméstico” (sección 802).²⁷² Asimismo, al día siguiente –14 de septiembre– el presidente emitió la Proclamación 7463, que ya estaba mencionada en la orden militar, por medio de la cual declaró la emergencia nacional.

Tres años después, en diciembre de 2005, el Congreso sancionó la llamada Detainee Treatment Act (DTA),²⁷³ que fue la respuesta legislativa a las muy moderadas sentencias producidas por la Corte Suprema a raíz de los casos suscitados por la legislación anterior, pues dispone, en forma terminante, que los

269 Public Law 107-40; 115 Statutes at Large 224. La Sección 2(a) establecía: “[...] the President is authorized to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons”.

270 Ese mismo día, Bush emitió dicha orden, en la cual esencialmente: (a) impuso la ley marcial para aquellos que: (i) no fueran ciudadanos de los Estados Unidos y (ii) fueran acusados de participar o dar auxilio a los terroristas; (b) estableció comisiones militares especiales que no se regirían por las reglas procesales aplicables en los tribunales federales; y (c) prohibió que los condenados por tales comisiones apelaran sus condenas ante los tribunales civiles, nacionales o internacionales (66 Federal Register 57.833).

271 Su nombre completo es: Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA Patriot) Act of 2001. Public Law 107-56; 115 Statutes at Large 272. Ver: <https://www.fincen.gov/resources/statutes-regulations/usa-patriot-act>.

272 Según palabras del presidente Bush al momento de promulgarla: “The law allows our intelligence and law enforcement officials to continue to share information. It allows them to continue to use tools against terrorists that they used against drug dealers and other criminals. It will improve our nation’s security while we safeguard the civil liberties of our people. The legislation strengthens the Justice Department so it can better detect and disrupt terrorist threats. And the bill gives law enforcement new tools to combat threats to our citizens from international terrorists to local drug dealers”.

273 Originada en un proyecto del senador republicano John McCain, de Arizona, forma parte de la llamada Department of Defense Appropriations Act, de 2006. Public Law 109-289; 120 Statutes at Large 1257.

tribunales carecen de jurisdicción para intervenir en *habeas corpus* interpuestos por extranjeros detenidos en la base de Guantánamo.²⁷⁴

22.3. Los casos planteados por estas leyes y las decisiones de la Corte Suprema

Básicamente, la legislación mencionada imponía la ley marcial, es decir, la imposición de la jurisdicción militar sobre los civiles. Si bien esta medida ya había sido aplicada sucesivamente en la historia norteamericana –durante la Guerra de la Independencia,²⁷⁵ en la Guerra Civil²⁷⁶ y en la Segunda Guerra Mundial–,²⁷⁷ en esta oportunidad su empleo fue más intenso, tal como ha señalado

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

275 El primer antecedente de aplicación de la ley marcial ocurrió durante la Guerra de la Independencia, en 1780. Fue el caso del mayor John André, un espía británico capturado y ejecutado por orden de un tribunal militar designado por George Washington. André, un oficial de inteligencia que mantenía correspondencia secreta con el general norteamericano Benedict Arnold, se había entrevistado con este el 22 de septiembre de 1780. Arnold, un traidor a su país que comandaba West Point, había acordado entregar esa plaza al enemigo a cambio del pago de 20 mil libras. Al día siguiente del encuentro, un grupo de soldados norteamericanos capturó a André y halló, ocultas en sus botas, varias piezas de la correspondencia intercambiada con Arnold. Enterado del caso, Washington decidió que André no podía ser tratado como un prisionero de guerra común, sino como espía. Sin perder tiempo, designó un tribunal compuesto por catorce oficiales que, reunidos en una antigua iglesia holandesa en Tappan, New York, condenó a muerte a André. Resignado a su suerte, André imploró a Washington que “... adecue el modo de mi muerte a los sentimientos de un hombre de honor”, en otras palabras, pidió ser fusilado y no ahorcado. Washington no concedió tal indulgencia y André finalmente fue ahorcado el 2 de octubre de 1780.

276 Durante la Guerra Civil fue suspendido el *habeas corpus* y aplicada la ley marcial. De los casos suscitados merecen mencionarse, en primer lugar, el de Clement Vallandigham, un ciudadano de Ohio, quien públicamente se había pronunciado a favor de la causa del sur, diciendo que la guerra civil era cruel e innecesaria y que su propósito era liberar a los negros y esclavizar a los blancos. Fue juzgado y condenado por un tribunal militar; no se le impuso la pena de muerte, pero fue confinado en un fuerte militar hasta que terminara la guerra. Desde allí interpuso un *habeas corpus* ante la Corte Suprema, que fue rechazado al sostener que el Tribunal carecía de jurisdicción para revisar sentencias de tribunales militares. *Ex parte Vallandigham*, 68 U.S. (1 Wallace) 243 (1864). Más conocido aún es el caso de *Lamdin P. Milligan*, *Ex parte Milligan*, 71 US (4 Wallace) 2 (1866), suscitado como consecuencia de la ocupación militar en el sur por parte de las fuerzas norteamericanas. Milligan, un civil arrestado en el distrito militar de Indiana acusado de conspiración y de dar auxilio a las fuerzas de la Confederación, fue juzgado por una comisión militar con sede en Indianapolis y condenado a la horca. Días antes de que se ejecutara la sentencia, promovió un *habeas corpus* ante la Corte Suprema impugnando la jurisdicción del tribunal militar. Tenía en su contra el precedente Vallandigham, no obstante, los tiempos habían cambiado. La Guerra había terminado y la Corte falló a su favor, sosteniendo que la comisión militar carecía de jurisdicción para juzgarlo. En síntesis, luego de remontarse a antiguos precedentes ingleses, dijo que la extensión de la jurisdicción militar a los civiles es inconstitucional cuando existen tribunales civiles en funcionamiento, imponiendo así la llamada regla del *open court* (tribunal abierto).

277 La Segunda Guerra dio lugar a la aplicación de la ley marcial en varios precedentes. Ellos tuvieron lugar con motivo del caso del sabotaje nazi en 1942, *Ex parte Querin*, 317 U.S. 1 (1942); el ataque

Fisher (2005, pp. 11-13): se extendió a una población numerosa e indeterminada. Asimismo, la designación era muy genérica y los comprendidos en ella no eran formalmente prisioneros de guerra con derecho a un estatus especial bajo la Convención de Ginebra. Por el contrario, integraban un grupo que se denomina “combatientes del enemigo” (*enemy combatants*), cuyo estatus legal es incierto, pues tampoco quedaban sometidos al Código Uniforme de Justicia Militar.²⁷⁸

Como era inevitable, la orden militar de Bush y las acciones sucesivas –tanto en Afganistán como en el territorio mismo de los Estados Unidos– produjeron numerosos prisioneros que, luego de algún tiempo de detención en bases militares, comenzaron a plantear *habeas corpus* en procura de obtener su libertad, que la Corte Suprema resolvió con la mayor prudencia posible, pero tratando de respetar el orden constitucional. Entre ellos menciono: *Hamdi v. Rumsfeld*,²⁷⁹ *Rumsfeld v. Padilla*²⁸⁰ y *Rasul*

japonés a las bases norteamericanas en Pearl Harbour, *Duncan v. Kahanamoku*, 327 U.S. 304 (1946); y los juicios llevados a cabo contra oficiales japoneses en las Filipinas, *Homma v. Patterson*, 327 U.S. 759 (1946) e *Hirota v. McArthur*, 338 U.S. 197 (1948).

278 Uniform Code of Military Justice (UCMJ), 10 U.S.C. §§ 801-946. Este Código reemplazó en 1951 a los antiguos Articles of War, originalmente sancionados en 1806.

279 542 U.S. 507 (2004). Yaser Esam Hamdi, un ciudadano norteamericano de 20 años detenido en Afganistán acusado de prestar auxilio al régimen talibán, fue enviado a los Estados Unidos y alojado primero en Guantánamo y luego trasladado a unidades navales en Virginia y South Carolina, dada su condición de ciudadano norteamericano. Allí permaneció detenido e incomunicado sin juicio ni acceso a un abogado defensor desde abril de 2002. Su padre planteó un *habeas corpus* en el que sostenía la ausencia de base legal para la detención y la violación del debido proceso (Enmiendas 5 y 14). Comenzó entonces una batalla legal que, además de desarrollarse entre el Gobierno y los Hamdi, tuvo como participantes al tribunal de distrito y a la Corte de Apelaciones del 4° Circuito. El primero sostuvo en repetidos pronunciamientos que la detención de Hamdi era inconstitucional, mientras que la alzada revocó todos estos pronunciamientos. Finalmente, un plenario de la Cámara confirmó estos y Hamdi planteó un *certiorari*. La Corte, por medio de un largo pronunciamiento con mayoría de 6-3, revocó la decisión del 4° Circuito. En síntesis, el voto mayoritario redactado por la jueza O'Connor sostuvo que el estado de guerra no constituye un cheque en blanco para el presidente cuando se trata de los derechos de los ciudadanos de los Estados Unidos.

280 542 U.S. 426 (2004). José Padilla, también ciudadano de los Estados Unidos, se hallaba vinculado a una investigación relativa a los ataques terroristas del 11 de septiembre. A diferencia de Hamdi, su detención se produjo en territorio de los Estados Unidos y posteriormente fue clasificado por el secretario de Defensa –de acuerdo con la Orden Militar del 13 de septiembre– como un “combatiente del enemigo” y alojado en una unidad militar en South Carolina. Desde allí planteó un *habeas corpus*. Se debatía en este caso: (i) si el *habeas corpus* dirigido contra el secretario de Defensa estaba bien plantado o si debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual Padilla estaba alojado; y (ii) si debía hacerse lugar al fondo del planteo. En el tribunal de distrito la primera cuestión fue resuelta a favor del accionante, pero la segunda en su contra. Sostuvo esta decisión que el presidente tenía autoridad para disponer su detención. La Corte de Apelaciones del 2° Circuito revocó esta decisión y dijo que el presidente carecía de competencia para ordenar el arresto de Padilla, pues ni la AUMF ni los poderes de guerra del presidente autorizan la detención militar de un ciudadano norteamericano dentro de los Estados Unidos. Como puede verse, el caso llegó ante la Corte Suprema con un fuerte desafío que el Tribunal esquivó, amparándose en aspectos procesales. Con mayoría muy ajustada, dijo que el *habeas corpus* debía dirigirse al comandante de la unidad militar en la cual el peticionante estaba

v. Bush.²⁸¹ Asimismo, ya bajo la aplicación de la Detainee Treatment Act, se produjo el caso *Hamdan v. Rumsfeld*,²⁸² en el cual, por medio de una decisión muy compleja y muy dividida,²⁸³ se hizo lugar al *habeas corpus*.²⁸⁴

22.4. La comisión investigadora y su informe

Un año después de los ataques, se decidió conformar una comisión investigadora de los ataques del 11 de septiembre que actuaría en jurisdicción del

detenido y no contra el secretario de Defensa. Dicho esto, evitó entrar en el fondo del asunto.

281 542 U.S. 466 (2004). A diferencia de los anteriores, este caso no involucraba a un ciudadano de los Estados Unidos, sino a dos australianos y a doce kuwaitíes, capturados en Afganistán y detenidos en Guantánamo. Asimismo, no se cuestionaba aquí el derecho al debido proceso de los detenidos, sino algo más elemental todavía: se debatía si, por vía del *habeas corpus*, tenían derecho a una revisión judicial de su detención. Habían fracasado en su intento en las dos instancias anteriores, las cuales se habían declarado incompetentes para tramitar esos *writs* y la Corte concedió el *certiorari*. Por medio de un fallo dividido 6-3 –numéricamente igual a Hamdi, pero con una composición diferente–, el Tribunal revocó la decisión anterior y, tratando de limitar lo más posible el alcance de su pronunciamiento, le ordenó a la corte de distrito que considerara el fondo de la petición

282 548 U.S. 557 (2006).

283 El caso se decidió por una mayoría de 5-3. Votaron en la mayoría los jueces Stevens (autor del voto principal), Kennedy, Souter, Breyer y Ginsburg; y en la minoría, los jueces Scalia, Thomas y Alito. Sin perjuicio de esta distribución de los votos para formar la mayoría y la minoría, la estructura de la decisión es un poco más complicada, pues la mayoría no tiene un voto sino tres. Ello se debe a que el voto de Stevens, si bien es seguido en casi todas sus partes, no lo es en los puntos V y VI-D-iv. Ya veremos a qué se refieren estos puntos. Por ello hay dos votos separados: el de Breyer (al que adhieren Kennedy, Souter y Ginsburg) y el de Kennedy (al que concurren en parte Souter, Ginsburg y Breyer). A su vez, en la minoría hay tres votos separados, uno por cada juez disidente, al cual adhieren parcial y recíprocamente cada uno de los dos restantes.

284 En 2001, Salim Ahmed Hamdam, un individuo de nacionalidad yemení, fue capturado en Afganistán y trasladado a Guantánamo. Un año después, Bush dispuso que fuera juzgado por una comisión militar por delitos no especificados, de acuerdo con la orden militar del 13 de noviembre de 2001. Al cabo de otro año, fue acusado de conspiración para cometer crímenes bajo la competencia de tribunales militares. Contra esta decisión, Hamdam planteó un *habeas corpus* ante el tribunal de distrito del Distrito de Columbia con estos fundamentos: (i) ni las leyes de los Estados Unidos ni el *common law* de la guerra le otorgan jurisdicción a la comisión militar para intervenir en un caso de conspiración, pues este delito no viola el derecho de la guerra; y (ii) el procedimiento aplicable en el juicio viola principios básicos del derecho militar y del derecho internacional, incluyendo el derecho a consultar la prueba de cargo. El tribunal hizo lugar al *habeas corpus*. Dijo, en síntesis, que Hamdam tenía derecho a la aplicación de la Convención de Ginebra. Apelada esta decisión, la Corte de Apelaciones del Circuito de Columbia revocó la decisión sosteniendo que Hamdam no tenía derecho a invocar la Convención de Ginebra. Contra esta decisión, Hamdam planteó un *certiorari* que fue admitido por la Corte en septiembre de 2005. Poco después, en febrero de 2006, el Gobierno pidió que el caso fuera rechazado por aplicación de la DTA. La Corte Suprema, en sustancia, revocó la decisión de la Corte de Apelaciones diciendo que: (i) posee jurisdicción; y (ii) que los procedimientos llevados a cabo por la comisión militar son violatorios del Código Uniforme de Justicia Militar y de la Convención de Ginebra.

Congreso. La comisión²⁸⁵ fue creada por ley el 27 de noviembre de 2002²⁸⁶ y estaba integrada por diez miembros, de los cuales: uno era elegido por el Poder Ejecutivo, que además presidía la Comisión, cinco eran nombrados por el partido demócrata y cuatro por el partido republicano, de modo tal que hubiera igualdad de representación por cada uno.²⁸⁷ Tenía facultades para: (a) investigar los hechos y las causas de los ataques; (b) determinar y evaluar las pruebas producidas por todas las agencias importantes del Gobierno y demás entidades que fueran consultadas; (c) determinar la capacidad del Gobierno para prevenir y responder a los ataques; y (d) establecer las medidas que fueran necesarias para prevenir futuros atentados.²⁸⁸

Dado que la Comisión debía investigar, en definitiva, la responsabilidad de los funcionarios del Gobierno federal en los hechos ocurridos, se dispuso también que no podría ser miembro ningún funcionario o empleado nacional o local.²⁸⁹ Se buscó entonces que su presidente fuera una persona relevante, que

285 Su nombre oficial fue National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States.

286 Public Law 107-306; 116 Statutes at Large 2408.

287 “Section. 603.(a) MEMBERS. The Commission shall be composed of 10 members, of whom— (1) 1 member shall be appointed by the President, who shall serve as chairman of the Commission; (2) 1 member shall be appointed by the leader of the Senate (majority or minority leader, as the case may be) of the Democratic Party, in consultation with the leader of the House of Representatives (majority or minority leader, as the case may be) of the Democratic Party, who shall serve as vice chairman of the Commission; (3) 2 members shall be appointed by the senior member of the Senate leadership of the Democratic Party; (4) 2 members shall be appointed by the senior member of the leadership of the House of Representatives of the Republican Party; (5) 2 members shall be appointed by the senior member of the Senate leadership of the Republican Party; and (6) 2 members shall be appointed by the senior member of the leadership of the House of Representatives of the Democratic Party”.

288 “Section 602. The purposes of the Commission are to (1) examine and report upon the facts and causes relating to the terrorist attacks of September 11, 2001, occurring at the World Trade Center in New York, New York, in Somerset County, Pennsylvania, and at the Pentagon in Virginia; (2) ascertain, evaluate, and report on the evidence developed by all relevant governmental agencies regarding the facts and circumstances surrounding the attacks; (3) build upon the investigations of other entities, and avoid unnecessary duplication, by reviewing the findings, conclusions, and recommendations of— (A) the Joint Inquiry of the Select Committee on Intelligence of the Senate and the Permanent Select Committee on Intelligence of the House of Representatives regarding the terrorist attacks of September 11, 2001, (hereinafter in this title referred to as the «Joint Inquiry»); and (B) other executive branch, congressional, or independent commission investigations into the terrorist attacks of September 11, 2001, other terrorist attacks, and terrorism generally; (4) make a full and complete accounting of the circumstances surrounding the attacks, and the extent of the United States’ preparedness for, and immediate response to, the attacks; and (5) investigate and report to the President and Congress on its findings, conclusions, and recommendations for corrective measures that can be taken to prevent acts of terrorism”.

289 “Section 602(b) [...] (2) An individual appointed to the Commission may not be an officer or employee of the Federal Government or any State or local government [...]”.

no ocupara en ese momento ningún cargo oficial. Esto generó inconvenientes, pues nadie estaba dispuesto a llevar a cabo una tarea ciertamente incómoda y además, según relataron luego sus protagonistas, la Comisión enfrentó numerosas dificultades burocráticas para llevar a cabo la tarea.²⁹⁰ Henry Kissinger fue el primero en ser designado presidente, pero renunció poco después alegando conflictos de interés.²⁹¹ El exsenador George J. Mitchell, de Maine, fue nombrado vicepresidente, pero también renunció enseguida, pues no quería dejar su práctica profesional como abogado. Finalmente, fue elegido presidente Thomas H. Kean, exgobernador republicano de Georgia (1982-1990), y como vicepresidente fue nombrado Lee H. Hamilton, que había sido representante demócrata de Indiana hasta 1999.²⁹² Philip D. Zelikow fue el director ejecutivo de la Comisión.²⁹³

Como testigos ante la Comisión, declararon los más altos funcionarios entonces en actividad y los ya retirados. Entre los primeros, el presidente Bush, el vicepresidente Cheney y los responsables directos de la defensa y seguridad nacional.²⁹⁴ Entre los segundos, fueron citados quienes habían ocupado esos mismos cargos en la administración anterior.

Luego de un año y medio de trabajo,²⁹⁵ el 22 de julio de 2004, la Comisión presentó su informe.²⁹⁶ Sus conclusiones y actuación, que fueron objeto de

290 Su presidente y vicepresidente relataron luego estas dificultades en un libro (Kean y Hamilton, 2007).

291 Por aquel entonces, Kissinger dirigía una firma consultora en Washington, y cuando le fue requerido que pusiera a disposición su lista de clientes, prefirió no dar esa información y renunciar al cargo en la Comisión.

292 Los restantes miembros fueron: Richard Ben-Veniste (abogado demócrata y exintegrante de la fiscalía especial en el caso Watergate), Joseph Maxwell Cleland (exsenador demócrata de Georgia), Fred F. Fielding (republicano, ex White House Counsel), Jamie S. Gorelick (demócrata, *Deputy Attorney General* en la administración de Clinton), Thomas Slade Gorton (exsenador republicano de Washington), Joseph Robert Kerrey (exsenador demócrata de Nebraska), John F. Lehman (republicano, exsecretario de la Marina bajo la Administración de Reagan), Timothy J. Roemer (exrepresentante demócrata de Indiana) y James R. Thompson (exgobernador republicano de Illinois).

293 Zelikow luego fue Counselor of the United States Department of State (2005-2007).

294 George John Tenet (director de la CIA), Donald Rumsfeld (secretario de Defensa), Colin L. Powell (secretario de Estado), Condoleezza Rice (asesora nacional de Seguridad y luego secretaria de Estado entre 2005 y 2009), Richard L. Armitage (subsecretario de Estado), Paul D. Wolfowitz (subsecretario de Defensa), Thomas J. Ridge (secretario de Seguridad Interior) y John D. Ashcroft (ministro de Justicia).

295 En el prefacio del informe se menciona que se tomó declaración a 160 testigos, fueron entrevistadas más de 1200 personas en 10 países y que se revisaron aproximadamente 2,5 millones de documentos (p. XV).

296 Ver: <https://9-11commission.gov/report/>.

muchas críticas,²⁹⁷ señalaron las muchas fallas del Gobierno norteamericano, tanto en la administración de Clinton como en la de Bush, en la prevención de los ataques,²⁹⁸ lo que disminuyó la capacidad del Gobierno en repelerlos,²⁹⁹ una cuestión que –en opinión del informe– no estuvo a la altura de los desafíos actuales del terrorismo.³⁰⁰

22.5. El ataque con ántrax

Una semana después de los atentados del 11 de septiembre, el Congreso fue *shockeado* con uno nuevo cuando fueron enviados a las oficinas de los senadores Tom Daschle, líder de la mayoría demócrata, y Patrick Leahy sobres que contenían ántrax.³⁰¹ Si bien nadie resultó muerto, hubo varias personas que dieron positivo en el test. El FBI inició una investigación que concluyó muchos años después, en 2010, con muy magros resultados. El foco de la investigación –me-

297 Entre otras cuestiones, se dijo que entre Zelikow, director ejecutivo de la Comisión, y Condoleezza Rice, una de las eventuales investigadas, había conflicto de interés, pues habían escrito un libro en coautoría (Zelikow y Rice, 1995).

298 “The most important failure was one of imagination. We do not believe leaders understood the gravity of the threat. The terrorist danger from Bin Ladin and al Qaeda was not a major topic for policy debate among the public, the media, or in the Congress. Indeed, it barely came up during the 2000 presidential campaign” (Resumen ejecutivo, p. 9).

299 “Before 9/11, the United States tried to solve the al Qaeda problem with the capabilities it had used in the last stages of the Cold War and its immediate aftermath. These capabilities were insufficient. Little was done to expand or reform them.

The CIA had minimal capacity to conduct paramilitary operations with its own personnel, and it did not seek a large-scale expansion of these capabilities before 9/11. The CIA also needed to improve its capability to collect intelligence from human agents.

At no point before 9/11 was the Department of Defense fully engaged in the mission of countering al Qaeda, even though this was perhaps the most dangerous foreign enemy threatening the United States.

America’s homeland defenders faced outward. NORAD itself was barely able to retain any alert bases at all. Its planning scenarios occasionally considered the danger of hijacked aircraft being guided to American targets, but only aircraft that were coming from overseas.

The most serious weaknesses in agency capabilities were in the domestic arena. The FBI did not have the capability to link the collective knowledge of agents in the field to national priorities. Other domestic agencies deferred to the FBI” (Resumen ejecutivo, p. 10).

300 “The missed opportunities to thwart the 9/11 plot were also symptoms of a broader inability to adapt the way government manages problems to the new challenges of the twenty-first century. Action officers should have been able to draw on all available knowledge about al Qaeda in the government. Management should have ensured that information was shared and duties were clearly assigned across agencies, and across the foreign-domestic divide” (Resumen ejecutivo, pp. 10-11).

301 En esa misma época, varias organizaciones de medios (ABC News, CBS News, NBC News y el *New York Post*) habían recibido sobres con ántrax, a raíz de lo cual murieron cinco personas, entre ellos, los empleados del correo que llevaban los sobres.

diante prueba circunstancial- fue puesto en Bruce Edwards Ivins, un investigador del United States Army Medical Research Institute of Infectious Diseases, que aparentemente tenía problemas mentales y se suicidó en 2008.

23. La Bipartisan Campaign Reform Act de 2002 y los casos judiciales que ha suscitado

En 2002, el Congreso introdujo varias reformas a la Federal Elections Campaign Act (FECA) por medio de la Bipartisan Campaign Reform Act.³⁰² Impulsada por los senadores John McCain, republicano de Arizona, y Russell D. Feingold, demócrata de Wisconsin,³⁰³ la ley tenía por objetivo -tal como lo había intentado la FECA- reducir y controlar los aportes económicos a las campañas electorales sobre la base de que, con ello, se protegía el sistema democrático al impedir que los más ricos apoyaran a sus candidatos con altas e ilimitadas sumas de dinero.³⁰⁴ El objetivo específico de esta ley era reducir el *soft money*³⁰⁵ y los *issue advocacy ads*.³⁰⁶ En el House, la ley fue aprobada por una mayoría de 240-189 votos.³⁰⁷ En el Senado, obtuvo una mayoría de 60-40, que era la necesaria para impedir el *filibuster*. Bush finalmente la promulgó en marzo de 2002.

Tal como había ocurrido con la FECA, su antecesora, esta nueva ley fue cuestionada constitucionalmente.³⁰⁸ Luego de haber pasado un primer test en *McConnell v. Federal Election Commission*³⁰⁹ -una decisión muy ajustada con casi toda el ala conservadora de la Corte en contra-,³¹⁰ esta cambió de opinión y declaró inconstitucionales varias de sus cláusulas en: *Federal Election Commission*

302 Public Law 107-155; 116 Statutes at large 81.

303 Ambos legisladores venían promoviendo la sanción de la ley desde 1995, sin éxito.

304 Fue por ello que se la conoció también como la *Millionaires' Amendment*.

305 Es el dinero aportado a los partidos políticos. El *hard money*, por el contrario, es el que se les aporta directamente a los candidatos, que había sido objeto de una ardua discusión en la Corte Suprema al resolver *Buckley V. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

306 Son los anuncios publicitarios (*advertisements*) usualmente empleados por los grupos de presión, o *lobbies*, para llamar la atención sobre ciertos asuntos políticos e influir en la legislación que desean obtener.

307 Allí fue promovida por Christopher H. Shays, republicano de Connecticut, y por Martin T. Meehan, demócrata de Massachusetts.

308 Uno de los promotores de las acciones judiciales fue Addison Mitchell (Mitch) McConnell, senador republicano de Kentucky y personalidad muy influyente, que jugaría luego un fuerte rol en las administraciones de Obama y de Trump.

309 540 U.S. 93 (2003).

310 En la mayoría votaron Stevens, O'Connor, Souter, Ginsburg y Breyer. En minoría votaron Rehnquist, Scalia, Kennedy y Thomas.

v. Wisconsin Right to Life, Inc.,³¹¹ *Davis v. Federal Election Commission*³¹² y *Citizens United v. Federal Election Commission*.³¹³

24. Reflexiones sobre este período

Si bien este es un período de equilibrio en el Congreso entre ambos partidos, muchos de sus eventos lo hacen aparecer como una era más republicana que demócrata. Desde la Casa Blanca, Ronald Reagan y los dos Bush ejercieron su influencia, y en el Congreso, Newt Gingrich –extravagante, imprudente y controvertido– no alcanzó las metas que se había propuesto, pero hizo mucha propaganda. Tal vez el fracaso de su *contract with America* sea un ejemplo de cómo pueden disociarse las cámaras legislativas cuando una de ellas impulsa un proyecto que no estaba acordado con la otra. Probablemente, el legado republicano más estable y duradero de estos años haya sido el rearmado de la Corte Suprema que, pese al fracaso en la nominación de Bork, dejó de ser el tribunal liberal de las décadas de 1960 y 1970 para convertirse en un cuerpo cada vez más conservador, una tendencia que, como veremos, se ha acentuado en el período siguiente con los tres nombramientos de Donald Trump. El equilibrio entre ambos partidos se verifica también en los escándalos más notorios del período. Reagan quedó claramente involucrado en el *affaire* Iran-Contras y Clinton cayó presa de su aventura romántica, que lo condujo hasta el estrado del *impeachment*, aunque probablemente nunca estuvo muy cerca de la destitución. En ambos casos, el Congreso hizo todo lo posible para proteger a sus líderes políticos. Ya en los últimos años de este período, los hechos terroristas del 11 de septiembre de 2001 y la guerra de Irak contribuyeron notablemente a incrementar el poder del Ejecutivo sobre el Congreso, como ocurre con todas las emergencias.

311 551 U.S. 449 (2007).

312 554 U.S. 724 (2008).

313 558 U.S. 310 (2010).

Bibliografía

- Barry, J. M. (1989). *The Ambition and the Power: The Fall of Jim Wright: A True Story of Washington*. Viking.
- Blumenthal, S. (2003). *The Clinton Wars*. Farrar, Straus and Giroux.
- Bork, T. H. (1978). *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*. Basic Books.
- Bork, T. H. (1991). *The Tempting of America, the political seduction of the law*. Simon & Schuster.
- Bork, T. H. (1996). *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*. Regan Books/Harper Collins.
- Busby, R. (2001). *Defending the American Presidency: Clinton and the Lewinsky Scandal*. Palgrave-Macmillan.
- Byrne, M. (2017). *Iran-Contra: Reagan's Scandal and the Unchecked Abuse of Presidential Power*. University Press of Kansas.
- Cohen, M. J. y Major, J. (Eds.). (2004). *History in Quotations*. Cassell.
- Cooper, A. S. (2018). *The Fall of Heaven: The Pahlavis and the Final Days of Imperial Iran*. Henry Holt and Co.
- Daschle, T. (2003). *Like No Other Time: The 107th Congress and the Two Years That Changed America Forever*. Crown Publishers.
- Day, K. (1993). *S & L Hell: The People and the Politics Behind the \$1 Trillion Savings and Loan Scandal*. W. W. Norton & Company.
- Dionne E. J. (Jr.) y Kristol, W. (Eds.). (2001). *Bush v. Gore. The Court Cases and the Commentary*. Brookings Institution Press.
- Dole, B. (2006). *One Soldier's Story: A Memoir*. Harper Collins.
- Draper, T. (1991). *A Very Thin Line: The Iran-Contra Affairs*. Hill & Wang.
- Fisher, L. (2005). *Military Tribunals and Presidential Power*. University Press of Kansas.
- George, A. L. (2020). *The Last American Hero: The Remarkable Life of John Glenn*. Chicago Review Press.
- Gingrich, N. (Ed.). (1994). *Contract with America: The Bold Plan by Rep. Newt Gingrich, Rep. Dick Arme y and the House Republicans to Change the Nation*. Times Books.
- Gingrich, N. (2021). *Beyond Biden: Rebuilding the America We Love*. Center Street.
- Greene, R. W. (2013). *The Sting Man: Inside Abscam*. Penguin Books.
- Hastert, D. (2013). *Speaker: Lessons from Forty Years in Coaching and Politics*. Regnery Publishing.
- Kean, T. H. y Hamilton, L. H. (2007). *Without Precedent: The Inside Story of the 9/11 Commission*. Vintage Books-Random House.
- Kessler, R. (2017). *The Richest Man in the World: The Story of Adnan Khashoggi*. Grand Central Publishing.
- Koh, H. H. (1990). *The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair*. Yale University Press.
- Kornbluh, P. y Byrne, M. (Eds.). (1993). *The Iran-Contra Scandal: The Declassified History*. The New Press.
- Largey, M. (5 de mayo de 2017). The Bad Grade that Changed the U.S. Constitution. *National Public Radio*. <https://www.npr.org/2017/05/05/526900818/the-bad-grade-that-changed-the-u-s-constitution>.
- Reagan, R. (1990). *An American Life. The Autobiography*. Simon & Schuster.

- Rotunda, R. D. y Nowak, J. E. (1999). *Treatise on Constitutional Law* (Vol. 2, 3ª ed.). West Group.
- Schwartz, H. (1988). *Packing the Courts. The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution*. Charles Scribner's Sons.
- Segev, S. (1988). *The Iranian Triangle: The Untold Story of Israel's Role in the Iran-Contra Affair*. Free Press.
- Sorman, G. (1985). *La Revolución Conservadora Americana* (Trad. E. Sordo). Ediciones Folio.
- Tower, J., Muskie, E. y Scowcroft, B. (1987). *The Tower Commission Report. The Full Text of the President's Special Review Board*. New York Times Special.
- Tripp, L. y Carstens, D. (2020). *A Basket of Deplorables: What I Saw Inside the Clinton White House*. Post Hill Press.
- U.S. Government Printing Office. (1987). *Report of the Congressional Committees investigating the Iran-Contra Affair*.
- U.S. Government Printing Office. (2004). *The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States*.
- Walsh, L. E. (1997). *Firewall: The Iran-Contra Conspiracy and Cover-Up*. W. W. Norton & Co Inc.
- Wells, R. (2019). *The Enforcers: How Little-Known Trade Reporters Exposed the Keating Five and Advanced Business Journalism*. University of Illinois Press.
- Whitney, B. K. (1986). Barnes v. Kline: Picking the President's Pocket. *Minnesota Law Review*, 70, 1149-1184.
- Woodward, B. (1987). *Veil: The Secret Wars of the CIA, 1981-1987*. Simon & Schuster.
- Wright, J. (1984). *Reflections of a Public Man*. Madison Publishing.
- Zelikow, P. D. y Rice, C. (1995). *Germany Unified and Europe Transformed. A Study in Statecraft*, Harvard University Press.
- Zimmermann, M. (2001). *Sandinista: Carlos Fonseca and the Nicaraguan Revolution*. Duke University Press Books.

DIGNIDAD DE LA LEY E INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN JEREMY WALDRON

Juan B. Etcheverry

Universidad Austral

jbetcheverry@austral.edu.ar

Recibido: 06/10/2022

Aceptado: 25/10/2022

Resumen

Con este trabajo buscamos indagar, por un lado, cuál es la teoría de la interpretación jurídica de Jeremy Waldron y, por el otro, si existe una relación entre esta última y su teoría normativa sobre las fuentes del derecho. En concreto, nos preguntamos si existe alguna relación entre la tesis de las fuentes sociales defendida por el positivismo normativo de Waldron (tesis de la especial dignidad/autoridad de la legislación democrática) y su teoría de la interpretación jurídica (¿tesis textualista o de la integridad?). La lección que esperamos aprender de este análisis es que si se pretende hacer una teoría normativa del derecho, no es posible independizar completamente el aspecto estático del derecho (en este caso, teoría de las fuentes) de su faz dinámica (teoría de la interpretación jurídica).

Palabras clave: Jeremy Waldron, fuentes de derecho, interpretación, textualismo, positivismo jurídico normativo.

Dignity of Legislation and Legal Interpretation in Jeremy Waldron

Abstract

This paper intends to throw light, on the one hand, upon Waldron's theory of legal interpretation and, on the other, upon whether or not there is a relationship between the latter and his normative theory on the sources of law. More specifically, the author wonders whether there is any relationship between the social sources thesis defended by Waldron's normative positivism (the special dignity/authority thesis of democratic legislation) and his theory of legal interpretation (textualist or integrity thesis?). The lesson that we hope to learn from this analysis is that if one intends to make a normative theory of law, it is not possible to completely separate the static aspect of law (in this case, theory of sources) from its dynamic face (theory of legal interpretation).

Key words: Jeremy Waldron, sources of law, legal interpretation, textualism, normative positivism.

1. Introducción

Jeremy Waldron es un autor, entre otras cosas, reconocido por su oposición a los sistemas fuertes de control judicial de constitucionalidad de la legislación democrática. Sus aportes y, sobre todo, sus lúcidas críticas han permitido reabrir viejos debates sobre la legitimidad y conveniencia de estos sistemas, incluso en aquellas naciones (particularmente en Estados Unidos de Norteamérica) en las que la práctica del control judicial de constitucionalidad forma parte de su *status quo* constitucional.

Una parte importante de la fundamentación de su crítica a los mencionados sistemas de control judicial de constitucionalidad se construye sobre la base de una teoría normativa de las fuentes del derecho, en concreto, sobre lo que denominaremos su tesis de la “especial dignidad o autoridad de la legislación democrática” (Waldron, 1999, p. 2). Con este trabajo nos proponemos indagar, por un lado, cuál es la teoría de la interpretación jurídica del profesor Waldron y, por el otro, si existe una relación entre su teoría normativa sobre las fuentes del derecho y su teoría de la interpretación jurídica.

Pese a haberse referido en varias oportunidades al problema de la interpretación y aplicación del derecho (especialmente por parte de los jueces), Waldron no ha desarrollado una teoría interpretativa clara y lineal al respecto, como sí lo ha hecho con su teoría normativa de las fuentes jurídicas. Nuestra hipótesis es que esto es así porque resulta especialmente difícil defender un tipo de teoría de la interpretación jurídica normativa coherente con los presupuestos de su teoría normativa de las fuentes del derecho.

Si bien es imposible saber con certeza por qué Waldron no ha podido o querido desarrollar una teoría normativa clara, lineal y uniforme de la interpretación jurídica, sí podemos mostrar cuáles han sido sus aportes al respecto, cómo ha evolucionado su pensamiento en la materia y si existen tensiones entre sus primeras afirmaciones relativas a la interpretación jurídica y sus últimas contribuciones a la temática. A su vez, mostraremos si existen tensiones entre sus últimos desarrollos normativos sobre el problema de la interpretación jurídica y su tradicional defensa de la tesis de la especial dignidad o autoridad de la legislación democrática.¹

1 Como veremos más adelante, existen algunos autores que defienden que no existe ningún tipo

De todos estos esfuerzos esperamos aprender una valiosa lección. Si pretendemos hacer una teoría del derecho coherente, no debemos desarrollar una propuesta normativa sobre un aspecto estático del derecho (teoría de las fuentes) sin atender sus consecuencias sobre su faz dinámica (teoría de la interpretación jurídica).

Para mostrar lo anteriormente planteado, en primer lugar desarrollaremos el tipo de teoría normativa de las fuentes del derecho propuesta por Waldron: tesis de la especial dignidad o autoridad de la legislación democrática (apartado 2). En segundo lugar, expondremos las oscilantes afirmaciones que realiza sobre cómo los jueces han de interpretar/aplicar el derecho, en particular la legislación (apartado 3). En tercer lugar, mostraremos las tensiones que podrían existir entre sus primeros desarrollos sobre interpretación jurídica y sus posteriores opiniones sobre la temática (apartado 4). A su vez, se advertirán las tensiones que podrían existir entre su propuesta normativa sobre las fuentes jurídicas y su propuesta normativa sobre interpretación jurídica (apartado 5). Para finalizar, por un lado, pondremos de relieve la importancia de desarrollar una teoría del derecho que tenga un ojo en su faz estática y el otro en su faz dinámica para evitar las mencionadas tensiones (apartado 6). Por otro lado, advertiremos que probablemente estas tensiones podrían superarse si los roles de los distintos poderes del Estado y la legitimidad para ejercerlos son entendidos de un modo menos taxativo o disyuntivo. En concreto, si se reconoce que si bien el Poder Legislativo tiene la primera palabra para regular la vida social, es el Poder Judicial el órgano encargado de aplicar dicha regulación y terminar de determinarla o especificarla para resolver los conflictos concretos (apartado 7).

2. La tesis de la especial dignidad de la legislación democrática

Una parte importante de la crítica que Waldron presenta contra los sistemas fuertes de control judicial de constitucionalidad se basa en el argumento de la especial dignidad de la legislación democrática para abordar los desacuerdos que se presentan en una comunidad política. Dicha dignidad reside en que la legislación democrática se crea por medio de un: “Método respetable moralmente, de una forma que otras técnicas y convenciones no lo son” (Wal-

de tensión entre las primeras y últimas afirmaciones sobre la teoría de la interpretación jurídica propuestas por Waldron ni entre tales afirmaciones y su teoría normativa de las fuentes jurídicas. Cfr. Gallego (2019). Tejeda Barbarito (2022) recoge de forma completa y minuciosa la evolución del pensamiento de Waldron en relación a la legitimidad del Control de Constitucionalidad.

dron, 2005, p. 131). Por todo esto, se concluye que la legislación democrática posee una dignidad que no tienen las decisiones de los tribunales (inferiores o superiores).

El corazón de la mencionada dignidad de la legislación democrática reside en que ella sería capaz de abordar los desacuerdos políticos que requieren una decisión común (el problema de las circunstancias de la política), ofreciéndoles la posibilidad a los individuos de participar de un modo equitativo en las decisiones colectivas.² Esto supone, para Waldron, que el centro de la dignidad de la legislación democrática encuentra su fundamento en el modo respetuoso del derecho de los individuos de participar en las decisiones políticas. Por ello, Waldron afirma que su explicación de la dignidad de la legislación es una explicación basada en derechos. Los portadores de derechos tienen el derecho a resolver por sí mismos los desacuerdos acerca de los derechos que poseen en términos de igualdad.³

A su vez, este derecho de participación se funda en la dignidad de los individuos, en la potencialidad que les reconoce de ser agentes “morales”, dotados de “autonomía” (Waldron, 2005, p. 264). Dicho de otro modo, el derecho a participar se justifica en lo insultante que supone excluir a los individuos de la posibilidad de decidir, con capacidad y de manera responsable, sobre sus derechos e intereses y el impacto de la política sobre ellos.⁴

Sin embargo, Waldron aclara que el derecho a la participación no está en conflicto con otros derechos. A su juicio, la discusión sobre el derecho a la participación está en un nivel distinto que la discusión sobre el resto de los derechos. Esto sería así porque el derecho a la participación sería el que permite definir el contenido del resto de los derechos.⁵

Esto supone asumir una justificación “no instrumental” de la dignidad de la legislación. Dicha dignidad no radicaría en su valor instrumental para alcanzar un “buen gobierno”. Para Waldron, en contextos de desacuerdo sobre los derechos, es una petición de principio pretender fundar el diseño de los procedimientos políticos para resolver dicho desacuerdo en los derechos sobre lo que se discrepa.⁶

Esta explicación basada en derechos (el derecho a la participación) y “no

2 Cfr. Waldron (2005, cap. 11).

3 Cfr. Waldron (2005, pp. 300-303).

4 Cfr. Waldron (2005, p. 285).

5 Cfr. Waldron (2005, p. 278).

6 Cfr. Waldron (2005, pp. 292-293).

instrumental” (en su capacidad para lograr un buen gobierno) de la dignidad de la legislación se complementa con la defensa que presenta Waldron de los parlamentos como lugares verdaderamente capaces de abordar el desacuerdo político. Para Waldron, la principal virtud de los parlamentos radica en su especial capacidad para representar del mejor modo posible la pluralidad de una sociedad. Esto explica lo numerosos que suelen ser, la estructura que tienen, el modo en el que organizan el debate y la toma de decisiones, etc.

Sin embargo, estas características de los parlamentos pueden ser vistas como una limitación para que logren su objetivo. Es posible pensar que cuanto más numeroso es el órgano del que emana una decisión, menos racional probablemente sean sus resultados. Cuanto más numeroso es un órgano, más difícil puede resultar conseguir buenos funcionarios. A su vez, cuanto más numerosos son los órganos, más difícil puede resultar coordinarlos, que sus decisiones sean coherentes, etc.

A juicio de Waldron, estos argumentos no socavan la autoridad del parlamento porque, a diferencia de lo que proponen Raz y Marmor, ella no reposa en la idoneidad técnica, o en el conocimiento experto o en alguna otra propiedad de los miembros del cuerpo del que emana. Para Waldron, la autoridad de la legislación democrática descansa en que permite abordar el problema de la toma de decisión colectiva necesaria en contextos de desacuerdo de un modo respetuoso de nuestro derecho a participar en la toma de dicha decisión.

De hecho, Waldron sostiene que es posible proponer al menos tres argumentos para justificar la autoridad de la ley democrática al margen de las intenciones, capacidad técnica o conocimiento experto de los miembros del cuerpo del que emana. Estos argumentos son:

- i. El utilitarista: según este argumento, la legislación democrática tiene una especial capacidad para desarrollar un método que pueda sumar las preferencias individuales para modelar una función de bienestar social benthamiana. Para Waldron, la legislación democrática estaría en mejores condiciones para adoptar la acción social que satisfaga las preferencias de la mayor cantidad de personas. Esto sería así por su capacidad para registrar las preferencias de un número elevado de personas. Por lo anterior, se considera que la legislación democrática sería más fiable que cualquier intento de una persona individual por hacer un cálculo agregativo de dichas preferencias, incluso si esa persona no estuviera sesgada por sus preferencias.
- ii. La mayor probabilidad de acierto de Condorcet: según este argumento, se puede verificar aritméticamente que la regla de decisión por mayoría hace

que un grupo tenga más probabilidades de encontrar la respuesta correcta frente al hombre medio de ese mismo grupo, siempre que la competencia individual promedio de los miembros del grupo sea mayor que 0,5. En tales condiciones, mientras más numeroso sea el grupo, mayor también será la probabilidad de que la respuesta mayoritaria sea correcta.

- iii. “La sabiduría de las multitudes” de Aristóteles: según este argumento, los miembros que integran dicho cuerpo colectivo serán capaces de tomar mejores decisiones al compartir sus conocimientos, experiencias y visiones que cualquier miembro individual de dicho cuerpo, por más erudito que este sea.⁷

A partir de estos argumentos, sostiene no solo que es posible que surja legislación –fruto de procesos o mecanismos impersonales– capaz de lograr que las personas a las que está dirigida cumplan con “mayor probabilidad” con sus razones si obedecen las mencionadas leyes que si intentan seguir sus propias razones directamente, sino que estos argumentos también dan razones para menoscabar la autoridad de los puntos de vista o intenciones de los legisladores particulares. De hecho, entre otras cosas, la autoridad del grupo, en vez de la del legislador experto, explica mejor por qué incluso los legisladores deben someterse a las leyes que ellos mismos aprueban.⁸

3. De la tesis textualista a la de la interpretación “teleológico-sistemática” (integridad)

Debido a que Waldron no ha desarrollado una teoría clara, lineal y uniforme de la interpretación jurídica, sino que se ha referido al respecto principalmente con el fin de criticar las propuestas de otros autores, a continuación se realizará una reconstrucción de su pensamiento sobre el tema. Para llevar adelante esta tarea, tendremos particularmente en cuenta una serie de trabajos que, por momentos, parecen defender tesis contradictorias. Por ello, en este epígrafe comenzaremos por caracterizar las tesis centrales de la interpretación jurídica propuestas por Waldron para luego (en el próximo apartado) advertir las tensiones que pueden existir entre ellas y así determinar hasta qué punto pueden ser armonizables.

7 Cfr. Waldron (1999, pp. 93-94, 2005, pp. 64 y 160-162).

8 Cfr. Waldron (2005, pp. 62 y ss.).

3.1. El valor de la vaguedad del derecho y su impacto en la interpretación jurídica

En un antiguo trabajo en el que aborda algunas de las objeciones clásicas que se presentan contra el formalismo jurídico, Waldron se ocupa de la cuestión de la vaguedad, ambigüedad e incorporación de conceptos esencialmente controvertidos en la legislación. Considera *inevitable* y, en algunos casos, incluso hasta *deseable* un margen acotado de indeterminación en la legislación.⁹ Esto último sería así porque cuando se incorporan conceptos esencialmente controvertidos en la legislación, se permite que determinados temas puedan seguir siendo discutidos, aunque tales discusiones no se den en el recinto señalado como particularmente digno o capaz de producir resultados autoritativos: el cuerpo legislativo democrático.

3.2. Tesis textualista de la interpretación jurídica: fundamento, alcance y límites

Sin embargo, unos años más tarde, en dos trabajos recogidos en su obra *Derecho y desacuerdo* (2005), Waldron defiende una teoría *textualista* de la interpretación de la ley infraconstitucional.¹⁰ Se refiere a ello en al menos en dos oportunidades, en las cuales utiliza una técnica similar: deja entrever algunos aspectos de su propuesta al calor de las críticas con las que enfrenta las visiones que considera erróneas. En concreto, critica dos modos de entender la actividad deliberativa e interpretativa. Por un lado, se ocupa del modelo conversacional de la deliberación política, que toma “como ideal de procedimiento implícito el modelo de una charla informal e íntima entre amigos”.¹¹ Por el otro, critica la propuesta de Marmor de interpretar la ley apelando a las intenciones de los legisladores, basándose en la tesis de la autoridad del derecho y de su justificación normal propuesta por Raz.¹²

Con respecto a su crítica al modelo conversacional, considera que, a diferencia de lo que ocurre en una charla entre amigos, las asambleas de gran parte

9 Waldron (1994, pp. 512-514) diferencia qué significa que un concepto pueda resultar ambiguo, vago o esencialmente controvertido, aunque aclara que, en algunos casos, puede no resultar claro frente a cuál de esta clase de conceptos nos enfrentamos.

10 Cfr. J. Waldron (2005, p. 147). Como se verá a continuación, Waldron se concentra en la interpretación infraconstitucional porque su propuesta surge como una respuesta a una teoría de la interpretación intencionalista, y la versión más sólida de este tipo de teorías se aplica a la interpretación solo de la ley. Cfr. Waldron (2005, 104). A su vez, para Waldron, la interpretación constitucional requiere abordar otros desafíos hermenéuticos. Cfr. Waldron (2005, 200).

11 Cfr. Waldron, (2005, p. 86).

12 Cfr. Waldron (2005, p. 144).

de las democracias occidentales actuales son tan diversas que resulta necesario estructurar y ordenar sus deliberaciones, formalizando tanto su debate como la aprobación y (principalmente para el interés de este trabajo) su resultado en un texto canónico. En este contexto, para Waldron, la interpretación de la ley se debe orientar a una “fórmula determinada de palabras”. Más concretamente, en la medida en que el derecho “utiliza formulaciones verbales específicas, pretende asociarse con la institución del lenguaje natural. Esta asociación con el lenguaje se realiza porque parece ofrecernos algunas ayudas (limitadas) con respecto a la determinación deliberativa” (Waldron, 2005, p. 101).¹³

Sin embargo, expresamente aclara que el valor o la importancia de la textualidad no se explica, al menos en su totalidad, por su capacidad para garantizarles predictibilidad a los ciudadanos (como pretendían Hobbes, Hume y Bentham).¹⁴ Para esto último, la textualidad de la ley debería ser específica y no general, unívoca y no ambigua, determinada y no vaga y libre de términos que le den discreción al intérprete. La textualidad no garantiza esto.

Para Waldron, el valor de textualidad de una medida legislativa está conectado con las condiciones bajo las cuales puede ser plausiblemente considerada como autoritativa. A su juicio, solo es posible la legislación democrática (y, por tanto)¹⁵ autoritativa o políticamente *legítima* sobre la base de reglas procedimentales que ordenen la deliberación y “un texto acordado que centre la discusión” (Waldron, 2005, p. 104).

A su vez, defiende una concepción de la legislación sin intenciones y, por lo tanto, una teoría interpretativa que en ningún caso apele a la intención de los legisladores.¹⁶ A su juicio, la autoridad de la ley no surge del *expertise* del legis-

13 Sin embargo, no cree que un derecho (ni una teoría del derecho) necesiten comprometerse con alguna teoría particular sobre cómo o por qué los lenguajes naturales poseen la determinación interpersonal que poseen. A juicio de Waldron (2005, p. 101), estas son cuestiones fascinantes para los lingüistas o filósofos, pero en general los filósofos del derecho no poseen la formación o el instinto necesario para diferenciar entre descripciones plausibles y espurias.

14 Cfr. Waldron (2005, p. 199).

15 Cfr. Waldron (2005, p. 200).

16 Waldron (2005) trata el tema de las intenciones legislativas refiriéndose a la legislación que surge de los legisladores ordinarios y no de los constituyentes. A su juicio, “apelar a las intenciones del legislador constituyente de la Constitución de los Estados Unidos es ridículamente implausible” (p. 147) porque se discrepa sobre quién es el legislador (redactor, participante de la convención de Filadelfia, ratificador, etc.), porque no existe prácticamente evidencia sobre lo que sucedió en los parlamentos ratificadores y porque es difícilmente defendible la *expertise* de unos legisladores de hace más de 200 años (p. 147). Una crítica igualmente contundente ofrece contra la posibilidad de interpretar la constitución como un árbol viviente. A su juicio, este tipo de interpretación constitucional coloca a la Corte por encima de la propia constitución (pp. 32 y ss. y 149 y ss.).

lador. En cambio, su autoridad descansa en la gravedad, dificultad y urgencia de los problemas que deben resolverse colectivamente, junto con la manera en que la democracia trata la visión de todos los ciudadanos con igual respeto al combinar por medio de un procedimiento sus intereses y conocimientos (o el de sus representantes) en el acto de legislar.¹⁷

Básicamente, el argumento está compuesto de dos partes. En primer lugar, Waldron niega que la legislación deba ser entendida como un “producto intencional”. El problema de aplicar esta propuesta a la legislación contemporánea es que no advierte que ella es el producto de una asamblea formada por múltiples miembros que tienen objetivos, intereses y *backgrounds* radicalmente diferentes.¹⁸

En segundo lugar, sostiene que la falacia de la tesis de la autoridad de Marmor (y Raz) consiste en que pareciera proponer una relación demasiado estrecha entre autoridad y autoría. Una relación en la que la autoridad es del autor y no sistémica. Para Waldron, la autoridad de la ley no surge de la autoridad de su autor, sino de la autoridad del grupo, ya sea que a esta se la justifique por representar el interés general, porque el grupo más probablemente elija la decisión adecuada o porque las distintas miradas que ofrece el grupo sean más confiables que el juicio de su miembro más informado y distinguido.¹⁹ Así, “lo único que debemos seguir son sus acciones formalmente especificadas, y no tiene sentido saber si somos capaces de discernir o atribuirle algún pensamiento, intención, motivo o creencia más allá de esto” (Waldron, 2005, p. 169). Debemos concentrarnos, entonces, “en el significado lingüístico del propio texto legislativo”.²⁰

17 Cfr. Waldron (2005, pp. 140 y 146).

18 Cfr. Waldron (2005, p. 152).

19 Como ya se afirmó, esta explicación permitiría dar cuenta del concepto de “Estado de derecho”, que afirma, entre otras cosas, que una ley puede ser autoritativa incluso para sus creadores (Waldron, 2005, p. 156).

20 Waldron (2005) reconoce expresamente que “las leyes deben ser interpretadas o que las palabras de un texto promulgado (y su ‘sentido literal’) a menudo resultan insuficientes para determinar la aplicación de la ley” (pp. 96-97). Sin embargo, su punto es que, en el caso de las leyes, “el problema de la interpretación comienza con la idea de que existe una ‘única y definitiva formulación lingüística’, (...) mientras que, en el caso de otras fuentes de derecho, las dificultades hermenéuticas surgen de una base distinta” (pp. 96-97). A partir de aclaraciones como esta, Gallego (2019, p. 11) entiende que el textualismo de Waldron puede ser compatibilizado con una teoría dworkiniana del razonamiento judicial.

3.3. Tesis de la interpretación teleológica-sistemática o de la integridad

En sus últimos trabajos, Waldron explicita que los jueces deben comprometerse con el valor integridad en su tarea de identificar y aplicar la ley.

Desde *Derecho y desacuerdo*, Waldron se ocupa de defender el valor de la integridad. Sin embargo, afirma que los ideales de integridad y justicia se encuentran en diferentes niveles y, por tanto, no entran en conflicto. La integridad sería necesaria por la falta de acuerdo sobre la justicia y la necesidad de tomar una decisión conjunta.²¹

Unos años después, vuelve a tratar la importancia de la integridad en la legislación y, específicamente, afirma que no solo los legisladores están vinculados por principios como el de integridad. Concretamente, sostiene que los jueces, además de orientar su actividad por medio de reglas procesales, al aplicar el derecho a casos particulares deben mostrar “fidelidad con la integridad del proceso legislativo” (Waldron, 2003, p. 385). Esto supondría reconocerles a los jueces la posibilidad de tener en cuenta el sentido político que subyace a la legislación. Sin embargo, a juicio de Waldron, tener en cuenta este sentido político no es lo mismo que tener en cuenta un supuesto “propósito” de la legislación ni la “intención” subjetiva de los legisladores o del cuerpo legislativo. De hecho, expresamente afirma que defender que los jueces deben confiar en la integridad del proceso legislativo supone que: i) no deben caer en la “tentación” de tratar de corregir (*clean up*) la legislación que supuestamente de forma “ostensible” “sobreincluye” o “infraincluye” casos de interés para su propósito; y, por tanto, ii) han de centrarse solo en el texto de la legislación para resolver los conflictos (Waldron, 2003, pp. 385-387).

No obstante lo anterior, en los últimos años Waldron vuelve a reconocer que los legisladores no solo guían el comportamiento de los individuos por medio de reglas rígidas, sino que también lo hacen por medio de estándares que utilizan términos evaluativos que requieren “razonamientos valorativos” complejos. Incluso, en esta oportunidad afirma que los legisladores asumen la capacidad de los individuos para poder ser guiados por estos estándares, que requieren un tipo de “razonamiento y deliberación práctica” (Waldron, 2011, p. 62). Más específicamente, considera que para evitar que la aplicación de los mencionados estándares reediten el problema del desacuerdo, al que se supone que vinieron a remediar, es posible limitar su uso a las áreas donde tengamos “motivos para creer que no habrá una gran divergencia de estimaciones sobre el comportamiento adecuado” (Waldron, 2011, p. 78).

21 Cfr. Waldron (2005, pp. 231 y ss.).

Siguiendo esta línea argumental, Waldron reconoce expresamente que no es deseable que el derecho busque claridad y determinación a cualquier costo. Admite que el derecho guía el comportamiento de los individuos no solo por medio de rígidas reglas, sino también por medio de estándares cuya aplicación requiere un tipo de razonamiento y deliberación práctica complejos. Estos estándares buscan guiar la conducta en diferentes circunstancias.

Así, Waldron no solo reconoce que el derecho está formado por estándares, además de reglas; también admite que los sistemas jurídicos con los que está familiarizado no se presentan ni son entendidos por abogados y jueces como un rejunte de mandatos, sino como un sistema “que tiene sentido”. Dicho en otras palabras, sostiene que el derecho parecería aspirar a formar un sistema coherente e integrado, “como un todo”. Lo anterior termina haciendo que reconozca que si bien la legislación pretende resolver los desacuerdos, en muchas ocasiones la disputa sobre qué proposición legal tiene autoridad jurídica “convierte al Derecho en una cuestión de argumento” (Waldron, 2010, p. 17).

La aceptación de Waldron de que no es deseable regular todas las cuestiones con reglas “insoportablemente crudas” –y que hacerlo por medio de estándares más flexibles (v.gr., “grosero exceso” en el derecho de daños) irremediablemente nos conduce al problema de su interpretación– lo llevan a afirmar que esta tensión entre rigidez y previsibilidad del derecho no puede ser resuelta de modo definitivo. A su juicio, “la integridad hace todo lo posible por la justicia y la consistencia, y por la eliminación de la suerte individual [en los tribunales], sin sacrificar por esto otros valores importantes” (Waldron, 2008, p. 216).

4. Tensiones y evolución de las tesis de Waldron sobre interpretación jurídica

Las referidas tesis sobre la interpretación jurídica parecen estar sometidas a un doble frente de tensiones. Por un lado, es posible interpretarlas de modo tal que, al menos algunas de ellas, estén en tensión con las tesis relativas a la especial dignidad de la legislación democrática. Por el otro, también es posible interpretarlas de modo tal que se produzcan tensiones entre ellas mismas, por ejemplo, entre la tesis textualista y la de la integridad. En este apartado, nos abocaremos a explicar ese segundo foco de tensiones que han de afrontar las tesis de la interpretación jurídica de Waldron; en el siguiente, reflexionaremos sobre la coherencia entre algunas tesis sobre la interpretación jurídica de Waldron y su tesis normativa sobre las fuentes del derecho.

A lo largo de los años y en diversos trabajos, Waldron ha defendido que

es razonable que la legislación incorpore estándares que pueden resultar controvertidos para evitar una regulación demasiado rígida, poco flexible o no adaptable a diferentes circunstancias de la vida social. Reconoce que la interpretación y la aplicación de estos estándares requieren un tipo de razonamiento y deliberación práctica complejos que no pueden garantizar siempre uniformidad o previsibilidad en el modo en que son aplicados. En síntesis, considera razonable que, en alguna medida, la legislación tolere hasta cierto punto la posibilidad de que ella pueda ser interpretada y aplicada por un tribunal de una manera y por otro tribunal de otra manera. Esto se tolera porque es imposible garantizar completamente la previsibilidad en la aplicación del derecho, e incluso porque intentar hacerlo en la mayor medida posible puede ir en contra de otros valores (flexibilidad, atención a circunstancias particulares, dejar abierta parte de la discusión para que continúe, etc.).

A su vez, propone una teoría de la interpretación de la ley concentrada en la letra de la ley, textualista o basada en el significado convencional de las palabras del texto canónico aprobado por el legislador democrático, aunque reconoce que el derecho resulta en alguna medida *inevitablemente* indeterminado (v.gr., por su vaguedad) e incluso llega a afirmar que dicha indeterminación relativa puede ser considerada algo *deseable*. Sin embargo, esto último no parece preocuparle porque cree que el valor de textualidad de una ley no está conectado con su capacidad para garantizar predictibilidad, sino con las condiciones bajo las cuales una ley puede ser plausiblemente considerada como autoritativa. Para Waldron, el texto legislativo es lo que posibilita el acuerdo y formalmente especifica la autoridad del grupo.

Entre las afirmaciones de Waldron recién sintetizadas puede percibirse una tensión que no está claramente resuelta. En primer lugar, podría pensarse que la tesis textualista de Waldron no es compatible con su tesis sobre la vaguedad del derecho. Waldron específicamente busca compatibilizarlas al aclarar que su tesis textualista no asume un formalismo ingenuo que considera que el derecho está formado solo por reglas claras, precisas y determinadas ni que se aplica mecánicamente. De hecho, reconoce que es inevitable que el derecho resulte parcialmente indeterminado. Incluso advierte que el derecho no aspira a querer ser lo más determinado que se pueda a costa de “sacrificar por esto otros valores importantes” (Waldron, 2008, p. 216).

Sin embargo, la tesis textualista parecería tener más dificultades para lograr ser armonizada o compatibilizada con su tesis de la interpretación teleológica-sistemática o de la integridad. En concreto, algunas de las maneras con las

que se caracterizó la tesis textualista parecerían no poder ser compatibilizadas con la forma con la que finalmente Waldron parece expresar su tesis de la integridad. No es fácil armonizar la idea de que “no tiene sentido” para los intérpretes “saber si somos capaces de discernir o atribuirle” a la legislación algo “más allá” de las “acciones formalmente especificadas”²² con la idea de que los jueces deben interpretar el derecho mostrando “fidelidad con la integridad del proceso legislativo” (Waldron, 2003, p. 385), entendiéndolo como si aspirase a formar un sistema coherente e integrado, “como un todo”.

En otras palabras, no parecen ser fácilmente conciliables: por un lado, el modo en el que en *Derecho y desacuerdo* enfatiza lo diversas que son las asambleas (y las perspectivas que representan), la consecuente necesidad de formular sus resultados de modo canónico y su propuesta de que la interpretación de la ley debe orientarse a una “fórmula determinada de palabras” (Waldron, 2005, p. 97) y se ha de concentrar en el “significado de la oración”, “en el significado lingüístico del propio texto legislativo” y no en algo “más allá” de ella, porque “no hay otro hecho relevante” (Waldron, 2005, pp. 169-170); y, por el otro, su tesis de la integridad, que afirma la posibilidad o la necesidad de tener en cuenta el sentido que subyace a la legislación a la hora de interpretarla.

Es posible intentar salvar la tensión que existe entre estas afirmaciones de dos maneras. Por un lado, se puede explicar la evolución de las afirmaciones de Waldron sosteniendo que defiende un tipo de interpretación de la ley textualista –o apegada al significado textual de las palabras con las que se expresa la ley– siempre y cuando su significado resulte claro, suficientemente específico, no ambiguo o vago y, por tanto, que no le ofrezca discrecionalidad al intérprete. Waldron siempre advirtió que el lenguaje no podía garantizar que su significado siempre resultara claro.²³ Por ello, es posible entender que su posterior aceptación de la interpretación teleológica-sistemática o integrativa sea para los casos en los que el significado textual de las palabras que usa la ley no resulte claro, suficientemente preciso o resulte ambiguo o vago.

El problema de esta manera de salvar la tensión mencionada es que parece reducir significativamente el alcance de la tesis del valor de la integridad en la interpretación jurídica de un modo no compatible con las últimas afirmaciones de Waldron al respecto. En concreto, esta forma de salvar dicha tensión no parece compatible con las afirmaciones de Waldron acerca de que el derecho

22 *Supra* nota 20.

23 Cfr. Waldron (2011, p. 412, 2005, p. 104).

debe ser entendido “como un todo” que “tiene sentido”, incluso a costa de que se generen dudas sobre “qué proposición legal tiene autoridad jurídica” y esto haga que el derecho termine siendo “una cuestión de argumento”.

De hecho, esta manera de salvar la tensión parece retrotraernos a una visión fuerte de la tesis textualista que no acepta desviarse de las interpretaciones literales, aunque ellas manifiestamente conduzcan a resultados contrarios a los buscados por la legislación. El caso *Riggs vs. Palmer* es uno de los ejemplos emblemáticos que muestra cómo los jueces no son proclives a resolver conforme a la literalidad del texto de la legislación cuando ella conduce de forma manifiesta a resultados contrarios a los buscados por la propia legislación.²⁴

Sin embargo, también es posible reconstruir la teoría de la interpretación de la ley de Waldron como si ella hubiese evolucionado de modo tal que si bien en algún momento defendió una interpretación literal o textual de la ley (siempre que ella resulte clara, precisa, determinada y no ambigua o vaga), luego evolucionó hacia una teoría teleológica-sistemática o de la integridad con el fin de que se respete la “integridad del proceso legislativo” (Waldron, 2003, p. 385). Esta manera de interpretar el pensamiento de Waldron pone énfasis en la idea de una evolución o cambio en su pensamiento. Sin embargo, parece tener el desafío de mostrar en qué medida muchas de sus afirmaciones continúan vigentes luego de este cambio. Particularmente, debe mostrar de qué forma una teoría de la interpretación jurídica teleológica-sistemática o de la integridad es coherente con cómo entiende Waldron la tesis sobre la especialidad dignidad de la legislación y el tipo de teoría normativa de las fuentes sociales que propone. A continuación, nos abocaremos a esta tarea.

5. La relación entre las tesis normativas de las fuentes del derecho y de la interpretación jurídica

De lo hasta aquí expuesto puede advertirse que una de las tesis centrales del pensamiento político de Waldron es que la legislación democrática posee una dignidad especial que otras posibles fuentes del derecho no tienen. Dicha especial dignidad deriva de su capacidad para abordar los desacuerdos políticos de una manera respetuosa del derecho de los individuos a participar en las decisiones políticas.

De la forma en la que Waldron entiende esta tesis central deriva su compro-

24 Cfr. *Riggs contra Palmer*. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506 (2007-2008, pp. 363-374).

miso con una teoría normativa de la interpretación de la ley que propone *solo* tener en cuenta el significado literal/textual de las palabras de la ley. Por ello, si sostenemos que la teoría de la interpretación de la ley de Waldron evolucionó de forma tal que ya no está más comprometida solo con una interpretación literal/textual o del significado pleno de las palabras de la ley, sino con su sentido teleológico-sistemático, o que integra dicho texto con el contexto que le ofrecen los principios e instituciones políticas que justifican la práctica jurídica en general y la ley específica que se interpreta, la pregunta que surge es si esta “nueva” teoría de la interpretación de la ley es compatible con su manera de presentar la tesis sobre la especial dignidad de la legislación democrática.

En síntesis, si en la interpretación de la legislación (que puede incluir estándares) debemos recurrir a la integridad y esta exige argumentar sobre valores cuyo contenido discrepamos, “¿en qué sentido será eludido el problema que con la legislación se intentó resolver: esto es, dar una respuesta a las disputas razonables sobre lo que es debido hacer?” (Gaido, 2018, p. 7).

Algo similar a lo recién comentado ocurre entre la tesis de Waldron de la deseabilidad de la indeterminación relativa del derecho y la manera en la que defiende la tesis de la especial dignidad de la legislación democrática. No queda claro en qué sentido puede ser deseable que la legislación democrática incorpore conceptos esencialmente controvertidos y vagos que requieren que los aplicadores del derecho sigan discutiendo sobre su contenido, si se afirma que la dignidad de la legislación se basa en que supuestamente es capaz de abordar las disputas razonables sobre lo que es debido hacer con una dignidad que no poseen otras fuentes del derecho.

6. Una valiosa lección

Las teorías del derecho que pretenden ser generales y descriptivas han desatendido una serie de aspectos importantes del fenómeno jurídico contemporáneo por considerarlos meramente contingentes. Estas cuestiones importantes no son abordadas porque no necesariamente deben estar presentes para caracterizar una práctica social como jurídica. Waldron propone una interesante y provocativa reflexión sobre una de estas cuestiones: el hecho de que el fenómeno jurídico occidental actual, en gran medida, es de origen democrático. Esta característica del derecho actual lo habilita a preguntarse por su especial dignidad. Dicho de otro modo, por las razones que lo respaldan o que hacen preferible la legislación democrática frente a otras formas de producción jurídica.

A su vez, lo anterior le permite poner en tela de juicio o replantear cuál es el lugar que deben tener en los sistemas democráticos de producción jurídica instituciones como las cartas de derechos constitucionales y los sistemas de control judicial de constitucionalidad.²⁵

Para llevar adelante su propuesta, Waldron acepta el precio de salir del *corset* teórico-general y descriptivo y asume que su propuesta sea normativa,²⁶ más específicamente, positivista normativa. A su juicio, el positivismo jurídico es el marco teórico más adecuado por llevar adelante su indagación, ya que es la teoría del derecho la que ha prestado más atención a la legislación como fuente principal del derecho.²⁷ De hecho, quizás parte del éxito e interés que su obra despierta se deba a una combinación justa de la particular agudeza y claridad con las que presenta sus argumentos con los temas que aborda y el *approach* normativo que utiliza.²⁸

Sin embargo, Waldron no parece ser consciente o no parece preocuparle demasiado que, desde una perspectiva normativa como la que asume, sea razonable esperar que exista una relación entre lo que se considera que es el origen más adecuado del derecho y cómo debe interpretárselo. De los interrogantes presentados en los epígrafes anteriores puede aprenderse una valiosa lección, la cual tiene que ver con la conexión que existe entre cómo entendemos el derecho y, más aún, cómo defendemos la manera en que debería ser y cómo entendemos y esperamos que sea su interpretación por parte de los funcionarios. Esta relación no ha sido explícitamente advertida por Waldron y, en ocasiones, ha sido olvidada o negada, lo que conduce al tipo de tensiones explicadas anteriormente.

25 Cfr. Waldron (2005, p. 19). Su crítica a los sistemas de control judicial de constitucionalidad se fue moderando con el correr de los años. Entre otras cosas, aclaró que la mencionada crítica presupone que exista una sociedad con: "(1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a non representative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights" (Waldron (2006, p. 1360).

26 Cfr. Waldron (2005, pp. 197-202).

27 Cfr. Waldron (2005, p. 43).

28 Es posible que algo similar ocurra con autores como Dworkin o Alexy, que desde diferentes presupuestos teóricos y tradiciones se embarcan en la tarea de abordar cuestiones centrales para comprender la práctica jurídica occidental actual, por más que tales cuestiones puedan ser consideradas como no necesarias o contingentes al concepto de "derecho". Sobre el interés de desarrollar una teoría meramente descriptiva de un fenómeno eminentemente normativo como el derecho, cfr. Etcheverry (2014, p. 162).

Sin embargo, todavía es posible aceptar solo parte de las afirmaciones de Waldron sobre la dignidad de la legislación democrática y sobre la interpretación jurídica y, de ese modo, intentar compatibilizarlas. A continuación, esbozaremos un camino alternativo que permite matizar y compatibilizar el especial respeto que merece la legislación democrática con la necesidad de interpretarla de forma teleológica-sistemática.

7. La determinación judicial del derecho: una explicación alternativa

El objetivo de este trabajo es, por un lado, poner en evidencia a través de la obra de un autor emblemático como Waldron la relación que existe entre el modo en que se conciben y defienden las fuentes del derecho y cómo se propone entenderlas, interpretarlas y aplicarlas, y, por el otro, mostrar cómo negar u olvidar esta relación produce tensiones dentro de una misma propuesta, en muchos casos, difíciles de resolver.

Cumplido, al menos parcialmente, dicho objetivo, a continuación solo ofreceremos el esbozo de una manera posible de concebir la tesis de la dignidad de la legislación democrática y de la interpretación jurídica que permitiría armonizarlas. Esta concepción reconoce que el derecho solo está parcialmente indeterminado y, además, que la tarea de los aplicadores del derecho únicamente supone determinarlo para resolver un caso concreto. En particular, esta mirada entiende que el derecho se forma por medio de un proceso de concreción continuo. Un proceso jurídico que comienza con las normas fundamentales de un sistema jurídico –como su constitución– y sigue luego por la legislación, su reglamentación, etc., finalizando con una decisión judicial que aplica todas estas normas para resolver un caso concreto. En dicho proceso, las reglas que surgen de la legislación democrática son una concreción/determinación de un principio o estándar y, por lo tanto, cuando se aplica una regla que surge de la legislación, en realidad se está aplicando también el principio que la fundamenta.²⁹ De este modo, regla y estándar o principio se necesitan mutuamente. La regla precisa el estándar o principio para ser correctamente comprendida y

29 La explicación que ofrece Rodríguez-Blanco (2014) de la acción de legislar o de decidir judicialmente o de cumplir con las normas –como *acciones intencionales* que actualizan las capacidades de razonar de manera práctica de quienes las realizan– a nuestro juicio resulta compatible con la visión propuesta en este epígrafe sobre la relación entre las reglas y los principios como partes de un proceso jurídico de determinación continuo. Para este autor, una acción intencional es una serie sucesiva de acciones dirigidas a un fin último de la acción (percibido este último como atractivo, conveniente y, por lo tanto, que posee las características de algo bueno o deseable para hacerse –*good-making charac-*

fundada;³⁰ y el estándar o principio, la regla legislativa para ser lo suficientemente concreto para poder solucionar problemas de coordinación, ofreciendo un grado de previsibilidad necesario a tal fin.³¹

Es oportuno aclarar que la necesidad que tiene la regla (que surge de la legislación) de ser comprendida a la luz de uno o varios estándares o principios no la vuelve irrelevante, porque ella concreta o determina un modo posible y legítimo (entre otros) de lograr los objetivos propuestos por tales principios. Si bien no hay forma de comprender y justificar lo que manda una regla si no es por referencia al o a los principios que pretende concretar o determinar,³² tal regla es capaz de definir cuál de las distintas concreciones posibles o legítimas de ese o esos principios es la jurídicamente relevante.³³

En definitiva, los derechos fundamentales son, en principio, determinaciones justas de los derechos humanos. A su vez, las leyes democráticas son, *prima*

teristics–). Dicho fin ilumina y hace inteligible como partes de un todo a la mencionada serie de acciones. Así, la acción intencional es unificada por la intención final que opera como una razón para actuar y puede ser ofrecida a otros como una justificación. A partir de estas ideas, Rodríguez-Blanco (2014) afirma que si nuestras acciones intencionales se actualizan por un orden de razones para y en las acciones y por acciones que se basan finalmente en algo que se concibe como valioso, entonces los legisladores y los jueces necesitan concebir ese orden de razones como conveniente y capaz de fundamentar sus reglas, directivas y decisiones. Cfr. Rodríguez-Blanco (2014, pp. 35, 45, 58 y 71).

30 La idea de que las reglas tienen una autonomía limitada porque para comprenderlas y justificarlas es necesario hacerlo a la luz de los principios puede encontrarse en Dworkin (1986a). Al respecto, defiende que aplicar una norma jurídica supone preguntarse “... qué interpretación, de las diferentes interpretaciones admisibles del significado abstracto de un término, mejor desarrollan el conjunto de principios y de políticas públicas capaces de ofrecer la mejor justificación pública para dicha norma al momento de su aprobación” (p. 129). Esta idea fue desarrollada en Dworkin (1979, pp. 81 y 107-110) y explicitada en Dworkin (1986b, pp. 65-68). Atienza y Ruiz Manero (2007, pp. 43 y ss.) sostienen que los principios cumplen una función explicativa del derecho en dos sentidos: i) permiten sintetizar una gran cantidad de información; y ii) permiten entender al derecho como un conjunto de pautas dotado de sentido.

31 Dworkin (1989, pp. 161 y ss.) utiliza una doble distinción que puede ser útil para el fin que se propone este trabajo: (i) entre derechos básicos (*backgroundrights*) y derechos institucionales; y (ii) entre derechos abstractos y derechos concretos. De esta última distinción concluye que los derechos abstractos ofrecen argumentos para los derechos concretos, pero las reclamaciones sobre derechos concretos son más definitivas que las que puedan hacerse sobre los derechos abstractos. Más adelante sostendrá que los principios de la dignidad enuncian derechos muy abstractos y que todos los derechos derivan de aquellos derechos. Esto supone decir que todos los derechos surgen al preguntarnos qué exige la igualdad de consideración y respeto. Cfr. Dworkin (2014, p. 402).

32 Cfr. Zambrano (2010, pp. 336, 358-360).

33 Cfr. Etcheverry (2010, pp. 233-234, 2015, pp. 66-85). Recientemente, Vermeule (2022, pp. 73 y ss.) propuso un tipo de textualismo que denomina “presuntivo”, según el cual el juez debe apartarse de la literalidad del texto legal en las inusuales circunstancias que caen fuera del núcleo del caso que estaba racionalmente ordenado por la ley. Aunque se aclara que, en estos casos, apartarse de la literalidad del texto de la ley no supone apartarse del derecho.

facie, determinaciones justas de los derechos fundamentales. La legitimidad que les da su origen democrático y la necesidad de que existan las determinaciones que ellas ofrecen justifica la presunción en su favor que la mayoría de los sistemas jurídicos actuales les reconocen.³⁴ Fruto de dicha presunción es que quienes alegan su inconstitucionalidad tienen la carga de demostrarla.

Sin embargo, este esbozo de una explicación alternativa requeriría mucho más esfuerzo para transformarse en una propuesta y no es posible en estas páginas llevar adelante esta tarea.

8. Conclusiones

De lo hasta aquí expuesto puede concluirse que Waldron, por un lado, defiende una teoría normativa de las fuentes del derecho que permite reconocerle una especial dignidad a la legislación democrática. A su juicio, dicha dignidad radica en que sería capaz de abordar el problema de la necesidad de la toma de una decisión política sobre la que no existe acuerdo, permitiéndoles participar a todos en la toma de esa decisión.

Por otro lado, si bien Waldron no propone una teoría de la interpretación jurídica, a lo largo de su obra realiza una serie de afirmaciones (tesis del valor de la vaguedad del derecho, tesis textualista y tesis de la integridad) que, como mínimo, se encuentran en tensión entre sí y con su tesis de la especial dignidad de la legislación democrática.

De observar la tensión que existe entre su tesis textualista de la interpretación jurídica y las del valor de la vaguedad del derecho y de la integridad, y entre esta última y su modo de presentar la tesis de la especial dignidad de la legislación democrática, puede aprenderse una valiosa lección: si pretendemos hacer una teoría del derecho coherente, no podemos proponer una teoría normativa de las fuentes del derecho desentendiéndonos de las posibles consecuencias que pueden tener estas afirmaciones en otras dimensiones o aspectos de la teoría del derecho. En concreto, no es recomendable desarrollar una propuesta normativa sobre el aspecto estático del derecho (teoría de las fuentes) sin atender sus consecuencias sobre su faz dinámica (teoría de la interpretación jurídica).

Una mirada alternativa posible y coherente es aquella que entiende al dere-

34 Para un análisis exhaustivo de los argumentos a favor y en contra de la presunción de constitucionalidad de los actos de gobierno, cfr. M. García Mancilla (2014). Si bien dicho trabajo propone varios argumentos para descalificar la mencionada presunción, no aborda el argumento de la necesidad de la determinación de la ley y reglamentaria del derecho.

cho como un proceso de determinación continuo que comienza con las normas fundamentales de un sistema jurídico –como su constitución– y sigue luego por la legislación, su reglamentación, etc., finalizando con una decisión judicial que aplica todas estas normas para resolver un caso concreto.

Bibliografía

- Atienza M. y Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (4ª ed.). Ariel.
- Dworkin, R. (1979). *Taking Rights Seriously*. Duckworth.
- Dworkin, R. (1986a). Is there Really No Right Answer in Hard Cases. En *A Matter of Principle* (pp. 119-145). Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1986b). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio* (Trad. M. Guastavino). Ariel.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos* (Trad. H. Pons). Fondo de Cultura Económica.
- Etcheverry, J. B. (2010). La relevancia del derecho que remite a la moral. *Problema*, (4), 205-242.
- Etcheverry, J. B. (2014). Scope and Limits of General and Descriptive Legal Theories. *Rivista di filosofia del diritto*, (1), 151-170.
- Etcheverry, J. B. (2015). La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa. *Dikaion*, 24(1), 66-85.
- Gaido, P. (2018). La dignidad de la legislación y el rol de los jueces. Manuscrito presentado en el Foro especial con Jeremy Waldron de las XXXII Jornadas Nacionales de Filosofía del Derecho. Buenos Aires, 22 al 23 de agosto de 2018.
- Gallego, J. (2019). La teoría “dworkiniana” del razonamiento judicial de Jeremy Waldron: el eslabón ignorado. *Isonomía*, (50), 1-48.
- García Mancilla, M. (2014). ¿Presunción de constitucionalidad o presunción de libertad? Un análisis desde el artículo 33 de la constitución nacional. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- Riggs contra Palmer. Tribunal de Apelaciones de Nueva York - 115 NY 506. (2007-2008). *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (11), 363-374 (Trad. R. M. Jiménez Cano, J. Fabra y C. Guzmán).
- Rodríguez-Blanco, V. (2014). *Law and Authority Under the Guise of the Good*. Hart Publishing.
- Tejeda Barbarito, E. (2022). *La legitimidad del control de constitucionalidad en un Sistema democrático de gobierno en el pensamiento de Jeremy Waldron y Ronald Dworkin* (Tesis doctoral). Universidad Austral.
- Vermeule, A. (2022). *Common Good Constitutionalism*. Wiley.
- Waldron, J. (1994). Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. *California Law Review*, 82(3), 509-540.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press.

- Waldron, J. (2003). Legislating with Integrity. *Fordham Law Review*, 72(2), 373-394.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (Trad. J. L. Martí y A. Quiroga). Marcial Pons.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case against Judicial Review. *Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- Waldron, J. (2008). Lucky in Your Judge. *Theoretical Inquiries in Law*, 9(1), 185-216.
- Waldron, J. (2010). The Rule of Law and the Importance of Procedure. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, (10), 73.
- Waldron, J. (2011). Vagueness and the Guidance of Action. En Marmor, A. y Soames, S. (Eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law* (pp. 105-129). University Press.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces* (Trad. L. García Jaramillo, F. J. Gaxiola y S. Virgúez Ruiz). Siglo XXI.
- Zambrano, P. (2010). El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista de John Finnis. *Problema*, (4), 323-366.

DESAFÍOS EN EL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: HACIA UNA COORDINACIÓN CON EL SISTEMA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

María Gracia Andía

Universidad de San Andrés
mandia@udesa.edu.ar

Pablo Hernán Martos

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires
pablo_martos@hotmail.com

Inés Colombato

Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires
ines.colombato@gmail.com

Recibido: 22/08/2022

Aceptado: 07/11/2022

Resumen

El ordenamiento jurídico argentino a nivel nacional y subnacional reconoce dos sistemas de acceso a la información: uno sobre información pública y otro sobre información ambiental. En este trabajo analizaremos cómo esta coexistencia plantea desafíos tanto en el ejercicio como en la implementación del derecho de acceso a la información ambiental. Para ello, se comparan los dos sistemas –tanto a nivel nacional como subnacional–, se expondrán los problemas jurisdiccionales y de competencia en relación con la protección al ambiente y el acceso a la información ambiental y se estudiará la congruencia y complementariedad de las normas de información pública e información ambiental.

Palabras clave: derecho de acceso a la información pública, información ambiental, Acuerdo de Escazú, interjurisdiccionalidad, complementariedad, congruencia.

The Challenges of Access to Environmental Information in Looking Forward to Coordinating with Access to Public Information Systems

Abstract

The Argentine legal system both in its national and subnational levels recognizes two systems to access information, one on public information and the other on environmental information. This paper explores how this coexistence poses challenges to the exercise of the right to environmental information and also to its implementation. In this analysis, the two systems will be compared on their national and subnational levels. Jurisdictional issues related to environmental protection and the access to environmental information will be discussed. Also, the paper explores the complementarity and consistency of the right to information laws and environmental information laws.

Key words: right to public information, environmental information, Escazú Agreement, inter-jurisdictionality, complementarity, consistency.

1. Introducción

El derecho de acceso a la información ambiental es un derecho ampliamente reconocido por el ordenamiento jurídico argentino. Como veremos en el desarrollo del presente trabajo, existen numerosas normas de distintos niveles que lo regulan. Algunas se refieren a la información ambiental en particular y otras a la información pública en general.

Estos dos sistemas configuran dos regímenes que a veces se diferencian en términos de acceso a la información, por lo que los derechos de las personas y las obligaciones de los sujetos obligados van a depender, en principio, del sistema que resulte aplicable a cada caso concreto. Esto genera que las personas puedan encontrar ciertas dificultades a la hora de solicitar y recibir información, que los sujetos obligados pierdan cierta seguridad jurídica al no poder aplicar las disposiciones de un sistema sin que pueda resultar afectado el otro y que la falta de coherencia y claridad dificulte la posibilidad de hacer cumplir las normas por parte de los operadores jurídicos.

En este trabajo se sostendrá que los desafíos en el acceso a la información ambiental no obedecen a la ausencia de normativa, sino a: a) dos sistemas normativos que regulan un mismo derecho –el de acceso a la información–, b) las diferencias cualitativas de la normativa existente; y c) la compleja implementación o aplicación a nivel subnacional de este derecho.

Para ello, se expondrá en primer lugar la normativa vigente de acceso a la información. En segundo lugar, se hará una comparación entre la Ley 27275

de Acceso a la Información Pública y la Ley 25831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Ambiental. A continuación, se compararán los sistemas de acceso a la información pública (en adelante, AIP) y de acceso a la información ambiental a nivel subnacional. Posteriormente, se expondrán los problemas jurisdiccionales y de competencia en relación con la protección al ambiente y el acceso a la información ambiental. Luego, se estudiará la congruencia y complementariedad de las normas de información pública e información ambiental y, por último, se presentarán conclusiones con propuestas para la homogeneización de estos dos sistemas.

2. Marco teórico

La temática que analizaremos en este trabajo precisa de un desarrollo teórico preliminar de los conceptos de “acceso a la información pública”, “transparencia activa”, “acceso a la información ambiental” y “transparencia focalizada”, para luego profundizar en los aspectos conflictivos de sus intersecciones.

2.1. Acceso a la información pública

Los gobernantes, hasta mediados del siglo XX, centralizaban la información y tenían el control sobre ella; así, el derecho al acceso a la información pública no había sido reconocido aún. Sin embargo, los reclamos y demandas por parte de distintos actores de la sociedad, tanto a nivel regional como local, tuvieron como resultado la consagración de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

A la hora de caracterizar el derecho de acceso a la información pública, es importante considerar sus dimensiones política, sustantiva e instrumental.

En cuanto al aspecto político, este se relaciona con elementos que son constitutivos del régimen democrático de gobierno, como la igualdad, el concepto de “autogobierno de la ciudadanía”, la pluralidad y la participación (Oyhanarte y Kantos, 2015, p. 1). La Organización de los Estados Americanos (OEA) considera que el acceso a la información como derecho y como política pública se encuentra íntimamente ligado a las ideas de democracia y gobernabilidad democrática. Esto se debe a que, a través de este derecho, los ciudadanos pueden conocer cualquier tipo de información generada por el Estado y su administración pública, lo que les permite ejercer su “ciudadanía”, sustento básico de la democracia (Organización de los Estados Americanos [OEA], 2013). Basterra

(2015) establece que no existe requisito más actual e importante para la credibilidad democrática que un poder estatal que sea responsable y permeable al escrutinio de los habitantes.

Por otro lado, el acceso a la información pública es un derecho sustantivo que tiene un contenido en sí mismo, ya que constituye un canal para la rendición de cuentas, permite la participación de la ciudadanía en los actos de gobierno, el control de la gestión pública y la producción de conocimiento académico y su eventual divulgación. Asimismo, es un derecho humano en el marco del ejercicio de la libertad de expresión declarado en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Desde otra perspectiva, también debemos decir que el derecho de acceso a la información pública posee una dimensión instrumental con una función estratégica y multidimensional, ya que posibilita el ejercicio de otros derechos fundamentales que impactan en la vida cívica, pero también cotidiana, de los ciudadanos. Se constituye así como un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos, tales como los económicos, sociales y culturales, ya que les permite definir ciertas circunstancias que pueden afectarlos en su vida cotidiana y desarrollar la capacidad de toma de decisiones informadas y acciones concretas para mejorar las condiciones en las que viven. A su vez, el acceso a la información adecuada y oportuna puede reducir riesgos de manera efectiva e impulsar mejoras en la provisión de servicios públicos, que se traducirán en una mejora en la calidad de vida (OEA, 2013).

Finalmente, debemos considerar que otra característica importante que posee este derecho es que es posible dividirlo en su faz reactiva y en su faz activa. Así, podemos distinguir dos formas en las que el Estado puede entregar la información. Será de manera reactiva cuando la entrega se produzca por la solicitud de un particular, y será activa cuando el Estado publique de forma proactiva información relevante para que todas las personas tengan acceso a ella sin necesidad de solicitarla.

2.2. Transparencia activa

En línea con lo desarrollado en el apartado anterior respecto a la faz activa del derecho de acceso a la información, es importante considerar la noción de “transparencia activa”.

La transparencia consiste en crear y poner a disposición del público la información sobre las actividades de los organismos públicos, de manera oportuna,

accesible y en formato de datos abiertos y reutilizables. La transparencia es activa cuando la administración pone a disposición de la población información pública de manera completa y actualizada. Justamente, un rasgo clave de este modelo es que se basa en la publicación (publicidad) proactiva de la información, lo cual significa publicar la información sin necesidad de que sea previamente solicitada (Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas [GIGAPP], s.f.).

Son las leyes las que determinan qué información debe publicar activamente cada sujeto obligado, sin perjuicio de que el Estado puede divulgar más información que aquella establecida por las leyes, por ejemplo, sobre políticas públicas o planes de acción en específico.

La transparencia activa contribuye a disminuir asimetrías de la información, favorecer relaciones más horizontales entre grupos sociales y de estos frente a las autoridades, mejorar los accesos a trámites y servicios, optimizar el proceso de toma de decisiones de autoridades o ciudadanos y propiciar mecanismos de rendición de cuentas efectivos (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales [INAI], 2017).

Una herramienta muy útil en este sentido son los datos abiertos, que son aquellos que pueden ser utilizados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona (Open Knowledge Foundation, s.f.). Estos producen una mayor interacción entre el Gobierno y los ciudadanos y facilitan instancias de cocreación con los actores que conforman la demanda de datos, tales como organizaciones de la sociedad civil, academia, periodistas y otras instituciones. A su vez, permite el empoderamiento de comunidades y colabora con la visibilización de problemas públicos y comunicación de demandas ciudadanas, entre otras cuestiones (Muelle Kunigami y Palomino, 2019). Esto cobra especial importancia en materia ambiental.

2.3. Información ambiental

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (en adelante, Acuerdo de Escazú) define a la información ambiental como cualquier información escrita, visual, sonora, electrónica o registrada en cualquier otro formato relativa al medio ambiente y sus elementos y a los recursos naturales, incluyendo aquella que esté relacionada con los riesgos ambientales y los posibles impactos adversos asociados que afecten o puedan afectar el me-

dio ambiente y la salud, así como la relacionada con la protección y la gestión ambientales (artículo 2°, inciso “c”).

Por su parte, la Ley 25831 de régimen de libre acceso a la información pública ambiental entiende a la información ambiental como toda aquella que se encuentre en cualquier forma de expresión o soporte relacionada con el ambiente, los recursos naturales o culturales y el desarrollo sustentable. En particular, aquella que refiere al estado del ambiente o a alguno de sus componentes naturales o culturales, incluidas sus interacciones recíprocas, así como las actividades y obras que los afecten o puedan afectar significativamente y las políticas, planes, programas y acciones referidas a la gestión del ambiente (artículo 2°).

3. Normativa internacional

En primer lugar, mencionaremos los instrumentos internacionales que reconocen que el acceso a la información pública es un derecho fundamental.

Este derecho ha sido reconocido en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional en nuestro país en virtud del artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional. Entre ellos, identificamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 15) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (art.13.1). Respecto a esta última, cabe destacar el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que el tribunal estableció que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Convención como un derecho humano y que, en calidad de tal, promueve la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que en nuestro país tiene jerarquía superior a las leyes, reconoce el derecho de acceso a la información pública como un medio para aumentar la transparencia en la administración pública.

A nivel regional, además de la CADH, es importante considerar ciertos instrumentos que, aunque carecen de carácter vinculante, han tenido un papel relevante en la construcción del esquema de garantía del acceso a la información en la región.

La CIDH aprobó en el año 2000 la Declaración de Principios sobre la Liber-

tad de Expresión, frente a la necesidad de delinear ciertas directrices en la materia para la región a partir de la recolección y sistematización de las principales doctrinas identificadas en distintos instrumentos internacionales.¹

Luego, en 2010, la Asamblea General de la OEA aprobó la Ley Modelo (Resolución, AG/RES 2607 XL-O/10) con el objetivo de brindarles a los Estados una matriz legal de referencia para garantizar el acceso a la información en el continente. Si bien no es un instrumento vinculante, tuvo éxito performativo en tanto sirvió como fuente de inspiración a leyes de países de la región –entre ellas, la de Argentina– y también a nivel subnacional, y actualmente algunos Estados están discutiendo su texto en sus parlamentos. Más recientemente, en 2020, fue aprobada por la Asamblea General la Ley Modelo 2.0. Esta constituye el más reciente esfuerzo regional para progresar en el establecimiento de estándares internacionales que les brinden mayores garantías a las personas a partir de los desafíos y buenas prácticas que se han ido generando en la materia desde la aprobación de la Ley Modelo de 2010.²

A nivel internacional, cabe destacar también, entre los Objetivos del Desarrollo Sostenible de la ONU, el objetivo 16 de paz, justicia e instituciones sólidas. Entre sus metas se encuentran reducir la corrupción, crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas, garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades y garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales.

Específicamente, respecto al acceso a la información ambiental, este fue inicialmente considerado en el principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, el cual procura asegurar que toda persona tenga acceso a la información, participe en la toma de decisiones y acceda a la justicia en asuntos ambientales, con el objetivo de garantizar el derecho a un ambiente sano y sostenible para las generaciones presentes y futuras.

El principio 10 constituye el antecedente del Acuerdo de Escazú, en el que se reconoce expresamente y de forma vinculante el derecho de acceso a la información ambiental, como también el derecho a la participación pública en los procesos de toma de decisiones en asuntos ambientales y el derecho al acceso

1 La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) presentó la interpretación de estos Principios para facilitar su aplicación.

2 Cabe resaltar que incorpora la perspectiva de género en su diseño y promueve la visibilización y acceso a la información relativa a grupos en situación de vulnerabilidad.

a la justicia en asuntos ambientales. Asimismo, es el primer tratado en incorporar la protección de personas defensoras de derechos humanos en asuntos ambientales. Argentina es parte de este y tiene jerarquía superior a sus leyes desde su entrada en vigor el 22 de abril de 2021.

Particularmente, el Acuerdo regula la faz reactiva del derecho de acceso a la información ambiental en su artículo 5 y su faz activa en el artículo 6. Sin embargo, podemos encontrar otras disposiciones relativas a este derecho, como, a modo de ejemplo, los principios enunciados en el artículo 3 de igualdad y no discriminación, el de transparencia y rendición de cuentas, el de no regresión y progresividad, el de buena fe y el de máxima publicidad.

4. Normativa nacional

A nivel nacional, el derecho de acceso a la información pública (en adelante, DAIP) es reconocido por la Constitución nacional. A partir de 2003, el Decreto 1172/2003 reguló este derecho aplicado solo a la Administración pública centralizada del Gobierno nacional. Posteriormente, en 2016, se sancionó la Ley 27275 del Derecho de Acceso a la Información Pública, la cual derogó el mencionado decreto.

Por otro lado, el derecho de acceso a la información ambiental es reconocido en el artículo 41 de la Constitución nacional al establecer que las autoridades tienen el deber de proveer información ambiental. Por otro lado, contamos con la Ley 25675 General del Ambiente de 2002, que es una ley de presupuestos mínimos (en adelante, ley de PPMM) que, al no ser de adhesión, todas las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) deben cumplirla. Establece como uno de los instrumentos de la política y la gestión ambiental al sistema de diagnóstico e información ambiental, y determina que uno de los objetivos que debe cumplir la política ambiental nacional es el de organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso a ella por parte de la población. De esta forma, regula el derecho de acceso a la información ambiental, establece la obligación de las autoridades de informar sobre el estado del ambiente y los posibles efectos que sobre él puedan provocar las actividades antrópicas actuales y proyectadas, indica que el Poder Ejecutivo debe elaborar un informe anual sobre la situación ambiental del país y asigna una serie de obligaciones que la autoridad de aplicación –en este caso, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible– debe realizar para favorecer la disponibilidad de información ambiental. Estos dos últimos puntos se refieren a la faz activa

del DAIP, es decir, a la publicación de forma proactiva de información útil por parte de la administración.

Posteriormente, en 2004, se promulgó la Ley 25831 del Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental. Esta ley también es de presupuestos mínimos y tiene por objeto garantizar en todo el país el derecho de acceso a la información ambiental que se encuentra en poder del Estado, tanto en el ámbito nacional como en el provincial, municipal y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y también de entes autárquicos y empresas prestadoras de servicios públicos, ya sean públicas, privadas o mixtas.

Pero antes de avanzar tenemos que definir en primer lugar el concepto de “presupuestos mínimos”. Las leyes de presupuestos mínimos son dictadas por el Poder Legislativo Nacional y establecen un “umbral básico de protección ambiental [...] que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección mínima más allá del sitio en que se encuentre” (Consejo Federal de Medio Ambiente [COFEMA], Resolución 92/2004). Esta facultad emana del artículo 41 de la Constitución nacional y tiene como objetivo brindar una protección mínima ambiental del recurso y que las provincias, quienes conservan el dominio originario de los recursos naturales según el artículo 124 de la Constitución nacional, lo gestionen.

Como consecuencia, las provincias no pueden dictar leyes que sean más restrictivas a la protección que brinda una ley de presupuestos mínimos, pero sí pueden dictar leyes que la complementen o que otorguen un umbral mayor de protección. Al haber una ley de presupuestos mínimos que regula el derecho de acceso a la información ambiental, las provincias no pueden regular de forma más restrictiva este derecho que lo que establece esta ley, pero sí pueden dictar leyes y establecer medidas más protectoras.

Las normas locales existentes previa a la sanción de esta ley mantienen su vigencia en la medida en que no se oponga a esta o resulte menos exigente (Jacob, 2019, p. 12). Este es el caso de las leyes de información ambiental de CABA, Corrientes y Tucumán, que fueron sancionadas con anterioridad a la Ley 25831. Pero esta característica se da solo con las leyes ambientales de presupuestos mínimos, por lo que no se aplica de la misma forma en otras leyes nacionales, como la Ley 27275.

4.1. Comparación de la Ley 25831 y la Ley 27275

Al comparar los postulados de ambas normas, se puede observar que si bien la

Ley de Acceso a la Información Pública (en adelante, LAIP) fue sancionada trece años después que la Ley del Régimen de Libre Acceso a la Información Ambiental (en adelante, LAIPA), la primera posee estándares garantistas del DAIP más altos que los previstos en la segunda. Además, a la fecha, la LAIPA no ha sido reglamentada, por lo que su aplicación resulta más restringida que la LAIP.

En primer lugar, la LAIP establece una serie de principios que les otorgan a los ciudadanos un ámbito de actuación, protección y alcance del derecho mucho más amplio. La LAIPA no enumera principios, pero sí establece algunos postulados similares como la gratuidad. Sumado a esto, el plazo previsto en la LAIP es menor que en la LAIPA, ya que la primera establece el plazo de 15 días para dar respuesta, prorrogables por otros 15 días de forma excepcional, mientras que la LAIPA establece el plazo de 30 días para contestar.

Con respecto a la legitimación activa, si bien la LAIPA establece una legitimación activa amplia, aclara que uno de los requisitos para presentar una solicitud es ser residente del país, algo que no se exige en la LAIP. Sobre los sujetos obligados, si bien la LAIPA comprende a todos los organismos públicos e incluye a empresas prestadoras de servicios públicos, la LAIP extiende la obligación a más sujetos. Si se analiza en particular a las empresas, públicas o privadas, la LAIP es más amplia, ya que considera como sujetos obligados no solo a las empresas prestadoras de servicios públicos, sino también a aquellas que reciben fondos públicos.

Otras diferencias se encuentran en las posibilidades de reclamar. Con respecto al régimen de infracciones, de conformidad con la LAIPA debe existir una infracción necesaria a la ley (las cuales no incluyen las decisiones fundadas) para que el solicitante pueda tener acceso a un reclamo judicial (Garibotti, 2018, p. 25). Por otro lado, la LAIP establece la posibilidad de interponer una acción de amparo como reclamo judicial, en cambio, la LAIPA establece la vía sumarísima. Con respecto a la posibilidad de reclamar en sede administrativa, la LAIP prevé la interposición del reclamo ante la Agencia de Acceso a la Información Pública, un organismo especializado creado para velar por el cumplimiento de los principios y procedimientos establecidos en la ley, garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública y promover medidas de transparencia activa. Sin embargo, la LAIPA no establece la posibilidad de reclamar en sede administrativa y tampoco creó un organismo especializado en la materia.

Por último, con respecto a la transparencia activa, la LAIPA solo establece en su artículo 6 que la autoridad ambiental nacional cooperará para facilitar

el acceso a la información ambiental, promoviendo la difusión del material informativo que se genere en las distintas jurisdicciones. Así las cosas, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación desarrolló el Centro de Información Ambiental (CIAM),³ un sistema integrado de producción, recopilación y articulación de información ambiental del Estado nacional para garantizar la transparencia y facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Por otro lado, la LAIP dedica todo un título a la transparencia activa, estableciendo obligaciones claras a los sujetos obligados y especificando qué información se debe publicar de forma proactiva.

No obstante, como ya se mencionó anteriormente, la LAIPA, al ser una ley de presupuestos mínimos, tiene potestad sobre autoridades de todo el país, sean nacionales, provinciales o municipales, algo que la LAIP no alcanza.

Por otro lado, una de las razones por las que las disposiciones de la LAIPA son más laxas que las de la LAIP es que, justamente al ser una ley de presupuestos mínimos, lo que se busca es que las provincias dicten leyes complementarias a esta que regulen aspectos no previstos y amplíen el alcance del DAIP. El problema de esto surge cuando las provincias no dictan leyes de acceso a la información ambiental y no prevén procedimientos claros de solicitudes de información ambiental, lo que implica que los solicitantes deban regirse por las disposiciones de la ley de PPMM o, cuando aplique, las leyes de acceso a la información pública.

En el Anexo I se presenta un cuadro comparativo de estas dos leyes, en donde se analizan las variables: ámbito de aplicación, reglamentación, autoridad de aplicación, enumeración de principios, legitimación activa amplia, amplitud de sujetos obligados, alcance limitado de excepciones, plazos, reclamo judicial, reclamo administrativo, creación de un organismo especializado, responsabilidad de funcionarios, capacidad sancionatoria, deberes de transparencia activa y mínimo de aspectos a ser publicados.

5. Panorama subnacional de información pública

En el presente apartado se hará una comparación de las normativas subnacionales existentes sobre el acceso a la información pública.⁴ En primer lugar, se

3 Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/ambiente/ciam>.

4 La información que le da contenido a esta sección tiene como fuente principal el informe del Banco Mundial (2019) titulado Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa.

verá en el mapa que se presenta a continuación el año de sanción de cada ley provincial de AIP. Las provincias con una cruz (Formosa, La Pampa, San Juan y Tucumán) son las que aún no cuentan con ley provincial de AIP.



Figura 1. Año de sanción de cada ley provincial de AIP. Fuente: elaboración propia.

5.1. Existencia y reglamentación de normas de AIP y legitimación activa

En la mayoría de las jurisdicciones, la norma de AIP está reglamentada, excepto en Córdoba, Corrientes, Formosa, La Pampa, Neuquén, Río Negro, San Juan, Santiago del Estero y Tucumán.

Asimismo, en la mayoría de ellas la legitimación activa es amplia, excepto en Chubut, Formosa, La Pampa, Río Negro, San Juan, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán. Por su parte, Chubut y Río Negro limitan la legitimación activa a sus residentes.

En el Anexo II se presenta un cuadro que indica qué jurisdicciones cuentan con la ley de AIP reglamentada y cuáles establecen una legitimación activa amplia.

5.2. Legitimación pasiva y sujetos obligados

En la Tabla 1 se indica si los siguientes entes son o no sujetos obligados en cada jurisdicción: el Poder Ejecutivo (PE), el Poder Legislativo (PL), el Poder Judicial (PJ), otros poderes públicos (como el Ministerio Público Fiscal o el Ministerio Público de la Defensa), las empresas estatales y/o otras entidades de naturaleza variada.

Jurisdicción	PE	PL ^I	PJ ^{II}	Otros poderes públicos	Empresas estatales	Otras entidades de naturaleza variada
Buenos Aires	X	X	X	X		
CABA	X	X	X	X	X	X
Catamarca	X	X	X	X	X	X
Chaco ^{III}	X				X	
Chubut	X	X	X	X		
Córdoba	X	X	X	X	X	
Corrientes	X	X	X	X		
Entre Ríos	X				X	
Formosa						
Jujuy	X	X		X	X	X
La Pampa						
La Rioja	X	X	X	X	X	X
Mendoza	X	X	X	X	X	X
Misiones	X	X	X	X	X	X
Neuquén	X	X	X	X	X	
Río Negro	X	X	X	X	X	X
Salta ^{IV}	X				X	
San Juan						
San Luis	X	X	X	X ^V	X	X
Santa Cruz	X	X	X	X	X	X
Santa Fe	X				X	X
Santiago del Estero	X	X	X			

Tierra del Fuego	X	X	X	X	X	X
Tucumán						

Tabla 1. Sujetos obligados en cada jurisdicción. Fuente: elaboración propia.

- I. San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego lo limitan en lo referido a la actividad que realizan en ejercicio de funciones administrativas.
- II. En Córdoba, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego rigen en lo relacionado con sus atribuciones administrativas.
- III. Al analizar esta variable, resulta importante tener en cuenta que Chaco adhirió al artículo 7 de la Ley nacional 27275, ampliando así el universo de sujetos obligados por su norma provincial.
- IV. Salta también dispuso la adhesión, pero lo hizo de forma integral, quedando pendiente entonces definir los alcances de dicho acto y sus consecuencias en la práctica, especialmente en aspectos no previstos en la normativa local o sobre los que la provincia ha adoptado un criterio distinto al nacional, tal el caso de la legitimación pasiva.
- V. En San Luis, la sujeción es en lo que hace a sus facultades administrativas.

5.3. Presunción en favor del DAIP, gratuidad y excepciones

En la mayoría de las jurisdicciones se contempla la presunción a favor del DAIP, excepto en Buenos Aires, Corrientes, Formosa, La Pampa, San Juan, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán.

Asimismo, en la mayoría de las jurisdicciones se establece el principio de gratuidad, con excepción de: Chubut, Formosa, La Pampa, Río Negro, San Juan y Tucumán.

A su vez, las jurisdicciones que no exigen una adecuada fundamentación a la hora aplicar una excepción legal son: Buenos Aires, Chubut, Corrientes, Formosa, La Pampa, Río Negro, San Juan y Tucumán.

Por último, las jurisdicciones que establecen que la denegatoria fundada debe contar con la firma de un funcionario público de alto rango son: CABA, Chaco, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, Misiones, Neuquén y Tierra del Fuego.

En el cuadro del Anexo III se indica qué jurisdicción: establece una presunción a favor del derecho de acceso a la información pública, reconoce expresamente el principio de gratuidad, indica que debe haber adecuada fundamentación de la aplicación de la excepción legal y/o establece que la denegatoria fundada debe contar con la firma de un funcionario público de alto rango.

5.4. Plazos

En la Tabla 2 se indican los distintos plazos de respuesta de las solicitudes de información en cada jurisdicción y si existe la posibilidad de solicitar prórroga y el plazo de esta.

Jurisdicción	Menos de 30 días	30 días	Posibilidad de solicitar prórroga y plazo
Buenos Aires	8		10
CABA	15		10
Catamarca		X	15
Chaco	15		15
Chubut	2		X
Córdoba	10		10
Corrientes		X	
Entre Ríos	10		10
Formosa			
Jujuy	15		5 ^I
La Pampa			
La Rioja	15		15
Mendoza	15		15
Misiones	10		10 + 10
Neuquén	15		15
Río Negro			
Salta		X	Sin plazo establecido
San Juan			
San Luis	10		10
Santa Cruz	10		10 ^{II}
Santa Fe	20		10
Santiago del Estero	20		10
Tierra del Fuego	10		10
Tucumán			

Tabla 2. Plazos de respuesta y prórroga de las solicitudes de información en cada jurisdicción. Fuente: elaboración propia.

- I. Si no fuera satisfecha la petición en el plazo previsto, el solicitante deberá interponer un nuevo requerimiento, frente al cual el organismo tiene obligación de contestar en un término no mayor a cinco días.
- II. Ley 3540, artículo 7: “Si la información solicitada resulta de imposible cumplimiento en los plazos anteriormente mencionados, el funcionario responsable del organismo o ente requerido fijará un nuevo plazo para satisfacer lo solicitado”.

5.5. Transparencia activa

Las jurisdicciones que establecen deberes de transparencia activa son: CABA, Chubut, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Río Negro y Santa Fe. Todas ellas, excepto Río Negro, exigen un mínimo de aspectos que deben ser publicados proactivamente por las autoridades provinciales.

En el Anexo IV se presenta un cuadro que indica lo expresado anteriormente.

5.6. Resolución de conflictos

En las jurisdicciones que cuentan con un régimen de AIP, se prevé la posibilidad de presentar un reclamo judicial y/o administrativo, excepto en Salta y Santiago del Estero, cuya normativa no aclara por qué vía procede el reclamo. A su vez, todas las jurisdicciones con régimen de AIP contemplan la apelación de la denegatoria de entregar información pública, excepto Río Negro. Solamente CABA prevé la existencia de un Órgano Garante.

Por otro lado, la mayoría de las jurisdicciones disponen la responsabilidad de los funcionarios públicos por incumplir con las obligaciones que emanan del derecho de acceso a la información, excepto Buenos Aires, Corrientes, Formosa, La Pampa, Salta, San Juan y Tucumán.

Por último, las jurisdicciones que establecen un régimen sancionatorio específico son: Chaco, Jujuy, Mendoza y Río Negro.

En el Anexo V se indica qué jurisdicciones establecen: la posibilidad de presentar ya sea un reclamo judicial y/o un reclamo administrativo, la apelación de la denegatoria de entregar información pública, la responsabilidad de los funcionarios públicos por incumplir con las obligaciones que emanan del derecho de acceso a la información y/o un régimen sancionatorio específico.

6. Panorama subnacional de información ambiental

En este apartado se hará una comparación de las normativas subnacionales existentes sobre el acceso a la información ambiental. En primer lugar, se puede observar que hay siete jurisdicciones que tienen una ley especial sobre información ambiental (CABA, Catamarca, Chaco, Corrientes, Misiones, San Luis y Tucumán). Con respecto a San Luis, si bien su ley de acceso a la información no se denomina “de información ambiental”, en su artículo 13 aclara que es complementaria a la Ley 25831, por lo que consideramos que su normativa funciona como una ley de información ambiental provincial. La mayoría de las

Jurisdicción	Ley específica de información ambiental	Autoridad de aplicación	Otra ley
Buenos Aires			Ley 11723
CABA	Ley 303 de Información Ambiental	Agencia de Protección Ambiental (APRA)	
Catamarca	Ley 5336 de Información Pública e Información Ambiental	Fiscalía de Estado	
Chaco	Ley 7330 Sistema de Información Ambiental	Ministerio de Planificación, Ambiente e Innovación Tecnológica	
Chubut			Ley XI – Nº 35
Córdoba			Ley 10208 Ley 7343
Corrientes	Ley 5533 de Información Ambiental	Instituto Correntino del Agua y del Ambiente	
Entre Ríos			Ley 10402
Formosa			Ley 1060
Jujuy			Ley 5063
La Pampa			Ley 3195
La Rioja			Ley 7801
Mendoza			Ley 5961
Misiones	Ley XVI Nº 81 de Información Ambiental	Ministerio de Ecología y Recursos Naturales Renovables	
Neuquén			
Río Negro			Ley 3266
Salta			Ley 7070
San Juan			Ley 1800
San Luis	Ley V-0924	Secretaría Legal y Técnica de la Secretaría General de Gobernación	Decreto 6077/07
Santa Cruz			
Santa Fe			Ley 11717
Santiago del Estero			Ley 6321
Tierra del Fuego			Ley 55
Tucumán	Ley 7247 Creación del Centro de Información Ambiental Pública	Dirección de Medio Ambiente	

Tabla 3. Leyes y autoridades de aplicación por jurisdicción. Fuente: elaboración propia.

6.2. Ley reglamentada, legitimación activa y sujetos obligados

Las jurisdicciones que reglamentaron las cuestiones referidas al derecho de acceso a la información ambiental en las leyes provinciales mencionadas anteriormente son: CABA, Catamarca, Chaco, Mendoza, Río Negro, Salta, San Luis, Santiago del Estero y Tierra del Fuego.

Por otro lado, las jurisdicciones que prevén una legitimación activa amplia son: Buenos Aires, CABA, Catamarca, Chaco, Córdoba, Corrientes, La Pampa, Misiones, San Luis, Santiago del Estero y Tucumán. Solamente Salta restringe la legitimación a los habitantes de su provincia.

Por último, las jurisdicciones que establecen una amplitud de sujetos obligados son: Buenos Aires, CABA, Catamarca, Chaco, Córdoba, Corrientes, La Pampa, Misiones, San Luis y Tucumán.

En el Anexo VI se presenta un cuadro que indica qué jurisdicciones reglamentaron las cuestiones referidas al derecho de acceso a la información ambiental en las leyes provinciales mencionadas anteriormente. Por otro lado, se indica qué jurisdicciones prevén una legitimación activa amplia y cuáles una legitimación activa restringida. Por último, se muestra cuáles jurisdicciones establecen una amplitud de sujetos obligados, es decir, si consideran como sujetos obligados a los tres poderes del Estado y a las empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

6.3. Gratuidad y alcance limitado de excepciones

Las jurisdicciones que establecen el acceso a la información gratuito y solo imputan costos relacionados con la entrega de copias o documentos son: CABA, Catamarca, Chaco,⁵ Córdoba, Corrientes, La Pampa, Misiones y San Luis.

Por otro lado, las jurisdicciones que fijan un alcance limitado de las excepciones a la entrega de la información son: Catamarca, Chaco, Córdoba, La Pampa y San Luis. Por “alcance limitado de las excepciones” se entiende que es lo establecido en el artículo 1 de la Ley nacional 27275, a saber:

los límites al derecho de acceso a la información pública deben ser excepcionales, establecidos previamente conforme a lo estipulado en esta ley, y formulados en términos claros y precisos, quedando la responsabilidad de demostrar la validez de cualquier restricción al acceso a la información a cargo del sujeto al que se le requiere la información.

5 Ley 7330, artículo 8: “Los propietarios, usuarios, concesionarios, arrendatarios y titulares de permiso de uso sobre recursos naturales, deberán suministrar sin costo alguno la información sobre materia ambiental, especialmente sobre el estado actual de los recursos naturales”. Esta obligación es una particularidad de Chaco.

6.4. Plazos

En la Tabla 4 se indican los distintos plazos de respuesta de las solicitudes de información. Las jurisdicciones que no establecen los plazos no se encuentran agregadas. Se puede observar que la mayoría de las provincias distingue el plazo según el sujeto obligado. Así, establecen en general 15 días de respuesta si la información se encuentra en poder de la autoridad de aplicación, prorrogables por otros 15 días, y 30 días de respuesta si la información se encuentra en poder de terceros. No obstante, hay algunas provincias que establecen otros plazos, como se puede observar a continuación.

Jurisdicción	El plazo varía según el sujeto obligado	Menos de 30 días	30 días	Posibilidad de solicitar prórroga y plazo
CABA	X	15 (autoridad)	X (terceros)	15 (autoridad)
Catamarca			X	15
Chaco		15		15
Córdoba		10		10
Corrientes	X	15 (autoridad)	X (terceros)	15 (autoridad)
La Pampa			X	
Misiones		15 (autoridad)	X (terceros)	15 (autoridad)
Salta		10 ^I		
San Luis		10		X 10
Tucumán	X	20 (autoridad)	X (terceros)	X No aclara ^{II}

Tabla 4. Plazos de respuesta de las solicitudes de información. Fuente: elaboración propia.

I. Decreto 3097/2000, Reglamentación de la Ley 7070, artículo 8.

II. Ley 7247, artículo 11: “Los plazos establecidos podrán ser prorrogados en forma excepcional comunicando al solicitante, antes del vencimiento del plazo, las razones de la prórroga”. Junto con la ley de San Luis, obligan a comunicar las razones de la prórroga.

6.5. Transparencia activa

En la siguiente comparación se indica qué jurisdicciones establecen disposiciones referidas a la transparencia activa en materia ambiental. Se muestra qué jurisdicciones crean un registro ambiental, un sistema de información ambiental provincial o un ente similar, los cuales, en general, tienen como funciones recopilar y gestionar toda la información ambiental disponible. Luego, se indica si ese ente existe o no en la práctica. Por último, se puede ver qué jurisdicciones establecen un mínimo de aspectos de cuestiones ambientales que deben ser publicados proactivamente por las autoridades provinciales.

Jurisdicción	Disposiciones de transparencia activa	Crea un sistema de información o similar	El sistema fue o no implementado	Mínimo de aspectos a ser publicados
Buenos Aires	X	X	No	X
CABA	X	X	No ⁱ	
Catamarca				
Chaco	X	X	No	X
Chubut	X	X	Sí ⁱⁱ	X
Córdoba				
Corrientes	X			X
Entre Ríos	X	X	No ⁱⁱⁱ	X
Formosa	X	X	No	X
Jujuy	X	X		
La Pampa				
La Rioja	X	X	No	X
Mendoza	X	X	Sí ^{iv}	X
Misiones	X			X
Neuquén				
Río Negro	X			
Salta	X			
San Juan	X	X	Sí ^v	
San Luis	X ^{vi}	X ^{vii}		
Santa Cruz	X			

Santa Fe	X	X	No	
Santiago del Estero	X	X	No	
Tierra del Fuego	X	X	No	X
Tucumán				

Tabla 5. Jurisdicciones que establecen disposiciones sobre transparencia activa en materia ambiental. Fuente: elaboración propia.

- I. Si bien no se creó el Registro Ambiental que prevé la Ley 303, CABA cuenta con una página de transparencia en materia ambiental, disponible en: <https://www.buenosaires.gob.ar/agenciaambiental/transparencia>.
- II. Disponible en: <https://spia.chubut.gov.ar/>.
- III. Si bien no se creó el Centro de Documentación y Red Virtual de Educación Ambiental, Entre Ríos publica información ambiental en <https://www.entrerios.gov.ar/ambiente/index.php?codigo=162&codppal=95>.
- IV. Disponible en <http://siat.mendoza.gov.ar/data/search>.
- V. Disponible en: <https://observatorioambiental.sanjuan.gob.ar/>.
- VI. San Luis, artículo 2, Decreto 6077/2007: “Modificar el Art. 3 del Decreto 6442-MMA.2006, de fecha 21 de noviembre de 2006, en lo que se refiere al Subprograma Planificación Ambiental y Ordenamiento Territorial dependiente del Ministerio de Medio Ambiente, cuyas funciones y competencias serán las siguientes: (...) Fomentar el análisis, la discusión, la producción y la difusión de información sobre planificación ambiental”.
- VII. *Ibid.*

6.6. Resolución de conflictos

Las jurisdicciones que prevén la posibilidad de presentar un reclamo judicial por recibir una respuesta insatisfactoria o por haber silencio por parte del sujeto obligado son: Catamarca, Chaco, Corrientes y San Luis, mientras que Tucumán contempla el reclamo administrativo.

Las jurisdicciones que establecen la responsabilidad de los funcionarios públicos por incumplir con las obligaciones que emanan del derecho de acceso a la información son: Catamarca, Córdoba, Corrientes, Misiones, San Luis y Tucumán.

Por último, las jurisdicciones que contemplan un régimen sancionatorio específico son: CABA, Corrientes, Misiones y Tucumán.

6.7. Provincias que no regulan este derecho de forma específica

Si bien Neuquén y Santa Cruz no regulan en sus leyes provinciales el derecho de acceso a la información ambiental, esto no quiere decir que el derecho no pueda ser ejercido en esas jurisdicciones. Esto se debe a que, como ya se men-

cionó anteriormente, Argentina cuenta con la Ley de presupuestos mínimos 25831 de Libre Acceso a la Información Ambiental, que es de aplicación en todo el territorio nacional sin que sea necesario que las provincias se adhieran a ella.

Sumado a esto, Argentina ratificó el Acuerdo de Escazú; al tener jerarquía supralegal, se debe dar cumplimiento a todas sus disposiciones en el país, incluidas las obligaciones del reconocimiento del derecho de acceso a la información ambiental.

Además, si bien una persona puede solicitar información con fundamento en la Ley 25831 de Libre Acceso a la Información Ambiental, también podría solicitar información al estado provincial con fundamento en la ley provincial de acceso a la información pública que corresponda. La persona que desee solicitar información ambiental deberá tener en cuenta qué régimen le favorece más, si el establecido en la Ley 25831 o el establecido en la ley provincial de AIP, pero, de todas formas, podrá ejercer, con mayor o menor alcance, el derecho de acceso a la información.

No obstante, la noción de “presupuestos mínimos” implica que las provincias puedan y deban dictar sus propias leyes para regular el derecho según las características de la propia jurisdicción; así, se podrá darles a los habitantes de cada provincia una mayor y mejor protección del derecho ajustada a las circunstancias particulares del lugar. Resulta importante repetir que las provincias solo pueden dictar normas que sean más protectoras que el régimen establecido en la ley de presupuestos mínimos y no pueden ir por debajo de ese umbral de protección mínimo.

Por otro lado, si pensamos en las provincias que no cuentan con ley provincial de información pública, la normativa que rige es la LAIPA. Sumado a esto, si la provincia cuenta con ley o normas provinciales referidas a la información ambiental, estas también resultan aplicables. El desafío en estas provincias es que las personas que deseen solicitar información solo podrán informarse de cuestiones ambientales. Es por esto que también resulta importante que las provincias dicten leyes provinciales de acceso a la información pública.

7. Comparación de leyes

7.1. Comparación de la ley de presupuestos mínimos y leyes provinciales

Como ya se explicó anteriormente, al existir una ley de presupuestos mínimos de información ambiental, las provincias no pueden regular este derecho de

forma más restrictiva y, en el caso de que se haya sancionado una ley provincial con anterioridad a la sanción de la ley de PPMM, las leyes provinciales mantienen su vigencia en la medida en que no se oponga o resulte menos exigente a la ley de presupuestos mínimos.

Teniendo en cuenta lo analizado anteriormente, se verá en qué aspectos las normativas provinciales son más restrictivas, lo que ocasiona un conflicto con la ley de presupuestos mínimos y, en consecuencia, que prevalezca la ley de presupuestos mínimos.

En primer lugar, se puede observar que Salta restringe la legitimación activa a habitantes de la provincia. Jujuy se refiere a habitantes también, pero no especifica si es o no a habitantes de la provincia. Con respecto a los plazos de entrega de información, la ley de información ambiental de Tucumán establece que la autoridad de aplicación debe contestar en el plazo de 20 días y los terceros en el plazo de 30 días, y agrega que se pueden prorrogar ambos plazos sin aclarar por cuántos días. En ese caso, no se podría extender más de 30 días, ya que es el límite previsto por la Ley de PPMM. Resulta necesario aclarar que la ley de Tucumán es anterior al dictado de la ley de PPMM.

Este es el caso de las leyes de información ambiental de CABA, Corrientes y Tucumán, que fueron sancionadas con anterioridad a la Ley 25831.

7.2. Comparación de ambos sistemas a nivel subnacional

A continuación, haremos una comparación del sistema de acceso a la información pública a nivel subnacional y el sistema de acceso a la información ambiental a nivel subnacional.

7.2.1. Existencia de ley

La primera observación que surge de la normativa analizada es que si bien la mayoría de las provincias cuentan con leyes de acceso a la información pública, solo una minoría tiene una ley de información ambiental. Esta diferencia se puede deber a que, para el sistema de información ambiental, existe la ley de presupuestos mínimos, que resulta de aplicación directa en todas las provincias, por lo que no se encuentran con una obligación normativa de dictar sus propias leyes provinciales de acceso a la información, ya que pueden aplicar directamente aquella ley.

Resulta importante destacar que Tucumán no cuenta con ley de acceso a

la información pública, pero sí con ley de acceso a la información ambiental. Por otro lado, Formosa, La Pampa y San Juan no cuentan con ley de acceso a la información pública, pero algunas cuestiones del acceso a la información ambiental sí son reguladas en sus leyes provinciales ambientales. Nuevamente resaltamos que, de conformidad con el artículo 13 de la ley de información pública de San Luis, esta se aplica de manera complementaria a la Ley 25831.

7.2.2. Legitimación activa

Al igual que en el sistema de información pública, la mayoría de las provincias que regulan en su normativa referida a información ambiental la cuestión de legitimación activa habilitan a toda persona física o jurídica a solicitar información. En el sistema de información pública, solo Chubut y Río Negro lo restringen a sus respectivos residentes, y en el sistema de información ambiental, Salta lo restringe a habitantes de la provincia y Jujuy se refiere solamente a “habitantes”, sin aclarar si es a los de la provincia o no.

7.2.3. Legitimación pasiva

En el sistema de información pública, todas las normativas incluyen como sujeto obligado al Poder Ejecutivo, 16 al Poder Legislativo y 15 al Poder Judicial. Otros poderes públicos quedan abarcados por las leyes de 15 jurisdicciones subnacionales. Cerca del total de las jurisdicciones subnacionales, excepto Buenos Aires, Chubut, Corrientes y Santiago del Estero, incorporan a las empresas estatales. Poco más de la mitad (CABA, Catamarca, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Misiones, Río Negro, San Luis, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego) extiende esa condición a otras entidades de naturaleza variada, como empresas privadas que prestan servicios públicos.

En el sistema de información ambiental, CABA, Catamarca, Chaco, Córdoba, Corrientes, Misiones, San Luis y Tucumán incluyen a los tres poderes y a empresas privadas prestadoras de servicios públicos.

En consecuencia, podemos observar que en el caso de Chaco, Córdoba y Corrientes se puede solicitar información ambiental a empresas privadas prestadoras de servicios públicos, pero no información pública. En el caso de Tucumán, dado que no contiene una ley de información pública, pero sí de información ambiental, se puede solicitar información a todos estos sujetos obligados en aplicación de esta última ley.

7.2.4. Plazos razonables

En el sistema de información ambiental, de las provincias que establecen plazos ninguna supera los 30 días hábiles, incluyendo las prórrogas.

En CABA, la ley de AIP establece 10 días, prorrogables por otros 15. La ley de información ambiental establece 15 días, prorrogables por otros 15 cuando la información se encuentre en poder de la Autoridad de Aplicación, y por 30 días cuando la información se encuentre en poder de terceros.

En Misiones, la ley de AIP establece 10 días, prorrogables por otros 10. Con respecto a la información ambiental, se establecen 15 días, prorrogables por otros 15 cuando la información se encuentre en poder de la Autoridad de Aplicación y por 30 días cuando la información se encuentre en poder de terceros.

En Corrientes, la ley de AIP establece 30 días. Con respecto a la información ambiental, se establecen 15 días, prorrogables por otros 15 cuando la información se encuentre en poder de la Autoridad de Aplicación, y por 30 días cuando la información se encuentre en poder de terceros.

En Catamarca, la ley de AIP e información ambiental establece el plazo de 30 días hábiles, prorrogables por 15 días más, sin hacer distinción entre información pública e información ambiental.

En Salta, el decreto que regula la información pública establece el plazo de 30 días, que puede ser prorrogado, pero no establece el plazo de la prórroga. Por otro lado, para el sistema de acceso a la información ambiental se establece el plazo de 10 días sin posibilidad de prorrogarlo.

En Tucumán, la ley de información ambiental prevé 20 días hábiles cuando la información se encuentre en poder de la autoridad de aplicación, y 30 días hábiles cuando la información se encuentre en poder de terceros, estableciendo que pueden prorrogarse, pero sin indicar el plazo. Dado que no cuenta con una ley de información pública, estos son los únicos plazos que resultan aplicables, además de lo establecido en la ley de presupuestos mínimos.

En Chaco y Córdoba se prevé el mismo plazo en los dos sistemas. Para el caso de Chaco, son 15 días hábiles prorrogables por otros 15 días hábiles más, y para el caso de Córdoba, son 10 días hábiles prorrogables por otros 10 días más.

7.2.5. Comunicar razones de la prórroga

Con respecto a la comunicación al solicitante de las razones del uso de la prórroga, en el sistema de información ambiental las jurisdicciones de CABA, Córdoba, Chaco, Catamarca, Corrientes, Misiones y Tucumán establecen esta obligación. En Salta no se reconoce la facultad de prorrogar.

Si analizamos el sistema de AIP, de las mencionadas provincias solo Corrientes no establece la obligación de comunicarlo. Tucumán no cuenta con ley de AIP.

7.2.6. Deberes de transparencia activa

En el sistema de información pública, solo 7 jurisdicciones imponen deberes de transparencia activa a sus sujetos obligados (CABA, Chubut, Jujuy, La Rioja, Mendoza, Río Negro y Santa Fe).

En cambio, en el sistema de información ambiental hay 21 jurisdicciones que imponen deberes de transparencia activa a sus sujetos obligados (Misiones, Corrientes, Salta, CABA, La Pampa, Formosa, Santiago del Estero, San Juan, Mendoza, Río Negro, Tierra del Fuego, Jujuy, Entre Ríos, provincia de Buenos Aires, Chubut, San Luis,⁶ Chaco, La Rioja, Santa Fe, Santa Cruz y Santa Fe).

7.2.7. Mínimo de aspectos a ser publicados

En el sistema de información pública, todas las jurisdicciones –menos Río Negro– establecen un mínimo de aspectos a ser publicados.

En el sistema de información ambiental, las jurisdicciones que establecen un mínimo de aspectos a ser publicados son: Misiones, Corrientes, Formosa, Mendoza, Tierra del Fuego, Entre Ríos, provincia de Buenos Aires, Chaco, Chubut y La Rioja.

7.2.8. Reclamo judicial

En el sistema de información pública, solo Entre Ríos, La Rioja y Mendoza estipulan la vía administrativa; el resto de las jurisdicciones prevén el reclamo judicial. Por otro lado, Catamarca no especifica el tipo de mecanismo, solo establece que se debe interponer la acción más idónea. Recordemos que la ley de Catamarca es de los dos sistemas de información.

En el sistema de información ambiental, solo Corrientes, Chaco y San Luis prevén el reclamo judicial.

6 No obstante, esta obligación no emana de la ley de información pública, sino del Decreto 6077/2007.

7.2.9. Reclamo administrativo

En el sistema de información pública, solo Entre Ríos, La Rioja y Mendoza estipulan la vía administrativa, y CABA y Santa Fe contemplan tanto la vía administrativa como la judicial.

En el sistema de información ambiental, solo Tucumán establece que se puede recurrir a la autoridad conforme a la ley de procedimiento administrativo, por lo que se podría acudir a la vía administrativa por un reclamo de información ambiental, pero no por un reclamo de información pública. En Catamarca se aplica lo establecido en el apartado anterior.

7.2.10. Autoridad de aplicación y órgano garante

En el sistema de información pública, la única jurisdicción que prevé tanto la autoridad de aplicación como la figura de un órgano garante es CABA.

En el sistema de información ambiental, las jurisdicciones que cuentan con una ley de información ambiental establecen la autoridad de aplicación, pero ninguna dispone la figura del órgano garante.

No obstante, la mayoría de las jurisdicciones establecen un órgano de información ambiental provincial destinado a recolectar y divulgar información ambiental relevante. Solo Neuquén, San Luis y Santa Cruz no fijan un sistema similar.

8. Problemas jurisdiccionales y de competencia en relación con la protección al ambiente y el acceso a la información ambiental

La reforma de la Constitución de 1994 incorporó en el artículo 41 no solamente el reconocimiento del derecho al ambiente sano, sino que también estableció un esquema de distribución de competencias a nivel nacional y provincial.

Así, el tercer párrafo de este artículo dispone que “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales”. Es aquí que se consagra la distribución de competencias entre la nación y las provincias en materia legisferante, con el objetivo de sentar las bases de un auténtico “federalismo de concertación” (López Alfonsín, 2020).

Además, otra cuestión importante que afirmó la reforma constitucional en este aspecto es que corresponde a las provincias el dominio originario de los

recursos naturales existentes en su territorio (artículo 124 de la Constitución nacional).

Este artículo debe ser leído e interpretado de forma armónica con el ya mencionado artículo 41 de la Constitución, debido a que les atribuye jurisdicción sobre los recursos naturales a autoridades distintas de las provinciales al fijar la distribución de competencias legislativas en materia ambiental. Esto supone el reconocimiento de facultades estatales concurrentes, de la nación y de las provincias con su ámbito particular correspondiente, en la regulación del uso racional de los recursos naturales y su preservación (Gago et al., 2016).

Ya presentado este esquema, debemos preguntarnos cómo juega en relación con un componente que suele acompañar las problemáticas ambientales, que es la interjurisdiccionalidad. Particularmente, ¿cómo se garantiza el acceso a la información pública respecto a un ambiente transfronterizo, más aún, como hemos visto, cuando la normativa es tan disímil entre las distintas jurisdicciones? Hay diferentes elementos a considerar respecto a este punto.

En este ejercicio es útil considerar ciertos aspectos que establecen las leyes de presupuestos mínimos. Por un lado, encontramos ciertas respuestas en la Ley General del Ambiente. En su artículo 4, esta norma enumera una serie de principios de interpretación y aplicación de política ambiental. Entre ellos, cabe resaltar los principios de solidaridad y de cooperación, que desarrollaremos a continuación.

Conforme al artículo 4, el principio de solidaridad implica que la nación y los estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos. Observamos aquí entonces que existe una responsabilidad tanto del Gobierno nacional como de las provincias en lo que respecta a los ambientes transfronterizos. Entendemos que esto sería aplicable a la información pública ambiental en tanto esta tiene una función tanto preventiva del daño como descriptiva y probatoria de este si ya ha acontecido.

A su vez, el artículo 4 incorpora el principio de cooperación que dispone que los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional y que el tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta. Nuevamente, en este ejercicio conjunto la información ambiental cumple un papel relevante para gestionar la utilización de los recursos y enfrentar las emergencias ambientales transfronterizas.

Más allá de estos principios enunciados en la Ley General del Ambiente, hay autores que sostienen que hay principios adicionales que deben guiar la distribución de competencias en materia ambiental. En este sentido, Florencia Saulino (2022) afirma que esta distribución debería ser informada por los principios de subsidiariedad y de correspondencia territorial. El primero de ellos tiene como objetivo acercar el ejercicio de las competencias a los ciudadanos en la mayor medida posible mediante la descentralización de los procesos de toma de decisiones, de manera que la unidad de gobierno más descentralizada con capacidad para solucionar el problema sea la que asuma la tarea (Saulino, 2022, p. 115).⁷ Por otro lado, el principio de correspondencia territorial parte de la premisa de que es más eficiente y efectivo enfrentar las problemáticas ambientales por medio de las instituciones presentes en el ámbito geográfico donde ocurre el conflicto. Pero esto puede resultar dificultoso, ya que los límites geográficos de las diferentes jurisdicciones rara vez se corresponden con los límites de los ecosistemas (Lacapmesure, 2021, pp. 24-25; Saulino, 2022, pp. 119-121).⁸

Otro elemento importante que debemos considerar respecto a la información pública en particular es aquello establecido en el artículo 5 de la Ley 25831, el cual establece que las autoridades competentes nacionales, provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires concertarán en el ámbito del Consejo Federal de Medio Ambiente los criterios para establecer los procedimientos de acceso a la información ambiental en cada jurisdicción.

De esta forma, ante situaciones problemáticas derivadas de la interjurisdiccionalidad, estas leyes de presupuestos mínimos proponen la vía de la coopera-

7 Aquí, la autora refiere que este principio puede observarse en los artículos 1 y 5.3 del Tratado de la Unión Europea (ambos establecen que las decisiones deberán ser tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos y en principio de manera local, regional o central, y que solo si este no fuese posible, intervendrá la Unión Europea. Además, esta noción también estuvo presente en la Convención Federal de Filadelfia, que originó la Constitución de Estados Unidos y fue la idea rectora de la delegación de poderes presente en ella. Cita a Frías (2004, como se citó en Saulino, 2022, p. 116), quien señala que la subsidiariedad es un principio constitucional implícito en el derecho argentino y que, con base en el modelo estadounidense, nuestra Constitución reconoció el principio de que las provincias retienen todo el poder no delegado al Gobierno federal.

8 Hay autores que han contribuido al desarrollo de este principio, como Butler y Macey, por un lado, y Adelman y Engel, por el otro. Butler y Macey desarrollaron el principio de correspondencia territorial como “una guía para determinar el nivel de gobierno más eficiente para la regulación de diferentes problemas ambientales. Este principio sugiere que, en general, el tamaño del área geográfica afectada por una fuente específica de contaminación debe determinar el nivel de gobierno apropiado para dar respuesta al problema”. Para Adelman y Engelman, este principio tiene su fundamentación en que la regulación eficiente solamente es posible cuando la entidad reguladora internaliza totalmente los costos y beneficios de las políticas (Lacapmesure, 2021, pp. 24-25; Saulino, 2022, p. 120).

ción y de la concertación a través de espacios como el COFEMA. Ahora bien, además de esto, las leyes de presupuestos mínimos también suponen en sí una solución a uno de los conflictos derivados del carácter interjurisdiccional de los ambientes transfronterizos, que es la existencia de normativa disímil entre las provincias. Esto se debe a que las leyes de presupuestos mínimos implican un piso de protección que las jurisdicciones pueden maximizar, pero nunca ir por debajo, con el fin de conceder una tutela ambiental común y uniforme para todo el territorio nacional.

Además de estas alternativas aportadas por la normativa de presupuestos mínimos, otra cuestión que debemos tener en consideración frente a conflictos que se susciten en ambientes transfronterizos es lo dispuesto en el Acuerdo de Escazú, que tiene jerarquía superior a las leyes.⁹ Nuevamente, ante las diferencias en la normativa de acceso a la información ambiental entre las jurisdicciones, las disposiciones de este Acuerdo se encuentran vigentes en todo el territorio de la nación.

Así, vemos que a pesar de las discrepancias normativas de cada localidad, hay un piso mínimo de protección del derecho de acceso a la información ambiental con el Acuerdo de Escazú y las leyes de presupuestos mínimos.

Además de la existencia de un piso mínimo en esta materia, otro elemento que puede ser de ayuda a la hora de encarar la manera de garantizar el acceso a la información pública en ambientes transfronterizos es la herramienta del diálogo interjurisdiccional. En este punto, son muy importantes los espacios de concertación como el COFEMA.

Los diálogos interjurisdiccionales pueden derivar en compromisos, acuerdos o tratados entre provincias para tratar de manera conjunta la problemática e institucionalizar espacios de concertación.

La normativa de algunas provincias da cuenta de las problemáticas de acceso a la información en ambientes transfronterizos. Por ejemplo, en Corrientes se establece que cuando la información ambiental requerida sea concerniente a la provincia o la afecte, obre en poder de autoridad, organismo o institución pública o privada que se encuentre fuera de la jurisdicción de la provincia, la Autoridad de Aplicación debe propiciar mecanismos de acuerdo con los organismos que correspondan para dar respuesta satisfactoria a dicho requerimiento. Por su parte, en Misiones, cuando la información ambiental requerida obre en poder de autoridad, organismo o institución pública o privada que se

9 Este tratado incorpora en su artículo 11 disposiciones de cooperación entre los países a raíz del entendimiento de que los conflictos ambientales transfronterizos superan incluso los límites nacionales.

encuentre fuera de la jurisdicción de la provincia, la autoridad de aplicación debe propiciar mecanismos de acuerdos a los fines de dar respuesta satisfactoria a dichos requerimientos.

Por último, otra posible solución es la creación de entes interjurisdiccionales que tengan en cabeza la gestión del acceso a la información pública y la producción activa de información relativa a un determinado ambiente transfronterizo. Un ejemplo de esto sería la autoridad de la cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR), que nace a raíz de la demanda ante la Corte Suprema iniciada por un grupo de vecinos de la zona contra el Estado nacional, la provincia, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas para que se garantice su derecho a un ambiente sano. ACUMAR fue creada en 2006 por la Ley 26168 y es un ente autónomo, autárquico, interjurisdiccional y tripartito que conjuga su trabajo de saneamiento con los tres Gobiernos con competencia en el territorio: nación, provincia y ciudad.¹⁰ Ante ella pueden presentarse solicitudes de información pública relativas a la cuenca y también se brinda información de forma proactiva. Cuenta con un índice de transparencia y un catálogo de datos abiertos.¹¹ Además, también sería interesante repensar los espacios interjurisdiccionales ya existentes, en el sentido de que puedan brindar y generar información ambiental de las jurisdicciones que los componen.

9. Complementariedad de las normas de información pública e información ambiental

Nuestro país cuenta con dos sistemas para garantizar el acceso a la información, que, como se pudo observar en los apartados desarrollados anteriormente, si bien pueden ser perfectibles, constituyen un andamiaje normativo e institucional que, en líneas generales, permiten un adecuado acceso a la información.

Tanto los solicitantes como los sujetos obligados utilizan indistintamente los dos sistemas para aplicar en cada caso la normativa que más les convenga. No obstante, surge la duda de si estos sistemas se complementan (y cómo) o si, en cambio, se excluyen y se debe crear un nuevo sistema. Por ejemplo, si un vecino de la Ciudad de Buenos Aires le solicita información ambiental a un organismo del Gobierno de CABA, pero utiliza el sistema previsto por la Ley 104 de información pública en vez de la Ley 303 de información ambiental, ¿esa solicitud será denegada por no haber sido bien fundamentada? Por otro lado,

10 La Cuenca abarca catorce municipios de la provincia de Buenos Aires y nueve comunas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

11 Disponible en <https://www.acumar.gob.ar/transparencia/>.

si se solicita información ambiental al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación (MAyDS) y esa solicitud se funda en la LAIPA y en la LAIP, ¿puede el MAyDS elegir el plazo de 30 días establecido en la LAIPA para responder a la solicitud o tiene que aplicar el plazo de 15 días prorrogables por otros 15 previsto en la LAIP?

El sistema legal interno cuenta con ciertos principios que permiten resolver estas preguntas. Por ejemplo, según el principio *pro homine* y el principio de derecho administrativo de informalismo en favor del administrado, se le podría dar trámite a esa solicitud de información sin que sea necesario denegarla, ya que las autoridades pueden responder la solicitud aplicando la Ley 303 si es necesario.

Sumado a esto, resulta importante tener en cuenta que, en caso de que se solicite información ambiental, también se encuentra en juego el derecho constitucional de un ambiente sano, el cual reconoce entre las disposiciones del artículo 41 la obligación de las autoridades de proveer información ambiental. El derecho a un ambiente sano, al ser de carácter colectivo por el interés público que reviste, debe guiar la interpretación y aplicación de las normas.

Por otro lado, no emana de los dos sistemas una contradicción total que imposibilite la aplicación de una legislación sin alterar por completo las disposiciones de la otra. Es por esto que no sería necesario optar por excluir completamente la aplicación de un sistema por el otro, ya que si se hiciera esto, se vulnerarían derechos ya reconocidos a personas a nivel constitucional e internacional (Garibotti, 2018, pp. 16 y 30).

Además, la Ley 25831, al ser una ley de presupuestos mínimos, en cierta forma habilita a que toda ley que establezca exigencias de mayor rigurosidad no afecte su finalidad ni la voluntad del legislador, sino que, más bien, estaría cumpliendo con ella (Garibotti, 2018, p. 18).

Sin embargo, se pueden encontrar ejemplos en los que la práctica indica otra realidad. En los casos de solicitudes de información presentadas ante el MAyDS, este decide ajustarse al plazo de 30 días hábiles para contestar lo establecido por la LAIPA, el cual es más restrictivo que los 15 días previstos por la LAIP. La Agencia de Acceso a la Información Pública (en adelante, AAIP) ha establecido que el MAyDS debe respetar, en la medida de lo posible, el trámite seleccionado por el solicitante y, en su defecto, aquel que garantice un mayor ejercicio del derecho (Agencia de Acceso a la Información Pública [AAIP], 2021). Esta decisión es concordante con el principio *pro homine* e informalismo en favor del administrativo, mencionados anteriormente.

No obstante, cuando se inician reclamos ante la AAIP por una solicitud de información fundada en la LAIPA y no en la LAIP, la Agencia no resuelve estos reclamos porque los trámites no cursaron por los canales establecidos para la tramitación de expedientes vinculados a la Ley 27275. Argumentan que esto no solo volvería imposible el trabajo de la AAIP, sino que también implicaría una ausencia total de marcos legales tanto para los requirentes como para los sujetos obligados (AAIP, Resol. N° 25/2022).

Sumado a esto, la AAIP (2018) se refiere al conflicto normativo entre estas leyes, indicando que

el objeto y los preceptos normativos de las mencionadas leyes tienen un campo de aplicación propio, que en algunos puntos entran en conflicto, en algunos supuestos son coincidentes y en otros una norma es superadora de la otra. En particular entran en conflicto en temáticas referidas a plazos, vías de reclamo, sujetos obligados y sujetos activos. (p. 2)

Agrega que

no sería inteligente optar por un criterio de *lex specialis derogat generalis* para solucionar la antinomia, ya que, si se deroga cualquiera de las dos normas en su totalidad, no sólo se retrocedería a nivel jurídico nacional, sino que, también, se terminarían vulnerando derechos protegidos a nivel constitucional e internacional. (AAIP, 2018, p. 3)

Ello, en tanto la LAIPA logra proteger importantes áreas del derecho de acceso a la información pública que la LAIP no alcanza.

La AAIP (2018) aclara también que, dado que al momento de presentar la solicitud se eligió hacerlo a través del régimen normativo que corresponde aplicar a su presentación, la Ley 25831, ante el silencio del sujeto obligado, se encuentran habilitadas las vías administrativas establecidas por Ley 19549 de Procedimiento Administrativo (AAIP, 2022).

Esto podría significar una restricción para las personas en su derecho de acceso a la información, ya que si se presenta una solicitud de información fundada en la Ley 25831, se excluyen las disposiciones referidas al reclamo administrativo de la Ley 27275. No obstante, la AAIP (2018) aclara que “es menester considerar las características de cada solicitud de información pública para determinar el régimen más beneficioso a ser aplicado” (p. 3).

Por otro lado, en CABA, dado que coexisten también la Ley 104 de información pública y la Ley 303 de información ambiental, se abren dos caminos

que podrían excluirse. El Decreto reglamentario 260/17 de la Ley 104 exceptúa de la aplicación del procedimiento establecido en ella las solicitudes o trámites reglamentados por la Ley 303 de Información Ambiental. No obstante, las solicitudes de información fundadas en ambas leyes que arriban a la Dirección General de Seguimiento de Organismos de Control y Acceso a la Información (DGSOCAI), autoridad de aplicación de la Ley 104, se tramitan como solicitudes en el marco de la Ley 104. Esto es una ventaja para los solicitantes, ya que esta ley otorga, por ejemplo, plazos más favorables.

Esto resulta fundamental no solo para poder otorgarles a las personas mayores herramientas destinadas a garantizar el DAIP, sino también para asegurar que los sujetos obligados a brindar información ambiental cumplan con sus obligaciones legales. Además, se evitaría la necesidad de crear más organismos que podrían llegar a generar conflictos de competencia en la materia y perjudicar a los órganos existentes.

Presentadas estas opciones, resulta interesante analizar cómo la justicia argentina ha resuelto los desafíos planteados. Si bien no hay numerosos casos de acceso a la información ambiental en donde los dos sistemas sean alegados, podemos nombrar dos en los cuales sí sucedió. El primero es el caso *Giustiniani contra YPF*¹² de la CSJN, y el segundo es *FARN contra YPF*¹³ de la Cámara Contencioso Administrativo Federal.

Al momento de dictar sentencia en el caso *Giustiniani*, la normativa nacional vigente del derecho de acceso a la información pública era el Decreto 1172/2003. Las normas ambientales invocadas por *Giustiniani* para solicitar información habían sido la LGA y la LAIPA. Por su parte, YPF negó la entrega de la información basándose en las disposiciones de la LAIPA y en las del Decreto 1172/2003. Al resolver el caso, la CSJN no excluyó los dos sistemas, sino que interpretó indistintamente el mencionado decreto y la LAIPA para ordenar la entrega de la información solicitada. De esta forma, la CSJN utilizó la armonización para garantizar el derecho de acceso a la información (Garibotti, 2018, p. 29).

Por otro lado, en el caso *FARN contra YPF*, el primero le solicitó información a YPF invocando la LAIPA y, complementariamente, la LAIP. Por su parte, YPF se negó a brindar la información amparándose en las disposiciones de la LAIP. La Cámara interpretó que si bien la información solicitada en el punto

12 *Giustiniani, Rubén Héctor c/Y.P.F. S.A. s/amparo por mora.*

13 *Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/YPF SA s/Varios.*

en estudio no versaba estrictamente sobre una cuestión relativa al acceso de la información pública ambiental de carácter directo, poseía una vinculación con esa materia. De esta forma, aplicó el criterio de máxima divulgación y reconoció una legitimación pasiva amplia. Como se puede ver, nuevamente la justicia argentina optó por utilizar la armonización de la normativa existente en pos de garantizar el derecho de acceso a la información.

En síntesis, consideramos que resulta necesario encontrar los puntos de contacto entre los dos sistemas existentes y lograr que sean complementarios, así se evitaría la necesidad de crear nuevos sistemas, organismos o estructuras que podrían generar más trabas e incongruencias en los sistemas existentes. Además, es importante que tanto la justicia como los órganos encargados de tramitar solicitudes y reclamos de acceso a la información garanticen de la mejor forma el principio *pro homine* en el ejercicio de sus actividades.

Asimismo, se debe fomentar la armonización de los sistemas mediante el diálogo de las fuentes y aplicar las disposiciones que posean los estándares más amplios en busca de la mayor vigencia, protección y alcance del derecho de acceso a la información (Garibotti, 2018, p. 30).

Por último, dado que nuestro país es un Estado parte del Acuerdo de Escazú, el cual tiene jerarquía suprallegal, los operadores jurídicos deben utilizar sus postulados para resolver cualquier conflicto entre las normativas del país y, en caso de que haya contrariedad entre una ley interna y el Acuerdo de Escazú, aplicar siempre este último.

10. Conclusiones

Como se ha visto, los solicitantes de información ambiental, los sujetos obligados y los operadores jurídicos se enfrentan a ciertos desafíos a la hora de ejercer y aplicar el derecho de acceso a la información ambiental. También se pudo observar que estos desafíos no emanan tanto de una ausencia de marco normativo aplicable a la materia, sino más bien de las confusiones que pueden surgir a causa de la existencia de dos sistemas normativos –el de información pública y el de información ambiental– cuyos ámbitos de aplicación muchas veces confluyen, a las diferencias cualitativas existentes entre la normativa tanto a nivel nacional como subnacional de estos sistemas y a las dificultades a nivel subnacional en el ejercicio de este derecho. Frente a esto, podemos pensar algunas medidas que se podrían adoptar para poder mejorar el estado de situación actual.

En primer lugar, resulta importante pensar en cómo optimizar las normas

existentes conforme a los más altos estándares. Estas dos situaciones deben realizarse tomando en consideración que existe un sistema que va a la par y puede generar dificultades a la hora de implementar las leyes en el día a día.

Como se vio anteriormente, un desafío que resulta fundamental resolver es el de la provisión de información en ambientes transfronterizos. En este sentido, el COFEMA debe tomar un rol fundamental en la materia para lograr acuerdos entre las provincias que comparten ambientes transfronterizos. Otros puntos para considerar son los diálogos entre las distintas jurisdicciones y la provisión de información ambiental por parte de entes interjurisdiccionales.

Asimismo, se deben repensar las funciones y facultades del COFEMA, pues es el que tiene por objeto llevar adelante la coordinación tanto de la política ambiental como de los lugares donde se puedan establecer criterios de actuación para dar respuesta a los desafíos mencionados anteriormente en el sistema de acceso a la información.

Por último, las provincias que aún no cuentan con ley de información pública o ley de información ambiental deberían sancionar estas leyes. Fundamentalmente, hay una necesidad de que las personas encargadas de entregar información pública y los operadores jurídicos puedan interpretar y aplicar los sistemas de manera que se complementen y otorguen la mayor protección al derecho de acceso a la información.

Bibliografía

- Baena Olabe, P. y Vieyra, J. C. (2011). *Acceso a la información y políticas de transparencia focalizada*. Sector de Capacidad Institucional y Finanzas, Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Acceso-a-la-información-y-pol%C3%ADticas-de-transparencia-focalizada.pdf>.
- Banco Mundial. (2019). *Índice de Acceso a la Información Pública en las Provincias Argentinas: un análisis de la calidad normativa*. Informe de Política del Banco Mundial. Grupo Banco Mundial. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/indice_de_acceso_a_la_informacion_publica_en_las_provincias_argentinas_un_analisis_de_la_calidad_normativa-web.pdf.
- Basterra, M. I., (2015). *El derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. A propósito del caso "Pérez Esquivel"*. Editorial JusBaires. http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2016/04/EL_DERECHO_DE_ACCESO_A_LA_INFORMACION_PUBLICA_EN_LA_CIUADAD_AUTONOMA_DE_BUENOS_AIRES_A_PROPOSITO_DEL_CASO_PEREZ_ESQUIVEL.pdf.

- Dassen, N. y Vieyra, J. C. (2012). *Gobierno abierto y transparencia focalizada: tendencias y desafíos para América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Gago, M. E., Gómez Zavaglia, T. y Rivas, F. (2016). *Federalismo Ambiental: los recursos naturales y la distribución de competencias legislativas en la Constitución Nacional Argentina*. SAIJ. <http://www.saij.gob.ar/maria-eugenia-gago-federalismoambiental-recursos-naturales-distribucion-competencias-legislativas-constitucionnacional-argentina-dacf170396-2016-12/123456789-0abc-defg6930-71fcanirtcod>.
- Garibotti, C. B. (2018). *El Régimen de Libre Acceso a la Información Ambiental y la Ley de Acceso a la Información Pública: Una antinomia jurídica total-parcial que tiene solución en la voluntad del legislador*. Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés.
- Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas. (s.f.). *Herramientas para mejorar la transparencia*. <http://www.gigapp.org/index.php/component/djcatalog2/producer/1-herramientas-para-mejorar-la-transparencia>.
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. (2017). *Gobierno abierto y transparencia proactiva: manual del participante*. <https://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/manualgaimprenta.pdf>.
- Jacob, R. J. (2019). *Problemas de congruencia normativa sobre el acceso a la información pública ambiental en la provincia de Córdoba*. Córdoba (Tesis de grado). Universidad Siglo 21.
- Lacapmeasure, M. F. (2021). *Hacia una ley de humedales en Argentina: el federalismo ambiental como herramienta para su protección y gestión sostenible* (Tesis de grado). Universidad de San Andrés.
- López Alfonsín, M. (2020). El derecho fundamental al ambiente sano. *Pensar en derecho*. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/15/el-derecho-fundamental-al-ambiente-sano.pdf>.
- Muente Kunigami, A. y Palomino, N. (2019). *Datos abiertos: conceptos básicos y temas claves*. <https://blogs.iadb.org/conocimientoabierto/es/datos-abiertos/>.
- Molina, E. y Vieyra, J. C. (2012). La transparencia como herramienta de política pública. En Dassen, N. y Vieyra, J. C. (Eds.), *Gobierno abierto y transparencia focalizada. Tendencias y desafíos para América Latina y el Caribe* (pp. 3-40). Banco Interamericano de Desarrollo.
- Organización de los Estados Americanos. (2013). *El acceso a la información pública, un derecho para ejercer otros derechos*. Departamento para la Gestión Pública Efectiva. <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/cortosp8.pdf>.
- Open Knowledge Foundation. *Open Data Handbook: ¿Qué son los datos abiertos?* <https://opendatahandbook.org/guide/es/what-is-open-data/>.
- Oyhanarte, M. y Kantos, M. (2015). *El derecho de acceso a la información pública en la Argentina. Un análisis de su situación normativa y su efectividad*. Poder Ciudadano. https://poderciudadano.org/wp-content/uploads/2016/04/Libro_PoderCiudadano_CapVII-Acceso-a-la-informacion-publica.pdf.
- Saulino, M. F. (2022). Por una vuelta al federalismo ambiental. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, (28), 112-149. <http://www.derecho.uba.ar/revistas-digitales/index.php/revista-electronica-gioja/article/view/614>.

Legislación citada

- Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018). Entrada en vigor: 22 de abril de 2021.
- Decreto 6077/07 de Planificación Ambiental y Ordenamiento Territorial (2007). San Luis, BO 09/11/2007.
- Ley 55 de Medio Ambiente (1992). Tierra del Fuego, BO 30/12/1992.
- Ley 104 de Acceso a la Información (1998). CABA, BO 29/12/1998.
- Ley 303 de Información Ambiental (1999). CABA, BO 13/01/2000.
- Ley 1060 de Política Ecológica y Ambiental (1993). Formosa, BO 29/12/1993.
- Ley 1800 Se crea el Observatorio Ambiental en el ámbito de la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2018). San Juan, BO 10/10/2018.
- Ley 3195 Ambiental Provincial (2019). La Pampa, BO 20/12/2019.
- Ley 3266 de Evaluación de Impacto Ambiental (1998). Río Negro, BO número 3642.
- Ley 3540 de Acceso a la Información (2017). Río Gallegos, BO 13/07/2017.
- Ley 5063 General de Medio Ambiente (1998). Jujuy, BO 04/09/1998.
- Ley 5336 de Libre de Acceso a las Fuentes de Información Pública (2011). Catamarca, BO 20/09/2011.
- Ley 5533 de Información Ambiental (2003). Corrientes, BO 15/09/2003.
- Ley 5661 de Preservación del Medio Ambiente (1992). Mendoza, BO 25/02/1993.
- Ley 6321 Normas Generales y Metodología de Aplicación para la Defensa, Conservación y Mejoramiento del Ambiente y los Recursos Naturales (1996). Santiago del Estero, BO 08/11/1996.
- Ley 7070 de Protección del Medio Ambiente (1999). Salta, BO 27/01/2000.
- Ley 7247 Crea el Centro de Información Ambiental Pública (2002). Tucumán, BO número 25425.
- Ley 7330 Sistema de Información Ambiental de la Provincia del Chaco (2013). Chaco, BO 07/04/2014.
- Ley 7343 de Principios Rectores para la Preservación, Conservación, Defensa y Mejoramiento del Ambiente (1985). Córdoba, BO 27/09/1985.
- Ley 7801 de Medio Ambiente (2004). La Rioja, BO 29/03/2005. Ley 10208 de Política Ambiental de la Provincia de Córdoba (2014). Córdoba BO 27/06/2014.
- Ley 10402 de Educación Ambiental (2015). Entre Ríos, BO 25/11/2015.
- Ley 11717 de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable (1999). Santa Fe, BO 11/04/2000.
- Ley 11723 de Protección, Conservación, Mejoramiento y Restauración de los Recursos Naturales y del Ambiente en General (1995). Provincia de Buenos Aires. BO 22/12/1995.
- Ley 24430 Constitución de la Nación Argentina (1994), BO 10 de Enero de 1995.
- Ley 25675 DE Política Ambiental Nacional, “Ley General del Ambiente” (2002). BO 28/11/2002.
- Ley 25831 de Régimen de Libre Acceso a la Información Pública Ambiental (2003). BO 07/01/2004.
- Ley 26168 de la Cuenca Matanza Riachuelo (2006). BO 05/12/2006.
- Ley 27275 de Derecho de Acceso a la Información Pública (2016). BO 29/09/2016.

Ley N° V-0924 Régimen de Acceso a la Información Pública de la Provincia de San Luis (2015). San Luis.
Ley XI - N° 35 Código Ambiental de la Provincia de Chubut (2005). Chubut, BO 02/01/2006.
Ley XVI N° 81 de Información Ambiental (2005). Misiones, BO 05/05/2005.

Jurisprudencia citada

Agencia de Acceso a la Información Pública (1 de octubre de 2018). *Resol-2018-123-APN-AAIP*. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2018-123-apn-aaip.pdf>.
Agencia de Acceso a la Información Pública. (28 de diciembre de 2021). *Informe IF-2021-125954331-APN-DNPDP#AAIP*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/695-_28-12-2021_-_if-2021-125954331-apn-dnpdpaaip.pdf.
Agencia de Acceso a la Información Pública. (27 de enero de 2022). *Resol-2022-25- APN-DNP-DP#AAIP*. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/resol-2022-25-apn-dnpdpaaip.pdf>.
Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/ YPF SA s/Varios*, 2021, Buenos Aires.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*, 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.
Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Giustiniani, Rubén Héctor c/Y.P.F. S.A. s/amparo por mora*, 2015, Buenos Aires.

Anexo I

Comparación de la Ley 25831 y la Ley 27275

	Ley 25831	Ley 27275
Ámbito de aplicación	Nacional, provincial y municipal	Nacional y provincias que adhieren
Reglamentación		X
Autoridad de aplicación	Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la Nación	Agencia de Acceso a la Información Pública
Enumeración de principios		X
Legitimación activa amplia	X	X
Amplitud de sujetos obligados	X	X
Alcance limitado de excepciones	X	X
Plazos	30	15 + 15
Reclamo judicial	X	X
Reclamo administrativo		X
Creación de un organismo especializado		X
Responsabilidad de funcionarios	X	X
Capacidad sancionatoria		
Deberes de transparencia activa	X	X
Mínimo de aspectos a ser publicados		X

Fuente: elaboración propia.

Anexo II

Existencia y reglamentación de normas de AIP y legitimación activa

Jurisdicción	Reglamentación de norma de AIP	Legitimación activa amplia
Buenos Aires	X	X
CABA	X	X
Catamarca	X	X
Chaco	X	X
Chubut	X	
Córdoba		X
Corrientes		X
Entre Ríos	X	X
Formosa		
Jujuy	X	X
La Pampa		
La Rioja	X	X
Mendoza	X	X
Misiones	X	X
Neuquén		X
Río Negro		
Salta	X	X
San Juan		
San Luis	X	X
Santa Cruz	X	X
Santa Fe	X	
Santiago del Estero		
Tierra del Fuego	X	X
Tucumán		

Fuente: elaboración propia.

Anexo III

Presunción en favor del DAIP, gratuidad y excepciones

Jurisdicción	Presunción a favor del DAIP ^I	Principio de gratuidad	Adecuada fundamentación excepción	Denegatoria con firma
Buenos Aires		X		
CABA	X	X	X	X
Catamarca	X	X	X	
Chaco	X	X	X	X
Chubut ^{II}	X			
Córdoba	X	X	X	X
Corrientes		X		
Entre Ríos	X	X	X	X
Formosa				
Jujuy	X	X	X	X
La Pampa				
La Rioja	X	X	X	
Mendoza	X	X	X	
Misiones	X	X	X	X
Neuquén	X	X	X	X
Río Negro ^{III}	X			
Salta	X	X	X	
San Juan				
San Luis		X	X	
Santa Cruz	X	X	X	
Santa Fe	X	X	X	
Santiago del Estero		X	X	
Tierra del Fuego	X	X	X	X
Tucumán				

Fuente: elaboración propia.

- I. Buenos Aires, Corrientes y Santiago del Estero, en cambio, exigen al peticionario fundar su solicitud. Esta última, además, demanda la acreditación de los datos identificatorios del solicitante. Igualmente lo hace San Luis especificando los medios: para el caso de una persona humana, copia certificada del D.N.I., y si se trata de una persona jurídica, acta constitutiva y sus modificatorias con certificación de aprobación, vigencia y regularidad extendida por la autoridad competente.
- II. Reconoce el principio de gratuidad de forma implícita al referirse en términos generales al “libre” acceso a la información pública.
- III. Ídem.

Anexo IV

Transparencia activa

Jurisdicción	Deberes de transparencia activa	Mínimo de aspectos a ser publicados
Buenos Aires		
CABA	X	X
Catamarca		
Chaco		
Chubut	X	X
Córdoba		
Corrientes		
Entre Ríos		
Formosa		
Jujuy	X	X
La Pampa		
La Rioja	X	X
Mendoza	X	X
Misiones		
Neuquén		
Río Negro	X	
Salta		
San Juan		
San Luis		
Santa Cruz		
Santa Fe	X	X
Santiago del Estero		
Tierra del Fuego		
Tucumán		

Fuente: elaboración propia.

Anexo V

Resolución de conflictos

Jurisdicción	Reclamo judicial y/o administrativo ^I	Apelación de la denegatoria ^{II}	Responsabilidad de funcionarios por incumplimiento	Régimen sancionatorio específico
Buenos Aires	Judicial ^{III}	X		
CABA	Ambos	X	X	
Catamarca	Judicial	X	X	
Chaco	Judicial	X	X	X
Chubut	Judicial	X	X	
Córdoba	Judicial	X	X	
Corrientes	Judicial	X		
Entre Ríos	Administrativa	X	X	
Formosa				
Jujuy	Judicial	X	X	X
La Pampa				
La Rioja	Ambos	X	X	
Mendoza	Ambos	X	X	X
Misiones	Judicial	X	X	
Neuquén	Judicial	X	X	
Río Negro	Judicial		X	X
Salta	No aclara	X		
San Juan				
San Luis	Judicial	X	X	
Santa Cruz	Judicial	X	X	
Santa Fe	Ambos	X	X	
Santiago del Estero	No aclara		X	
Tierra del Fuego	Judicial	X	X	
Tucumán				

Fuente: elaboración propia.

- I. La mayor parte de las normativas locales establecen únicamente la vía judicial; mientras que una estipula solo la vía administrativa (Entre Ríos), cuatro contemplan ambas (CABA, La Rioja, Mendoza y Santa Fe) y dos no especifican el tipo de mecanismo (Salta y Santiago del Estero).
- II. En casi todas las jurisdicciones subnacionales se prevé expresamente la apelación de la denegatoria de información pública, ya sea por silencio, falta de motivación de la respuesta o contestación ambigua o parcial.
- III. Buenos Aires y Corrientes prevén el hábeas data, además del amparo, cuando corresponda.

Anexo VI

Ley reglamentada, legitimación activa amplia y sujetos obligados

Jurisdicción	Ley reglamentada	Legitimación activa amplia	Amplitud de sujetos obligados
Buenos Aires		X	X
CABA	X	X	X
Catamarca	X	X	X
Chaco	X	X	X
Chubut			
Córdoba		X	X
Corrientes		X	X
Entre Ríos			
Formosa			
Jujuy			
La Pampa		X	X
La Rioja			
Mendoza	X		
Misiones		X	X
Neuquén			
Río Negro	X		
Salta	X		
San Juan			
San Luis	X	X	X
Santa Cruz			
Santa Fe			
Santiago del Estero	X	X	
Tierra del Fuego	X		
Tucumán		X	X

Fuente: elaboración propia.

PAUL ROUBIER Y LOS DOCTORES MEDIEVALES. (SOBRE UNA INJUSTA OPINIÓN)

Emmanuel Catardo

Universidad Católica Argentina. Universidad de Salamanca (España)

ecatardo@gmail.com

Recibido: 26/08/2022

Aceptado: 17/10/2022

Resumen

En 1949, Paul Roubier fue invitado por la Comisión de Reforma del Código Civil francés, presidida por León Julliot de la Morandière, a proponer un proyecto de normas permanentes de conflicto para ser incorporadas en el nuevo Código que se estaba redactando. Su propuesta, con algunos cambios y luego de su defensa ante los miembros de la Comisión, se incorporó más tarde en el *Avant-Projet de Code Civil*, en los artículos 26 a 33 del Título Preliminar.¹

Unos años antes, en su conocido libro *Les conflits des lois dans le temps. Théorie dite de la non-rétroactivité des lois* (1929-1933), el jurista señalaba, en la parte histórica de sus investigaciones, una aventurada afirmación: que los trabajos de los doctores medievales, especialmente los glosadores y posglosadores, junto con los canonistas, no tenían más que una importancia histórica y que el jurista actual bien podía prescindir de ellos.

De comparar este juicio con aquel trabajo, advertí una curiosidad: las reglas que surgen de los escritos medievales, y el razonamiento de los canonistas, si se los considera adecuadamente, son similares a las normas del *Projet* de Roubier² o, al menos, puede rastrearse en ellas su fundamento. Para destacar esa similitud, y la injusticia de la crítica, se evoca primeramente el pensamiento de dos escritores: Felino Sandeo y Jacobo de Belviso. El primero, un poco conocido canonista que, a través de un vasto trabajo de recopilación del pensamiento de los escritores anteriores al siglo XV, muestra junto con sus opiniones el estado de la ciencia del derecho transitorio de la época; el segundo, un famoso jurista, utiliza en su exposición (en modo excelso) el método lógico. Ambos, por ello, serían exactos ejemplos del modelo que desprecia Roubier: Belviso, por un “espíritu escolástico al exceso”, y Felino, porque “cuenta los argumentos más que lo sopesa”. Se examinan luego algunos de los artículos proyectados por Roubier y se los compara

1 Véase el Anexo I, donde se reproduce, *in extenso*, el texto finalmente aprobado por la Comisión Redactora. También una reseña en Bareit (2015, pp. 551-567).

2 Su texto se reproduce en el Anexo II, tomado de *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, París (1945-1955).

con el pensamiento, principalmente de esos dos escritores, llegándose a ver con claridad la similitud indicada y la falta de precisión en la crítica.

Palabras clave: derecho transitorio, Paul Roubier, glosadores, posglosadores, canonistas, retroactividad, ley.

Paul Roubier and the Medieval Doctors. (On an Unfair Opinion)

Abstract

In 1949 Paul Roubier, one of the leading jurists in the study of transitional law, was invited by the Commission for the Reform of the French Civil Code, chaired by Léon Julliot de la Morandière, to present a draft of permanent rules of conflict to be incorporated into the new Code that was being planned. These, with some changes, were later incorporated in the *Avant-Projet de Code Civil*, Articles 26 to 33 of the Preliminary Title.

A few years earlier, in his well-known book *Les conflits des lois dans le temps. Théorie dite de la non-rétroactivité des lois* (Roubier, 1929-1933), in the historical part of his research, the jurist made a bold assertion: that the works of the medieval doctors, especially the glossators and post-glossators, together with the canonists, had no more than historical importance and that today's jurist could well do without them.

From comparing this judgement with that work, I noticed a curiosity: the rules that emerge from the medieval writings, and the reasoning of the canonists, are similar to the rules of Roubier's Project or, at least, their foundation can be traced in them. Highlighting this similarity, and the injustice of the criticism, is the object of this article.

Key words: transitional law, Paul Roubier, glossators, post-glossators, canonists, retroactivity, law.

*Sicut rusticationem ligni ostendit fructus illius,
sic verbum ex cogitatu cordis hominis.*
Ecl.27, 7.

1. Introducción

Leí en el conocido libro del decano Paul Roubier, *Les conflits des lois dans le temps. Théorie dite de la non-rétroactivité des lois* (1929-1933), remozado más tarde como *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps* (1960),³ una crítica despiadada⁴ sobre el estudio de los trabajos de los escritores medievales en relación con la aplicación de la ley al pasado o, como hoy se lo denomina, sobre el *derecho intertemporal o transitorio*. Dice el autor que, para la ciencia moderna, no hay ninguna ventaja en estudiar esos escritos, que esos trabajos son escasos, tienen graves vicios de método y carecen de una visión de conjunto. No hay, por tanto, ninguna influencia o aporte que puedan considerarse vigentes para la ciencia moderna.

El destino hizo que, más tarde, conociera el *Avant-Projet de Code Civil* de 1946, un extenso trabajo encargado por el Ministerio de Justicia de Francia a una comisión presidida por Léon Francis Julliot de La Morandière, con la misión de realizar una reforma integral al Código Civil francés. La Comisión, a fin de desarrollar el lacónico artículo 2 del *Code*, invitó a Paul Roubier a confeccionar un plan de “normas permanentes de conflicto” para incorporarlas en el Título Preliminar. El trabajo que presentó⁵ el jurista, luego de un amigable intercambio con los miembros de la Comisión⁶, se materializó (con algunos cambios) en los artículos 26 a 33 del *Projet*. Fue la primera vez que el escritor francés concretaba sus enseñanzas en una regulación positiva que, aunque no

3 En esta nueva edición contesta observaciones efectuadas en trabajos posteriores, entre ellos: Level (1959), Pace (1948) y Gavalda (1955). La única mención a una obra en español es a Borda (*Retroactividad de la Ley y Derechos Adquiridos* [1951] y *Tratado de Derecho Civil* [1953]), a quien califica en duros términos. Dice que su teoría es “la negación pura y simple de cualquier conflicto de leyes a lo largo del tiempo”, que es de un “radicalismo extremo” que “deja las manos totalmente libres al legislador, ya que considera que la cuestión es puramente política” (Roubier, 1960, p. 144).

4 Lo advierte también Frison (1946, p. 77).

5 Véase *Avant-projet de textes sur les conflits de lois dans le temps*, présenté par M. Roubier, en *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil* (1948/49), p. 263 (Exposición de Roubier) y p.275 (Textos propuestos).

6 En *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil* (1948/1949, p. 277), puede verse la transcripción de la reunión del 31 de marzo de 1949 en la que Roubier responde y aclara los cuestionamientos de los miembros de la Comisión Reformadora. Un método que, sin duda, habría sido provechoso para la redacción de nuestro Código Civil y Comercial.

haya sido finalmente promulgada como ley, implicó un importantísimo aporte para la ciencia del derecho transitorio.

Aislados en el tiempo y en el espacio, aquella opinión y este aporte sinceramente no se relacionan. Pero, por raro que parezca, cuando se los compara se advierte una curiosidad: los escritos medievales, y el aporte fundamental de los canonistas, están presentes en las normas proyectadas por Roubier o tienen, al menos, una involuntaria influencia. Destacar esa relación, y la injusticia de la crítica, es el objeto del presente escrito.

Este trabajo no pretende, en general, censurar la obra de Roubier. Su virtud, en nuestro ámbito jurídico, queda demostrada por su eficacia. Ha ganado, no injustamente, singular fama y, desde 1968, domina nuestra legislación civil. Es considerado por los escritores argentinos como el autor más importante que ha tratado el problema de la sucesión de leyes en el tiempo e, incluso, hay una tendencia –no siempre afortunada– de reproducir sus conclusiones con fidelidad y presentarlas como definitivas.

Puedo destacar, como un apreciable aporte, la distinción entre el efecto inmediato y el retroactivo de la ley, que si bien se encuentra ya en los escritores anteriores, la precisa en detalle. O también los modos en los que una norma puede considerarse retroactiva: una singular y didáctica sistematización. Y, lo que es más importante, su intención de establecer las bases para una solución científica sobre la transición legal que no dependa de la nueva ley o, exclusivamente, de la voluntad legislativa del momento.

Sin embargo, debo advertir que este mérito singular se enturbia cuando analiza las fuentes y censura a escritores que, en obras complejas, expresan razonamientos y soluciones similares a su Proyecto.

El decano Roubier, por ejemplo, escribe que la creación o extinción de una situación jurídica anterior no puede ser afectada por la nueva ley (artículo 26). Para el escritor medieval, ello es correcto, pero se lo presenta como una extensión de la regla cardinal, más amplia, que indica que las leyes se aplican al futuro. Reglar el futuro, entonces, tiene como consecuencia lógica la imposibilidad de modificar las “condiciones de creación” o de “extinción” de un acto perfecto, es decir, ya constituido o extinguido válidamente según la ley anterior. También expone Roubier que es necesaria, para admitir como retroactiva una norma, la orden expresa del legislador (artículo 27). Este es, también, un pensamiento común en los doctores: la aplicación al pasado es una excepción del principio cardinal (que indicaba que la naturaleza de la ley es regir el futuro) y, como tal, nunca puede presumirse. Debe, entonces, surgir claramente de la ley.

Dice además el decano de Lyon que las leyes interpretativas, aún difíciles de definir, son por sí retroactivas (artículo 27, párrafo segundo). Dice Roubier (1960): “Las dificultades inherentes a la definición de la ley interpretativa no pueden poner en duda una verdad aceptada durante tanto tiempo por todos, a saber, que la ley interpretativa debe tener efecto retroactivo” (p. 243). La tesis medieval es, esencialmente, la misma: la ley interpretativa no es regla de conducta, sino que la supone y aclara. Se integra, por ello, con la interpretada y rige desde su vigencia. Para finalizar, sostiene el autor francés que los efectos futuros de un contrato se rigen por la ley de su creación (artículo 33). Igualmente, los canonistas también señalan que esos efectos deben decidirse según la antigua ley, ya que las partes que se obligan dentro de los límites del consentimiento “no podrían haber adivinado”, como señala el Cardenal Tuschí (1606),⁷ lo dispuesto en la nueva ley.

Para finalizar, debo efectuar dos advertencias. La primera es que en la exposición que pretende encontrar dicha similitud de opiniones solo se hará referencia a la doctrina de dos escritores centrales: Felino Sandeo y Jacobo de Belviso. Ellos me parecen adecuados representantes de las metodologías y análisis que el decano Roubier critica. La segunda, es que su Proyecto no se analizará de manera integral, sino que únicamente me referiré a alguno de sus artículos, los más importantes, ya que, si nuestra investigación arroja algún resultado positivo, lo dicho sobre estos artículos podrá extenderse a los demás.

2. La crítica de Paul Roubier sobre estos escritores

La primera, y más general, crítica que efectúa el autor sobre los trabajos de los doctores medievales es que no aportan ventaja o provecho a la ciencia moderna y, a lo sumo, pueden servir, desde el punto de vista histórico, para seguir sus ideas en los periodos posteriores: “No creemos, pues, que pueda haber mucho provecho para la ciencia moderna en penetrar profundamente en la doctrina medieval sobre este punto”.⁸

Piensa también el jurista que los trabajos son, en derecho transitorio, escasos, a diferencia de los que existen en el ámbito de los conflictos en el espacio.

7 Tuschí (1606, *Conclusio* CCLXIV, núm. 22).

8 Roubier (1929-1933, p. 94): “Aussi nous ne pensons pas qu’il puisse y avoir un grand profit pour la science moderne à pénétrer profondément sur ce point dans la doctrine médiévale; mais, au point de vue historique, il faut cependant indiquer, en quelques mots, ses tendances pour suivre la filiation des idées dans les périodes postérieures”. Ídem en Roubier (1960, p. 49).

Las obras de los autores sobre nuestro tema son, en la época medieval, poco numerosas. Esto puede sorprender, dada la actividad de los jurisconsultos en el campo vecino de los conflictos espaciales de leyes, que dio lugar a la famosa teoría de los estatutos. (Roubier, 1929-1933, p. 91)⁹

(...) a pesar de la abundancia de escritos jurídicos en este período, sólo hay unos pocos que traten temas de derecho transitorio. (Roubier, 1929-1933, p. 91)¹⁰

Afirma, además, que esos escritos son solo para eruditos y que están viciados por un defecto en el método, un espíritu escolástico al exceso, sin visión de conjunto.

En muchos aspectos, estos escritos sólo tienen interés para el erudito, ya que están viciados por graves defectos de método. En primer lugar, llevan el espíritu escolástico al exceso, y a menudo cuentan los argumentos más que los sopesan. Constituyen sobre todo una exégesis de los textos romanos y canónicos, sin ninguna visión de conjunto ni verdadera teoría: de ahí una tendencia un tanto infantil a la interpretación literal, y a las discusiones sobre el uso de un verbo en pasado, o sobre el uso de la forma conjuntiva [...] discusiones puramente gramaticales, que constituyen la negación de toda ciencia jurídica y que son de una esterilidad desechable. (Roubier, 1929-1933, p. 93)¹¹

Para finalizar, señala que:

(...) estos autores seguían sin ordenar las cuestiones: acumulaban ejemplos de conflictos procedentes de todas las ramas del derecho, del derecho privado, del derecho público, del derecho penal y del procesal; trataban al mismo tiempo de los conflictos resultantes de nuevos actos particulares de los príncipes y de los conflictos resultantes de un verdadero cambio de estatuto; y como no habían puesto un poco de orden en un conjunto casi inextricable, la doctrina de esta época carecía de fuerza para abordar el núcleo del problema. (Roubier, 1929-1933, p. 93)¹²

9 “Les travaux des auteurs sur notre matière sont, à l’époque médiévale, peu nombreux. Cela tout d’abord peut surprendre, lorsqu’on considère, dans la matière voisine des conflits de lois dans l’espace, l’activité des juriconsultes, qui donna naissance à la célèbre théorie des statuts”. Ídem en Roubier (1960, p. 47).

10 “Pour cette raison, malgré l’abondance des écrits juridiques dans cette période on n’en relève qu’un petit nombre qui traitent des questions de droit transitoire”. Ídem en Roubier (1960, p. 47).

11 “A bien des points de vue, ces écrits intéressent seulement l’érudit, car ils sont viciés par de graves défauts de méthode”. Ídem en Roubier (1960, p. 48).

12 “Enfin, ces auteurs ont encore négligé de sérier les questions: ils ont accumulé pêle-mêle des

3. ¿Accedió Roubier a los escritores que censura?

La primera observación que puede hacerse al autor es que no ha consultado esas fuentes. No tuvo acceso directo a las obras de Felino Sandeo, Jacobo de Belviso, Cino de Pistoia, Bártolo, Baldo, Iohanes de Imola o al Panormitano. Prefirió, por el contrario, resumir las investigaciones de Affolter cuando, sin duda, tenía a su disposición esos materiales en la biblioteca de la Universidad de Lyon, de la que fue un reconocido decano. En la nota 3 de la página 47 dice claramente de Affolter: “Este autor ha presentado un cuadro suficientemente completo de la doctrina de este período y nos limitaremos a resumir sus investigaciones” (Roubier, 1960, p. 47).

El resumen tampoco está bien hecho. Confunde, a modo de ejemplo, una opinión del erudito alemán citado con el trabajo de un canonista del siglo XV. Dice, en esta cita, que Affolter presenta “un cuadro completo de la doctrina de la época”, cuando en realidad solo se limita –pues le parece suficiente– a una exposición de la doctrina de Jacobo de Belviso y Felino Sandeo sobre el derecho intertemporal. En cambio, es de este canonista de quien Affolter (§ 41, 1902) señala que en sus escritos “confluyen todos los rasgos de todas las obras anteriores de los escritores de derecho intertemporal de este período, y por lo tanto presenta un cuadro fiel de la literatura de derecho privado intertemporal del Siglo XV” (p. 249).¹³ El “cuadro completo” de la doctrina anterior al siglo XV, entonces, lo exhibe Felino, no Affolter.

Este culposo proceder es, sin embargo, entendible. El acceso y comprensión de las fuentes medievales es dificultoso y desalienta, incluso a las mentes más brillantes. En primer lugar, porque los impresores medievales, por lo valioso del papel, abreviaban las palabras del texto en latín. Este problema, para quien no está familiarizado con las fuentes, torna inaccesible el texto si no se lo confronta, en un trabajo paciente y sagaz, con el contexto de lo que se lee o con otras ediciones de la misma obra. Felino expone sus enseñanzas –como vere-

exemples de conflits tirés de toutes les branches du droit, droit privé, droit public, droit pénal, procédure; ils traitent en même temps des conflits résultant de nouveaux actes particuliers des princes et des conflits résultant d'un changement véritable de statut; et faute d'avoir mis un peu d'ordre dans un ensemble presque inextricable, la doctrine de cette époque a manqué de force pour s'attaquer au cœur du problème”. Ídem en Roubier (1960, p. 48).

- 13 “Für die Widerspiegelung der intertemporalen Litteratur des 15. und 16. Jahrhunderts genügt vollständig eine Darstellung und Beurteilung seiner Arbeit, um so mehr, als in ihr die Fäden sämtlicher Vorarbeiten der intertemporalrechtlichen Schriftsteller dieser Periode zusammenlaufen, und sie daher ein getreues Litteraturbild des intertemporalen Privatrechtes, insbesondere des 15”. Affolter también reconoce la fiel reproducción de las obras de los eruditos y un “verdadero tesoro de opiniones y notas recopiladas”.

mos- en su *Commentaria in V libri decretalium* (1570, Part. I, lib. 1, tít. II, cap. XIII, número 1 al 16) al comentar la constitución *Quoniam* de las Decretales. Si bien es cierto que, en general, el texto es accesible, hay abreviaturas que deben interpretarse: en el folio 299, número 1 se dice *fallētijs*, y en el folio 330, número 2, *fallen*, como abreviaturas de *fallentia* (excepción); o cuando en el folio 300, número 2 se escribe también *etiāsi* por *etiamsi* (a pesar de que). Hay, incluso, abreviaturas más difíciles de percibir que pueden deformar el pensamiento del autor que se lee cuando el lector no las profundiza.

En segundo lugar, porque no se abrevian tan solo las palabras, sino también los nombres de los autores que se citan y sus obras. También Felino, en varios lugares, se refiere a *Ab.* o *Abb.*, que no es otro que *Abbas*. Así lo dice en el folio 300, número 2: “*Abb. hic in 3*” (*Abbas* en el número 3). El problema es que hay, al menos, dos *Abbas* que trataron la materia. Uno es el *Abbas Antiquus* (Antonio de Montmirat), que en casi todas las obras anteriores se lo cita como *Abb.* (a secas), y el otro puede referirse a Nicolás de Tudeschis (*Abbas Modernus* o *Panormitanus*). El prestigio de la obra de este último, y la coincidencia con muchos de sus comentarios, hace pensar que Felino cita al revés: cuando se refiere a *Abb.*, indica al *Panormitano*, mientras que al *Abbas Antiquus* se lo indica como *Ab. Ant.* En el folio 317, número 16, dice que la ley no se aplica al futuro cuando se refiere únicamente al presente o al pasado, y cita “[...] secundum *Abb. consil. 10*” (“según *Abbas* en su *Consilia* nro. 10”) que no es otra obra que *Consilia, tractatus, quaestiones, & practica*¹⁴ del erudito obispo de Palermo.

En tercer y último lugar, abreviaban también las fuentes. Los doctores medievales, a su vez, operaban sobre los textos romanos y canónicos que, muchas veces, también son imprecisos y de difícil acceso –en su sentido más puro– para el lector moderno. Sobre el derecho romano conocieron las *Pandectas* (*Digesto*), las *Instituciones*, el antiguo texto en latín de las *Novelas* (*Authenticum*) y el epítome de las *Novelas* de Juliano. Además, utilizaron otras fuentes, como el derecho feudal lombardo, las leyes de los emperadores más modernos (*Código Teodosiano*), los estatutos municipales y los libros del derecho canónico. Estos últimos fueron, principalmente, el Decreto de Graciano y las Decretales de Gregorio IX.

En el *Código Teodosiano*, la regla más importante que comentaron, fue una constitución (recogida en *C. Theo. 1.1.3*), del año 393, que, según Godofredo,¹⁵ fue dictada para reparar ciertas injusticias cometidas en la época del prefecto

14 Uso aquí Tudeschis (1571, *Consilium* X, fol. 8, núm. 2).

15 Gothofredi (1665, I, p. 10).

del pretorio Tatiano y de su hijo Próculo, que dice: “Las nuevas constituciones no critican las anteriores, dan reglas para el futuro”.

La constitución, de gran importancia porque se aplicó en el Imperio de Occidente, pone de relieve que la retroactividad necesariamente causa un perjuicio en las situaciones pasadas y que las leyes no deben condenar lo que se ha hecho, sino aplicarse al porvenir. Es, sin embargo, de complicada interpretación. Como no admite excepciones, fue llamada por Affolter (1902, § 10, p. 70) “regla antigua”, en la cual, pese a la gravedad de la situación que pretendió remediar, no permitió revisar el pasado. La alta carga moral, que receptaba así el espíritu republicano donde al precepto se lo consideraba la “regla natural”, rechazaba cualquier posible arbitrariedad del príncipe.

Las Pandectas recogen también una regla similar. En el Digesto hay una importante Constitución¹⁶ de Teodosio II y Valentiniano III, del año 440, que recibió más tarde la denominación de *Regla Teodosiana*:

Es cierto que las leyes y las constituciones dan forma a los negocios futuros, y que no se retrotraen a los hechos pasados, a menos que expresamente se haya determinado, tanto respecto del tiempo pasado, como de los negocios todavía pendientes.

La regla es simple. Las nuevas leyes (o constituciones) se aplican a los actos ulteriores, no a los pasados, aunque sus efectos no se hubieran cumplido todavía.¹⁷ No distingue, dice Savigny (1849, § 386), entre las consecuencias pasadas y futuras de los actos jurídicos, sino entre actos pasados y futuros. Las leyes, por tanto, se aplican a los actos futuros (*futuris negotiis*), no así a los pasados (*non ad facta præterita revocari*), a pesar de que sus consecuencias no se hayan aún completado. Tampoco se refiere a conflictos futuros de actos pasados: ellos se rigen por las leyes anteriores, salvo que se refiera más bien al orden o forma del proceso que a la decisión judicial.¹⁸

16 D: 14.1.7: “Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”.

17 Berger (1741, lib. 1, tit. 1, núm. XVII, nota 6); Savigny (1849, § 386): “No pretende dictar una disposición nueva que reemplazase a un disposición contraria; quiere únicamente expresar lo que resulta necesariamente de la naturaleza y del objeto de la legislación (*certum est*): lo cual no es más que una instrucción dirigida a los jueces para precaverlos de todo error posible sobre esta cuestión. Por lo demás, no debemos dudar de que esta regla haya sido reconocida en todo tiempo por los jurisconsultos romanos; el que no tengamos testimonio más antiguo de ello, se deba circunstancias puramente accidentales”. Vid. Gabba (1891, I, p. 47), quien cree ver, en este principio general, el fundamento de la teoría del hecho consumado.

18 Savigny, (1851, p. 386). Gudelinus (1839, lib. V, cap. II, núm. 22): “Futura negotia intelligo, non

Posee, sin embargo, una excepción: que la disposición se refiera (*nisi nominatim*) expresamente al pasado o a los negocios pendientes. Esta “reserva” es criticada por Affolter (1902, § 10, p. 71), que la denomina “regla nueva” y la entiende como contraria al sentido de justicia, porque evidencia un progresivo relajo en las costumbres, ya que una nueva ley no debe ser “exclusiva”, es decir, no debe abarcar los efectos de un hecho anterior, sino que debe dejarlos al antiguo ordenamiento si no se ha “producido una transformación completa de la conciencia moral y jurídica del legislador”.¹⁹ Sin embargo, con esta regla –tomada en el sentido de un principio general y una excepción– los doctores medievales elaboraron sus respuestas al problema de la aplicación de la ley al pasado, como veremos más abajo.

El Código, por su parte, tiene muchas normas que, generalmente después de la disposición, poseen una cláusula transitoria. No hay, que se advierta, un criterio uniforme. Algunas veces se respeta el pasado y los efectos de las nuevas leyes se extienden solo al porvenir: “Porque es conveniente que las leyes den reglas para los casos futuros, no que exciten calumnias respecto de los pasados”.²⁰ Otras, con más injerencia, se aplican también a las cuestiones pendientes o rigen tanto las pasadas como las futuras,²¹ mientras no haya cosa juzgada o transacción.²²

La más destacada se encuentra en el Libro I, Título XIV, *de legibus*, donde se recoge una Constitución del año 440 que establece, en las palabras de Affolter (1902), la “nueva” regla:

lites futuras, sed contractum, testamentum, vel delictum, vel quid simile: nisi forte agatur non de decisione litis, verum de ordine & forma iudicis”. En contra: Brunnemanni (1715, ad. lib. I, núm. 4, p. 50): “Et valet haec regula etiam quoad effectus actus praeteriti, & executionem illius in futurum expectata”.

- 19 Affolter (1902, N° 10, p. 71): “Esta última reserva es indicativa del incipiente relajo del sentido intertemporal de la justicia en el período imperial tardío romano. No añade que tal disposición, según la cual la nueva ley adquiere un carácter exclusivo, sólo se justifica si se ha producido una transformación completa de la conciencia moral y jurídica del legislador”.
- 20 C.31.10.65: “Quum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare”. En la obra de Justiniano C. 27.5.8: “Haec autem in futuris tantummodo testamentis, vel ultimis voluntatibus, vel dotibus, vel donationibus locum habebunt”.
- 21 C.35.8.3: “Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet”.
- 22 C.29.4.21: “[...] his scilicet omnibus, quae in praesenti per hanc consultissimam legem statuimus, ad praeteritos nihilominus contractus pro negotiis et controversias, necdum transactionibus vel definitivis sententiis seu alio legitimo modo sopitis, locum habituris”.

Es cierto que las leyes y constituciones dan forma a los negocios futuros, y que no se retrotraen a los hechos pasados, a menos que expresamente se haya determinado, tanto respecto del tiempo pasado, como de los negocios todavía pendientes.

Sobre las *Novelae constitutiones* (ordenanzas y constituciones posteriores al año 534 cuando se dictó la *Constitutio cordi nobis* para decidir los nuevos conflictos), los glosadores se referían a los pasajes de esta colección colocando después de *Authent.* la rúbrica del título, luego la primera (o primera y segunda) palabra del capítulo y por último la *Collatio*. Por ejemplo: *Authent. de hered. ab intest. §. si quis. Coll. IX*. Sin embargo, como posteriormente fueron numeradas, se adopta una forma más sencilla indicando su número y capítulo, precedido de la abreviatura *Nov.* Por ejemplo: *Nov. 19, cap. 2*. Los párrafos primero y último se denominan, generalmente, *præf.* (*præfatio*) y *epil.* (epílogo), respectivamente.

En el *prefacio* de esta Novela del año 538, Justiniano crea un tipo nuevo de disposición retroactiva: la ley interpretativa, es decir, la dictada para aclarar otra precedente. Fijó aquí el sentido de tres constituciones anteriores, referidas a los derechos sucesorios de los hijos nacidos antes de la realización de los instrumentos dotales y, aunque no se expresó si ello se aplicaba al pasado, aclaró que lo que se añadió por vía interpretativa debía tener validez también en aquellos casos en los que tengan lugar las leyes interpretadas, mientras no haya sentencia o transacción.

En la *Nov. 143*,²³ del año 563, la retroactividad de la ley interpretativa es manifiesta. Se había establecido una ley que imponía la pena capital a los raptos, acompañantes y demás personas que hubieran prestado ayuda en el rapto de una mujer soltera, casada o viuda. Se le otorgaba a la mujer, también, el derecho de reivindicar los bienes de su raptor y de quienes hubieran participado en el ilícito, pero se le prohibía contraer matrimonio con el delincuente, siendo incluso pasible de deportación cualquier ascendiente que hubiera consentido tal consorcio. Sobre las dudas que se presentaron (pues algunos entendían que aunque la mujer se casara con su raptor, en violación de la ley, igualmente podía reivindicar sus bienes), Justiniano ordenó que los bienes pasaran, desde el momento del rapto, a los padres de la mujer si no habían consentido el matrimonio. En caso contrario, a las arcas del fisco. Ello no solo para los casos futuros, sino también para los pasados, como si desde un principio hubiese

23 *Nov. 143*: “Quam interpretationem non in futuris tantummodo casibus, verum in praeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra lex ab initio cum interpretatione tali a nobis promulgata fuisset”. La idea la recoge más tarde el aforismo 51 de Bacon: “Lex declaratoria omnis, licet non habeat verba de praeterito, tamen ad praeterita, ipsa vi declarationis, omnino trahitur”.

sido promulgada la ley con tal interpretación: “Cuya interpretación queremos (...) que tenga validez no solamente en los casos futuros, sino también en los pasados, como si desde un principio hubiese sido promulgada por nosotros nuestra ley con tal interpretación”.

Para finalizar, en las *Decretales* de Gregorio IX encontramos la recepción de dos reglas expresas sobre no retroactividad. Una del año 598, del papa Gregorio “El Grande”,²⁴ en el Libro 1, Título II (*De constitutionibus*), Capítulo II, denominada *Cognoscentes*, que afirma que las constituciones rigen el futuro, no lo pasado. Y la otra, de Gregorio IV, de 1230, que reproduce la regla Teodosiana,²⁵ en el Libro 1, Título II (*De constitutionibus*), Capítulo XIII, llamada *Quoniam*, en la que también se dispone que las constituciones rigen el futuro, salvo que se disponga sobre pasado.

Sobre estas dos constituciones, que citaré varias veces en el transcurso de este escrito, trabajaron principalmente los canonistas.

4. El trabajo de Felino Sandeo y Jacobo de Belviso mencionado por Roubier en su crítica

Varios son los autores que, en su crítica, menciona Roubier como de una “esterilidad desechable”. No podemos, por la extensión de estas líneas, mencionarlos a todos y explicar, *in extenso*, su doctrina. Elegimos únicamente a dos: un canonista y un jurista, más allá de que, en algunas ocasiones, mencionemos el pensamiento de algún otro escritor de la época.

Felino, porque tiene el mérito de haber considerado y volcado en los textos la opinión de sus antecesores. Hombre infatigable y estudioso²⁶ del que se decía, como recuerdan Tiraboschi (1780, p. 475) y Panziroli (1721, p. 369), que tenía constantemente una pluma para anotar todo lo que leía que pudiera ser

24 C.2, X, *De Constit.*, 1, 2: “Cognoscentes (...) Quoties vero novum quid statuitur, ita solet futuris formam imponere, ut dispendiis praeterita non commendent : (...) ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere, quod eos postmodum dignum est vetitos sustinere”. Vid. Sancti Gregorii Magni Epistolarum, lib. 9, epist. XXXVI *ad Fortunatum Neapolit. Episcopum* (Freiesleben, 1757).

25 C.13, X, *De Constit.* 1, 2: “Quoniam constitutio apostolicae sedis omnes adstringit et nihil debet obscurum vel ambiguum continere, declaramus, constitutionem, quam nuper super praefendis in perceptione portionis maioribus et consuetis servitiis, a minoribus exhibendis, edidimus, non ad praeterita, sed ad futura tantum extendi, quum leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis, non ad praeterita facta trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur”.

26 Tiraboschi (1780, Lib. II, XVII, p. 465): “Ei nondimeno ebbe a’ suoi tempi la fama di un de’ più dotti Canonisti, e fu posto al pari del Cardinal di Sangiorgio, che fra tutti fu per avventura il più insigne”.

útil para sus estudios, razón por la cual Schulte (1875, p. 351) lo llama más tarde “repertorio vivo”. Esa obsesión y erudición (algunas veces cuestionada)²⁷ permite conocer, de su vasta obra,²⁸ el estado de la ciencia jurídica anterior al siglo XV.

Y Belviso (1270-1335), un jurista anterior que recoge la doctrina de los siglos XIII y XIV, se destaca, como ningún otro, por el “esfuerzo escolástico” que critica Roubier (“espíritu escolástico al exceso”). Es su *Aurea lectura*, en relación con la época y con el estado de desarrollo de la jurisprudencia del período, la mejor obra que, según Affolter (1902, N° 41, p. 249), “se produjo y pudo producirse para el derecho intertemporal”.

Ambos escritores son adecuados representantes, como veremos seguidamente, del método y la forma de pensamiento que censura Roubier.

4.1. Felino María Sandeo

Felino María Sandeo, Felinus Maria Sandeus o Fellinus Maria Sandaeus (1444-1503), según los diversos nombres con los que se lo cita en los textos latinos, es el primer canonista que nombra Roubier (1960, p. 48), condescendiendo a decir de su Comentario que no carecía de mérito para la época:

(...) fue compuesto por un canonista, Fellinus María Sandæus (1444-1503), con el fin de proporcionar un comentario a un texto de derecho canónico ya citado (c. 13, X, *de constit.*, 1, 2), y contiene un intento de sistematización del tema que no carecía de mérito para la época; el autor estaba, además, familiarizado con el trabajo de escritores anteriores y lo resumía.

Fue, sin duda, un gran canonista²⁹ y un erudito que, ordenando todo el vasto y amplio material doctrinal anterior, logró reducirlo a un principio o regla general, cuatro ampliaciones y diez excepciones o *fallentias*. Su doctrina la expone en su *Commentaria in V libri decretalium*, donde categóricamente establece el

27 Más laborioso, y lector, que sagaz, decían algunos. Panziroli (1721, p. 369): “(...) vir potius laboriosus, & multae lectionis habitus, quam acutus, quippe qui in aggregandis aliorum opinionibus plurimum valuit; Semper enim calamum plura notando, & aggregando in manibus habebat; Omniumque autorum libris refertissimam bibliothecam habebat; Unde raro a receptis, majorumque opinionibus descedit, nihil tamen, quod sibi utile videbatur, unquam praetermisit”.

28 Hain (1838, IV, pp. 269-278, núm. 14.280/14.325) la cita en su totalidad.

29 Sobre su historia, véase una exposición breve en Barotti (1743, p. 18).

principio general³⁰ en la materia: “Las constituciones se refieren al futuro, no al pasado”.

Lo más interesante es la explicación sobre el acto perfecto. Al explicar el principio, indica que por *praeteritum* debe entenderse todo lo que se hizo o tuvo lugar en el pasado, antes de la entrada en vigor de la nueva ley. Si el acto anterior ha alcanzado su perfección, habrá un *actus perfectus*. Esa perfección jurídica se refiere a la reunión de todos los elementos necesarios, según la ley vigente, para la existencia del acto; en caso contrario, será un *actus imperfectus*.

Puede existir también, según Felino, un *actus perfectus* sin que haya producido todos sus efectos: a ello lo llama *actus praeteritus nondum finitus*. En el caso del testamento, por ejemplo, ocurren tres cosas: a) es un *actus perfectus* si está válidamente redactado según la ley vigente en ese momento; b) es *nondum finitus* antes de la muerte del testador, pues no cumplió con todos sus efectos; y c) es asimismo *praeteritus* respecto a la nueva ley que entra en vigor después su redacción y antes de la muerte.

Este tipo de actos son regulados por la ley antigua, bajo la cual alcanzaron su perfección. También los “efectos” futuros de esa transacción perfecta (en sí misma), inacabada (en sus efectos) y pasada (respecto a la ley nueva) caen bajo el imperio de la ley antigua.

La razón es la siguiente: cuando un acto ha cerrado su ciclo de formación constitutiva, queda sometido a la ley anterior y la nueva no puede modificarlo. Ello significa también que sus consecuencias jurídicas, incluso las que ocurran con posterioridad a la vigencia de la nueva ley, estarán reguladas por la ley anterior y no por la nueva. El momento, por tanto, en el que el *actus perfectus* tendrá su ejecución no importa, porque el cambio de ley no tendrá influencia en esa ejecución: “(...) constitutio nova non includit actum de praeterito habentem executionem de futuro”, dice el canonista. En consecuencia, la nueva ley “non extenditur ad testamenta iam condita licet pendeant usque ad mortem testatoris”.

Por otro lado, admite la existencia de un *actus praeteritus nondum finitus*, pero que no es *perfectus* porque espera su perfección en el futuro: este debe ser regulado por la nueva ley. Se trata de un acto complejo: se compone de varios elementos sucesivos que nacen bajo leyes diferentes. Y, piensa Felino, como no es posible que varias leyes regulen el mismo acto al mismo tiempo, el acto imperfecto será regulado por la nueva ley.

La razón es esta: este acto, en el momento en el que la nueva ley entra en

30 Felino (1570, I, *ad. lib. I*, tit. II, cap. XIII, núm. 1): “Constitutio futura respicit, & non praeterita, nisi de praeteritis ea caveatur”.

vigor, se encuentra privado de un elemento esencial: la forma, y es evidente que no puede ser, en el futuro, completado por una ley que ha dejado de existir. Ello, claro está, en la medida en que los elementos que componen el acto sean separables entre sí y tengan alguna independencia. Porque si las partes del acto tuvieran una interdependencia necesaria, o fueran accesorios, todo el acto se regularía por la ley antigua, porque lo que ocurre en el futuro tiene una relación necesaria con el pasado, del cual no puede desligarse.

El principio general que expone, aplicando el método escolástico, lo extiende con cuatro ampliaciones y lo limita con diez *fallentias*. Estas se refieren a todos aquellos casos en los que, en contra de la regla general, hay alguna razón lógica para que la nueva ley se extienda al pasado: una declaración explícita de la ley, una ley declarativa, procesal, o que concede una amnistía o una pena atenuada por delitos pasados.

La doctrina de Felino, desde todo punto de vista, es brillante, pues analiza la función de la ley desde los hechos (no desde las leyes). A pesar de las excepciones y divisiones, algunas veces sutiles, tiene una claridad difícil de encontrar en los juristas anteriores y en muchos de los posteriores. La síntesis de su principio, y la distinción entre el acto perfecto y el imperfecto, son el mayor aporte a la claridad del problema de la aplicación de la ley al pasado y, sin duda, constituyeron la base para las doctrinas posteriores.

4.2. Jacobo de Belviso

En el periodo de los posglosadores, no podía dejar pasar por alto ningún comentario sobre el Código sin añadirle explicaciones propias y más extensas al fragmento D.14.1.7, que ofrecía la oportunidad de profundizar en la materia. Sin embargo, generaron especial interés los razonamientos del jurista Jacobo de Belviso, maestro en Perugia y Bolonia, llevados a cabo en un estilo escolástico de presentar los argumentos a favor (razones) y en contra (contrarrazones) en su obra: “Vtriusque iuris famosissimi monarche Iacobi de Belviso (...) Aurea lectura summo labore et vigili studio castigata summam autenticorum consuetudinesque et vsus feudorum elucidans felici incipit exordio” (Belvisi, 1511).

Un trabajo, sin duda, de difícil acceso, que porta para el lector moderno todos los problemas de comprensión descriptos en el apartado 3 y que requiere, para su descubrimiento, un conocimiento preciso y meticuloso de las fuentes. Es comprensible, entonces, que Roubier la mencione en forma genérica, sin profundizarla:

Existen incluso dos pequeñas obras especiales sobre el tema, una de ellas de Jacobo de Belviso (1270-1355), que ha sido durante mucho tiempo una autoridad y en la que se aborda la importante cuestión de si, en ausencia de una disposición expresa en la nueva costumbre o estatuto, dicha costumbre o estatuto debe aplicarse a hechos pasados cuyos efectos aún continúan.

Trata sobre la sucesión de leyes en el tiempo (a diferencia de sus contemporáneos, que lo hacen cuando tratan el fragmento D.14.1.7 del Digesto) al comentar la *Nov.* 115 (Coll. VIII, tít. 12), la cual se refiere a la ley que rige la apelación de la sentencia, denominada *Ut quum de appellatione cognoscitur*, que en el prefacio explica el problema que se le consulta al emperador Justiniano:

Los jueces, ante quienes se debatía la apelación, consultaron a nuestra clemencia, dudando si deberían examinar el mismo litigio con arreglo a las leyes que estaban en vigor cuando se profirió la sentencia definitiva, o a tenor de la ley que después de la sentencia definitiva fue promulgada por nosotros.

Y, en el capítulo I de esta *Nov.*, Justiniano resuelve:

(...) mandamos que en todos los susodichos casos se observen por los juzgadores aquellas leyes que estaban en vigor al tiempo de la sentencia o ciertamente al de la relación, aunque aconteciere que después se promulga una ley que dispone alguna cosa nueva, y que extiende su alcance también a los negocios pasados.

A partir del folio 62, en la *Collatio VIII*, Belviso formula tres *quaestio* sobre el asunto: a) en primer lugar (*prima quaestio*), se pregunta si las nuevas leyes pueden retrotraerse al pasado y abarcar lo que está pendiente de cualquier modo,³¹ aún sin disposición expresa; encuentra, en la *prima* parte de esta *prima quaestio*, trece razones que permiten que la nueva ley se apodere de los hechos pasados y pendientes. Expone, en la *secunda*, diecinueve razones en contra, y en la tercera parte establece la solución de las razones y contrarrazones; b) en segundo lugar (*quaestione secunda*), se refiere a los límites del retroceso ordenado, es decir, a si una ley que contiene la disposición expresa de retroactividad se extiende a todos los hechos del pasado o, en caso contrario, a qué hechos; en la *prima* parte de esta *secunda quaestio* expone trece razones por la afirmativa; en la *secunda*, encuentra doce contraargumentos, según los cuales el nuevo ordenamiento

31 Hace una distinción entre el derecho divino y el humano. Si la nueva ley es *iuris divini*, tiene efecto retroactivo, salvo que sea *circa poenam*; la ley *iuris humani*, en cambio, no tiene ese efecto, salvo en ciertos casos excepcionales.

jurídico no se aplica a todos los hechos del pasado, sino a algunos de ellos; y en la *tertia* parte fija la solución; y c) en la *prima* parte de la *tertia quaestio*, Belvisoda quince razones a favor de si la cláusula de retroactividad adjunta a la parte anterior de una ley abarca también las posteriores; en la *secunda*, da otras quince contrarrazones, y en la *tertia* expresa la solución.

No expondremos, pues excede este trabajo, la enorme cantidad de argumentos presentados por el jurista. Haremos únicamente referencia a alguno de ellos relacionados, como veremos más abajo, con las propuestas de Roubier.

5. Las normas proyectadas por Roubier para el proyecto de Código Civil francés de 1949

Con el transcurso del tiempo, el parco artículo 2 del Código francés de 1804 pareció insuficiente para regular todos los tipos de conflictos en el tiempo que se presentaban. El Ministerio de Justicia, para remediar este vacío y darle una nueva impronta al Código, creó una Comisión de Reforma del Código Civil, a la que fue, como dijimos, invitado Paul Roubier a presentar un proyecto de normas permanentes de conflicto. En su reunión del 31 de marzo de 1949, aprobó, luego de algunas discusiones, varios textos (con modificaciones efectuadas con el beneplácito del autor) que integrarían los artículos 26 a 33 del Título Preliminar.

El *Avant-Projet de Code Civil* fue presentado por León Julliot de la Morandière, presidente de la Comisión, al ministro de Justicia con un Mensaje Preliminar³² en los siguientes términos:

El Título II sustituye al actual artículo 2 del Código sobre la irretroactividad de las leyes. Conserva, por supuesto, el principio. Pero añade a la llamativa pero sucinta fórmula de 1804 una serie de artículos. Se adoptaron sobre el informe de M. Roubier, profesor de la Facultad de Derecho de Lyon, autor de una famosa obra sobre los conflictos de leyes en el tiempo. Tienden a consagrar las tendencias afirmadas por la jurisprudencia en esta difícil materia, pero mediante un número reducido de textos, sin dejar de conservar un aspecto general, para no vincular, salvo en ciertos puntos, a nuestros tribunales a órdenes demasiado precisas.

Se precisaba, también, en la Exposición de Motivos³³ que:

32 Rapport préliminaire (*Avant-Projet de Code Civil*, 1955, p. 27).

33 Exposes des motifs (*Avant-Projet de Code Civil*, 1955, pp. 49 y 55).

En cuanto al artículo 2 sobre la irretroactividad de las leyes y el artículo 3 sobre la solución de determinados conflictos de leyes en el espacio, se limitan a establecer los principios que una abundante jurisprudencia ha tenido que desarrollar y completar; esta obra pretoriana está suficientemente elaborada para ser integrada en la ley.

Del artículo 2 del Código Civil de 1804, el proyecto conserva la fórmula bien escrita: “La ley no tiene efecto retroactivo; sólo rige para el futuro”. Pero esto ha planteado tantas dificultades, resueltas poco a poco por la jurisprudencia y la doctrina, que era necesario definir su significado y alcance. Este es el objetivo de los ocho artículos de este capítulo, inspirados en los estudios doctrinales más recientes.

5.1. La ley se aplica para el futuro

La primera parte de artículo 26 del *Projet* comienza con la conocida frase “la ley no tiene efecto retroactivo: solo rige para el futuro”. Es, como se dijo, una reproducción del texto de 1804.³⁴

En la mentalidad de los juristas medievales, esa es la naturaleza y esencia de la ley. No es, sin duda, un aporte original de Roubier ni de los redactores de la fórmula del artículo 2 original. Fue Felino (1570), entre los canonistas, quien ha dado su síntesis más precisa: las constituciones se refieren al futuro, no al pasado, salvo que dispongan sobre el pasado.³⁵

La regla tiene antecedentes en los juristas anteriores, quienes, como Felino, la toman o bien del derecho romano o bien de las Decretales.

Entre los juristas, Baldo (1576) enseña que lo propio de la ley es disponer sobre el futuro, no para el pasado.³⁶ Lo mismo Capra (1568):³⁷ regular el futuro es la naturaleza de la ley. Saliceto (1574)³⁸ agrega que, *en la duda*, las leyes dan reglas para los negocios futuros, no para los pasados ni los pendientes. Para ellos, en suma, es propio de la ley –su esencia– regir el porvenir. Incluso, en su

34 Artículo 26: “La loi n’a pas d’effet rétroactif : elle ne statue que pour l’avenir”.

35 “Constitutio futura respicit, & non praeterita, nisi de praeteritis ea caveatur” (Felino Sandei, 1570, I, lib. 1, tit. II, cap. XIII, núm. 1).

36 “Natura legis est disponere de futuro, non de praeterito” (Baldo, 1576, ad lib. 1, tit. XIV, Lex VII, núm. 1, p.73).

37 “Quandoque & secundo in constitutione nova exprimitur quod trahatur ad futura, & tunc ad ea trahitur, & non ad praeterita, cum natura ipsius haec sit” (Capra, 1568, Concl. 6, núm. 18).

38 “In dubiis leges dant formam futuris negotiis non praeteritis vel pendentibus” (Saliceto, 1574, ad lib. 1, tit. 14, lex VII, núm. 1). Igualmente: Mascardi (1608, XII, núm. 1): “Statutum simpliciter loquens, dicitur respicere futura, non autem praeterita” y Barbosa (1649, Ax. 136, núm. 22, p. 84), quien también indica que la ley, en su interpretación, no se *extiende* al pasado, sino al futuro.

interpretación, la duda de redacción, que en principio admite tanto el pasado como el futuro, se restringe a este por aquella naturaleza y no permite, a quien la interpreta, su extensión a los casos pasados.

Lo mismo ocurre con los canonistas. Baldo (1571, *Commentaria*, in C. *Quoniam*, núm. 1, fol. 25), que también comentó las Decretales, enseña en la constitución *Quoniam* que las leyes, *en principio*, refieren al futuro, no al pasado. Juan de Andrea, que comenta ambas constituciones,³⁹ dice lo mismo: las constituciones se refieren al futuro, no al pasado. Asimismo, Juan de Imola (1575) señala que, *en la duda*, se refieren al futuro.⁴⁰ Hay en Filipo Decio (1559),⁴¹ Ángelo de Ubaldis (1575),⁴² Antonio de Butrio (1578)⁴³ y Agustín Beroii (1630)⁴⁴ un convencimiento de que esta, al igual que los juristas, es la naturaleza, finalidad y virtud de la ley.

5.2. Condiciones de creación y extinción de las situaciones jurídicas

La segunda parte del artículo 26 del *Projet* desarrolla más extensamente la primera parte de la regla. Establece que la nueva ley no modifica las condiciones de creación de una situación jurídica anterior ni las condiciones de extinción de una situación jurídica extinguida. Tampoco modifica los efectos producidos por una situación jurídica en el momento en que la ley anterior estaba en vigor. Su texto es el siguiente:

La nueva ley no modifica las condiciones de creación de una situación jurídica anteriormente creada ni las condiciones de extinción de una situación jurídica

-
- 39 “Constitutio futura, non praeterita respicit, nisi de praeteritis caveatur in ea” (*Decretalium Commentaria*, in C. *Quoniam*, núm. 1, fol. 20); “Constitutio respicit futura, non praeterita” (in C. *Cognoscentes*, núm. 1, p. 12).
- 40 “Constitutio nova in dubio respicit futura & non praeterita: nisi expresse in illa de praeterito caveatur” (Imola, 1575, *Commentaria*, in C. *Quoniam*, núm. 3, fol. 42). Igualmente: Tudeschis (1571, in C. *Cognoscentes*, núm. 1, p. 21): “Constitutio respicit futura, non praeterita”; y (in C. *Quoniam*, núm. 3, fol. 36): “(...) proprium legis est concernere futura, & non praeterita”.
- 41 “Natura legis est, futura respicere” (Decius (1559), in C. *Cognoscentes*, núm. 2, p. 12). Ídem (in C. *Quoniam*, núm. 10, p. 56).
- 42 “De natura legis, futuris est dare formam negotiis, non praeteritis” (Ángelo de Ubaldis, 1575, *Consilia* 382, núm. 1, p. 275).
- 43 “Natura constitutionis: qua illius est respicit facta futura, non dare formam praeteritis” (Antonio (da Butrio), 1578, *Decretalium commentarii*, in C. *Cognoscentes*, fol. 11, núm. 5).
- 44 “Natura, & virtus legis est se ad futura negotia extendere, non autem ad praeterita retrahere, ne contingat aliquem absque culpa punire” (Beroii, 1630, *Decretalium commentarii*, in C. *Cognoscentes*, fol. 28, núm. 4).

anteriormente extinguida. Tampoco modifica los efectos producidos por una situación jurídica en el momento en que la ley anterior estaba en vigor.

Los escritores medievales entendían que existía un principio (aplicación al futuro) y una excepción (aplicación al pasado), pero ambos, a su vez, admitían limitaciones y extensiones. Las extensiones (*ampliatio*) consisten en otorgar, según la razón de la ley, un alcance más amplio del que resulta de sus palabras, derivando esa extensión de un criterio de inclusión de un hecho en la norma. La excepción (*fallentia*), en cambio, aparece cuando, por algún elemento que surge de esa misma naturaleza de la ley, no se puede aplicar el principio a un hecho, a pesar de que las palabras de la ley parezcan incluirlo. La *fallentia*, a su vez, tiene limitaciones, en las que aparece otro elemento que anula la excepción y genera que se vuelva a aplicar el principio.

Esto sería un ejemplo: Felino, como vimos, establece como principio que la ley, por su naturaleza, rige para el futuro. Encuentra, además, cuatro extensiones en las que se puede aplicar ese principio: a) aunque la razón anteceda a la nueva ley, porque las nuevas prohibiciones se aplican a los casos futuro, no a los existentes; b) cuando la ley utiliza el modo subjetivo para expresarse, que de un análisis gramatical admita tanto el pasado como el futuro, porque, ante la duda, debemos estar a la naturaleza de la ley, que es regir el futuro; c) cuando la razón de la nueva ley, a pesar de que usa un verbo en pasado, se adapta mejor al futuro, se aplica únicamente al futuro; y d) cuando el acto pasado es perfecto, aunque sus efectos se extiendan al futuro, se aplica la ley anterior para regularlos.

La primera *fallentia* al principio general que encuentra Felino es cuando la propia ley se refiere al pasado. Aquí, el legislador quiere expresamente establecer la retroactividad, en cuyo caso la nueva ley se aplicará también al pasado.

Pero esta *fallentia* (aplicación al pasado) tiene seis limitaciones (*limitatio*) que implican la vuelta al principio general: a) la nueva ley, si habla en términos generales, no se aplica a los casos decididos, ya que, si no lo dice expresamente, no puede presumirse que el legislador, aunque hable del pasado, quiera revocar lo resuelto por sentencia o transacción; b) no se aplica tampoco cuando, aunque no haya sentencia y a pesar de que la nueva ley habla en pasado, hay conclusión de la causa; c) no se aplica a los casos pendientes por apelación; d) no se aplica a los negocios pasados, pendientes en primera instancia; e) cuando la nueva ley anula un acto; f) la nueva ley no se aplica al pasado si, en un caso concreto, establece una iniquidad.

Esto, más allá de las concretas conclusiones que expone el canonista, es una forma común de razonamiento. En la mentalidad medieval, lo proyectado por

Roubier sería una ampliación (*ampliato*) de la regla anterior (principio). Si las leyes se aplican al futuro, es una consecuencia lógica que no puedan modificar las condiciones de creación o de extinción de un acto perfecto, es decir, ya constituido o extinguido válidamente según la legislación anterior. La regla, en la última parte, se refiere además a los efectos nacidos bajo la ley anterior y extinguidos también bajo esa normativa. Esto también sería una extensión natural del primer principio. La aplicación al futuro implica, necesariamente, que el efecto ya producido no pueda ser alcanzado por la nueva ley.

Lo mismo ocurre con Belviso (1511). Al exponer la *solutio a la prima quaestio* (respecto a las leyes *iuris humani*), en cuanto a si la ley puede aplicarse a los hechos pasados, dice que para los contratos, como también para el origen y la anulación de todas las relaciones jurídicas –como el matrimonio, las disposiciones testamentarias, la prescripción, los litigios y el juicio sobre todos los hechos (*negotia*) de cualquier clase–, en la medida en que tengan “forma y validez”, aunque todavía no tengan efecto, o incluso tengan su origen (*principium*), aunque todavía no tengan forma, se aplicará el antiguo sistema de derecho y la nueva ley no considerará las cuestiones pendientes, a menos que se lo diga expresamente.⁴⁵ La forma y validez del acto, es decir, su existencia bajo las condiciones origen y creación de la ley anterior, impiden la aplicación de la nueva ley, al igual que en la regla proyectada por Roubier.

5.3. La ley es retroactiva por una declaración expresa (no tácita) del legislador

También escribió Roubier (1960), en el artículo 27 del *Projet*, que una ley no puede tener efectos retroactivos sin una manifestación expresa de la voluntad del legislador. En ello coincide con su posición teórica: “Una ley no puede tener efectos retroactivos sin una manifestación expresa de la voluntad del legislador” (p. 344).⁴⁶

Esta es también una cuestión que los escritores medievales consideraron: si es necesaria una declaración expresa del legislador o si la retroactividad podría determinarse, diríamos hoy, por interpretación. El razonamiento, en términos generales, era de esta manera: la aplicación de la ley al pasado es una *fallentia* del principio general que indicaba que la naturaleza de la ley es regular el futuro, y, como tal, debe surgir claramente de la ley. La declaración expresa, por

45 “Secundo casu quando est iuris humani nota regulam generalem regularitem enim in contractibus (...) lex nova ad pendentia non trahitur nisi nominatim dicitur sit” (Belviso, 1511, Coll. VIII, fol. 62).

46 “La retroactividad (...) sólo puede ser expresa, porque sólo el legislador puede hacer una ley retroac-

tanto, era el elemento necesario para que se produzca la excepción que, por ser tal, nunca puede presumirse. El punto, sin embargo, es discutible. Algunos autores entendían que, aunque dudosa, ella podía derivarse de la intención del legislador, en cuyo caso, había que respetarla. Roubier, por tanto, opta por una de las soluciones posibles.

Algunos escritores son estrictos: si la cláusula de retroactividad es una excepción, debe estar expresamente establecida. Accolti (1581) escribía que tanto las constituciones como los cánones, en caso de duda, refieren al futuro, a menos que se establezca expresamente lo contrario ([...] nisi aliud expresse caveatur),⁴⁷ así como Iohannes de Imola (1575) también decía que las nuevas constituciones se refieren al futuro, a menos que se establezca expresamente sobre el pasado ([...] nisi expresse in illa de praeterito caveatur).⁴⁸ Iohannes de Anania (1553), para finalizar, cuando comenta la Constitución *Cognoscentes* (fol. 3, núm. 1), se limita a expresar el principio, pero sobre la Constitución *Quoniam* agrega: salvo que se refieran expresamente al pasado (“[...] nisi de praeteritis expresse caveatur in illa”).⁴⁹

Otros doctores afirman que bastaría una referencia al pasado, aunque no fuera expresa. Baldo (1571), sobre las Decretales,⁵⁰ indica el principio: las constituciones se dirigen al futuro, no al pasado, y luego agrega: a menos que se refieran a él (“[...] nisi de praeteritis caveatur in ea”). Sin embargo, no precisa la excepción al tratar el asunto en el *Código*. Igualmente, Próspero Fagnani (1571) dice que las constituciones se extienden al futuro, no al pasado, salvo que en ellas esté referido el pasado (“[...] nisi in ea de praeteritis caveatur”).⁵¹

Por último, Bártolo (1540a), que encuentra las soluciones según el modo de proceder de la ley, dice que ella puede dirigirse al pasado (*trahatur ad praeterita*), limitar sus efectos al futuro (*trahatur ad futura*) o guardar silencio (*nil dicitur*). Cuando habla del pasado, lo debe *expresar* (“[...] expresse caveatur in statuto,

tiva; pero el efecto inmediato se puede deducir de una intención tácita del legislador”.

47 “Constitutio vel canon in dubio respicit futura & non praeterita, nisi aliud expresse caveatur” (Accolti, 1581, *Commentaria*, in c. *Quoniam*, núm. 1).

48 “Constitutio nova in dubio respicit futura & non praeterita: nisi expresse in illa de praeterito caveatur” (Imola, 1575, in C. *Quoniam*, núm. 3, fol. 42).

49 “Constitutio nova respicit futura, non praeterita, nisi de praeteritis expresse caveatur in illa” (Anania, 1553, in C. *Quoniam*, núm. 3, fol. 42).

50 “Constitutio futura respicit, non praeterita, nisi de praeteritis caveatur in ea” (Baldo, 1571, in C. *Quoniam*, núm. 1, fol. 25).

51 “Constitutio futura respicit non praeterita, nisi in ea de praeteritis caveatur” (Fagnani, 1705, in C. *Quoniam*, núm. 1, p. 129).

quae trahatur ad praeterita”) (*In priman Digesti Veteris partem*, núm. 39, fol. 12) porque si nada se dice o si el legislador se expresa con ambigüedad, la solución debe extraerse de la función de la naturaleza, de la reforma legislativa donde la nueva ley se aplicará al pasado (o no) según proceda declarando, anulando, confirmando o estableciendo un nuevo derecho.

5.4. Las leyes interpretativas

El sistema que proyecta Roubier sobre las leyes “interpretativas” puede explicarse sencillamente así: las leyes interpretativas son, naturalmente, retroactivas porque se integran a ella desde la fecha de la ley interpretada. No agregan una nueva disposición, sino que explicitan una existente. No basta, sin embargo, para considerar tal carácter que el legislador lo afirme, debe desprenderse de la naturaleza de sus disposiciones. Esa retroactividad, además, tiene como límite la cosa juzgada o decidida por transacción (o cualquier otro medio decisivo). Pero, a su vez, una decisión expresa del legislador puede disponer lo contrario. Decisión expresa porque si la retroactividad, para estas leyes, es el principio, la aplicación únicamente hacia el futuro es la excepción, y toda excepción, según sabemos, debe indicarse expresamente. El texto del artículo 27, segunda parte, es el siguiente:

[...] las leyes interpretativas son en sí mismas retroactivas. No se puede reconocer el carácter interpretativo de una ley si no se desprende de sus disposiciones que el legislador pretendía que tuviera ese carácter. Salvo que se disponga lo contrario, la retroactividad de las leyes de interpretación no puede afectar a los efectos de las decisiones que hayan pasado a ser cosa juzgada o de las transacciones.

Es esta, sin mayores diferencias, también la enseñanza de los doctores medievales. Está en Felino y en Jacobo de Belviso. Ellos se referían a las leyes “declarativas”, en el sentido de explicativas de un derecho anterior. El pensamiento era claro: la ley es un precepto, una norma de conducta, de obrar, y como no se pueden dar preceptos para el pasado, el principio es que las leyes que establecen un “nuevo” derecho no pueden referirse él. Pero si interpretan o aclaran una ley anterior, se aplica al pasado porque en realidad precisan un derecho existente. Son, diríamos, naturalmente⁵² retroactivas. Quien declara, dice Saliceto, no introduce nada nuevo, sino que expresa lo que existía. Suárez (1856) lo explica así:

52 “Naturalmente” en el sentido de que no hace falta que el legislador lo aclare. Beroii (1630, in C.

La razón es que la ley declarativa no es norma de obrar sino que la supone e interpreta; luego antes de la ley declarativa existía una ley o derecho que producía obligación u otro efecto; luego la ley que declara tal derecho supone que éste tuvo siempre tal efecto, pues el efecto del antiguo derecho no depende de una declaración futura. (*ad Lib. 3, cap. XIV, núm. 3, p. 226*)⁵³

Este principio (la retroactividad de la ley interpretativa) tenía dos limitaciones. La primera, cuando el legislador utilizaba palabras que indicaban que no quería abarcar el pasado, sino limitar la explicación a los casos futuros; la segunda, cuando se declara sobre un derecho que ya fue, en algún caso, juzgado en un sentido opuesto por sentencia, transacción o cualquier otro medio legítimo de conclusión. Ello, en la medida en que, como en Roubier, no se dispusiera expresamente lo contrario.

Antonio de Butrio, al comentar la Constitución *Quoniam*, señala que si la ley nueva es la declaración de una anterior, de la que extrae la regla,⁵⁴ se extiende también al pasado. Pero si la ley es modificatoria del derecho, ello no se aplica, es decir, se extiende solo al futuro, salvo que se disponga lo contrario. El cardenal Tuschí señala también el principio y las limitaciones. La ley que declara o interpreta una anterior se aplica al pasado, salvo: a) que se trate de un caso “claro”, no comprendido en la aclaración; o b) de cosas pasadas ya decididas.

Capra (1568) señala que cuando la ley procede aclarando, es decir, revelando un derecho antiguo, no solo se extiende al futuro, sino también al pasado. Además, indica las dos excepciones: a) cuando palabras que revelan que en la mente del legislador no estaba incluir el pasado, sino únicamente el futuro; o b) los casos pasados fueron juzgados en un sentido opuesto a la declaración y ello era una opinión común.

Cognoscentes, fol. 29, núm. 25) dice que cuando la nueva ley únicamente interpreta un derecho anterior y lo declara, aunque no lo diga expresamente, se refiere también al pasado (“[...] quando facta esset lex nova solum pro interpretatione iuris antiqui, & eius declaratione: quia etiam si non esse expressum, ad praeterita traheretur”). Igualmente Barbosae (1649, Axioma 136, N° 24, p. 85).

53 “Ratio vero est, quia lex declarativa non est regula actionis, sed supponit et interpretatur illam; ergo ante legem declarativam erat lex, vel jus inducens obligationem vel alium effectum; ergo lex, quae declarat tale jus, supponit semper habuisse talem effectum; nam effectus antiqui juris non pendet ex declaratione postea futura”.

54 González Tellez (*in C. Quoniam*, N° 19, p. 40) enseña más tarde que la ley declarativa de otra anterior comprende tanto el futuro como el pasado, porque ella, como la interpretativa, no son reglas de conducta, sino que la suponen e interpretan. Entonces, la ley anterior es la que incorpora la obligación y la nueva aclara lo que estatuyó la antigua (“[...] legem declarativa legis antiquae comprehendere non tantum futura, sed etiam praeterita [...] nam lex declarativa, seu interpretativa, non est regula actionis, sed supponit, & interpretatur illam. Ergo antea erat lex inducens obligationem, & sic nova veterem declarando nihil denuo statuit”).

Asimismo, Farinacii (por nombrar también a un penalista) proclama el principio: las leyes que declaran un derecho anterior se extienden no solo al futuro, sino también al pasado,⁵⁵ pero encuentra cuatro excepciones: a) si la nueva ley dice declarar un derecho anterior, pero en realidad promulga uno nuevo;⁵⁶ b) cuando la nueva ley, además de declarar un derecho antiguo, adiciona algo: lo que se adiciona se considera nuevo y, por ello, se aplica únicamente al futuro, no al pasado;⁵⁷ c) cuando la nueva ley, a pesar de declarar, se refiere únicamente al futuro;⁵⁸ y d) la ley que declara un derecho anterior no se extiende al pasado si el caso fue juzgado, aun en sentido opuesto a la declaración.⁵⁹

Para finalizar, Alderano Mascardi también razona en los mismos términos. Luego de indicar que el principio de la ley es regir el futuro, establece ocho extensiones y, seguidamente, diez restricciones. En la segunda restricción dice que el principio no se aplica cuando la ley declara un derecho anteriormente establecido,⁶⁰ ampliándose ello a los casos en que, a pesar de que parece que se establece un nuevo derecho por las palabras⁶¹ que usa el legislador. Encuentra, sin embargo, tres limitaciones: a) cuando la ley declara un derecho anterior,

55 Farinacii, fol. 220, núm. 51: “Lex, constitutio, seu statutum, antiqui iuris declaratorium trahitur non solum ad futura, sed etiam ad praeterita”.

56 “Lex, constitutio, seu statutum, etiam antiqui iuris declaratorium, trahitur ad futura, & non ad praeterita, quando eadem lex, constitutio, seu statutum uteretur aliquo verbo importante promulgationem novi iuris” (Farinacii, fol. 220, núm. 52).

57 “Lex, constitutio, seu statutum antiqui iuris declaratorium non trahitur ad praeterita, quando in eadem lege, constitutione, seu statuto, aliquid additur iuri antiquo, utputa, si imponat novam poenam; tunc enim in eo, quod addit, reputatur jus novum, & non antiquum, & ideo trahitur ad futura, & non ad praeterita” (Farinacii, fol. 220, núm. 53).

58 “Lex, constitutio, seu statutum antiqui iuris declaratorium non trahitur ad praeterita, sed solum ad futura, quando in eadem lege, constitutione, seu statuto adesset aliquod verbum respiciens futurum, per quod appareret, de mente statuentium fuisse solum futura respicere” (Farinacii, fol. 221, núm. 54).

59 “Lex, constitutio seu statutum antiqui iuris declaratorium, non trahitur ad praeterita, in quibus fuit iudicatum, & servatum contrarium ejus, quod in declaratione continetur” (Farinacii, fol. 221, núm. 55). No se puede presumir, si no se lo dice expresamente, que el estatuto pretenda revocar lo decidido conforme la interpretación común de la época anterior a la declaración.

60 “Secundo limita principaliter conclusionem, ut non procedat in statuto declaratorio statuti, vel iuris antiqui, nam trahetur ad praeterita” (Mascardi, 1608, XIII, núm. 41). La razón de ello, dice el autor, es que el nuevo estatuto no introduce nada nuevo ni dispone cómo proceder, sino que se liga al estatuto antiguo y abre su sentido.

61 “Amplia limitationem, etiamsi statutum declarans uteretur aliquo verbo, propter quod videretur induci nouum ius ut puta censemus, & simile, quia etiam tunc dummodo ratio huius novi statuti declaratorii sit antiqua respiciens alterius statuti declarationem, trahetur ad praeterita” (Mascardi, 1608, Conclusiones, XIII, núm. 42).

pero lo hace solo hacia el futuro⁶² (usa palabras como *en el futuro*, *hacia adelante* o similares); b) cuando la declaración del nuevo estatuto es contraria a la interpretación común,⁶³ y su función es imponer esta interpretación contraria, no se aplica al pasado; c) si la nueva ley es en parte declaratoria y en parte modificatoria, esta última parte no se aplica al pasado, sino únicamente al porvenir.⁶⁴

5.5. Acto perfecto, imperfecto y mixto

El acto perfecto es aquel según el cual, conforme la legislación vigente a la época de su realización, cumplió con las condiciones de creación o extinción. Por ello, de acuerdo con el artículo 26, las nuevas leyes no pueden modificarlo. Al acto pendiente de perfección, que es afectado por un cambio de ley, se le aplica la nueva ley que puede modificar, en palabras de Roubier, sus condiciones de creación o extinción: puede, incluso, imponer nuevos requisitos. Al acto mixto, en parte perfecto y en parte pendiente de perfección, se aplica: al primero, la ley anterior (artículo 26); y al segundo, la nueva (artículo 30). Así dice el autor del *Projet*:

Cuando las condiciones de creación o extinción de una situación jurídica deban cumplirse en distintos momentos, la nueva ley se aplica únicamente a las condiciones que aún no se hayan cumplido definitivamente. Puede requerir nuevas condiciones para la formación o terminación de esa situación.

Estas ideas también las encontramos en los canonistas. La distinción principalmente la expone con claridad Antonio da Butrio cuando, al considerar qué debe entenderse por “nueva ley” (*Novi iuris aeditora*), distingue tres casos: a) que el “hecho” y su “ejecución” se encuentren en el pasado, en cuyo caso la nueva ley no se extiende al pasado y, por ello, tanto el hecho como su ejecución serán regulados por la ley antigua; b) el “hecho” pertenece en parte al pasado y en parte al futuro, en el que hay que distinguir: si el hecho pendiente en el

62 “Primo sublimita limitationem (...) propter quod apparet de mente statuentium fuisse solum futura respicere” (Mascardi, 1608, *Conclusiones*, XIII, núm. 43).

63 “Secundo sublimita (...) quod quando statutum novum declaratorium habet communem intellectum per prius contrarium, ita quod communis observantia servabat contrarium, tunc tale statutum non trahetur ad praeterita” (Mascardi, 1608, *Conclusiones*, XIII, núm. 44).

64 “(...) quod quando lex est partim declaratoria, & partim editoria, quatenus edit de novo, est dicendum de illa, prout de simpliciter novi iuris editione, quae respicit futura” (Mascardi, 1608, *Conclusiones*, XIII, núm. 46).

futuro es indivisible de lo ya ocurrido en el pasado, seguirá regulado por la ley anterior; si, en cambio, es divisible, el pasado quedará bajo el imperio de la ley anterior, y el futuro bajo el imperio de la nueva; c) si el “hecho” pertenece al pasado y su “ejecución” al futuro, aquel queda sujeto a la ley anterior, pero no su ejecución, que, siendo “de futuro”, se regulará por la nueva ley, al menos si no está íntimamente conectada con el hecho *de praeterito*: en este caso, no será la nueva, sino la antigua ley la que regulará dicha ejecución “quasi executionis effectus in iure sit impressus a tempore facti de praeterito”.

Sobre el acto perfecto, constituido antes de la nueva ley, decía Felino (1570) que sus efectos no pueden ser alcanzados por ella. Mas allá de que, en los hechos, esta visión constituye un rechazo a lo que hoy se conoce como *efecto inmediato* de las leyes, en la mentalidad del canonista se justifica porque el acto ya constituido es *actus perfectus* que no se puede modificar, en principio, aun en sus consecuencias futuras: “(...) quia si actus est perfectus, non includitur in lege nova” (*Commentaria*, I, lib. 1, tit. II, cap. XIII, núm. 2).⁶⁵ En cambio, cuando el acto está en expectativa de perfeccionarse, lo alcanza la nueva ley. “Cuando el hecho pasado está en expectativa de perfeccionarse o de completarse en el futuro, lo comprende la nueva ley” (*Commentaria*, I, lib. 1, tit. II, cap. XIII, fol. 312, núm. 11).⁶⁶ El legislador, como en el *Projet* de Roubier, puede “imponer nuevos requisitos”. Hay, es cierto, distintas posiciones sobre el acto mixto. Cuando ambas partes del acto, que se encuentran en tiempos diferentes, constituyen una unidad inseparable, se aplica la nueva ley. Farinacci, en su tercera *fallentia*, dice⁶⁷ que la ley se extiende también al pasado cuando el acto está parte en el pasado y parte en el futuro. Lo mismo entiende Mascardi: cuando un acto está en parte en el pasado y en parte en el futuro, se aplica la nueva ley.⁶⁸ Pero cuando sus partes son separables, aunque posteriormente constituyan una unidad, a la parte que alcanzó su perfección se le aplica la ley antigua: a la pendiente, la nueva.

Otros, en cambio, piensan que el principio de que la nueva ley solo dispo-

65 “(...) etiamsi effectus actus praeteriti expectaretur in tempus futurum: quia si actus est perfectus, non includitur in lege nova”.

66 “(...) quando factum de praeterito expectar perfectionem suam, & complementum a facto futuro, quia lex nova ipsum comprehendit”.

67 “Lex, constitutio, seu statutum, trahitur etiam ad praeterita, quando factum aliquod partim est de preterito, & partim de futuro” (Farinacii, *Fragmentorum*, fol. 218, núm. 36).

68 “Quinto limita conclusionem, ut non procedat, quando factum aliquod est partim de praeterito & partim de futuro (...) quia statutum nouum illud comprehendet” (Mascardi, 1609. *Conclusiones*, XIII, núm. 51).

ne para el futuro debe aplicarse solo cuando este futuro no está íntimamente relacionado con el pasado. No basta, dicen Canzoneri y Canzoneri (1951, p. 379) –explicando el pensamiento de Giovanni de Andrea y reafirmando la idea expuesta por Antonio de Butrio–, con considerar si un acto jurídico está en el futuro con respecto a la nueva ley, hay que ver también si tiene dependencia de un negocio pasado: si esta dependencia es total, si es tal que el futuro no tendría sentido si se considerara en sí mismo sin conexión con el pasado, todo el negocio jurídico seguirá regulado por la ley anterior.⁶⁹

5.6. Normas aplicables a los contratos

En el sistema proyectado por Roubier, los efectos futuros de los contratos se rigen por las leyes vigentes al momento de su constitución.⁷⁰ Si dichas leyes son derogadas (expresa o tácitamente) a partir de su vigencia, se sigue aplicando la antigua ley a los efectos futuros mientras no se indique expresamente lo contrario. Asimismo, la nueva ley no puede tampoco modificar los efectos producidos, salvo que se introduzca una cláusula de retroactividad. Es decir, tanto para modificar los efectos pasados (efecto retroactivo) como los futuros (efecto inmediato) se requiere una disposición expresa. Eso dispone el artículo 33 del *Projet*:

Las leyes anteriores siguen rigiendo los efectos de los contratos actuales, salvo que el legislador las derogue expresa o tácitamente.

La aplicación de la nueva ley a los contratos vigentes no puede modificar los efectos producidos por el contrato bajo la ley anterior, salvo que exista una cláusula expresa de retroactividad de acuerdo con el artículo 27, apartado 1.

Ello, para finalizar, era también la doctrina de los canonistas. En cuanto a

69 “In altri termini il principio che la nuova legge non dispone che per il futuro va applicato soltanto quando questo ‘futuro’ non sia intimamente connesso col passato. Non basta dunque considerare se un atto giuridico sia semplicemente futuro rispetto alla nuova legge; bisogna anche vedere se esso abbia o meno una certa (e quale) dipendenza da un negozio passato: se tale dipendenza è totale oppure – come si esprime Giovanni D’Andrea – se è tale che il futuro non avrebbe senso se considerato in se stesso senza connessione col passato (‘si ratio post gestorum sine prius gestis inutilis videretur’), tutto il negozio giuridico continuerà ad essere regolato dalla legge precedente” (Canzoneri y Canzoneri, 1951, p. 379).

70 Coincide con su posición teórica: “Les effets des contrats en cours au jour du changement de législation demeurent déterminés par la loi en vigueur au moment où ils ont été formés; une loi nouvelle ne peut ni les modifier, ni les accroître, ni les diminuer” (Roubier, 1960, p. 360).

los contratos, dice el cardenal Tuschi (1606)⁷¹ que la nueva ley siempre se “aplica al futuro” debido a que el contrato se completó de acuerdo con la legislación vigente al momento de su perfección y, por ello, debe decidirse según la antigua ley, ya que las partes no podrían haber adivinado⁷² lo dispuesto en la nueva ley.

Pero la nueva ley no se aplica a las consecuencias futuras del contrato, al igual que en Roubier, cuando la antigua fue derogada y la nueva tiene una cláusula expresa de aplicación inmediata. Por ejemplo, dice el cardenal, si se estableció un contrato que, por la ley antigua, se permite un interés del 100% y la nueva lo morigera, ello se aplica para el futuro y la moderación no abarca el pasado, es decir, abarca solo las cosas sucesivas no completas del contrato.⁷³ Salvo, como dice Felino (1570), que la nueva ley establezca una “excepción”⁷⁴ que mantenga en el futuro las consecuencias pensadas en el pasado.⁷⁵

6. Conclusión

La historia del derecho, como toda historia, se centra en los hechos que se conservan de épocas pasadas. Estos testimonios son entendidos como manifestaciones de la vida humana, donde nuestros antepasados dieron diferentes respuestas a diversos aspectos de la realidad. La historia del derecho tiene por objeto, principalmente, las fuentes jurídicas, y el primer contacto con ellas es de tipo

71 “Amplia, quia circa contractus lex nova semper trahitur ad futura, ratio est, quia cum contractus celebrati secundum legem tunc vigentem habuerint suam perfectionem; ideo debet contractus decideri secundum legem antiquam, quia non potuerunt divinare de lege futura, alias tractaretur de impossibili” (Tuschi, 1606, *Conclusio* CCLXIV, núm. 38).

72 Lo mismo ocurre con las solemnidades del contrato, que no se extienden retroactivamente ni derogar las anteriores. “Idem si est circa solemnitatem contractus, quia non trahatur retro, nec derogat prioribus contractibus” (Tuschi, 1606, *Conclusio* CCLXIV, núm. 22).

73 “Declara, & restringe in iis, quae sunt successiva ad contractum. Exemplum, quis fecit contractum super usuris permissis de iure antiquo, puta centesimis, quae soluta fuerunt usque ad legem novam generalem moderantem usuras, certe pro praeteritis ante legem novam non intrat moderatio, sed bene pro futuris, licet contractus fuerint longe ante celebratus, quia actus successivus non complete cadit sub lege nova” (Tuschi, 1606, *Conclusio* CCLXIV, núm. 39).

74 “(...) ubi constitutio dat exceptione, vel tollit, quia si exceptio oritur post statutum, subiacet ipsi statuto respectu contractus facti ante statutum” (Felino Sandei, 1570, *Commentaria*, I, lib.1, tit. II, cap. XIII, fol. 315, núm. 12).

75 El ejemplo de la tasa de interés es común. Unger (1876) decía que legislación austríaca había determinado con acierto que los intereses de un contrato celebrado anteriormente, aunque sean superiores a los permitidos ahora, deben seguir pagándose en la cantidad estipulada. “In Übereinstimmung hiermit wird Jemand der sich vor dem 1 Mai 1853 aus einem Darlehen mit Unterpfang 6 Procent Zinsen in Ungarn versprechen ließ, dieselben auch jetzt (§. 994 ABGB) fortbeziehen dürfen” (p. 183). Igualmente: Bornemman (1855, p. 24), Schaaff (1860, p. 237) y Bergmann (1818, § 30, p. 189).

empírico: deben conocerse para poder apreciarse. Así, cuanto más fidedignas sean y más arduo el trabajo por comprenderlas, más confiable será el resultado. El jurista, de alguna manera, es también una clase especial de historiador. Su tarea, aunque se limite a las instituciones del presente, está siempre relacionada con el pasado, ya que, por lo general, las nuevas instituciones son una derivación trasformada por el constante mutar de la vida, de las pretéritas soluciones, cuyo conocimiento se utiliza, entre otras cosas, para clarificar el presente.

Para Roubier, el estudio de esa historia tiene algunas limitaciones. Sin vacilación, y con total confianza, descarta algunas fuentes (las califica de desechables) por defectos de método. Piensa que su trabajo es nuevo y que, por ello, necesita también un nuevo método,⁷⁶ desprovisto de la intrincada escolástica. No intenta, por ello, un contacto directo con las fuentes medievales: le basta reproducirlas, como una anécdota, de Affolter.

Para tal descarte imagina, además, algunas excusas. La primera es que la obra de los escritores medievales es poco numerosa. Refutar esa afirmación, ahora, parece sencillo: abundan los escritores que han comentado los textos del Código Teodosiano,⁷⁷ el Digesto,⁷⁸ el Código⁷⁹ o las Novelas,⁸⁰ así como los exégetas del Decreto de Graciano⁸¹ o las Decretales,⁸² y fijaron su postura sobre el problema.⁸³ A algunos de ellos los citamos en estas líneas. Es baladí, por evi-

76 En el prefacio a la segunda edición (Nro. VIII), en 1959, señala: “Muchas de las posturas que adoptamos y justificamos ampliamente en su momento han pasado a ser la corriente principal. Si las grandes controversias sobre los puntos principales de la historia de nuestra teoría conservan todavía todo su valor instructivo, hubo, en cambio, toda una serie de controversias de detalle, tanto en el derecho de la Revolución Francesa como en la aplicación del Código Civil, que pueden ser ignoradas sin inconveniente, porque han perdido el único interés que tenían, el de la actualidad”.

77 C.Theo.1.1.3 y Cod.Theo.4.14.4.

78 D. 1.14.7.

79 C.10.31.65; C.8.35.3; C.4.29.21; C.5.27.8; C.4.20.12; C.4.20.18; C.5.12.1.16; C.5.70.7.11; C.7.6.1.13; C.8.18.12.3; C.4.34.23.3; C.4.34.23.3; C.1.53.1.4; C.1.2.21; C.1.2.22.1, entre muchas otras.

80 Nov. 19; Nov. 19, cap. 1; Nov. 143; Nov. 22, cap. 1.

81 Decretum, Part.3, Causa XXXII, quaest.4.

82 C.2, X, *De Constit.*, 1, 2; C.13, X, *De Constit.* 1, 2; C.9.X, *De consacr. eccl.*, 3, 40; C.5, X., *De usuris*, 5, 19; C.8, X, *De Concess. Praeb.*, 6, 3.

83 Vid., a modo de ejemplo: Azonis, *Ad singulas leges XII Librorum Codicis Iustiniani*, Lugduni (1546, ad lib. I, tit. XIII, Lex 7, núm. 40, p. 65); Perezi, Antonii, *In duodecim libros Codici Justiniani* (Tomus Primus, Antverpiae, 1720, ad lib. I, tit. XIV, núm. 7, p. 20); Lynckero, Christophoro, *Disputatio inauguralis: De vi legis in praeteritum*, Jenae (1681); Angeli de Ubaldis, *Consilia*, Francofurti (1575, Cons. 382, núm. 1, p. 275); Aviles, Francisco de, *Nova diligens, ac per utiles expositio capitum seu legum praetorum, ac iudicum syndicatus regni totius Hispaniae* (...) ad licentiatum Arze de Otalora, Madriti (1597, cap. XVI, núm. 1, p. 172); Boich, Henrici, *In quinque Decretalium Libros commentaria*, Venetiis (1576, in C. *Cognoscentes*, *De constitutionibus*, fol. 5, núm. 1); in C. *Quoniam*, *De constitutionibus* (fol. 12, núm.

dentés razones, tratar de presentar una lista exhaustiva de tales escritores. Basta señalar que, desde el redescubrimiento de los textos romanos por la Escuela de Bolonia en el siglo XI, las mentes más brillantes se han detenido, con mayor o menor extensión, a comentar esos textos. Muchos, es cierto, no los conocen, pero están presentes en nuestra tradición jurídica.

La segunda excusa expresada por Roubier es que en las obras medievales los argumentos se cuentan más que se sopesan y hay un exceso de método escolástico. Con esta crítica, a mi criterio, demuestra también Roubier falta destreza histórica. Podría aceptarse respecto a los glosadores o a los canonistas, pero no puede extenderse a la Escuela de Bolonia (a la que, por ejemplo, pertenece Belviso), ya que, como dice Piano Mortari (1979, p. 57), en esta escuela “se inició una verdadera especulación jurídica (...) que no debe confundirse con los conceptos generales de la metodología escolástica”. Pero, incluso respecto a esta última metodología, la crítica también es censurable. Los argumentos a favor y en contra, que pueden ser muchos y variados, luego se armonizaban en la *solutio*. Belviso, como vimos, expone trece razones (en la *prima quaestio*) por las cuales una ley puede referirse al pasado o a los casos pendientes. En la segunda, indica diecinueve para lo contrario. Pero, en la *solutio*, enuncia de manera ordenada las razones que no considera fundadas y da, finalmente, su solución. Hay, por tanto, una valoración detallada de cada argumento que nada tiene que ver con una suma algebraica. Comprendo, incluso, que al lector moderno le parezca trivial ese conocimiento exhaustivo de un concepto, o el mayor número de argumentos a favor o en contra de una regla, pero es evidente que tal operación

1); Burgos, Antonii, *Repetitio in C. Cognoscentes, De constitutionibus*, en *Repetitionum in iure canonico ad I. Decretalium librum* (II, Coloniae Agrippinae, 1618, fol. 243); De Rosate, Alberici, *In primam Codicis partem commentarii*, Venetiis (1636, ad lib. 1, tit. XVII, *De legibus & constitutionibus*, Lex VII, fol. 54, núm. 1); Gratian Falconi, Ioanne, *Quingentarum regularum utriusque iuris cum ampliacionibus & limitationibus liber unus nunc nuþer in lucem editus*, Madriti (1581, Reg. 295, p. 119); Gregorii, Petri, *Commentaria (...) in Decretalium Proaemium, Tit. De Summa Trinitate & fide Catholica, & de Constitutionibus*, Genevae (1622, in C. Cognoscentes, *De constitutionibus*, núm. 7 p. 20); Hondedei, Vicentii, *Consiliorum sive responsorum*, I, Venetiis (1542, Cons. XVI, núm. 14, p. 123); Medicis Florent, Sebastian - Curtii, Rochi - Ravenatiis, Petri, *De legibus, statutis, et consuetudine tractatus*, Coloniae (1574, *Quaestio 35*, p. 358); Orosii, Ioannis, *Ad responsa prodentum Commentarii*, Salamanticae (1557, ad lib. 1, tit. 1, Lex IX, núm. 130/146, 185 y 187, pp. 67 y ss.); Arias de Mesa, Ferdinandi, *Varianum resolutionum & interpretationum iuris libri tres*, Geneve, 1658; Rodríguez Fermosini, Nicolai, *Tractatus primus de legibus ecclesiasticis (...) ad quatuor primos titulos libri I Decretalium Gregorii Pontificis IX*, Lugduni (1662, in C. Cognoscentes, *De constitutionibus, Quaestio I*, núm. 1, p. 149); Tuldeno, Diodoro, *Commentarius ad Codicem Justinianeum*, Lovanii (1712, Ad. lib.1, tit. XIV, núm. 4, p. 24); Vázquez de Menchaca, Fernando, *De successione et ultimis voluntatibus (...) libri IX in tres tomos divisi*, I, Francofurti (1560, lib. II, XVIII, Req. XXIX, Lim.1, núm. 274, p. 433); Zoesius, Hendrik, *Commentarius ad Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libros L*, Lovanii (1656, lib. I, tit. III, núm. 43).

previene un apresurado juicio sobre la aplicación de la regla. La realidad es tan rica que, aun la regla más estrecha –la que nos parece restrictiva–, puede también ampliarse o restringirse más cuando la identidad de razón lo permite o la justicia del caso lo requiere.

La tercera crítica hacia los escritos medievales, que para Roubier justifica su descarte, es que carecen de una visión de conjunto y de una “verdadera teoría”. Si ello fuera cierto, y debiéramos rechazar libros de esta clase, no tendrían tampoco valor el *Systematische Entwicklung der Lehre über die rückwirkende Kraft der Gelege nach den Grundsätzen des römischen Rechts* (1814) de Wiesen, cuyo contenido, como dice Bergman (1818, *Vorrede*, XXIV), no se corresponde con el título ni se trata de un sistema; o el *Ueber die rückwirkende kraft neuer Gesetz* de Schaaf (1857), una recopilación de opiniones que, para Pfaff y Hoffman (1877, p. 117), cuando más aumenta en materiales, más aumenta en fragilidad. Estas son dos obras que, sin ningún reparo, Roubier utiliza en su libro. Lo mismo cabría, en el derecho anglosajón, para el *Treatise on the Operation and Construction of Retroactive Laws* de Wade (1880), el más reciente, *Retroactive Legislation Affecting Interests in Land* de Scurlock (1953) o los últimos comentarios de Wilson y Galpin (1962) al clásico *The Interpretation of Statutes* de Maxwell (1875), los cuales no son más que un cúmulo, más o menos ordenado, de jurisprudencia.

Pero, más allá de todo esto –que siempre es discutible– y luego de considerar algunos de los aspectos del Proyecto de Roubier, creo haber llegado a una modesta conclusión: a través del tiempo y de otros juristas, los escritos medievales son palpables en su trabajo. Son, en buena medida, su involuntario sustento. El estudio histórico y las soluciones aportadas por ellos, entonces, le habrían servido a Roubier para advertir esa realidad y evitar juicios apresurados e injustos. Hoy, sin embargo, nos sirve a nosotros para advertir que la teoría de la sucesión de leyes en el tiempo actual no es más que el crecimiento y la manifestación más completa del pensamiento medieval.

Bibliografía

Accolti, F. (Arentini). (1581). *In primi, secundi & quinti Decretalium titulos commentaria (...) hac in editione post ipsos titulos iuxta librorum ordinem restitutos, non modo doctissimorum hominum adnotationibus hactenus impressis illustrata, verum etiam Vincentii Godemini (...) cum summaribus, et indice locupletissimo*, Apud Iuntas. Venetiis.

- Affolter, F. X. (1902). *Geschichte des intertemporalen Privatrechtes*. Verlag von Veit & Comp. Leipzig.
- Affolter, F. X. (1903). *Das Intertemporale Recht: Das Recht Der Zeitlich Verschiedenen Rechtsordnungen* (Vol. 1). Verlag von Veit & Comp. Leipzig.
- Anania, I. (1553). *Super primo [quinto] Decretalium* (...) Accesserunt summaria elegantissima, cum repertorio accurate in alphabeticum ordinem redacto Ioannes de Anania. Lugduni.
- Andreae, I. (1612). In *Primum [sextum] Decretalium librum Novella Commentaria* (...) ab exemplaribus variis per Petrum Vendramenum (...) mendis, quibus referta erant, diligenter expurgatis, nunc impressa, apud haeredem Hieronymi Scoti. Venetiis.
- Angelo de Ubaldis (1575). *Consilia D. Angeli de Vbaldis*. Wecheli, Francofurti.
- Antonio (da Butrio) (1578) *Super prima [secunda] primi [secundi] Decretalium commentarii*. Apud Iuntas. Venetiis.
- Avant-Projet de Code Civil. (1955). Présenté à monsieur Le Garde des Sceaux Ministre de la Justice par la Commission de refore du Code Civil. Recueil Sirey.
- Baldi de Ubaldis. (1571). In *Decretales subtilissima Commentaria* (...). Petro Vendramaeno corrigente. Maiorinus, Venetiis.
- Baldi de Ubaldis. (1576). In *primum, secundum & tertium Codicis libros*. Nicolai Beuilaquae. Avgvstae Tavrinatorvm.
- Barbosae, A. (1649). *Tractatus varii: (...) circa iudiciorum, contractuum, ultimarum voluntatum, & delictorum cognitionem, in disputando, & consulendo valde utiles, & necessarii*. Lugduni.
- Bareit, N. (2015). Un projet oublié: la codification du droit transitoire. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, (3), 551-567.
- Barotti, L. (1743). *Memorie istoriche de letteratti Ferraresi* (Vol. II). Ferrara.
- Bartoli A Saxoferrato. (1540a). *Lucernae Ivris omnia, quae extant, opera* (...) tomus primus, In *Primam Digesti Veteris Partem*. Venetiis.
- Bartoli A Saxoferrato. (1540b). *Opera quae nunc extant omnia* (...) In *Primam Digesti Veteris Partem*. Basileae.
- Belvisi, G. (1511). *Vtriusque iuris famosissimi monarcho Iacobi de Belviso* (...) Aurea lectura summo labore et vigili studio castigata summam authenticorum consuetudinesque et vsus feudorum elucidans felici incipit exordio. Jacques Sacon.
- Berger. (1741). *Oeconomia juris*. Lipsiae.
- Bergmann, F. (1818). *Das Verbot der ruckwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte*.
- Beroii A. (1630). In *primam partem Libri I Decretalium commentarii*. Venetiis.
- Borda, G. (1953). *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*. Perrot.
- Bornemann, W. (1855). *Erörterungen im Gebiete des Preußische Rechts*. Reimer. Berlin.
- Brunnemanni, I. (1715). *Commentarius in Codicem Justinianum* (Vol. I). Lugduni.
- Canzoneri, P. E. y Canzoneri, R. (1951). Il problema della non-retroattività delle leggi nella antica letteratura canonistica fino a Giovanni D'Andrea. *Angelicum*, 28(4), 363-379.
- Caprae, B. (1568). *Conclusionum, regularum, tractatum et communium opinionum*. Venetiis. Iordani Zilleti.
- Decius, P. (1559). In *Decretales Commentaria diligentissime emendata* (...) additis adnotationibus Clarissimorum J. C. Fran. Curtii, Sylvestri Aldobran, Hieronymi Gigantis, Theodori Meddae, & aliorum doctissimorum hominum. Venetiis.
- Decius, P. (1559). *Super Decretalibus*. Lugduni.

- Fagnani, P. (1705). *Commentaria in quinque libros decretalium*. Matternich.
- Farinacci, P. (s.f.). *Fragmentorum variarum quaestionum et communium opinio criminalium* (Vol. II). Norimbergae.
- Felini Sandei. (1570). *Commentaria in V Libri Decretalium* (Vol. I). Venetiis.
- Freiesleben, C. H. (1757). *Corpus Juris Canonici Academicum, emendatum et notis P. Lancelotti*. Coloniae.
- Frison, B. (1946). *The retroactivity of law*. Gibson Brothers.
- Gabba, C. F. (1891). *Teoria della retroattività delle leggi* (Vol. I). UTE. Torino.
- Gaiil, A. (1601). *Practicarum observationum, tam ad processum iudicialium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentium, Libri Dvo*. Coloniae Agrippinae.
- Gavalda, C. (1955). *Les conflits dans le temps en droit international privé*. Sirey.
- Gothofredi, I. (1665), *Codex Theodosianus, cum perpetuis commentariis Jacobi Gothofredi* (...) Opera et studio Antoni Marvillii antecessoris. Huguetan & Marci. Lugduni.
- González Tellez, E. (1715). *Commentaria perpetua in singulos Textus quinque Librorum Decretalium* (Vol. I). Lugduni.
- Gudelinus, P. (1839). *Commentariorum de ivre novissimo*. Josephum Celli. Florentiae.
- Hain, L. (1838). *Repertorium bibliographicum: in quo libri omnes ab arte typographica inventa usque ad annum MD* (Vol. 2, 2). Tubingae.
- Imola, I. de (1547). *Super Primo Decretalium* (...) eximii viri ac iuris tam canonici quam civilis.
- Imola, I. de (1575). *In primum Decretalium Commentaria*. Venetiis.
- Level, P. (1959). *Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution à la théorie générale du droit transitoire. Contribution à la théorie générale du droit transitoire*. Libraire générale de Droit et de Jurisprudence. Paris.
- Mascardi, A. (1608). *Conclusiones, ad generalem quorum cunqve statutorum interpretationem accommodatae*. Ferrariae.
- Mascardi, A. (1609). *Conclusiones, ad generalem quorum cunqve statutorum interpretationem accommodatae*. Francofurti.
- Maxwell, P. B. (1875), *The Interpretation of Statutes*. London.
- Pace, G. (1948). *Il Diritto transitorio con particolare riguardo al diritto privato*. Casa Editrice Ambrosiana.
- Pfaff, L. y Hofmann, F. (1878), *Excuse Uber Österreichisches allgemeines bürgerliches Recht: Beilagen zum Commentar*. Manz, Wien.
- Panziroli, G. (1721). *De claris legum interpretibus: libri quatuor*. Gleditschii. Lipsiae.
- Piano Mortari, V. (1979). *Aspetti del pensiero giuridico medievale*. Napoli.
- Roubier, P. (s.f.). *De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours*. En *Mélanges offerts à Jacques Maury* (Vol. II, p. 513). Dalloz & Sirey.
- Roubier, P. (1929-1933). *Les conflits des lois dans le temps (Théorie dite de la non-rétroactivité des lois)*. Sirey.
- Roubier, P. (1931). *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*. *Revue de Droit International Privé*, XXVI, 38.
- Roubier, P. (1947). *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*. *Juris-Classeurs*, (9), 1.
- Roubier, P. (1951). *Théorie générale du droit* (2^a ed.). Recueil Sirey.

- Roubier, P. (1960). *Le droit transitoire. Conflits des lois dans le temps*. Dalloz.
- Roubier, P. (1963). *Droits subjectifs et situations juridiques*. Sirey.
- Saliceto, B. de. (1574). In *Primum & Secundum Codicis Libros*. Pars Prima, Venetiis.
- Saliceto, B. de. (1634). In *Primum & Secundum Codicis Libros*. Pars Prima, Venetiis.
- Saliceto, B. de. (s.f.). *Opera Omnia: In Quatuor Tomos Tributa. Primus Tomus est ad I. & II. Codicis*. Francofurti.
- Savigny, F. (1851). *Traité de Droit Romain* (Trad. C. Guenoux, VIII). Didot Frères. Paris.
- Savigny, F. (1849). *System des heutigen römischen Rechts* (VIII). Berlin.
- Schaaff, F. W. (1860). *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Gesetze* (I, 2). Bangel & Schmitt. Heidelberg.
- Schulte, J. F. von (1875). *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts* (II). Stuttgart.
- Scurlock J. (1953). *Retroactive Legislation Affecting Interests in Land*. Michigan Law School.
- Suárez, F. (1856). *Tractatus de legibus et Legislatore Deo*, en *Opera omnia* (Vol. V). Ludovicum Vives, Parisiis.
- Tiraboschi, G. (1780). *Storia della letteratura italiana* (VI, 1). Napoli.
- Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil. (1945-1955). Recueil Sirey.
- Tudeschis, N. (Abbatis Panormitani). (1571). *Abbatis Panormitani Consilia, tractatus, quaestiones, & practica*. M. D. Leonardo à Lege, Venetiis, *Consilium X*, folio 8, núm. 2.
- Tudeschis, N. (Abbatis Panormitani). (1577). *Commentaria super prima parte primi Decretalium libri*. Augustae Taurinorum.
- Tudeschis, N. (Abbatis Panormitani). (1621). *Commentaria super prima parte primi Decretalium libri* (Vol. I). Venetiis.
- Tuschi, D. (1606). *Practicarum conclusionum iuris in omni foro frequentiorum* (Vol.V). Romae.
- Unger, J. (1876). *System des Österreichischen Allgemeinen Privatrechts* (Vol. I). Breitkopf y Härtel.
- Wade, W. P. (1880). *Treatise on the Operation and Construction of Retroactive Laws*. St. Louis.

Anexo I

Avant-projet de code civil. Présenté à monsieur Le Garde des Sceaux Ministre de la Justice par la Commission de réforme du Code Civil, Première partie. Livre Préliminaire. Livre premier (Des personnes physiques et de la famille), Recueil Sirey, Paris, 1955.

TITRE II : DU CONFLIT DES LOIS DANS LE TEMPS.

Art. 26. La loi n'a pas d'effet rétroactif : elle ne statue que pour l'avenir.

La loi nouvelle ne modifie pas les conditions d'établissement d'une situation juridique antérieurement créée ni les conditions d'extinction situation juridique antérieurement éteinte. Elle ne modifie pas non plus les effets produits par une situation juridique au temps où la loi précédente était en vigueur.

Art. 27. Une loi ne peut avoir d'effet rétroactif sans une manifestation expresse de la volonté du législateur.

Toutefois, les lois d'interprétation ont, par elles-mêmes, effet rétroactif. Le caractère interprétatif ne peut être reconnu à une loi s'il ne ressort pas manifestement de ses dispositions que le législateur a entendu lui attribuer ce caractère.

Sauf disposition contraire, la rétroactivité des lois d'interprétation ne peut porter atteinte aux effets des décisions passées en force de chose jugée ou des transactions.

Art. 28. Lorsque la décision du juge est constitutive et non déclarative de droit, elle est soumise à la loi en vigueur au jour où elle est rendue.

Art. 29. La preuve en justice est soumise à la loi en vigueur au Jour où la décision définitive est rendue.

Toutefois, les preuves préconstituées et les présomptions légales sont régies par la loi qui gouverne les faits ou les actes à prouver.

La procédure d'administration de la preuve est régie par la loi en vigueur au jour où cette preuve est rapportée.

Art. 30. Lorsque les conditions de création ou d'extinction d'une situation juridique peuvent être réunies à des époques différentes, la loi nouvelle ne s'applique qu'à celles de ces conditions qui ne sont pas encore définitivement réunies. Elle peut exiger des conditions nouvelles pour la formation ou l'extinction de cette situation.

Art. 31. Les lois qui allongent les délais s'appliquent immédiatement aux délais en cours ; il en est de même de celles qui les abrègent, sous réserve que les délais nouveaux ne courent qu'à partir de la loi nouvelle ; toutefois, les délais prévus par les lois antérieures sont maintenus s'ils doivent pour la formation ou l'extinction de cette situation.

Art. 32. Sauf dérogation expresse ou tacite du législateur, les lois nouvelles qui déterminent les effets des situations Juridiques non contractuelles s'appliquent immédiatement aux situations établies avant leur entrée en vigueur.

Art. 33. Les lois antérieures continuent à régir les effets des contrats in cours, sauf dérogation expresse ou tacite du législateur.

L'application de la loi nouvelle aux contrats en cours ne peut modifier les effets produits par le contrat sous l'empire de la loi précédente, sauf clause expresse de rétroactivité conformément à l'article 27, alinéa premier.

Anexo II

Avant-projet de textes sur les conflits de lois dans le temps, présenté par M. Roubier, en *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil* (1948/49), p. 275.

ART. 23. La loi n'a pas d'effet rétroactif ; elle ne statue que pour l'avenir. En conséquence, une loi nouvelle ne peut, en contrariété de la loi, qui était alors en vigueur, ni modifier les conditions d'établissement (ou d'extinction) d'une situation juridique antérieurement créée (ou éteinte), ni modifier les effets produits par une situation juridique au temps de la loi précédente.

ART. 24. Une loi ne peut avoir d'effet rétroactif que par une décision expresse du législateur. Toutefois, les lois d'interprétation ont, même sans une déclaration expresse de cette sorte, force rétroactive. Mais le caractère interprétatif ne peut être reconnu à une loi que s'il y avait controverse dans le droit antérieurement existant, et si la solution donnée par le législateur à cette controverse aurait pu être donnée par la seule jurisprudence.

En principe, la rétroactivité des lois d'interprétation n'a d'effet que pour les procès pendants ou futurs, mais non pas vis-à-vis des procès éteints par jugement définitif, transaction ou sentence arbitrale.

ART. 25. Dans le cas où l'activité du juge au litige est constitutive, et non déclarative de droit, la loi en vigueur au jour du litige, s'appliquera sans qu'il y ait rétroactivité, en tant qu'elle gouverne cette activité du juge.

Il en est de même des lois relatives à la preuve en justice de faits ou d'actes antérieurs, mais non pas des règles relatives à la preuve préconstituée et aux présomptions légales, où la preuve est l'œuvre directe des parties ou de la loi.

ART. 26. Les lois qui gouvernent la création ou l'extinction des situations juridiques peuvent atteindre les situations en cours, non point sans doute dans les éléments (ou les obstacles) qui se placent sous la loi antérieure, mais dans ceux qui se situent dans l'avenir ; elles peuvent, d'ailleurs, exiger des éléments nouveaux (ou créer des obstacles nouveaux), pour la formation ou l'extinction de ces situations.

A cet égard, les conditions de forme d'un acte sont et demeurent toujours régies par la loi en vigueur au jour où cet acte est passé, quelle que soit la date à laquelle cet acte doit recevoir effet.

Les lois qui allongent la durée d'un délai s'appliquent aussitôt aux délais en cours. Celles qui l'abrègent s'appliqueront aussitôt, mais à la condition de décompter le délai nouveau seule-

ment à partir de la nouvelle loi ; cependant, la loi ancienne serait maintenue si elle permettait d'achever le délai auparavant.

ART. 27. Les lois nouvelles qui déterminent les effets et le contenu des situations juridiques s'appliquent, en principe, aussitôt aux situations établies et aux rapports juridiques formés dès avant leur entrée en vigueur. Il en est ainsi tout au moins pour les situations juridiques dont les effets sont déterminés entièrement par la loi, et ont la figure d'un statut légal.

Au contraire, les lois nouvelles n'ont pas, en principe, d'effet sur les contrats en cours et ne modifient ni les effets juridiques de ceux-ci, ni leurs causes de dissolution.

Cependant, soit qu'il s'agisse de statut légal, soit qu'il s'agisse de situations contractuelles, les règles posées par les alinéas précédents peuvent recevoir une dérogation, par la volonté expresse ou tacite du législateur. Mais l'exclusion de la loi ancienne dans les contrats en cours ne peut aboutir à modifier les effets produits par le contrat aux tems de la loi précédente, s'il n'y a pas une clause expresse de rétroactivité conformément à l'article 24 alinéa premier.

ART. 28. Lorsqu'il y a concours de situations juridiques issues de sources différentes, chacune de ces situations doit supporter la compétence de la loi qui correspond au moment de sa constitution, de ses effets ou de son extinction, selon le moment auquel la loi nouvelle doit atteindre cette situation.

LA JUSTICIA Y LA PENA EN *LA DIVINA COMEDIA*

Lucía María Traverso

Universidad Católica Argentina

luci-traverso@hotmail.com

Recibido: 26/04/2022

Aceptado: 06/09/2022

Resumen

Dante nos guía a través del Infierno, del Purgatorio y del Paraíso enseñándonos cuáles serán las consecuencias de nuestro obrar. Así, conociendo los castigos que se corresponden a las malas obras, los hombres podremos enderezarnos y buscar actuar correctamente para ser agradables a los ojos de Dios. Mediante el análisis del poema, estudiaremos si el pecado empobrece la dignidad del hombre pecador y cómo puede restablecerse aquella dignidad. Analizaremos también si es necesario el castigo ante el mal obrado, cuál es el fundamento y la naturaleza de aquella pena y cuál debe ser la medida de la retribución. Llegados al Purgatorio, evaluaremos la importante cuestión del perdón y cuál es su relación con la justicia. Estas serán las cuestiones sobre las que reflexionaremos a lo largo de este trabajo y que, sin duda, echan luz sobre toda concepción de la justicia y la pena humana. Comenzaremos por exponer la estructura de la obra, continuaremos con un análisis de cada una de sus partes y nos detendremos en el estudio del Infierno y del Purgatorio. Así, caminando junto a Dante, podremos conocer más acerca de la justicia de Dios.

Palabras clave: Dante, comedia, justicia, pena, castigo, filosofía del derecho, perdón.

Justice and punishment in *The Divine Comedy*

Abstract

Dante guides us through Hell, Purgatory and Paradise, showing us the consequences of our actions. Thus, knowing the punishments that correspond to bad deeds, men can straighten up and seek to act correctly in order to be pleasing God's eyes. Through the analysis of the poem, we will study whether sin impoverishes the dignity of sinful man, and how that dignity can be restored. We will also analyze whether punishment is necessary in the face of wrongdoing, what is the basis and nature of that punishment, and what should be the measure of retribution. Once we arrive at *Purgatory*, we will evaluate the important question of forgiveness and its

relationship to justice. These are the questions on which we will reflect throughout this work and which undoubtedly shed light on any conception of justice and human punishment. We will begin by explaining the structure of the work, continue with an analysis of each of its parts and stop to study the Inferno and Purgatory. Thus, walking along with Dante, we will be able to learn more about God's justice.

Key words: Dante, divine comedy, justice, penalty, punishment, philosophy of law, forgiveness.

1. Introducción¹

También yo estaba perdida en la selva. En Dante había encontrado lo que exigía mi equilibrio: un poeta preocupado por las leyes y el significado de la vida.
(Ocampo, 1960, p. 12)

Dante nos lleva, como un maestro,² a través del Infierno, del Purgatorio y del Paraíso que le fueron revelados gracias a la intercesión de Beatrice, que lo espera cerca de Dios.

Virgilio, que será el guía de Dante durante la obra, nos expresa su misión: “¡Oh los que habéis de entendimiento sano! / ¡Notad lo que se esconde de enseñanza / detrás del velo de los versos raros!”.³

Como bien señala en sus versos, podríamos decir que el objetivo es que los lectores descubramos las enseñanzas detrás de la belleza, que entendamos las consecuencias de nuestras malas obras en vida y que averigüemos qué nos esperará después de la muerte.⁴ Debido a ello, incluso, Dante elige introducir personajes históricos reconocidos, al igual que personas contemporáneas a la obra, para que podamos vincularnos aún más estrechamente con sus padecimientos.⁵

1 La autora publica este trabajo en el marco del Proyecto de Investigación “Principales problemas de justicia y su solución en la literatura universal”, dirigido por el Dr. Siro M. A. de Martini. Programa IUS - Acreditación de Proyectos de Investigación Jurídica. Investigación jurídica aplicada. Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. Convocatoria 2022-2024.

2 Como señala Hernández de Lamas (2016), “su pedagogía tiene claramente una concepción acerca del maestro: éste enseña, corrige, señala, conforta, conduce, pero sobre todo *coopera* para que el alumno, mediante su propio razonamiento, su propio camino, llegue a conocer lo que el maestro se propone” (p. 65) (el énfasis es nuestro).

3 En el original: “O voi ch’avete li ’nlegetti sani, // mirate la dottrina che s’asconde // sotto ‘l velame de li versi strani” (Alighieri, 2015a, Canto IX, verso 61). La traducción me pertenece.

4 En palabras de Dante, el poema busca mostrar “cómo el hombre por sus méritos y deméritos, a causa de su libre arbitrio, está sujeto al premio y al castigo de la justicia” (Alighieri, 2018, p. 157).

5 Por citar algunos ejemplos, en el Canto IV aparecen personajes como Homero, Electra, Eneas, Aristóteles, Sócrates, Platón, Heráclito, Séneca, etc. En los Cantos XXVI y XXVII aparecen Odiseo,

Así las cosas, Dante va mostrando, a través de sus personajes, los distintos resultados posibles. Pero hay un momento decisivo en el Infierno: en el Canto XIII, el poeta nos narra lo que ve en el segundo compartimiento del séptimo círculo, donde moraban los suicidas.⁶ Tras cortar un ramillo de un gran árbol, el tronco le grita: “¿Por qué me hieres? // Y al volverse después, de sangre bruno, / ¿Por qué -volvió a gritar-, di, me laceras? / ¿No tienes de piedad⁷ ánimo alguno?”.⁸ Cuando lastima a uno por no poder verlo hombre, el arbusto/alma le grita “hombres fuimos, si hoy plantas lastimeras; / más piadosa debiera ser tu mano, / aunque hubiéramos sido sierpes fieras”.⁹ Ese hombre, pecador, sufrió como pena una disminución en su naturaleza: dejó de ser hombre y pasó a ser, en palabras de Dante, “una planta lastimera”.

Naturalmente, esto nos lleva a cuestionarnos si podríamos hablar de la pérdida de la dignidad de hombre para aquellos pecadores que acaban en el Infierno; ¿podemos decir que el pecado empobrece al hombre? Más aún, ¿cuál es la naturaleza de la sanción que corresponde al pecado?, ¿es justa la sanción?

Estas serán las cuestiones sobre las que reflexionaremos a lo largo de este trabajo y que, sin duda, echan luz sobre toda concepción sobre la justicia y la pena humana. Comenzaremos por exponer la estructura de la obra, continuaremos con un análisis de cada una de sus partes y nos detendremos en el estudio del Infierno y del Purgatorio.

Aquiles, Telémaco, Penélope, Hércules, entre otros personajes. En el Canto XXIX aparecen Julio César, Mahoma, Enrique II de Inglaterra, etc. Por último, debemos hacer referencia al personaje histórico descrito en el Canto XXXIV del Infierno y que es definitivamente el peor de los pecadores: Judas Iscariote.

- 6 En el Canto XI, Virgilio le advierte que si bien en todo el séptimo cerco pertenece a los violentos, como a tres personas se puede vulnerar, se distingue en tres asientos: “A Dios, a sí mismo, al prójimo se puede violentar [...]”. En el original: “A Dio, a sé, al prossimo si puone // far forza, (...)” (Alighieri, 2015a, Canto XI, verso 31-33). La traducción me pertenece.
- 7 En palabras de Pérez Carrasco (2021): “No ha sido falta de piedad, sino ignorancia lo que llevó a Dante a producir ese dolor: él no sabía que estos árboles son las almas de quienes se quitaron la vida. Así como han despreciado el propio cuerpo al herirlo de muerte, así ahora yacen en esos arbustos secos y horriblos, comidos por las Harpías. Derramando sangre en lugar de savia” (p. 215).
- 8 En el original: «“Perché mi schiante?” // Da che fatto fu poi di sangue bruno, / ricominciò a dir: “perché mi scerpi? / Non hai tu spirito di pietá alcuno?”» (Alighieri, 2015a, Canto XIII, versos 33-37). La traducción me pertenece.
- 9 En el original: “Uomini fummo, e or siam fatti sterpi: / ben dovrebbebber jesser la tu aman piú pia, / se state fossimo anime di serpi” (Alighieri, 2015a, Canto XIII, versos 37-39). La traducción me pertenece.

2. Estructura de la obra

La *Comedia* consta de tres partes: el Infierno, el Purgatorio y el Paraíso. Cada una tiene 33 cantos, más el canto introductorio que se halla en el Infierno.

En palabras de Hernández de Lamas (2016),

el infierno es un gran cono invertido, cuyo vértice está abajo, en el centro de la tierra, donde habita Lucifer. El Purgatorio es una ascensión, donde los pecados están colocados en el orden inverso, en distintas terrazas. Más abajo los más graves y a medida que se asciende, los más leves. El Paraíso es otra cosa: una gran montaña, en cuya cumbre Dante va a encontrar a la Santísima Trinidad. El reino de Lucifer está precedido de las almas que lo han seguido; el reino de Dios está precedido por sus santos. (p. 62)

Como puede reconocerse a lo largo de la obra, hay una identificación de la gravedad de los pecados con el lugar que ocupa el pecador en el Infierno, así como una correlación entre la pureza del alma y la cercanía a Dios.

Ángel Crespo (1999) sintetiza: “Hay una escala moral, que se corresponde con la topografía, según la cual los pecadores son castigados en un lugar más o menos profundo según la mayor o menor gravedad de sus culpas” (p. 89).

En el caso del Infierno, “Dante establece una jerarquía del mal, del pecado, según el uso de la razón” (Hernández de Lamas, 2016, p. 62); los pecados que requieren más intervención de la razón del pecador serán aquellos que reciban más pena. Por ejemplo, es más grave el fraude o la usura que los vinculados a la pereza.

Pero más allá de los castigos, resulta interesante reparar en la decisión de Dante de partir del Infierno para ascender lentamente hacia el Paraíso. Auerbach (2007) lo compara con la *Suma Teológica* de santo Tomás de Aquino:

revirtiendo el orden de la Suma [Teológica], Dante muestra a la verdad divina como el destino humano, como el elemento del Ser en la consciencia del hombre errante, que participa sólo inadecuadamente en el ser Divino y que necesita su terminación y culminación.¹⁰

10 En el original: “By reversing the order of the Summa, Dante discloses divine truth as human destiny, as the element of Being in the consciousness of erring man, who participates only inadequately in divine Being and is in need of completion and fulfillment” (Auerbach, 2007, p. 94) (la traducción me pertenece). En el mismo sentido se expresa MacIntyre (1992): “¿Qué significaría, pues, para el orden de sucesión de la Summa –en el que hay una progresión desde lo primero que tiene que presuponerse sobre Dios y la naturaleza humana en la primera parte (...) hasta el reconocimiento, en la tercera parte, de las verdades reveladas que definen para nosotros el reino de Dios–, qué significaría

Dentro del estudio de la estructura en un sentido propio, es importante mencionar el recurso del contrapaso. Señala Hernández de Lamas (2016) que “toda la Comedia es un gran contrapaso” (p. 62), lo que razonablemente nos lleva a pensar que este concepto es esencial para la comprensión de la obra.

El término “contrapaso” proviene del latín y significa literalmente “sufrir o padecer el contrario”, y el Aquinate lo explica como un intento primitivo de dar una igualdad entre pena y culpa, presente en la Ley del Talión,

lo sufrido en retribución (contrapassio) implica igualdad de compensación entre lo que se recibe y la acción procedente; lo que tiene lugar con máxima propiedad en las acciones injuriosas, con que alguno hiere a la persona del prójimo; así, por ejemplo, si un hombre golpea a otro, debe ser golpeado a su vez. (ST, II-II, 61, 4)

Aristóteles (2007), en la *Ética nicomaquea*, llega a una definición de “justicia” por medio de su contrario: la injusticia. Así, sentencia en sus notas “cuando se sabe y se puede una cosa, se sabe y se puede también la cosa contraria” (p. 163).

En la *Comedia*, a cada pecado le corresponderá una pena recíproca (y, por tanto, como estudiaremos, justa). Por ello es que consideramos que el contrapaso hace a la estructura de la obra en un sentido material: atraviesa cada canto y cada círculo del Infierno y aparece también con una fuerza central en el Purgatorio. En la obra, “siempre se da un planteo dialéctico de oposiciones” (Hernández de Lamas, 2016, p. 62).

Resulta importante destacar que “Dante considera dos tipos de contrapaso:¹¹ el de analogía y el de antítesis. El de analogía consiste en que cada pecado tiene una pena similar al mismo. En cambio, en el de antítesis, la pena es lo opuesto” (Hernández de Lamas, 2016, p. 62). Así, tenemos el ejemplo de contrapaso por antítesis en el Purgatorio: “Toda esa gente que llorando canta / por seguir la gula sin medida / con hambre y sed aquí se vuelve santa” (Alighieri, 2015b, p. 333).¹²

Por otro lado, a los que pecaron por iracundos se los castigará por toda la

para ese orden de sucesión el estar reflejado en las narraciones dramáticas representadas de las vidas humanas particulares? El mismo Tomás de Aquino no da una respuesta a esta cuestión, pero Dante sí” (p. 184).

11 Cf. “Porque aparté a personas tan unidas, / ¡Ay! separado llevo mi cerebro/ de su principio dentro en este torso. / Así en mí se cumple el contrapaso” (Alighieri, 1984, p. 335).

12 En el original: “Tutta esta gente che piangendo, canta / per seguitar la gola oltre misura, / in fame e'n sete qui si rifa santa” (Alighieri, Canto XXIII, versos 64-66).

eternidad a morar en el fango, golpeándose “no solo con las manos, / también con la cabeza, pies y pecho / tronchándose con los dientes a pedazos”.¹³

De la misma forma, a los pecados de lujuria se los castigará con una “borrasca infernal, que nunca cesa, / a las almas arrastra en sus embates: / volteando y golpeando las molesta” (Alighieri, 1984, p. 115).¹⁴ Vemos entonces que el castigo se corresponde analógicamente a la falta cometida: los iracundos golpearán eternamente, mientras que los lujuriosos serán llevados por el viento así como fueron llevados por sus pasiones.

3. Infierno

*Esforzaos por entrar por la puerta estrecha, porque os digo
que muchos pretenderán entrar y no podrán.*
(Lc 13-24)

Dice Borges (2018b) que “[Dante] definió a Dios, en el Infierno, por su justicia (...)” (p. 51). Resulta atractivo detenernos en esta sentencia, pero ¿verdaderamente se puede decir que el Infierno es obra exclusiva de la justicia?

Santo Tomás explica que

es necesario que en todo lo que Dios hace haya justicia. Por lo demás, la obra de la justicia divina presupone la obra de misericordia, y en ella se funda. (...) Algunas obras son atribuidas a la justicia y otras a la misericordia, porque en algunas aparece con más relevancia la justicia; en otras, la misericordia. (ST, I, 21, 4.)

Ahora bien, fácilmente podría reprochársele a santo Tomás que parece casi un oxímoron hablar de un castigo misericordioso en el Infierno. ¿Cómo puede ser que el Infierno, lugar de castigo, sufrimiento y dolor, sea obra del amor de Dios?

El Doctor Angélico responde que “en los condenados aparece la misericordia no porque les quite totalmente el castigo, sino porque se lo alivia, ya que no los castiga como merecen” (ST, I, 21, 4.).

13 En el original: “Questi si percotean non pur con mano, / ma con la testa e col petto e coi piedi, / troncandosi co’ denti a brano a brano” (Alighieri, 2015), Canto VII, versos 112-114). La traducción me pertenece.

14 En el original: “La bufera infernal, che mai non resta, / mena li spirti con la sua rapina; / voltando e percotendo li molesta” (Alighieri, Canto V, versos 31-33). La traducción es de Battistessa (Alighieri, 1984).

Es decir, desde el punto de vista teológico, las penas que reciben los pecadores no son tan gravosas como deberían haber sido si Dios fuera exclusivamente justo, lo que significa que las penas son menos duras porque Dios es justo y misericordioso.

Ciertamente no podemos afirmar con rigor de verdad que Dante haya pensado penas “justas” y las haya luego mitigado para semejarse al juicio que haría Dios. Tampoco podemos afirmar que Dante haya elegido ser estrictamente fiel a la teología en este punto, pero es interesante considerar que, teológicamente hablando, lo correcto es considerar que ya que en toda obra de Dios hay justicia y misericordia, esto también aplica a las penas en el Infierno.

Sin embargo, no hay que olvidar lo que explica santo Tomás: como en el Infierno aparece con mayor relevancia la justicia, tendemos a atribuírsela a esa virtud. En esa línea, Pérez Carrasco (2021) sintetiza: “El Infierno ha sido hecho por causa de la justicia. Es una obra de justicia directamente realizada por Dios” (p. 149).

El teólogo Charles Moeller (1963) escribe: “El Infierno¹⁵ es también una obra del amor divino. (...) He aquí el colmo de la paradoja, un *oxymoron* desconocido de los griegos: el reino del sufrimiento sin esperanza es obra del amor de Dios (...)” (p. 240).

No se puede dejar de lado el hecho de que el castigo, fruto de haber roto la justicia y el orden de Dios, pertenece intrínsecamente al orden divino: “Al orden del universo pertenece también el orden de la justicia, el cual pide que los transgresores sean castigados. Y de este modo es Dios autor del mal de pena” (ST, I, 49, 2.).

Adentrándonos ya en esta parte de la *Comedia*, vemos los castigos que merecen quienes cometieron injusticias en vida. Dios aparece allí como juez de los hombres e impone castigos ante las faltas.

Debemos preguntarnos entonces cómo es el Infierno que nos presenta Dante. Para hacerlo, y considerando las fuertes raíces católicas que lo impulsaron a escribir esta obra,¹⁶ es conveniente que entendamos cuál es el concepto de “Infierno” que nos aporta la Iglesia católica, a fin de comprender más acabadamente cuál es la visión de Dante al momento de describirlo.

15 Como define el *Catecismo de la Iglesia Católica*, “[el] estado de autoexclusión definitiva de la comunión con Dios y con los bienaventurados es lo que se designa con la palabra ‘infierno’” (*Catecismo de la Iglesia Católica* [CIC], 1033).

16 Si bien históricamente se ha afirmado de manera categórica que Dante seguía la estructura tomista, tal y como expresábamos al comienzo del artículo, algunos autores como MacIntyre (1992) sost-

Resulta especialmente interesante estudiar qué naturaleza tiene el castigo que les impone Dios a los hombres y si este es justo, considerando que Dante nos narrará los castigos que le corresponden, para él, a cada pecado.

En este punto es menester reparar en la necesidad de la pena: ante una injusticia, un pecado, un delito, una falta, ¿no se corresponde verdaderamente una pena?, ¿no es acaso esta lo que permite restituir la justicia?

Parece clave esta idea del restablecimiento del orden de la justicia a través de la pena. En una frase de apariencia misteriosa, santo Tomás ha dicho que “la pena completa a la culpa” (De Malo, q. 1, a. 5). Y quizás la complete como un círculo que se cierra (...) La pena destruye la desigualdad introducida por la culpa. (Cordesido y De Martini, 2005, p. 40).

Entre los griegos, Hesíodo sostenía que el papel de *Diké*, la Justicia, era la de restablecer el orden cuando este había sido roto.¹⁷ En su obra *Los trabajos y los días*, Hesíodo (2006) sostiene:

a quienes (...) sólo les preocupa la violencia nefasta y las malas acciones, contra ellos el Crónida Zeus de amplia mirada decreta su justicia. (...) Sobre ellos desde el cielo hace caer el Cronión una terrible calamidad, el hambre y la peste juntas, y sus gentes se van consumiendo. Las mujeres no dan a luz y las familias mueren por determinación de Zeus Olímpico. (p. 137)

En *Edipo Rey* (Sófocles, 2015), podemos ver precisamente un castigo como el que describía Hesíodo:¹⁸ Tebas se encuentra sumida en una peste terrible por culpa de un homicidio que no fue investigado. “Esta sangre es la que está sacudiendo la ciudad (...) [Layo] murió y ahora nos prescribe claramente que tomemos venganza de los culpables con violencia” (Sófocles, 2015, p. 203).

Más aún, Solón¹⁹

ienen que: “Algunos tomistas del siglo XIX ofrecieron a Dante lo que creían que era el cumplimiento de leerlo como un tomista. Pero en parte no lo fue, porque construyó poética y filosóficamente, a partir de las tradiciones agustiniana y aristotélica, una síntesis que era auténticamente suya, por lo que resultan impresionantes sus concordancias con Tomás de Aquino” (p. 185).

17 Heráclito escribió que “El sol no traspasará sus medidas; si no, las Erinias, ministras de la justicia, sabrán encontrarlo” (Frag. 94).

18 “La ciudad, como tú mismo puedes ver, está ya demasiado agitada y no es capaz todavía de levantar la cabeza de las profundidades por la sangrienta sacudida. Se debilita en las plantas fructíferas de la tierra, en los rebaños de bueyes que pacen y en los partos infecundos de las mujeres. Además, la divinidad que produce la peste, precipitándose, aflige la ciudad” (Sófocles, 2015, p. 201).

19 Cf. *Eunomía y Elegía a las musas*.

funda su fe política en la fuerza de Diké, y la imagen que traza de ella conserva visiblemente los colores de Hesíodo²⁰. (...) Solón no descubrió de nuevo las ideas de Hesíodo. (...) No hizo más que desarrollarlas (...) No se cansa de proclamar que es imposible pasar por encima el derecho porque, en definitiva, éste siempre sale triunfante. Pronto o tarde viene el castigo y sobreviene la necesaria compensación, cuando la hybris humana ha traspasado los límites. (Jaeger, 2012, p. 141)

De acuerdo con el pensamiento griego clásico, que sostenía que a la desmesura le correspondía una pena restitutiva del orden, se puede afirmar que las penas impuestas por Dios responden a la gravedad del daño causado.

Pero debemos preguntarnos si es razonable que la justicia pueda significar causarle un mal a alguien. A esta cuestión, respondemos: “En rigor, tal es la dinámica propia de la justicia en la que, dar a uno lo suyo, implica por necesidad privar a otro u otros de bienes actuales o potenciales” (Codesido y De Martini, 2005, p. 20).

Entonces, si sostenemos que el pecado rompe con el orden del universo –y, por tanto, de la Justicia–, debemos coincidir con santo Tomás cuando afirma: “Alguien es castigado en el Infierno para conveniencia del universo, para que nada quede desordenado, si la culpa no es ordenada a través de la pena” (II Sent., d. 36, q. 1, a. 3).

En relación con la proporcionalidad de las penas, es importante destacar que en el Infierno también se cumple con la topografía de la que se hablaba en el párrafo sobre la estructura de la obra: los pecados más graves son castigados con sanciones más gravosas y se encuentran en círculos más alejados de Dios, en las profundidades de la tierra.

En el canto XI, cuando describe el séptimo círculo del Infierno, vemos que el cerco de los violentos está repartido en tres espacios: uno para los violentos contra el prójimo, otro para los violentos consigo mismos y otro para los violentos contra Dios:

de violentos el primer círculo está lleno; / mas, como tanta fuerza hacen a tres, / en tres recintos está marcado y construido. // A Dios, a sí mismo, al prójimo se puede / violentar, digo; a ellos y a sus cosas, / como oirás con clarísimas razones.²¹

20 Almeida (2018) no solo coincide con lo planteado sobre la “continuación” de Hesíodo en Solón, sino que analiza también las estructuras literarias y sugiere que las alusiones no son meramente filosóficas. Cf. Loney y Scully (2018, pp. 193-209).

21 En el original: “De’ violenti il primo cerchio e tutto; / ma perché si fa forza a tre persone, / in tre gironi è distinto e costrutto. // A Dio, a sé, al prossimo si pone / far fora, dico in loro ed in lor

Santo Tomás, en la q. 73 de la I-IIae de la Summa, señala que

el daño que uno se hace a sí mismo, en cosas de su propio dominio, por ejemplo; en las riquezas que posee, tiene menos razón de pecado que si lo hace a otro (...) Pero en cosas que no son de su propio dominio, cual sucede con los bienes naturales y espirituales, es pecado mayor el hacerse daño: así, peca más gravemente quien se suicida que quien mata a otro. (ST, I-II, 73, 9, 2)

Conforme a ese criterio, Dante coloca a los violentos contra el prójimo en el primer espacio del séptimo círculo: “Homicidas y aquellos que hieren, / dañosos y predadores agrupados, / sufren tormento en el primer recinto”,²² mientras que los violentos consigo mismos se encuentran en el segundo: “Puede el hombre poner sobre sí mano violenta, / o sobre sus bienes; y por eso / en el segundo recinto es justo que se lamente y arrepienta”.²³ Por último, los violentos contra Dios serán castigados en el último recinto de este círculo. “Puede hacer violencia a la deidad / el corazón negando y blasfemando a aquélla, / y despreciando de natura su bondad”.²⁴

Vemos así cómo Dante entiende que en el Infierno Dios sancionará a quienes pecaron en vida, privándolo de bienes y aplicando castigos. De ese modo, Dios restituye un orden que ha sido corrompido por el pecador.

4. El castigo justo

Cuando castigas a los malos, ello es justo porque conviene a sus méritos; cuando los perdonan justo es, no porque convenga a sus méritos, sino a tu bondad.
(Anselmo de Canterbury, 1970, p. 51)

cose, / come udirai con aperta ragione” (Alighieri, 2015a, Infierno, Canto XI, versos 28-33). La traducción me pertenece.

- 22 En el original: “onde omicide e ciascun che mal fiere, / guastatori e predon, tutti tormenta / lo giron primo per diverse schiere” (Alighieri, 2015a, Infierno, Canto XI, versos 37-39). La traducción me pertenece.
- 23 En el original: “Puote omo avere in sé man violenta, / e ne suoi beni; e pero nel secondo giron convien che sanza pro si penta” (Alighieri, 2015a, Infierno, canto XI, versos 40-42). La traducción me pertenece.
- 24 En el original: “Puossi far forza ne la deitade, / col cuor negando e bestemmiano quella, / e spregiando natura sua bontade” (Alighieri, 2015a, Infierno, XI, versos 46-48). La traducción me pertenece.

El pecado veda el camino a la felicidad.
(Moeller, 1963, p. 251)

Hemos dicho ya que, en el Infierno, el castigo que se aplica es proporcional a la culpa y al daño que se causó con los pecados en vida. Pero ¿podríamos calificar de justo el castigo que reciben los pecadores?

“El castigo es eterno y merecido; aflige a los que lo eligieron por su cuenta; las almas de los condenados saben que desearon esa suerte, ya que una pequeña lágrima de arrepentimiento hubiera podido salvarles para siempre” (Moeller, 1963, p. 240). Pero, en palabras de Dante: “a quien no se arrepiente no se absuelve”.²⁵

Es razonable preguntarnos si es posible que los pecadores se arrepientan en el Infierno al tiempo que cumplen con su castigo. La respuesta no puede sino ser negativa: como señala el *Catecismo de la Iglesia Católica*, “morir en pecado mortal sin estar arrepentido ni acoger el amor misericordioso de Dios, significa permanecer separados de Él para siempre por nuestra propia y libre elección”²⁶ (CIC, 1033).

Como nos cuestionábamos anteriormente, hay que justificar por qué podemos decir que algo que es sensiblemente malo, como un castigo (que causa dolor y sufrimiento), puede ser considerado justo (y, por tanto, bueno). Santo Tomás responde así:

el castigo, en cuanto castigo, es justo, y lo que es justo, es bueno. Luego, el castigo, en cuanto castigo, es algo bueno. Pero (...) el castigo, en cuanto castigo, es malo respecto de algo (o de alguien); en cuanto es justo, es bueno absolutamente. Sin embargo, nada impide que aquello que es bueno absolutamente sea malo respecto de algo; así como la forma del fuego es lo bueno absolutamente, pero es lo malo para el agua. (Tomás de Aquino, 1994, q. 1, a. 1, dif. 18)

Es decir, el castigo (pese a causar sufrimiento) no deja de ser algo absolutamente bueno: permite recuperar un orden que ha sido corrompido.

Mientras que el castigo legal “suele justificarse sobre la base de alguno de los siguientes fundamentos: la necesidad que tiene la sociedad de protegerse contra el delito, la reforma del delincuente, la fuerza disuasoria del ejemplo para

25 En el original: “Ch’assolver non si puo chi non si pente” (Alighieri, 2015a, Canto XXVII, verso 118). La traducción es de Jorge Aulicino.

26 “Este llamado a la decisión individual es el signo bajo el cual el cristianismo, y con él la entera obra dantesca, se dirige al ser humano” (Pérez Carrasco, 2021, p. 89).

delincuentes potenciales y, finalmente, la justicia retributiva” (Arendt, 2018, p. 54), el castigo de Dios especialmente se basa en la justicia retributiva; busca sancionar, con una pena proporcional al pecado, aquella conducta injusta y nociva. Sin embargo, es importante destacar que el infierno tiene fuerza disuasoria, al igual que la pena humana.

En la *Divina Comedia*, los personajes aceptan sus castigos sabiendo que es algo que les corresponde por sus actos. Como señala Borges (2018a), “*Francesca sabe que el castigo es justo, lo acepta (...)*” (p. 27).²⁷

Es interesante reparar en aquel momento de la obra en el que las almas esperan ser llevadas hacia el Infierno por la nave de Caronte. En palabras de Dante, “las almas estaban ansiosas de cruzar” (Alighieri, 1984, p. 93). Pérez Carrasco (2021) hipotetiza que “así como en vida desconocieron el temor de Dios, ahora están aterrorizados ante la voz de Caronte. Saben, aunque no se arrepientan, que la pena que les espera es justa” (p. 153). Y, como agrega Dante, están ansiosos de cruzar el río; la justicia divina los incita, de modo que el temor se vuelve deseo.²⁸

Es por todo esto que podemos afirmar que el castigo que se impone en el Infierno es justo. Ahora nos resta analizar qué pasa cuando los pecadores se arrepienten en vida y qué sucede con las almas en el Purgatorio.

5. Purgatorio

Mi misericordia no lo desea, pero la justicia lo exige.
(Kowalska, 2012, p. 34)

Cuenta santa sor Faustina Kowalska (2012) que una noche, tras preguntarle a Jesús por quién debía rezar, se le apareció su Ángel de la Guarda, que le dijo que lo siguiera: “En un momento me encontré en un lugar nebuloso, lleno de fuego y había allí una multitud de almas sufrientes. Estas almas estaban rezando con gran fervor, pero sin eficacia para ellas mismas, sólo nosotros podemos ayudarlas” (p. 34). De la misma forma, Dante nos narra que, en el Purgatorio, las almas piden constantemente ser recordadas: “Acuérdate de mí” (Alighieri, 2012b, p. 41), suplican. “Te ruego ahora por aquel valor / que te guía al sumo

27 El énfasis me pertenece.

28 “E pronti sono a trapassar lo rio, / ché la divina giustizia li sprona, sí che la tema si volve in disio” (Alighieri, 2015b, canto III, versos 123-126). La traducción me pertenece.

de la escala / recuerdes atemperar a su tiempo mi dolor” (Alighieri, 2015b, 385).²⁹

No debemos olvidar la diferencia importantísima entre el Purgatorio y el Infierno; las almas que allí habitan podrán, tras purgar sus pecados, llegar a Dios. Como explica el *Catecismo de la Iglesia Católica*, “Los que mueren en la gracia y en la amistad de Dios, pero imperfectamente purificados, (...), sufren después de su muerte una purificación, a fin de obtener la santidad necesaria para entrar en la alegría del cielo” (CIC, 1030).

Por eso mismo cobra tanta relevancia la misericordia de Dios: Él perdona sus pecados y, tras purgar sus culpas, purificándose, restituyendo el orden de la justicia, se les concederá la gracia de estar con Él.

Dante también retrata que, en el Purgatorio, las almas recitan el *Miserere*.³⁰ “En tanto por la margen, de traveso, / gente hacia nos y próxima venía / cantando el *Miserere* verso a verso” (Alighieri, 2012b, p. 37). Esto es muy significativo, pues, tal como señala De Martini (2013), en el Salmo 50, *Miserere*, “como en ningún otro lugar, se canta a la misericordia infinita³¹ de Dios frente al pecado” (p. 48).

Todo pecador que se arrepiente³² y se lanza a los brazos de Dios es acogido por su misericordia. En la obra, Dante nos muestra que todo pecador arrepenti-

29 “Ara vos prec, per aquella valor / que vos guida al som de l’ escalina / sovenha vos a temps de ma dolor!” (Alighieri, 2015b, Purgatorio, Canto XXVI, v. 147-150). La cita es la única parte de toda la *Comedia* que no está en italiano, y está en boca de Arnaut Daniel.

30 Misericordia [hésed], Dios mío, por tu bondad, / por tu inmensa compasión [rahámín] borra mi culpa; / Lava del todo mi delito, / limpia mi pecado. / Pues yo reconozco mi culpa, / tengo siempre presente mi pecado: / contra ti, / contra ti solo pequé, / cometí la maldad que aborreces. / En la sentencia tendrás razón, / en el juicio resultarás inocente. / Mira, en la culpa nací, / pecador me concibió mi madre. / Te gusta un corazón sincero, / y en mi interior me inculcas sabiduría. / Rocíame con el hisopo: quedaré limpio; / lávame: quedaré más blanco que la nieve. / Hazme oír el gozo y la alegría, / que se alegren los huesos quebrantados. / Aparta de mi pecado tu vista, / borra en mí toda culpa. / Oh Dios, crea [bará] en mí un corazón puro, / renuévame por dentro con espíritu firme; / no me arrojes lejos de tu rostro, / no me quites tu santo espíritu. / Devuélveme la alegría de tu salvación, / afiánzame con espíritu generoso: / enseñaré a los malvados tus caminos, / los pecadores volverán a ti. / Librame de la sangre, oh Dios, / Dios, Salvador mío, / y cantará mi lengua tu justicia. / Señor, me abrirás los labios, / y mi boca proclamará tu alabanza. / Los sacrificios no te satisfacen: / si te ofreciera un holocausto, no lo querías. / Mi sacrificio es un espíritu quebrantado; / un corazón quebrantado y humillado, tú no lo desprecias. / Señor, por tu bondad, favorece a Sión, / reconstruye las murallas de Jerusalén: / entonces aceptarás los sacrificios rituales, / ofrendas y holocaustos, / sobre tu altar se inmolarán novillos (Salmo 50).

31 En palabras de san Juan Pablo II (2002), el Salmo 50 es “el salmo penitencial más amado, cantado y meditado; se trata de un himno al Dios misericordioso, compuesto por un pecador arrepentido” (párr. 1).

32 “La acogida de su misericordia exige de nosotros la confesión de nuestras faltas” (CIC, 1847).

do es perdonado por Dios: “mi pecar horrible ha sido; / mas la bondad infinita de sus brazos son de manera / que cuanto a ellos se lanza es acogido”.³³

En este mismo sentido, si recurrimos a la Parábola del Regreso del Hijo Pródigo (Lc 15, 12), que es uno de los retratos por excelencia de la misericordia, vemos que la respuesta del padre ante el arrepentimiento de su hijo es la misericordia. No necesita más que verlo para perdonarlo; corre y lo besa, haciendo nacer de dentro de él ese amor inspirado por el arrepentimiento de su hijo.

“Si decimos: ‘no tenemos pecado’, nos engañamos y la verdad no está en nosotros. Si reconocemos nuestros pecados, fiel y justo es Él para perdonarnos los pecados y purificarnos de toda injusticia” (Jn 1, 8-9.). Es importantísimo destacar nuevamente esta idea: hay que reconocernos pecadores para que Él pueda perdonarnos: “Para que Jesús sea misericordioso tiene que haber alguien miserable, un mendigo, un individuo pobre, alguien que reconozca su miseria, sus debilidades, y que las deposite en su corazón” (Daigneault, 2005, p. 130).³⁴

Como explica san Juan Pablo II, reconocer nuestro propio pecado,

reconocerse pecador, capaz de pecado e inclinado al pecado, es el principio indispensable para volver a Dios. (...) Presupone e incluye, por consiguiente, hacer penitencia en el sentido más completo del término: arrepentirse, mostrar arrepentimiento, tomar la actitud concreta de arrepentido, que es la de quien se pone en el camino del retorno al Padre. (Juan Pablo II, 1984, N. 13)

Claro que, “como afirma san Pablo, ‘donde abundó el pecado, sobreabundó la gracia’ (Rm 5, 20). Pero, para hacer su obra, la gracia debe descubrir el pecado para convertir nuestro corazón y conferirnos ‘la justicia para la vida eterna por Jesucristo nuestro Señor’ (Rm 5, 20-21)” (CIC, 1848).

En la obra se introduce también el concepto de que el perdón viene acompañado de arrepentimiento por parte del pecador; “‘voy’; y lo dije en rubor bañado / que al hombre de perdón suele hacer digno” (Alighieri, 2012a, p. 36). De este modo, Dante muestra que el arrepentimiento, la vergüenza y el rechazo hacia los propios actos injustos hacen al hombre merecedor del perdón.

33 En el original: “Orribil fueron li peccati miei: / ma la bontá infinia ha sí gran braccia, / che prende ciò che si rivolge a lei” (Alighieri, 2015b, Purgatorio, canto III, versos 121-123). La traducción me pertenece.

34 “For Jesus to be merciful there must be someone who is miserable, a beggar, a poor individual, someone who acknowledges his misery, his weakness and who deposits it in his heart”. La traducción me pertenece.

Como indica san Juan Pablo II (1980), “la reparación del mal o del escándalo, el resarcimiento por la injuria, la satisfacción del ultraje son condición del perdón” (p. 14). En el caso del Purgatorio, la forma de resarcir la injuria será mediante el padecimiento de un mal. Como señala santo Tomás, “el mal consiste en una privación, esto es, en la carencia de un bien que el sujeto debería poseer” (ST, I, 48, 5, 1).³⁵ En el Purgatorio, las almas son castigadas precisamente –y en mayor medida– por su distanciamiento con Dios.

Lo mismo que nos narra Dante es descripto por sor Faustina que, durante su viaje por el Purgatorio, les preguntó a esas almas cuál era su mayor tormento y ellas contestaron unánimemente que “su mayor tormento era la añoranza de Dios” (Kowalska, 2012, p. 34).

Entonces, podemos afirmar, el perdón no quita la necesidad de reparación del ultraje. En el Purgatorio vemos que las almas atraviesan los dolorosos castigos, pero sabiendo que así llegarán a Dios: “Alma –diciendo– en que el dolor madura / eso sin lo que a Dios nunca se obtiene / deja un poco por mí tu mayor cura” (Alighieri, 2012b, p. 135).

Sin embargo, esa penitencia, ese dolor, posee una insoslayable diferencia con el Infierno: “aquí (...) la penitencia se hace ante Dios, acompañada de humildad y oración; las almas son protegidas por los ángeles. En una palabra, la penitencia se cumple bajo el amparo de un Dios personal” (Moeller, 1963, p. 246).

Podría decirse que el Purgatorio es como un renacer: tras purgar las penas, las almas estarán en el Cielo. Pérez Carrasco (2021) lo compara con la Pascua: “Nótese que las etapas del viaje de Dante coinciden con las etapas de la Pascua, es decir, con la Pasión, muerte y resurrección de Cristo. Ahora que (...) entramos al Purgatorio, también nosotros, peregrinos, estamos por renacer” (p. 238).

Antes de concluir, debemos preguntarnos también si no es injusto que Dios perdone los pecados. Pero, como explican Codesido y De Martini (2005), haciendo una comparación con el juez penal,

El juez penal no tiene alternativas, salvo las fijadas por la misma ley. A diferencia de Dios, no está en sus manos el ejercicio de la misericordia: “Porque aquel juez que está encargado de castigar una culpa cometida contra otro hombre, o contra toda la sociedad, o contra el príncipe superior, no puede perdonar la pena sin faltar a la justicia. Pero Dios no tiene superior alguno, sino que Él mismo es el

35 Cf. STA, Cuestiones disputadas sobre el mal, q.1, a.1, que contiene una definición muy similar: “El mal no es algo sino que es la privación misma de algún bien particular”.

supremo y común bien de todo el universo. Y por esto si perdona el pecado, que tiene razón de culpa por ser cometido contra Él mismo, a nadie injuria, como todo hombre que perdona sin la satisfacción la ofensa cometida contra él, obra con misericordia y no injustamente”. (p. 70)³⁶

La confesión, o el llamado “sacramento del perdón o de la penitencia”, “es una especie de acto judicial; pero dicho acto se desarrolla ante un tribunal de misericordia” (Juan Pablo II, 1984, 31, II). Claro que el carácter judicial del que hablamos no es comparable con los tribunales humanos más que por analogía: mientras que siempre que uno se presente ante el tribunal divino acusándose es perdonado, “quien se acusa ante un tribunal humano es generalmente condenado. En el sacramento, el sacerdote pronuncia su juicio en nombre de Cristo, que es al mismo tiempo nuestro Juez, nuestro Abogado y nuestro Salvador” (Van Havre, 2015, p. 34).

Como todos los pecados son ofensas contra Dios, no obra injustamente, sino con misericordia. Santo Tomás escribe: “Dios, al obrar misericordiosamente, no actúa contra sino por encima de la justicia. (...) la misericordia no anula la justicia, *sino que es como la plenitud de la justicia*” (ST, I, q. 21, a. 3).³⁷

6. Conclusiones

*A las almas que propagan la devoción a Mi misericordia,
las protejo durante toda su vida como una madre cariñosa
a su niño recién nacido y a la hora de la muerte no seré
para ellas el Juez, sino el Salvador Misericordioso.*
(Kowalska, 2012, p. 406)

*Partiendo del sufrimiento, el pecado y la muerte,
llegamos a la sonrisa eterna de Dios.*
(Moeller, 1963, p. 257)

En palabras de Borges (2018a), “La Comedia es un libro que todos debemos leer. No hacerlo es privarnos del mejor don que la literatura puede darnos, es entregarnos a un extraño ascetismo” (p. 33).

Debemos coincidir con Borges no solo porque la *Comedia* es una de las

36 Cf. ST, III, 46, 2, 3.

37 En este mismo sentido, confróntese Casaubon (2016).

obras más importantes de la literatura universal, sino porque tiene una riqueza verdaderamente insondable. Como sosteníamos al comienzo, Dante tiene una *missio* educadora:³⁸ quiere guiarnos al Paraíso.

Daigneault (2005), un sacerdote estadounidense, sostiene que

En nuestras sociedades occidentales saciadas, sentimos muy bien lo que nos separa de Dios: es nuestro rechazo a la muerte y nuestra determinación de no sufrir. (...) Básicamente, el mundo moderno no rechaza el paraíso; lo quiere inmediatamente y sin pagar el precio por él. Quiere el paraíso pero rechaza el camino que ha trazado Cristo para llegar a él, por lo que adopta otro paraíso para no seguir ese camino. No acepta que el paraíso esté más allá de este mundo; lo quiere en esta tierra, al alcance inmediato y, sobre todo, sin ningún sufrimiento. (p. 37)³⁹

Resulta de vital importancia, hoy más que nunca, que recordemos cuál es el camino trazado por Cristo para llegar a Él, que repensemos cuál es la naturaleza del pecado, del castigo y de la misericordia de Dios. Sin lugar a dudas, es por su gracia salvadora y misericordia infinita que los hombres pueden escoger su camino y morar con Él en la eternidad.

Si Dante escribe su viaje al más allá no es para entretenernos con su lectura, sino para que, identificados con el personaje que atraviesa los tres reinos de ultratumba, podamos conocer lo más bajo de nuestra naturaleza y, al conocerlo, podamos avergonzarnos, arrepentirnos por el mal cometido, y enderezar nuestra vida hacia el bien. (Pérez Carrasco, 2021, p. 129)

Moeller (1963) se preguntaba:

¿Hay que dar gracias a Dios por el genio de Dante o por el genio del cristianismo? Si bien es cierto que nuestra religión jamás ha sido tan magníficamente ensalzada por labios humanos como lo fue por boca de Dante, ¿sería éste lo que es sin la revelación cristiana? Para escribir La Divina Comedia se necesitaba un Dante; necesitábase, sobre todo, el don del cielo, la vida de Dios dada a los hombres. (p. 258)

38 Como él mismo sentencia, “No quisiera, lector, que tu alma vague / arisca de la enmienda viendo lasa, / cuál quiere Dios que el débito se pague!” (Alighieri, 2012a, p. 75).

39 “In our sated Western societies, we sense very well what separates us from God, it is our rejection of death and our determination not to suffer. We have become very strong in the exercise of this rejection and determination. Basically, the modern world does not reject paradise; it wants it immediately and without paying the price for it. It wants paradise but it rejects the way that Christ has traced to reach it, so it adopts another paradise so as not to follow this way. It does not accept that paradise is beyond this world; it wants it on this earth, within the immediate reach and especially without any suffering thrown in. (...)”. La traducción me pertenece.

Dios nos ha regalado el camino, la verdad y la vida⁴⁰ para que alcancemos el cielo. Nos dio también una obra literaria de esta talla para que nos enderecemos, aprendamos y nos esforcemos día a día para seguirlo. Dante decía que el fin del poema es “rescatar a los que en esta vida viven en un estado de miseria, y conducirlos a un estado de felicidad”.⁴¹ Esperemos que las palabras de Dante penetren en nuestros corazones y así podamos, algún día, oír las más bellas palabras que un hombre jamás podría escuchar: “Venid, benditos de mi Padre, recibid la herencia del Reino preparado para vosotros desde la creación del mundo” (Mt 25, 34).

Bibliografía

- Alighieri, D. (1912). *La Vida Nueva*. Montaner y Simón editores.
- Alighieri, D. (1984). *La Divina Comedia. Infierno*. Asociación Dante Alighieri.
- Alighieri, D. (2012a). *La Divina Comedia. Infierno*. Losada.
- Alighieri, D. (2012b). *La Divina Comedia. Purgatorio*. Losada.
- Alighieri, D. (2012c). *La Divina Comedia. Paraíso*. Losada.
- Alighieri, D. (2014). Epístolas. En *Opere* (Vol. II). Mondadori.
- Alighieri, D. (2015a). *La Divina Comedia. Infierno*. Edhasa.
- Alighieri, D. (2015b). *La Divina Comedia. Purgatorio*. Edhasa.
- Alighieri, D. (2018). Epístolas. En: *Mutatis Mutandis: Revista Internacional de Filosofía*, (10), 143-176.
- Anselmo de Canterbury. (1970). *Proslogión*. Aguilar.
- Aparicio Ruiz, S. (2016). La idea de la Justicia de Dante Alighieri. *De Medio Aevo*, 5(2), 9-36.
- Arendt, H. (2018). *Responsabilidad y juicio*. Paidós.
- Aristóteles. (2007). *Ética nicomaquea*. Losada.
- Auerbach, E. (2007). *Dante. Poet of the secular world*. New York Review Books.
- Borges, J. L. (2018a). *Siete Noches. La Divina Comedia*. Sudamericana.
- Borges, J. L. (2018b). *Ensayos dantescos. El Verdugo Piadoso*. Sudamericana.
- Catecismo de la Iglesia Católica*
- Casaubon, J. R. (2016). *La misericordia como plenitud de la justicia*. XLI Semana Tomista – Congreso Internacional, 2016. Sociedad Tomista Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Católica Argentina. Buenos Aires, Argentina, del 12 al 16 septiembre de 2016. <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3708/1/misericordia-plenitud-justicia-casaubon.pdf>.
- Codesido, E. y De Martini, S. M. A. (2005). *El concepto de la pena y sus implicancias jurídicas en Santo Tomás de Aquino*. El Derecho.
- Crespo, A. (1999). *Dante y su obra*. Acantilado.

40 Cf. “Yo soy el Camino, la Verdad y la Vida. Nadie va a mi Padre sino por mí” Jn. 14, 6.

41 En el original: “removere viventes in hac vita de statu miserie et perducere ad statum felicitatis” (Alighieri, 2014, *Epístolas XIII*, 15).

- Daigneault, A. (2005). *The Good Thief*. Xulon Press.
- De Martini, S. M. A. (2013). *Misericordia y justicia*. Educa.
- Kowalska, sor M. F. (2012). *Diario. La Divina Misericordia en mi alma*. Padres Marianos de la Inmaculada Concepción de la Santísima Virgen María.
- Gilson, E. (2011). *Dante y la Filosofía*. EUNSA.
- Graneris, G. (1973). *Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho*. EUDEBA.
- Hesíodo. (2006). *Los trabajos y los días*. Gredos.
- Hernández de Lamas, G. (2016). La educación de la justicia: el contrapaso en la comedia dantesca. *Prudentia Iuris*, (82), 59-66.
- Jaeger, W. (2012). *Paideia*. Fondo de Cultura Económica.
- Juan Pablo II. (1980). *Encíclica Dives in Misericordia*. http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30111980_dives-in-misericordia.html.
- Juan Pablo II. (1984). *Encíclica Reconciliatio et Paenitentia*. http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_02121984_reconciliatio-et-paenitentia.html.
- Juan Pablo II. (8 de mayo de 2002). *Audiencia General*. http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/audiencias/2002/documents/hf_jp-ii_aud_20020508.html.
- Loney, A. y Scully, S. (Eds.). (2018). *The Oxford Handbook of Hesiod*. <https://books.google.com.ar/books?hl=es&lr=&id=IZFIDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA193&dq=five+essays+solon+e-unomia+jaeger+german&ots=8komSdfy6o&sig=QHjHLMKqgCnPvizXxC-Dd1lQEsY#v=onepage&q&f=false>.
- MacIntyre, A. (1992). *Tres versiones rivales de la ética: Enciclopedia, Genealogía y Tradición*. RIALP.
- Moeller, C. (1963). *Sabiduría griega y paradoja cristiana*. Editorial Juventud.
- Ocampo, V. (1960). Motu proprio. *Revista de la Universidad de México*, (12), 25-28.
- Papini, G. (1949). *Dante vivo*. Editorial Apolo.
- Pérez Carrasco, M. (2021). *La palabra deseada. La Divina Comedia en el mundo contemporáneo*. Mardulce.
- Pieper, J. (1972). *Justicia y Fortaleza*. RIALP.
- Sófocles. (2015). *Tragedias. Edipo Rey*. Gredos.
- Tomás de Aquino. (s.f.-a). *Comentario al Salmo 50*. http://hosted.desales.edu/w4/philltheo/loughlin/ATP/Psalm_50.html.
- Tomás de Aquino. (s.f.-b). *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo (Sent.)* Tomás de Aquino. (1951). *Suma Contra Gentiles*. Club de Lectores
- Tomás de Aquino. (1959). *Suma Teológica*. BAC. <https://www.corpusthomicum.org/snr.html>.
- Tomás de Aquino. (1994). *De Malo*. Editorial Universitaria.
- Van Havre, D. (2015). *La confesión explicada hoy. Los beneficios del sacramento de la reconciliación*. RIALP.

ALGUNAS INCONSISTENCIAS EN EL SISTEMA DE DAÑOS

Ignacio E. Alterini

Universidad Austral
ialterini@austral.edu.ar

Recibido: 09/10/2022

Aceptado: 31/10/2022

Resumen

Es necesario que el régimen del derecho de daños sea considerado en su globalidad con la finalidad de armonizar los objetivos de cada uno de sus subsistemas, especialmente entre aquellos que se vinculan estrechamente en la dinámica económica. En la búsqueda de la coordinación normativa, en este artículo se destacan algunas inconsistencias que merecen un abordaje desde la política legislativa para evitar declamaciones vacuas de contenido. Se pondera la cuestión de los incentivos en la prevención de daños y se exponen soluciones para alcanzar ese cometido. Asimismo, se analiza la virtualidad de la autonomía de la voluntad en el campo del deber de responder por daños y se destacan sus límites. También se enfatiza en la necesidad de que la reparación sea oportuna y se propone una vía para que se puedan sortear los escollos procesales.

Palabras clave: sistema de daños, incentivos para la prevención, reparación integral o plena, límites del deber de responder, reparación oportuna.

Some Inconsistencies in the Torts System

Abstract

Tort law must be considered as a whole in order to harmonize the objectives of each of its subsystems, especially among those that are closely linked in the economic dynamics. In the search for regulatory coordination, some inconsistencies are highlighted that deserve to be approached from a legislative policy standpoint in order to avoid empty statements. The incentives for prevention of damages are inappropriate and the author provides possible solutions for this issue. Likewise, the virtuality of the autonomy of the will in the field of the duty to respond for damages is analyzed. This paper also emphasizes in the need for reparation to be timely and proposes a way to avoid procedural obstacles.

Key words: torts system, incentives for prevention, integral or full reparation, limits to the duty to respond, timely reparation.

1. Necesidad de considerar al sistema en su globalidad

1.1. Quid de la sistematicidad normativa del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial disciplina al derecho de daños en los artículos 1708 a 1780, que se emplazan metodológicamente en el Libro Tercero “Derechos personales”, Título V “Otras fuentes de las obligaciones”, Capítulo 1 “Responsabilidad civil”. Este encuadramiento, sin embargo, no debe llevar a pensar que no existen normas regulatorias del responder civil en otros sectores del Código.

Ante esa suerte de dispersión normativa, le corresponde al intérprete emitir juicio acerca de la rectitud de ese proceder, especialmente ante manifestaciones autorales que penalizan la regulación por creer que “se destaca por su marcada asistematicidad” (López Mesa, 2016, p. 61).¹

La cuestión no debe versar únicamente respecto a si existen reglas de responsabilidad por fuera del sector del Código Civil y Comercial que lo regula con carácter general, pues entiendo que el análisis debe transitar por si es conveniente que así suceda. Además, si la mentada dispersión normativa constituyera un defecto legislativo, este no solo sería predicable con relación al derecho de daños, sino que se concretaría en otras hipótesis.²

Si el legislador optara por incluir todas las reglas de responsabilidad en el sector previsto al efecto, igualmente podría ser objeto de reproche, pero desde la óptica inversa. Así pues, situados en los institutos en particular se podría decir: ¿por qué se disgregan innecesariamente los preceptos que modelan a la figura en concreto?

Ante esa disyuntiva, opto por un camino hermenéutico intermedio en pro-

1 Se apuntan múltiples normas o “conjuntos o ensambles normativos aplicables a supuestos particulares de responsabilidad” por fuera del “sistema de responsabilidad civil” del Código Civil y Comercial (artículos 10, 118, 129 inciso c), 143 2º párrafo, 144 2º párrafo, 160, 167 *in fine*, 177, 181, 192, 200, 211, 275, 278, 337, 340, 376, 391, 587, 752, 774, 787, 793, 794, 819, 838, 899 inciso d), 991, 1009, 1033 a 1058, 1082, 1243, 1273 a 1277, 1288 a 1291, 1209 a 1317, 1328, 1370 a 1375, 1414, 1459, 1476, 1477, 1520, 1521, 1563, 1786 a 1788, 1826, 1846, 1936, 2096, 2250, 2317, 2321, 2517, 2527). Y se refiere que el artículo 1082 del Código Civil y Comercial sería una “auténtica confesión de asistematicidad”, pues “en dicho texto, amén de remitir a todo el Título V, que incluye tanto la responsabilidad civil, como los cuasicontratos –*que nada tienen que ver en la regulación de la responsabilidad contractual, lo que constituye un serio error*–, se reconoce que la responsabilidad civil se rige, en cuanto al incumplimiento contractual, por normas de tres fuentes normativas diversas, lo que da una muestra de la carencia de asidero de la pretensión de los propagandistas del nuevo Código sobre la sistematicidad regulatoria del mismo” (López Mesa, 2018, pp. 62-64). Énfasis en el original.

2 Así, la obligación de dar alimentos no está regulada en el ámbito de las obligaciones (artículos 432 a 434, 537 a 554, 658 a 670); el consorcio de propietarios se reglamenta al prever el derecho real de propiedad horizontal (artículo 2044) y no en el sector referido a las personas jurídicas privadas; se establecen normas referidas a la prescripción adquisitiva en el ámbito de las transmisiones de derechos ante la muerte (artículos 2311, 2368, 2459) e incluso en la obligación de saneamiento (artículo 1050); etc.

cura de equilibrar lo más valioso de una y otra mirada del mismo problema: lo razonable es que las directrices generales se establezcan en el capítulo destinado a la “responsabilidad civil” y se capten pautas especiales para las figuras que el legislador quiera modelar en los sectores normativos específicos.

1.2. El sistema de daños no se agota en el Código Civil y Comercial

Si bien los basamentos medulares del régimen de daños están provistos por la norma fundamental del derecho privado –es decir, el Código Civil y Comercial–³, sería gravemente equivocado y de visión sesgada apreciar que allí se agota la respuesta del ordenamiento jurídico ante el fenómeno dañoso.

Existen múltiples normas que prevén soluciones particulares en materia dañosa y el Código –como no podía ser de otra manera– no oculta esa circunstancia, pues en el artículo 1709 establece un orden de prelación normativa para el caso de concurrencia de disposiciones del Código con las previstas en leyes especiales.⁴

1.3. Hacia una mirada global: la búsqueda de la armonización

Un ordenamiento es sistemático cuando sigue o se ajusta a un sistema, según nos enseña el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española. Entonces, ¿qué es un sistema? Es el conjunto de principios, valores y reglas respecto a una determinada materia que se entrelazan entre sí y se ordenan en una dirección.

El sistema de daños debe ser ponderado en su globalidad, o sea, con la integración de los subsistemas para apreciar si existe una ordenación clara en cuanto a los objetivos y si median los incentivos adecuados para concretar las metas que procuran.

3 Acaso sea conveniente recordar que el derecho civil se califica como “común” porque pondera a la persona en cuanto tal, con prescindencia de la actividad que realiza o de con quien se vincula. No efectúa discriminaciones en cuanto a su ámbito subjetivo. Todos los integrantes de la comunidad están sometidos a sus designios, sin distinciones.

4 Artículo 1709 del Código Civil y Comercial: “*Prelación normativa*. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación: a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial; b) la autonomía de la voluntad; c) las normas supletorias de la ley especial; d) las normas supletorias de este Código”.

2. Desmitificación del principio de reparación integral o plena

2.1. Necesario punto de partida

En todo sistema reparatorio existen dos ideas centrales: a) todos los miembros de la comunidad, sin que graviten sus cualidades subjetivas o las actividades que realicen, deben ajustar sus comportamientos de manera que no generen perjuicios a otros; y b) en caso de que sus conductas deriven en daños que sean injustamente sufridos por terceros, el ordenamiento “reacciona” mediante el nacimiento de la obligación de reparar al damnificado.

A esa claridad inicial se le contraponen caminos sinuosos signados –en ocasiones– por recitaciones alejadas del tecnicismo jurídico y hasta de las realidades económicas y sociales circundantes.⁵ Es aquí en donde se emplaza el denominado “principio de reparación integral o plena”, que “a menudo ha sido mal interpretado, en una voraz aspiración a enriquecerse, so pretexto de una responsabilidad civil mal entendida” (Llamas Pombo, 2022, p. 101).

2.2. ¿Todo daño debe ser reparado? De la causalidad material a la jurídica

Un sustantivo puede adjetivarse de “integral”, según el *Diccionario...* de la Real Academia Española, cuando “comprende todos los elementos o aspectos de algo” (1ª acepción), en tanto que lo “pleno” supone lo “completo, lleno” (1ª acepción).

Es evidente, entonces, que desde el plano idiomático se afrontan vocablos con alcances sinonímicos: la “reparación integral” no es algo distinto de la “reparación plena”. Sin embargo, ese no es el sentir unánime de la doctrina científica, pues varios de sus exponentes –incluso luego de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial– interpretan que la expresión “reparación integral” puede llevar a pensar que la obligación de indemnizar debe abarcar todos los daños que haya padecido el damnificado, mientras que la fraseología de “reparación plena” sería más ajustada en atención a que lo que se debe indemnizar no serían todos los perjuicios, sino todos los que el ordenamiento jurídico envía a reparar.⁶

5 En las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 se apuntó esa circunstancia, al decir que “en el debate sobre la responsabilidad civil se suele utilizar un doble discurso: la mera declamación de buenos propósitos frente a las soluciones aplicables en el marco de la realidad”.

6 Así se expresa: “... hablar de una reparación integral puede interpretarse como un intento de borrar todos los efectos del suceso dañoso [...]. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que muchas veces es imposible restituir a la víctima al estado en que se encontraba con anterioridad al daño: el sufrimiento no puede ser borrado, las vidas no pueden ser devueltas y muchas veces la cosas perdi-

En los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, los miembros de la comisión redactora se sinceran y afirman que la reparación del daño nunca es integral, pues el “daño real” no coincide con el “daño jurídico”, ya que aquel comprende muchos aspectos que el sistema jurídico excluye, aunque sean significativos para el damnificado. En virtud de esta consideración es que apuntan: “... se ha decidido consagrar, como principio general, la reparación plena”. Y que, “como todo principio, debe lograrse su satisfacción en la mayor medida posible, lo que no es incompatible con que, en situaciones delimitadas, pueda armonizarse con otros principios y establecerse una limitación por medio de leyes especiales”.⁷

Orgaz (1954), al hacer tema con la reparación integral, previno acertadamente:

[...] sería un grave error entender este principio de modo que él obligue al responsable a reparar todo el daño que ha causado materialmente con su acto. No se trata de la causalidad material sino, como es obvio, solamente de la jurídica [...] el daño imputable al autor de un acto ilícito [...] es solamente el que se halla en conexión causal adecuada con ese acto, o sea, las consecuencias normales y, por tanto, previsibles de su acto. (pp. 144 y 145)

Una de las funciones arquetípicas que se le asigna a la causalidad es la de determinar la extensión del resarcimiento, o sea, la medida de la reparación. La regla general es que solo se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (artículo 1726, Código Civil y Comercial), sin perjuicio de excepciones legales. Por ello, la reparación será integral o, lo que es lo mismo, plena si el damnificado se ve reparado con ese alcance o con el previsto por el ordenamiento especial, ni más ni menos.

Existe una falta de armonía entre la comprensión del hombre común acerca

das o destruidas no pueden ser reparadas [...] estimamos que la reparación plena es la que se condice con la plenitud propia de cada ordenamiento jurídico, la que se obtiene según lo que cada uno de ellos atribuye al causante del daño. Es decir, la plenitud de la reparación depende de cada uno de los sistemas que matizan las soluciones con criterios muy diversos” (Calvo Costa, 2017, párr. 18).

7 Sin embargo, Lorenzetti, presidente de la comisión redactora que elaboró el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, sostuvo como juez de la Corte Suprema que “... cabe señalar que esta Corte, a lo largo del tiempo, ha empleado indistintamente las expresiones ‘reparación integral’ (fallos: 311:1722; 337:329; 338:934), ‘reparación íntegra’ (fallos: 219:798) o ‘reparación plena’ (fallos: 330:4633; 332:2633; esta última finalmente adoptada por el Cód. Civ. y Com. de la Nación), como nociones equivalentes que trasuntan, en definitiva, el imperativo constitucional de la reparación del daño, que no es otro que restituir, con la modalidad y amplitud que establece el ordenamiento, la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inciso y cas*, 10/08/2017, Fallos: 340:1038, Considerando 6°).

de lo que debe interpretarse por “reparación integral o plena” y la captación jurídica por parte de los especialistas, producto de imágenes desviadas y “formulaciones jurídicas simbólicas” (Alterini, 2008, p. 330). Esta inconsistencia solo genera una expectativa equivocada en los damnificados, la cual debe evitarse.

2.3. ¿Pueden repararse todos los perjuicios? Quid de la restitución del damnificado a la situación anterior al evento dañoso

Es habitual que se sostenga que la indemnización se endereza a borrar los efectos del ilícito dañoso; en otras palabras, que está dirigida a hacer desaparecer los perjuicios de la esfera de quien los padeció. Con la pretensión de efectuar una imagen, podría pensarse en el mal sufrido como una suerte de espejismo, y en la reparación como la causa del cese de la ilusión óptica; o bien aducirse la necesidad de que el damnificado vuelva al pasado inmediatamente anterior al daño a través de una suerte de máquina del tiempo denominada “indemnización”.⁸

La entusiasta presentación sería muy compartible, en tanto fuera siempre posible. Pero, lamentablemente, no lo es. Es que, aun cuando el sistema de daños fuese muy generoso en cuanto a la extensión de las consecuencias susceptibles de resarcimiento, se tropezaría con un valladar de la realidad: no todo daño es remediable.

Las vías para alcanzar el mentado regreso del damnificado a la situación anterior al evento dañoso son la reparación en especie o por equivalente (artículo 1740, Código Civil y Comercial).

¿Se puede regresar una vida perdida? ¿Es factible que el dinero subsane el desvanecimiento de ella? ¿La indemnización, en cualquiera de sus perfiles, tiene la aptitud para borrar una grave afección a la dignidad de una persona o una lesión al ambiente?

Nadie dudará de que las respuestas negativas se imponen. Por ello, es compartible la fraseología que emplea el denominado Proyecto Terré, al referir que la reparación “busca situar al demandante en la situación en la que se encontraría si es que no hubiese tenido lugar el daño causado” (artículo 49, 2° párr.).

8 La “reparación plena”, para el artículo 1740 del Código Civil y Comercial, “consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso”. Se dice que “contemplar las reglas relativas a la reparación, es tocar el corazón mismo de la materia, como objetivo final de la responsabilidad civil: ‘procurar que el daño hubiera sido solo un sueño’, según la bella expresión del decano Carbonnier. Pero esa misma ambición levanta poco sueño...” (Brun, 2014, p. 525).

2.4. Límites “cualitativos” y “cuantitativos” del deber de responder

No todos los daños son resarcibles, sino únicamente aquellos que el ordenamiento jurídico indica que se deben reparar. Ello es así, ante todo, por el juego de la causalidad jurídica mediante la determinación de la extensión del resarcimiento.⁹ También hay daños que deben ser soportados por el damnificado, por ejemplo, de mediar causales de justificación (artículos 1718 y 1720, Código Civil y Comercial). Pero también se puede arribar a esa circunstancia de ocurrir la fractura del nexo causal adecuado, verbigracia, por el hecho del damnificado (artículo 1729, Código Civil y Comercial).

Es decir, el sistema impone límites al derecho a ser indemnizado, cortapisas que atañen a aspectos “cualitativos” del responder civil. Estos límites no son generalmente objetados por los autores ni despiertan significativas controversias judiciales, sin embargo, la cuestión es disímil cuando el legislador establece límites “cuantitativos”,¹⁰ es decir, la imposición de hasta qué monto se van

9 La regla es que solo se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (artículo 1726, Código Civil y Comercial).

Hay quienes sostienen que el artículo 1728 del Código Civil y Comercial no siguió el sistema de causalidad adecuada para el caso de la responsabilidad derivada del incumplimiento de contratos paritarios o discrecionales, excepto en la hipótesis del deudor doloso. Esto se funda en que el criterio de apreciación no sería objetivo, sino eminentemente subjetivo (Picasso, 2014, p. 151). Se aprecia que las categorías de consecuencias mediatas, inmediatas y casuales “... no resultan de aplicación para efectuar el juicio de previsibilidad, el que se efectúa con referencia a lo que las partes previeron efectivamente o pudieron prever al momento de la celebración del contrato” (Galdós, 2015, p. 15). No coincide con esa presentación. Ante todo, esa postura tiende a diluir el distingo entre la apreciación de la culpa y de la causalidad, al subjetivar a esta última. Más allá de esa crítica, de la literalidad del artículo 1728 no se infieren esas derivaciones. La norma establece: “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”.

En primer lugar, una previsión expresa en el contrato (“las partes previeron”) puede determinar que el incumplidor deba responder “por más” consecuencias que las ordinarias –agravamiento– o “por menos” resultados dañosos –atenuación–, siempre que supere el umbral de juridicidad (artículos 10, 988, 1117 a 1121, Código Civil y Comercial, y 37, Ley 24240).

Por otra parte, la referencia a las consecuencias que las partes “pudieron haber previsto al momento de su celebración” debe relacionarse con el artículo 961 del Código Civil y Comercial que dispone que el contrato no solo obliga a lo “formalmente expresado”, sino también “a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidado y previsor”. Esta conexión normativa guarda plena armonía con las pautas generales de los artículos 1726 y 1727 del Código Civil y Comercial (Pizarro, 2022, p. 228), aunque la imputación de las consecuencias no sea valorada al tiempo del incumplimiento, sino en la oportunidad de la celebración del contrato, circunstancia que varía frente a incumplimientos dolosos.

10 Existen variadas normas especiales que establecen límites cuantitativos. Por ejemplo, el Código Aeronáutico (artículos 144, 145, 160), la Ley 20094 (artículos 278, 331, 337), la Convención de Viena sobre responsabilidad por daños nucleares ratificada por Ley 17048 (artículo V.I). También es importante la experiencia legislativa en materia de accidentes de trabajo.

a reparar los daños producidos. En este último supuesto se suele acudir a la raíz constitucional del deber de no dañar a otro¹¹ y al correlativo derecho a la reparación plena,¹² que emergerían –de acuerdo con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– del artículo 19 de la ley fundamental, para fundar su viabilidad.

Así como no debe cuestionarse *per se* la constitucionalidad de una norma cuando prevé *qué daños son resarcibles* –límites cualitativos–, tampoco se lo debe hacer automáticamente cuando establece cuánto debe indemnizarse –límites cuantitativos–, ya que en uno y en otro supuesto de lo que se trata es de apreciar el daño jurídico. Para ello, deberá analizarse la cuestión a partir de derechos supralegales, como la igualdad, la dignidad de la persona humana y la propiedad privada, y ponderar la razonabilidad de la normativa (artículo 28, Constitución nacional).

En el Código Civil y Comercial se aprecian límites cualitativos genéricos, pero no límites cuantitativos con vocación amplia. ¿Quiere decir que no podrían existir o que no sería conveniente? Entiendo que nada obsta a que existan y que, para determinadas actividades, puedan resultar convenientes. Coincido en que “la efectividad del derecho a ser reparado, de manera rápida, puede llegar a justificar ciertos topes indemnizatorios; aunque, claro está, en tanto en cuanto las indemnizaciones se paguen de manera tempestiva” (Ossola, 2018, p. 274).

3. Carencia de incentivos para la prevención daños

3.1. Contenido de la prevención en el Código Civil y Comercial

Es inequívoco que un sistema de daños no debe contentarse con “reaccionar” ante los indeseados efectos dañosos de los hechos ilícitos, sino que tiene que “anticiparse” al perjuicio para procurar su evitación.

A ese respecto, el Código Civil y Comercial –en seguimiento de su fuente inmediata, el Proyecto de 1998–¹³ le otorgó a la temática un fuerte impulso

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gunther, Fernando R. v. Nación Argentina*, 05/08/1986, Fallos: 308:1118; *Santa Coloma, Luis F. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*, 05/08/1986, Fallos: 308:1160.

12 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pérez, Fredy F. c. Empresa Ferrocarriles Argentinos*, 24/08/1995, Fallos: 318:1598; *Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A.*, 21/09/2004, Fallos: 327:3753; *Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART SA y otros s/ accidente - inciso y cas*, 10/08/2017, Fallos: 340:1038.

13 Artículo 1585 del Proyecto de 1998: “Prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría

al regular lo que denominó como “función preventiva” de la responsabilidad civil. El artículo 1710 impone que “toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa” de evitar la generación de un daño y, de no ser posible, de disminuirlo o, al menos, de no agravarlo; todo ello, bajo una actuación guiada por el principio de la buena fe, que en este aspecto nos conecta con el comportamiento diligente (artículos 9°, 729, 961, 1724, Código Civil y Comercial).

El artículo 1711 del Código Civil y Comercial disciplina una “acción preventiva” para forzar a quien, según las reglas de la causalidad, tenga el deber de prevenir. La acción “procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento” y la norma establece que “no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

3.2. ¿Antijuridicidad formal o material?

La doctrina controvierte acerca de qué debe entenderse por “acción u omisión antijurídica” en el ámbito de la prevención. Esta polémica ocupó tres despachos disímiles en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017, celebradas en La Plata.¹⁴

La lectura del artículo 1711 permitiría inferir que no solo se configura la antijuridicidad cuando se produce el daño, sino que también puede ser antijurídica una conducta todavía no dañosa, pues si la acción preventiva se aplicara únicamente cuando la antijuridicidad consistió en la causación del daño, carecería de efectos preventivos propios y solo podría ser eficaz para evitar la continuación del daño o su agravamiento.

sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa. c) De no agravar el daño, si ya se ha producido”. Artículo 1586 del Proyecto de 1998: “*Atribuciones del tribunal*. El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro”.

Distintas elaboraciones internacionales han sentado las bases de la función preventiva del daño con la mirada puesta en la contratación. Por ejemplo, el artículo 7.4.8. sobre “Atenuación del daño” de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales de 2010; reglas similares se advierten en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos en el artículo 9:505. También en el Contract Code de Harvey McGregor (artículo 439) y en la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (artículo 77).

- 14 “*Despacho A*. La antijuridicidad a la que alude el artículo 1711 del CCCN, debe ser aprehendida, según el ámbito como: a) En un sentido material, en lo extracontractual. b) En un sentido formal, en lo contractual. Aprobado por mayoría. *Despacho B*. La antijuridicidad material comprende ambas órbitas. Votos: Moreno; Farina; Lammana Guiñazú; Ubiría; Torello; Morón; Tagliani; Centeno; Gatto; Pizarro; Rojas; Gorosito. *Despacho C*. La acción preventiva, conforme a la regulación actual, sólo es procedente frente a una situación de antijuridicidad formal. Votos: Urrutia”.

La antijuridicidad supone la contrariedad de una conducta con el ordenamiento jurídico. Tal contradicción puede predicarse “antes” del daño, por ejemplo, mediante la violación de una ley o un incumplimiento contractual, o bien “con” el daño, a partir de la violación del deber genérico de no dañar. Ello nos conecta con la antijuridicidad formal y material, respectivamente.

Coincido con quienes piensan que si de lo que se trata es de “evitar” el daño, el presupuesto para la acción preventiva estará dado por una antijuridicidad formal, mientras que si lo que se busca es “disminuirlo” o “no agravarlo”, bastaría con una antijuridicidad material (Aicega, 2022, p. 363; Azar, 2018, p. 448).¹⁵

3.3. Interacción entre las funciones preventiva y resarcitoria

Otro interrogante que suscita la cuestión de la prevención en el Código es el siguiente: si se adoptaran las medidas preventivas exigibles e igualmente acaeciera el daño, ¿el autor debería responder por las consecuencias lesivas? La respuesta no es unívoca, pues es distinta según cuál sea el factor de atribución que fundamente el deber de reparar el daño.

Si la imputación del daño se efectúa a título de culpa o dolo, la demostración de la diligencia del sindicado como responsable funciona como eximente de responsabilidad. En cambio, tal acreditación no exhibe esa significación de mediar un factor de atribución objetivo, ya que el actuar diligente para evitar que el daño se cause no libera de responsabilidad en el supuesto de que se concrete (Alterini y Alterini, 2020, § 1276, p. 341).¹⁶

Una necesaria coordinación de estímulos fue rectamente estructurada en el Proyecto de 1998, que establecía un límite cuantitativo en ciertos supuestos de responsabilidad objetiva que no operaba si el responsable “actuó sin diligencia

15 Con respecto al inciso a) del artículo 1710 del Código Civil y Comercial, Azar (2018) sostiene: “Lógica y fácticamente no puede predicarse en este caso ilicitud respecto de un fenómeno –el daño– que no ocurre ni se produce por definición. Menos todavía exigir al demandado justificar una lesión que no ha causado. Ante ello, la única posibilidad jurídica es exigir la ilicitud de la conducta que se erige en condición previsible de un daño futuro y por lo tanto no es dable inhibir conducta lícitas, justificadas o permitidas por vía de la acción preventiva” (como se citó en Azar y Ossola, 2018, p. 448).

16 El artículo 1757 del Código Civil y Comercial, que aborda el deber de responder por el “hecho de las cosas y actividades riesgosas”, luego de prever que “toda persona responde por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización”, regla en su párrafo final: “La responsabilidad es objetiva. No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención”.

y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas”,¹⁷ sobre lo que se volverá en el apartado 11.

3.4. Una reflexión

La prevención despliega su máxima relevancia social en hipótesis en las que regularmente el legislador acuña responsabilidades objetivas, especialmente cuando se fundan en la idea del riesgo. Ante esa innegable circunstancia, el hombre común se pregunta: ¿para qué invertir en técnicas de prevención si de irrogarse el daño igualmente tendré que afrontar las indemnizaciones? Y, desde la óptica empresaria, se efectúa un análisis comparativo entre el impacto económico de las medidas para evitar la causación de perjuicios y la intensidad de las eventuales reparaciones que deberán afrontarse.

Alpa (2006) pone de resalto que la prevención del daño se encuentra íntimamente ligada con la responsabilidad subjetiva, y afirma que cuando el deber de responder por las consecuencias dañosas:

[...] surge con independencia de una culpa, y sin ninguna valoración de la diligencia del comportamiento ni de la adopción de las medidas necesarias para prevenir el efecto dañoso, es claro que el agente experimenta en menor grado el efecto desincentivador de la responsabilidad [...]. En todas estas hipótesis, la responsabilidad civil está destinada a perder aquel efecto desincentivador que siempre ha tenido. Mantiene dicho efecto, en cambio, sólo en aquellos casos en los cuales el deber de resarcimiento incide en tal medida en el patrimonio del deudor que induce a éste a no realizar el acto dañoso, o a desarrollar actividades que conlleven un margen de riesgo más reducido. (cap. III, 2)¹⁸

17 Artículo 1634 del Proyecto de 1998: “*Límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva.* En los casos previstos por los artículos 1662, 1663 y 1665, la reparación del daño queda limitada a la cantidad de trescientos mil (300.000) pesos por cada damnificado directo, que se reduce proporcionalmente si hay liberación parcial conforme al artículo 1666. El responsable no tiene derecho a prevalerse de la limitación: a) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas. b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo. c) Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que, interpelado el responsable, ponga a disposición de aquél esa indemnización dentro de los treinta (30) días. d) Si se convino una indemnización mayor. Si el damnificado directo sufre gran discapacidad el tribunal puede aumentar el máximo indemnizatorio hasta el triple. Las disposiciones de este artículo dejan a salvo lo establecido por la legislación especial”.

18 Con otra óptica de la misma problemática, se expresa: “... las reglas de responsabilidad objetiva satisfacen no solo aquel imperativo de justicia que impone cargar a la industria todos los riesgos y costos conexos con el ejercicio de actividades potencialmente nocivas: la responsabilidad objetiva cumple también con la necesidad de presionar a los agentes económicos damnificantes, para evitar

La desconexión de las funciones preventiva y resarcitoria, en supuestos de responsabilidad objetiva, significa un desaliento a la evitación de daños.¹⁹ Es menester desplegar resortes que “castiguen” a quienes no lleven adelante conductas preventivas, ya sea a través de la instauración de límites cuantitativos en ciertos supuestos de responsabilidad que cedan ante la no adopción de ese temperamento, o bien a través de la articulación de sanciones civiles que disuadan en el futuro a persistir en esa tesitura.

4. La responsabilidad objetiva simplifica, pero no estimula necesariamente el actuar diligente

La dogmática moderna desplazó el eje clásico de discusión que se concentraba en la posición jurídica del sindicado como responsable para abrazar la situación de vulnerabilidad que experimenta quien padece perjuicios en su esfera. Para concretar ese anhelo, se varió esencialmente el fundamento del deber de responder; se pasó de una responsabilidad exclusivamente basada en la idea de reproche a un deber de responder que contempla criterios objetivos de atribución de responsabilidad.

¿Por qué se responde? Desde la mirada de los factores de atribución subjetivos, se contestaría que se lo hace porque se omitió la diligencia debida (culpa) o se produjo un daño de manera intencional o por grave indiferencia por los intereses ajenos (dolo). Los factores de atribución objetivos aportan distintas respuestas: porque se introdujo un riesgo en la sociedad y esa potencialidad de daño se actualizó –riesgo–, porque se debe asegurar la actuación de otros frente a daños sufridos por terceros –garantía–, etc.

ulteriores actos nocivos [...]. Se desprende [...] que la consolidación de principios de responsabilidad objetiva, responde también al requerimiento de encontrar, en las propias técnicas resarcitorias, una función de tipo preventivo” (Stiglitz, 1984, pp. 17-18).

- 19 Que la responsabilidad objetiva no estimule la evitación de daños no quiere decir que incentive la producción de perjuicios. A este respecto, enseña Alpa: “En el caso de la difusión de productos dañosos, por ejemplo, asignar a la empresa una responsabilidad ‘objetiva’ no significa, en modo alguno, dejar libre a la empresa para que introduzca en el mercado el mayor número de productos defectuosos. La dimensión de los daños se refleja siempre –más allá de los criterios de imputación– en la administración de la empresa o, cuando menos, en el nivel de las primas de seguros que la progresiva expansión del riesgo no haría otra cosa que aumentar. Tampoco la posibilidad de incluir en el precio el riesgo asegurado podría ser una buena razón para no prevenir –dentro de los límites de la utilidad que puede derivarse para la empresa– los eventos dañosos, porque un incremento de los precios está ligado con relaciones de mercado que no pueden ser subestimadas (en términos de contracción de la demanda, de competencia económica, etc.). Y aquí no viene al caso insistir en la publicidad “negativa” que la empresa obtendría si introduce en el mercado productos con gran potencialidad para causar daño (y, por lo tanto, de infimo precio)” (2006, cap. III, 2).

El recurso técnico de los factores de atribución objetivos del deber de responder concentra la energía en el presupuesto de la relación de causalidad, pues con el dato objetivo del daño lo único relevante es conectarlo adecuadamente con una acción u omisión antijurídica. Es fácilmente perceptible que la víctima del daño se beneficia frente a supuestos de responsabilidad objetiva, pues el autor del perjuicio no puede liberarse del deber de reparar mediante la acreditación de su diligencia.

Con relación al factor “riesgo”, aunque extensible *mutatis mutandis* a otros criterios objetivos de atribución de responsabilidad, se dijo que la “simplicidad es el principal aliado” (Llambías, 2012, párr. 5)²⁰ y es de gran utilidad social en supuestos en donde “se hace dificultosa la prueba de la culpa o la individualización del responsable” (Brebba, 1995, p. 825).²¹

La vida en la sociedad actual evidencia que una aplicación irrestricta de la responsabilidad subjetiva llevaría a grandes inequidades.²²

Sin embargo, entiendo que la responsabilidad objetiva no estimula *per se* a los miembros de la sociedad a obrar con la diligencia debida, pues esta no tiene virtualidad en la conformación de la obligación reparatoria. O, acaso, ¿alguien va a desplegar actividades diligentes si igualmente deberá reparar el daño en caso de ocurrir? Esta circunstancia se ve notoriamente agravada cuando median presunciones de causalidad.

Traigo a escena el pensamiento de Jorge H. Alterini (2001), quien postuló

20 Desde una mirada abiertamente crítica, Llambías (2012) apunta: “En un mundo tan complicado, como el que vivimos, se experimenta una natural inclinación a buscar las soluciones más sencillas. A ello se agrega el ascendiente que siempre ejerce la inercia, la comodidad y el mínimo esfuerzo que lleva a la eliminación de las distinciones sutiles y de los análisis fatigosos. Pero no es admisible la simplificación a costa del tratamiento adecuado de la conducta humana y del sacrificio de los valores morales, en lo que va implicado el propio sacrificio de la persona humana” (párr. 5).

21 Brebba (1995), al analizar el juego de la culpa y la teoría del riesgo, se planteó: “¿No podría aceptarse como fundamento lógico y más profundo de esta responsabilidad objetiva basada en el riesgo, que cuando el ordenamiento jurídico pone a cargo del sujeto que realiza una actividad riesgosa, que es por sí misma, potencialmente, una fuente material de daños previsibles en abstracto, lo hace porque entiende que esa previsibilidad permite sentar la existencia de una culpa inicial y mediata con respecto al agente?” (p. 824).

22 “... la vida moderna ha mostrado la necesidad de corregir, en medida conveniente, las consecuencias inequitativas a que conducía una aplicación absoluta de los principios de la responsabilidad subjetiva. La sociedad actual no es más de agricultores y guerreros [...], sino de grandes industriales, de individuos que manejan poderosas empresas, las cuales multiplican los provechos propios -aunque también con beneficios para la comunidad- y a la vez los riesgos [...]. Investigar en cada caso si medió o no culpa del empresario o principal, a los fines de la indemnización, equivale prácticamente a dejar en el desamparo a las víctimas de la mayor parte de los accidentes” (Orgaz, 1970, pp. 26-27).

que “si el Derecho debiera expresarse en una sola norma, acaso la formulación que tendría mayor riqueza sería la que impusiera a las personas comportarse de buena fe” (p. 53). Postuló:

No se me escapa la trascendencia de la regla del “*neminem laedere*”, es decir del no dañar a los demás, que junto con las directivas del vivir honestamente y del dar a cada uno lo suyo, conformaron el arquetipo de comunidad jurídica que imaginaron los juristas romanos, según el feliz tríptico de Ulpiano recogido por el Digesto. La única norma que exigiera el comportamiento de buena fe, sin duda supondría el requerimiento de la conducta negativa del “no dañar a los demás”, pero también la postura activa del “vivir honestamente” y el dinamismo propio del actuar justo que refleja la directriz del “dar a cada uno lo suyo”. (Alterini, pp. 329-330)

Si el derecho de daños se sustenta en el *neminem laedere* y la consecuente reacción indemnizatoria ante su violación, y el obrar de buena fe evitaría la producción de perjuicios en la inmensa mayoría de los supuestos, es evidente que no puede existir una desconexión total aun cuando se afronten hipótesis de responsabilidad objetiva.

El sistema de daños debe “premiar” a quien, a pesar de haber obrado con la debida diligencia, igualmente ocasiona un daño, o al menos no “castigarlo” como lo hace respecto a quien concretó el perjuicio sin resguardar la diligencia exigible. Obviamente, la concreción de este pensar debe balancearse con la situación del damnificado, quien no puede cargar irrazonablemente con las consecuencias lesivas.

5. El reproche subjetivo y la extensión del resarcimiento

El Código Civil derogado, en su versión originaria, construyó el sistema de la responsabilidad con fundamento en la culpabilidad. Incluso diagramó que eran mayores las consecuencias resarcibles en los casos en que la infracción al deber de no dañar (responsabilidad “extracontractual”) o el incumplimiento obligacional (responsabilidad “contractual”) fuera a título de dolo (véanse los artículos 520, 521, 622, 903 a 905). Luego, la Ley 17711 disfumó el diseño de Vélez Sarsfield al incluir la teoría del riesgo en el artículo 1113, que –como todo factor de atribución objetivo– prescinde de la valoración de la conducta humana, tanto para eximir de responsabilidad al sindicado como dañador como en términos de reproche para hacer más gravosa su situación jurídica.

Si bien el Código Civil y Comercial mantiene –al menos en apariencia– a la culpabilidad como fundamento del deber de responder (artículo 1721), la posterga –al menos– cuantitativamente, pues poco espacio queda para ella frente a la preponderancia de numerosos fundamentos de corte objetivo (por ejemplo, los artículos 1722, 1723, 1750, 1753, 1755, 1756, 1757, 1759, 1760 a 1762, 1767, 1769). Incluso, en materia de extensión de la reparación, iguala a quien obró a título de culpa con quien lo hizo dolosamente (artículo 1726),²³ con alguna particular salvedad en el ámbito contractual.²⁴

Sin embargo, el Código Civil y Comercial en ocasiones “castiga” con mayor energía a quien actuó dolosamente. Así, el juez no podrá atenuar la responsabilidad en el supuesto en el cual el responsable es doloso (artículo 1742);²⁵ prevé la nulidad de las cláusulas contractuales que liberan anticipadamente de responsabilidad a quien actuó dolosamente (artículo 1743).²⁶

A guisa de síntesis, el ámbito de la valoración de la acción humana en términos de reproche ha quedado muy disminuido para los casos particulares en los que explícitamente se requiere la concurrencia de un factor de atribución subjetivo (artículos 160, 377, 1248 inciso d], 1294, 1316, 1497, 1521, 1558, 1771, 1938, 2305, 2517, Código Civil y Comercial) y para supuestos no regulados expresamente (artículo 1721, Código Civil y Comercial), como una suerte de válvula de clausura del sistema.

23 El artículo 1726 del Código Civil y Comercial expresa en su segunda oración: “Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”.

24 Artículo 1728 del Código Civil y Comercial: “*Previsibilidad contractual*. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

25 Artículo 1742 del Código Civil y Comercial: “*Atenuación de la responsabilidad*. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable”.

26 Artículo 1743 del Código Civil y Comercial: “*Dispensa anticipada de la responsabilidad*. Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

6. Falta de armonía entre los límites a la responsabilidad empresarial y las propagaciones previstas en estatutos tuitivos

6.1. Planteamiento

La empresa es la actividad económica mediante la cual, a través de la organización de los factores de la producción, el empresario –persona humana o jurídica– produce o intercambia bienes destinados al mercado.²⁷

Es innegable la gravitación de la empresa en la vida social, pues es la encargada de la producción e intercambio de bienes²⁸ imprescindibles para los miembros de la comunidad, lo que posibilita la creación de puestos de trabajo que, a su vez, permiten el consumo de bienes.

La empresa, entonces, está enderezada a satisfacer objetivos que “... no se vinculan sólo al legítimo interés de los empresarios, sino del Estado, de los empleados, de los consumidores, de la sociedad” (Zavala Rodríguez, 1971, p. 130). De allí que se haya alumbrado el principio de conservación de la empresa²⁹ como expresión del principio general de conservación de las situaciones jurídicas.

Esta presentación denota la necesidad de que el ordenamiento jurídico tutele a la empresa, pero esta protección se enfrenta –al menos– a dos sistemas tuitivos que están indisolublemente unidos a ella: el derecho de consumo y el régimen laboral.

6.2. Limitación vs. propagaciones

La técnica jurídica empresaria cuenta con el recurso societario para mitigar los riesgos de la actividad económica. Algunas figuras societarias, además de importar la generación de una persona distinta a la de los socios –y, por tanto, con

27 A partir de la definición propuesta, se infieren sus elementos constitutivos, a saber: a) *elemento subjetivo*: es el empresario, titular de la empresa, quien la organiza, dirige, explota y asume los riesgos de la actividad que se despliega; puede ser una persona humana (empresario individual) o bien una persona jurídica (empresario colectivo); b) *elemento objetivo*: está integrado por la hacienda comercial o fondo de comercio, que es el conjunto de bienes de la empresa, su sustrato material; c) *elemento inmaterial o dinámico*: sin una actividad organizada por el empresario no hay empresa, pues la hacienda no es una yuxtaposición de bienes anárquicos, sino un conjunto de bienes orientados a una finalidad: la producción de bienes o servicios; la actividad supone el trabajo de terceras personas (Cfr. Butty, como se citó en Halperin y Butty, 2000, pp. 95 y 96).

28 Se emplea el vocablo “bienes” como género para abrazar tanto a los “productos” (cosas) como a los “servicios” (derechos).

29 Dice Alegría (2008) que la tutela de la empresa implica, por un lado, “... superar la tradicional dicotomía acreedor-deudor, e incorporar otros intereses que pivotan sobre ese conjunto organizativo” (p. 154). Expresa que entre esos intereses entran en consideración: los trabajadores, los proveedores, los clientes, la comunidad nacional, regional o local, el mercado en su conjunto y el Estado (pp.

un patrimonio propio-, cuentan con la ventaja de limitar la responsabilidad de sus miembros al aporte comprometido. La personalidad diferenciada y la limitación de responsabilidad de algunos tipos societarios fueron calificadas como los “motores” del “progreso de los últimos siglos” (Manóvil, 2014, p. 301).

Se aduce que en las economías capitalistas, al compás de manifestarse la necesidad de expansión, es necesario “controlar los riesgos que nacen de la empresa” y que tal requerimiento “ha terminado por derribar las barreras axiológicas que podrían haber justificado, en ciertos casos, la ilimitación de la responsabilidad” (Vásquez Palma, 2014, p. 122).³⁰ Desde el plano de la realidad, la limitación del deber de responder importa, en esencia, un traslado de los riesgos de los socios a los acreedores sociales.

Ahora bien, por definición, no hay empresa sin “trabajadores” ni hay empresa sin clientes que adquieran los productos o servicios, los que en numerosos supuestos calificarán como “consumidores”, en los términos de los artículos 1° de la Ley 24240 y 1092 del Código Civil y Comercial.

Los regímenes tuitivos del trabajador y del consumidor tienen algunos rasgos comunes: i) cuentan con protección constitucional a partir de los artículos 14 bis y 42 de la Constitución nacional,³¹ respectivamente; ii) conforman

154 a 156). El principio de conservación de la empresa, que se presenta en diversos escenarios, se infiere en particular de la letra del artículo 100 *in fine* de la Ley 19550 y en general de la legislación concursal, en donde se erige –junto a la tutela del crédito– como un eje basilar del sistema (Véase Rouillon, 2007, pp. 38 y 39).

- 30 Se defiende la limitación de responsabilidad sobre la siguiente base conceptual de orientación eminentemente económica: “... este mecanismo disminuye la necesidad de supervisar a los agentes y proporciona incentivos a los directivos para comportarse de manera eficiente. Asimismo, el valor de las acciones se calcula en función del valor actual del flujo de rentas que genera el patrimonio de la empresa, lo que también se vincula a la fungibilidad de las acciones; como correlato de ello, la responsabilidad limitada hace posible que los precios de mercado reflejen información adicional concerniente al valor de las empresas, pues las acciones no constituyen una mercadería homogénea, ni tienen un precio único de mercado, de manera que se exige a los inversores el empleo de más recursos para analizar las expectativas de la empresa en aras de advertir si el precio es correcto. A ello se agrega que la responsabilidad limitada permite una diversificación más eficiente, pues las personas pueden reducir el riesgo por medio de una tenencia de una cartera de inversiones diversificada. Finalmente, promueve decisiones de inversión óptimas, pues los administradores maximizan el bienestar de los inversores empleando recursos en cualquier proyecto que tenga un valor actual neto positivo” (Vásquez Palma, 2014, pp. 122-123).
- 31 El primer párrafo del artículo 14 bis de la ley fundamental regla: “Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especia”; mientras que el primer párrafo del artículo 42

normas de orden público, con sus connaturales derivaciones³²; iii) parten de la base de una debilidad negocial genética, que supone una desigualdad en el *bargaining power* en perjuicio del trabajador y del consumidor que es menester equilibrar al impulso de tratamientos jurídicos beneficiosos;³³ iv) incluyen mecanismos de propagación de la responsabilidad en favor de los sujetos que procuran resguardar; etc.

Con relación a esto último, basta con captar las proyecciones en el ámbito laboral de los artículos 29, 29 bis, 30, 31, 228, 229 de la Ley 20744 sobre contrato de trabajo. Desde la mirada del derecho de consumo, el artículo 40 es elocuente al reglar que:

Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Por su parte, la ley societaria permite la irresponsabilidad del socio, pero los regímenes especiales del derecho laboral y del derecho de consumo se estructuran para que el sujeto tutelado vea satisfecho su crédito a la indemnización, por ejemplo, mediante las propagaciones del deber de responder.

Se podrá decir que la sociedad cuenta con personalidad distinta de los socios y que ella deberá responder en los alcances prefijados, sin límites. Esto es cierto y no se lo cuestiona. Lo que se pone a debate son las tensiones a las que se asiste en el ámbito del deber de responder empresario.

La declaración de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (artículo 144, Código Civil y Comercial; artículo 54, Ley 19550) es un recurso para que los acreedores de la sociedad puedan agredir patrimonialmente a los miembros de ella, siempre que se cumplan los requisitos para su operatividad. Sin embargo, las posturas van desde las que consideran que la declaración de inoponibi-

establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

32 Véanse el artículo 65 de la Ley 24240 y los artículos 21, 102 bis y 256 de la Ley 20744.

33 Estos regímenes tuitivos establecen la base sobre la cual la parte “fuerte” y la “débil” pueden negociar, o sea, pueden ejercer la autonomía de la voluntad. No pueden perforar el “piso tutelar”, aunque sí pueden mejorar la posición del débil jurídico.

lidad es de aplicación excepcional³⁴ hasta a aquellas que son más permeables a su procedencia.³⁵

Esa disparidad de criterios es claramente atentatoria de la seguridad jurídica que precisan las inversiones y puede ser notoriamente injusta para las posiciones más débiles.

7. Proyecciones de la autonomía de voluntad en el campo del deber de responder

7.1. Algunas hipótesis

La autonomía de la voluntad en el plano de la responsabilidad cuenta con importantes proyecciones, ya sea para “modelar” o bien para “excluir” el deber de responder.

Así, es posible acordar una obligación como de resultado aun cuando no lo fuera por su propia naturaleza (artículo 1723, Código Civil y Comercial) y, en consecuencia, variar el factor de atribución de uno subjetivo a otro objetivo, pactar la responsabilidad subjetiva a pesar de que el legislador introdujo una hipótesis de responsabilidad objetiva (artículo 1310, Código Civil y Comercial), dispensar anticipadamente la responsabilidad derivada de la producción del daño producido por el deudor a título de culpa (artículo 1743, Código Civil y Comercial), excepto ciertos supuestos legales,³⁶ establecer que una de las partes asuma el *casus* (artículo 1733 inciso a), Código Civil y Comercial) o introducir definiciones contractuales dirigidas a ampliar la noción de caso fortuito, prever la eximición de ciertos rubros indemnizatorios (v.gr., lucro cesante), incluir cláusulas encaminadas a evitar que se responda por la actuación de otro por el cual sí se debería responder, o estipulaciones mediante las cuales una parte presta su asentimiento para asumir las eventuales consecuencias dañosas que podría producir la actividad de la otra parte.

Incluso, es factible pactar cláusulas de limitación de la “cuantía” del deber de responder, con el objetivo de imponer un tope al derecho a la indemnización del legitimado activo de la reclamación de daños. No procuran eliminar la configuración de la fuente de responsabilidad, sino que buscan dar certeza

34 Así, por ejemplo, lo juzgó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Palomeque, Aldo R. v. Benemeth S.A. y otro*, 03/04/2003, Fallos: 326:1062. Véase también Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil., sala G, “L., G. c. L. A. L. y otros s/simulación”, 06/08/2020, cita online: TR LALEY AR/JUR/34978/2020.

35 Véase Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, *Kseniya, Simonova c. Dolley S.A. y otros s/despido*, 27/02/2018, cita online: TR LALEY AR/JUR/19026/2018.

36 Véanse, por ejemplo, los artículos 988, 1117 y 1676 del Código Civil y Comercial.

acerca de hasta cuánto el deudor deberá responder de presentarse tal configuración reparatoria.

Sin embargo, tales posibilidades deben matizarse de acuerdo con la razón de ser de la obligación reparatoria y con la posición que exhiba el acreedor en su vínculo con el deudor.

7.2. Acreedores por daños derivados del incumplimiento obligacional o de la violación al deber genérico de no dañar

Al impulso de la doctrina concursalista se está imponiendo la figura del llamado “acreedor involuntario”. Bajo su cobertura se encontrarían no solo los acreedores en virtud de la clásica responsabilidad aquiliana o extracontractual, sino también aquellas personas relacionadas contractualmente con otras y que, en virtud de ese vínculo, padecieron daños por ejecuciones inadecuadas; verbigracia, una mala praxis médica (Micelli, 2011, párrs. 5-7). Se señala que la característica más destacada que los aglutina es la carencia de libertad, en el sentido de que “... nunca quisieron ser acreedores y con ello, nunca pensaron en analizar el patrimonio de su deudor, de tomar garantías o resguardos para asegurar su acreencia” (Raspall, 2019, VI.1.a, párr. 3).

La terminología puede mover a equívocos, ya que podría conectarse con los requisitos para que un acto sea voluntario, consistentes en que sea ejecutado con discernimiento, intención y libertad y manifestado por un hecho exterior (artículo 260, Código Civil y Comercial). Debido a que ello desviaría el camino, se evitará esa presentación y se partirá de la fuente de la obligación reparatoria.

La responsabilidad “obligacional” supone un vínculo previo, una atadura, entre personas con intereses contrapuestos; en cambio, en el responder civil “extracontractual” no existe una ligazón previa al daño, sino que ella se genera con el perjuicio y el nacimiento de la correlativa obligación reparatoria.

El disímil origen determina una muy relevante consecuencia: la autonomía de la voluntad puede proyectarse en el ámbito de la responsabilidad obligacional, pero no en la extracontractual. El principio de inmunidad de los terceros impide que el acuerdo de unos pueda perjudicar a otros (artículos 1021 y ss., Código Civil y Comercial).

Dicho de otro modo: solo se puede variar el responder civil mediante pactos que sean oponibles a los cocontratantes, pero en ningún caso esas estipulaciones pueden variar las soluciones que el ordenamiento jurídico confiere al acreedor de un crédito a la indemnización en virtud de la violación al deber genérico de no dañar.

7.3. Acreedores “fuertes” y “débiles”

El derecho, en tanto ordenamiento social justo, reclama igualdad. Si se asistiera a una desigualdad intersubjetiva y se pudiera calificar a unas posiciones jurídicas como “fuertes” y a otras como “débiles”, correspondería que el ordenamiento prevea mecanismos que persigan equilibrar las fuerzas desiguales, ya que constituye un principio general del derecho el que manda que “los sujetos débiles han de ser protegidos de su debilidad” (Finnis, 2000, p. 315).

Ante ese escenario, el interrogante que subyace es si se pueden incluir pactos que modifiquen la intensidad del deber de responder programado por el legislador, o que eliminen la responsabilidad del deudor cuando se afrontan situaciones de disparidad negocial en perjuicio del titular del derecho creditorio.

La respuesta negativa se impone y el sistema jurídico brinda variados ejemplos de ese temperamento en contrataciones habituales en el mercado.

Uno muy relevante se presenta en el ámbito de la contratación adhesiva, pues el artículo 988 del Código Civil y Comercial prevé que “se deben tener por no escritas”, o sea que son nulas de pleno derecho, las cláusulas “que desnaturalizan las obligaciones del predisponente” (inciso a) o “importan renuncia o restricción a los derechos del adherente” (inciso b)).

Esas pautas se aplican también cuando el contrato es de consumo, ya sea negociado o celebrado por adhesión (artículo 1117, Código Civil y Comercial), en consonancia con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 24240: “... se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños”.³⁷

Otra directiva de singular significación, en atención al ámbito en el cual se inserta, es la provista por el artículo 1292 del Código Civil y Comercial: “*Cláusulas limitativas de la responsabilidad*. Las cláusulas que limitan la responsabilidad del transportista de personas por muerte o daños corporales se tienen por no escritas”.³⁸

37 Dentro de un sistema que no admite la limitación cuantitativa de la responsabilidad del obligado y califica como abusivas las cláusulas que así lo hacen (arg. artículos 37 inciso a) de la Ley 24240, artículos 988 y 1119 del Código Civil y Comercial), es abiertamente contradictorio con esas premisas que se reconozca la validez de la limitación en materia de contrato de caja de seguridad “hasta un monto máximo solo si el usuario es debidamente informado y el límite no importa una desnaturalización de las obligaciones del prestador” (artículo 1414, Código Civil y Comercial).

38 En materia de transporte de cosas, el artículo 1313 del Código Civil y Comercial prevé: “Limitación

7.4. Una preocupación

En el derecho societario moderno se alzan voces que enarbolan los beneficios de la libertad para la concreción de negocios, especialmente a partir de la configuración de la sociedad por acciones simplificada (SAS) por la Ley 27349.

No me expido sobre la cuestión de la conveniencia de flexibilizar el régimen societario, pero sí lo haré respecto a un punto en particular: el alcance del deber de responder de los administradores.

Para una tesis, en el sistema normativo de las SAS se pueden acordar “cláusulas que eliminen o restrinjan la responsabilidad del director por incumplimiento de su deber de cuidado” (Balbín, 2020, párr. 15). Otra postura, en cambio, si bien acepta que “el deber de diligencia podrá ser razonablemente reglamentado”, se muestra más restrictiva para aceptar la dispensa del deber de lealtad ante conductas dolosas o con culpa grave, “en tanto suponen grave ofensa al ordenamiento”; se apunta que una cláusula de naturaleza semejante resultaría “contradictoria con la obligación misma” (Schneider, 2022, p. 247).

Ante todo, nadie podrá controvertir seriamente que el artículo 59 de la Ley 19550 resulta aplicable al administrador de la SAS.³⁹ La norma prevé:

Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

A su turno, debe partirse de la base de que en cualquier escenario una cláusula que limite la responsabilidad del administrador nunca podría tener operatividad en su relación con terceros, máxime si se trata de vínculos extracontractuales.

de la responsabilidad. Prohibición. Los que realizan habitualmente servicios de transporte no pueden limitar las reglas de responsabilidad precedentes, excepto en el caso del artículo 1310”. Esta última norma establece: “*Responsabilidad por culpa.* Si se trata de cosas frágiles, mal acondicionadas para el transporte, sujetas a fácil deterioro, de animales o de transportes especiales, el transportista puede convenir que sólo responde si se prueba su culpa. Esta convención no puede estar incluida en una cláusula general predispuesta”, lo que armoniza con el artículo 988.

39 El artículo 33 de la Ley 27349 envía a aplicar “supletoriamente” las normas de la Ley General de Sociedades; el artículo 49 manda a aplicar “supletoriamente” las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades; el artículo 52 prevé: “Le son aplicables a los administradores y representantes legales los deberes, obligaciones y responsabilidades que prevé el artículo 157 de la Ley General de Sociedades” y, por extensión, debe interpretarse que, al igual que el administrador de la sociedad de responsabilidad limitada, el administrador de la SAS debe observar las pautas previstas en las disposiciones generales, en particular el artículo 59; etc.

Pero, a todo evento, la exigencia de obrar conforme a la pauta de un buen hombre de negocios excluye, en mi visión, la posibilidad de dispensar anticipadamente no solo la actuación dolosa del administrador, sino también la culpa. Es que la culpa para el hombre común será –al menos– culpa grave para el hombre de negocios, y la culpa grave es asimilable al dolo. *Mutatis mutandis* es lo que acontece en materia de deber de responder del fiduciario (arg. artículos 1674 y 1676, Código Civil y Comercial).⁴⁰

¿Un administrador negligente o desleal podrá calificar como un buen hombre de negocios? Evidentemente no. De allí que sea inconsistente sostener la posibilidad de la irresponsabilidad del administrador por el juego de la autonomía de la voluntad. En este sentido, es particularmente elocuente el artículo 1382-2 del Anteproyecto Catala: “Ningún contratante puede excluir o limitar la reparación del daño que le cause a su contraparte por una culpa dolosa o grave o por contrariedad a una de sus obligaciones esenciales...”.

8. Desigual tratamiento para los dañadores

Sin ánimo de ingresar en la clásica disputa acerca de si la responsabilidad del Estado es una temática del derecho público o del derecho civil,⁴¹ lo cierto es que la legislación mejora ostensiblemente la posición jurídica del Estado al tiempo que disciplina los alcances de su deber de responder.

La Ley 26944, que regula la responsabilidad estatal en el orden nacional,⁴²

40 Piénsese que el cartabón de conducta que se impone al fiduciario es el de un buen hombre de negocios que actúa sobre la base de la confianza depositada en él (artículo 1674, Código Civil y Comercial) y por ello se prohíbe la dispensa de la culpa (artículo 1676, Código Civil y Comercial). Para una comparación entre el buen hombre de negocios societario y el fiduciario, véase Aicega (2022, pp. 408-409).

41 El Código Civil y Comercial se inclina por la solución del derecho público, pues los artículos 1765 y 1766 para la “responsabilidad del Estado” y para la “responsabilidad del funcionario y del empleado público”, respectivamente, envían a las “normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”. Más allá de la errática fórmula utilizada, pues el derecho administrativo nacional también es local, lo cierto es que esos textos se corresponden con modificaciones instadas por el Poder Ejecutivo al texto del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Esta última iniciativa (artículos 1764 a 1766), al igual que el Proyecto de 1998 (artículos 1675 a 1677), establecía un sistema de daños para el Estado y los agentes públicos armónico con el régimen previsto para el hombre común y con los postulados de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

42 Sin embargo, el artículo 11 de la Ley 26944 establece: “Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos”.

prevé dos clases de deber de responder: uno por “actividad o inactividad ilegítima” (artículo 3°)⁴³ y otro por “actividad legítima” (artículo 4°).⁴⁴

Con respecto al deber de responder por inactividad ilegítima, la ley varía la directriz del régimen común, ya que la conducta omisiva “sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado” (artículo 3°). Ello supone imponer el requisito de antijuridicidad formal –“antes” del daño–, a diferencia de la pauta prevista por el artículo 1717 del Código Civil y Comercial,⁴⁵ que presenta a la antijuridicidad material (“con” el daño).

La responsabilidad por actividad legítima se torna más exigente para su configuración. Así, excluye la reparabilidad del daño futuro, aunque sea cierto –en contra del artículo 1739, Código Civil y Comercial–; descarta la regla de la causalidad adecuada impuesta por el artículo 1726 del Código Civil y Comercial e introduce el requisito de que exista una ligazón “directa, inmediata y exclusiva” entre la actividad y el daño; requiere un “sacrificio especial en la persona dañada” ponderado con relación al resto de los miembros de la comunidad, incluyendo un requerimiento adicional a los previstos por el ordenamiento común (artículo 4°). El artículo 5° de la Ley 26944 remata con más cortapisas al derecho a la reparación, establece el “carácter excepcional” de la responsabilidad, niega la “reparación del lucro cesante”, acorta los daños resarcibles a los que sean una “consecuencia directa e inmediata de la actividad (...) sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”, excluye la reparación de los perjuicios generados “por la actividad judicial legítima del Estado”.

La atenuación de la responsabilidad estatal, en comparación con el deber de

43 Artículo 3° de la Ley 26944: “Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima: a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue; d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado”.

44 Artículo 4° de la Ley 26944: “Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima: a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero; b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal; c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño; d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño; e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido”.

45 Artículo 1717 del Código Civil y Comercial: “*Antijuridicidad*. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

responder impuesto por el régimen común, no concluye allí. El artículo 6° de la Ley 26944 dispone:

El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Por un lado, ese precepto desconoce que el acto de la concesión del servicio público resulta *res inter alios acta* para el damnificado, por lo que “no puede perjudicarlo y dejarlo desprotegido, librado enteramente a la suerte de la solvencia económica de la empresa concesionaria” (Ubiría, 2015, p. 502).

Además, puede resultar abiertamente incompatible con los postulados de los artículos 732⁴⁶ y 1753⁴⁷ del Código Civil y Comercial, que organizan el deber de responder del principal por los hechos de sus auxiliares. El auxiliar –o dependiente– es la persona de la que se vale otro –el principal– para ampliar su esfera de actuación, es quien lo sustituye en la realización de determinado comportamiento. Cuando los auxiliares generan daños a terceros en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas, determinan la responsabilidad concurrente del principal.

Tampoco “el Estado, sus agentes y funcionarios” podrían ser pasibles de una “sanción pecuniaria disuasiva” (artículo 1°, Ley 26994). Esta sanción no debe confundirse con las astreintes, tal como lo explicitó la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁴⁸ La norma debe entenderse enderezada al instituto que se conoce con la nominación de “daño punitivo”, que está receptado por el artículo 52 bis de la Ley 24240 y el artículo 64 de la Ley 27442.

Es paradójico que el Estado, que determina cuándo y con qué intensidad los miembros de la comunidad deben responder por los daños que produzcan a

46 Artículo 732 del Código Civil y Comercial: “Actuación de auxiliares. Principio de equiparación. El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado”.

47 Artículo 1753 del Código Civil y Comercial: “Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente”.

48 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bernardes, Jorge Alberto c. ENA - Ministerio de Defensa s amparo por mora de la administración*, 03/03/2020, Fallos: 343:140.

otros integrantes de la sociedad, se reserve una posición de “privilegio” y acote significativamente los alcances de su responsabilidad, en violación a toda pauta de igualdad (artículo 16, Constitución nacional).

9. La víctima no puede enriquecerse con la indemnización, pero tampoco el autor del daño puede beneficiarse con él

La indemnización no puede significar un enriquecimiento en cabeza del damnificado. Si el derecho no considerara los beneficios⁴⁹ que experimentó el damnificado por el hecho ilícito dañoso al tiempo de fijar en *quantum* indemnizatorio, estaría aceptando un enriquecimiento injustificado en su esfera y un correlativo empobrecimiento también injustificado del autor del daño.

Se trata de advertir cuál fue efectivamente el detrimento patrimonial que padeció el damnificado para lograr que ese menoscabo se vea reparado y evitar que el resarcimiento implique un incremento patrimonial carente de título jurídico eficaz. La idea, en última instancia, es lograr visualizar cuál es la intensidad del daño “neto” y no tan solo del perjuicio “bruto”. Esto es lo que procura resolver el instituto de la *compensatio lucri cum damno* (compensación del lucro con el daño o, mejor, compensación del daño con el lucro).

Para que opere la *compensatio* es menester que el beneficio: a) provenga del mismo hecho que provocó el daño; b) sea causado por ese hecho y no producido en ocasión de él; c) sea una consecuencia inmediata o mediata previsible de ese único hecho; y d) sea cierto (Alterini y Alterini, 2022, p. 148). Los beneficios no deben descontarse en el caso de que el autor del daño haya actuado con dolo (Alterini, 2008, pp. 349-351), pues tal actuación inhibe cualquier aminoramiento de su responsabilidad (arg. artículos 1742, 1743, Código Civil y Comercial).

Por otro lado, tampoco es justo que el dañador se enriquezca como derivación de su daño. Es antitético con cualquier idea de justicia que a una persona le convenga perjudicar a otra, en vez de no hacerlo.

De Cupis (2020) apunta que todo enriquecimiento del responsable que no se hubiera materializado en un daño debería mantenerse en el patrimonio de

49 Se emplea el vocablo “beneficio” con el significado de utilidad económica, sin desconocer que pueden presentarse ventajas que transiten senderos extraños a lo estrictamente patrimonial. El artículo 10:103 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, bajo el epígrafe “Beneficios obtenidos mediante el evento dañoso”, establece: “Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio”.

él, y que el damnificado no tendría título alguno para solicitar el desplazamiento de esos beneficios hacia su patrimonio. Afirma:

Es irrelevante (...) la superioridad del enriquecimiento del responsable respecto al daño, por ser inidónea para alterar por exceso la función reparatoria del resarcimiento. Que el responsable haya obtenido con la producción del daño una ventaja económica, un enriquecimiento, superior al daño, no puede influir en el resarcimiento, dirigido simplemente a reintegrar el interés del perjudicado (p. 490).

Sin perjuicio de que esa es la regla del sistema reparatorio, ello no descarta que el dañador deba responder por una mayor cuantía que la del daño efectivamente causado. Eso puede ocurrir, verbigracia, de pactarse una cláusula penal (artículo 794, primera parte, Código Civil y Comercial) con la aplicación de institutos, tales como los intereses punitivos en el ámbito de las obligaciones dinerarias (artículo 769, Código Civil y Comercial), de astreintes (artículo 804, Código Civil y Comercial) o de los *punitive damages*, es decir, sanciones de carácter pecuniario con finalidad disuasiva (artículo 52 bis de la ley 24240 y el artículo 64 de la Ley 27442).

A esas excepciones a la regla, según la cual el responsable solo debe responder hasta el valor del daño efectivamente causado, se le contraponen otras soluciones de corte restitutorio que también implican imposiciones de desplazamientos patrimoniales en favor de la víctima, los cuales pueden implicar beneficios justificados en su propia esfera.

El artículo 1935 del Código Civil y Comercial prevé que el poseedor de mala fe –o mejor titular de una relación real para comprender al tenedor e incluso al servidor de la posesión– debe restituir frutos percibidos y los que por su negligencia no percibió.

Los frutos dejados de percibir son los que no llegaron a obtenerse por la negligencia del titular del poder de hecho, por ello la restitución no alcanzará a aquellos cuya percepción se frustró por caso fortuito, como terremotos, inundaciones, etcétera. La norma apunta a los frutos que el de mala fe “por su culpa deja de percibir” y no habrá culpa en la hipótesis de que el titular de la relación real haya alcanzado lo que se denomina “rendimiento normal medio” de la explotación respectiva. No habrá obrar culposo si ese explotador de mala fe obtuvo ese rendimiento, pues es la demostración de su obrar diligente, ya que excede el estándar de la diligencia debida la alternativa de un rendimiento superior que acaso pudo haber generado quien tiene dere-

cho a la reclamación de los frutos y estaba dotado de condiciones especiales para obtenerlo.⁵⁰

Para algunos se trataría de un caso de “enriquecimiento por intromisión en derecho ajeno” (Pizarro, 2012). Se apunta que en la *condictio* por intromisión “... el enriquecimiento y el posible y correlativo empobrecimiento son producidos por la acción del sujeto enriquecido invadiendo, usando, disfrutando o consumiendo una cosa o derecho ajeno” (Busto Lago y Peña López, 1997, pp. 149-150) y que “... sirve a la protección de la propiedad y de otros derechos que conceden facultades de exclusión o monopolio, u otras posiciones equiparables...” para “conceder al titular del bien usurpado la ganancia obtenida por el intromisor, como medida orientada a dejar a éste sin el fruto de una iniciativa ilícita. Lógicamente, solo las intromisiones subjetivamente imputables justificarían esta última medida...” (Basozabal Arrue, 2018, pp. 29-30).

Adviértase, sin embargo, que el deber restitutorio es de alcance limitado, puesto que solo está previsto para el caso de utilizaciones de cosas ajenas en virtud de una relación real de mala fe, aunque pueda extenderse para las obtenciones de provechos por la utilización de objetos distintos de las cosas (arg. artículos 764, 759 a 761, 1933, Código Civil y Comercial).

Ahora bien, nunca podrá alcanzar a los provechos que no tengan como consecuencia tal utilización, aunque sí estén posibilitados por el daño causado, es decir, beneficios que no pueden considerarse como verdaderos frutos del objeto respectivo (Alterini y Alterini, 2022, p. 144).

¿Qué ocurre con esas utilidades?

Es evidente que un mero actuar negligente, es decir, culposo, del dañador no autorizaría al damnificado a intentar una acción tendiente a obtener las ventajas extraordinarias que beneficiaron a aquel con motivo del daño acaecido. Pero entiendo que la conclusión debería variar si la actuación del autor del ilícito fuese a título de dolo, que “se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (artículo 1724 *in fine*, Código Civil y Comercial).

El derecho se enfrenta a una disyuntiva que el intérprete no puede soslayar. En cualquier escenario de la dualidad se asistirá a un enriquecimiento injusto,

50 El artículo 2438 del Código Civil derogado permitía a quien tenía la obligación de indemnizar los frutos que por su culpa no había percibido a deducir los gastos de producción de los frutos. La idea era que no haya utilidad fructuaría sino luego de deducidos de los gastos, o sea que el beneficio que debía restituirse se limitaba a la diferencia resultante luego de deducir los gastos de siembra, cosecha, conservación y enajenación de los frutos.

ya sea del “damnificado” por los beneficios que podría reclamar –aunque ellos no tengan relación con el daño que derivó en su empobrecimiento– o del “dañador” por las ventajas que podría retener como consecuencia del daño que cometió dolosamente.

La compleja elección entre las posibilidades binarias debe efectuarse sobre la base de que la directiva del no enriquecimiento del damnificado debe postergarse de afrontarse a un dañador doloso, ya que los límites de la responsabilidad deben ceder por actuaciones con carga subjetiva en máxima función negativa.

10. La dilación en la reparación solo agrava el daño

Como bien se expone, “de nada sirve una compensación aparentemente generosa después de un período excesivo” (Zavala de González, 2015, tit. IX, párr. 2), pues, de operar de esa manera, la indemnización habrá perdido su sentido, su eficacia.

Nadie podrá objetar ese aserto. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no provee los resortes necesarios para que ello acontezca, sino que los procesos judiciales –lamentablemente– están organizados para ser extensos en el plano temporal.

Pero lo que más llama la atención es que al compás de que el derecho impone el deber de toda persona, en cuanto de ella dependa, de “no agravar el daño, si ya se produjo” (artículo 1710 inciso c), Código Civil y Comercial), parece olvidar que la dilación injustificada –y, en ocasiones, la no reacción inmediata– supone el agravamiento del perjuicio sufrido por el damnificado, especialmente en los daños a las personas.

Piénsese, por ejemplo, en la indemnización para afrontar un tratamiento médico. Ella puede perder su razón de ser si es tardía por intensificarse la patología durante el proceso y devenir irreversible. El paso del tiempo también conspira contra la reparación del daño moral, pues la lesión a los sentimientos podría verse agravada.

El legislador es consciente de esa problemática. Así, en la conexión de las acciones civil y penal se preceptúa que el juez en el pleito civil no debe esperar el dictado de la sentencia penal para resolver el caso “si la dilación del procedimiento penal provoca, en los hechos, una frustración efectiva del derecho a ser indemnizado” (artículo 1775 inciso b), Código Civil y Comercial).

La lentitud del proceso judicial genera que muchos damnificados opten por

no reclamar lo que es debido. En paralelo, estimula a los causantes de los perjuicios y a sus garantes a desarrollar estrategias procesales tendientes a mantener la vida del proceso, aunque tengan la certeza de que resultarán vencidos. ¿Cuál es la consecuencia? Muchos daños quedan sin resarcir.

Un sistema reparatorio sano debe ser ágil, especialmente con relación a los perjuicios a la vida e integridad de la persona en virtud de los intereses superiores en juego, ya que el análisis no puede ser únicamente patrimonial. De esta manera, se evitarían los ejercicios especuladores de ciertos dañadores encaminados a dilatar el resarcimiento para no pagar o pagar menos.

¿El juez cuenta con alguna herramienta para paliar esta situación? Acaso, la función preventiva de los daños pueda colaborar con la concreción del propósito. Si la acción preventiva procede ante una acción u omisión jurídica que “hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento” (artículo 1711, Código Civil y Comercial) y la sentencia “debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda” (artículo 1713, Código Civil y Comercial), considero que esas normas constituyen una plataforma suficiente para ciertas hipótesis dañosas en las que la demora resarcitoria solo importa el agravamiento del perjuicio.

11. Los seguros de responsabilidad civil requieren de límites cuantitativos para un adecuado funcionamiento

La indemnización “no borra el daño del mundo, sino simplemente lo cambia de bolsillo” (Pantaleón Prieto, 2000, p. 174), pues si una persona tiene el deber de resarcir a otra, tal reparación le generará un detrimento patrimonial en su esfera; el perjuicio continuará, pero en cabeza de otra persona.

Ante esa situación, un mínimo criterio de justicia impone que se deban repartir los riesgos en la sociedad, pues no sería equitativo que los deba soportar únicamente el damnificado. Pero “... tampoco deben pesar única y exclusivamente sobre otro sujeto” (Moisset de Espanés, 1982, p. 89).

En función de esas consideraciones, surge la necesidad de los aseguramientos.⁵¹ Y para que la técnica del seguro de la responsabilidad civil llene su cometido consistente en que la aseguradora mantenga “indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato,

51 Debe tenerse claro que: “El seguro de responsabilidad no hace desaparecer la responsabilidad. Sin duda el autor del daño no soporta, en definitiva, el peso de la reparación, pero, como contraparti-

a consecuencia de un hecho acaecido en el plazo convenido” (artículo 109, Ley 17418), es fundamental que se realicen complejos cálculos actuariales para la adecuada captación del riesgo, la prima y la suma asegurada.

Desde un plano netamente económico, es evidente que, para lograr esa misión, colaboraría enérgicamente la inclusión de límites cuantitativos del deber de responder que determinen un “techo” a la intensidad del responder. Algunos podrán pensar que esta presentación de la problemática podría significar una carga injustificada del perjuicio en la posición de la víctima, pero otros coincidirán en que de nada sirven las sentencias que se traducen en grandes sumas dinerarias si luego ellas no son percibidas por el damnificado.

Obviamente que estas ideas no se pueden propagar a cualquier hipótesis de responsabilidad, sino que deberían apuntar a los supuestos de deber de responder por la concreción de actividades especialmente riesgosas o por “el riesgo o vicio” de las cosas (artículos 1757 y 1758, Código Civil y Comercial).

Allí, donde la generación del daño tiene cierta autonomía respecto a la acción humana, es aconsejable la instauración de un régimen de limitación cuantitativa del *quantum* indemnizatorio. La solución sirve para “instar a quienes realizan actividades que tienen aptitud dañosa para que tomen seguros de responsabilidad civil” y, consecuentemente, para “optimizar el precio de las primas” (Alterini, 1997, p. 115).

Este sistema, además de favorecer el adecuado funcionamiento de la actividad aseguradora, acepta la inclusión de factores de atribución objetivos en beneficio de la víctima y no carga inadecuadamente sobre quien generó el daño, a pesar de que su acción podría ser irreprochable –por diligente– desde el plano moral.

No se propicia que quienes introducen o despliegan el riesgo en la sociedad se contenten con la contratación del seguro en previsión a eventuales daños, sino que es menester que el ordenamiento jurídico procure que los perjuicios no sucedan y que pondere la particular debilidad de la víctima. En general, los sistemas de limitación cuantitativa de la responsabilidad civil ceden en caso de que el autor material del daño hubiese obrado a título de culpa o de dolo.⁵²

da, ha pagado las primas. Y sobre todo, la existencia de un seguro es en teoría indiferente cuando se trata de determinar la responsabilidad del autor del daño; solamente en teoría pues el juez no tiene la misma actitud frente a un responsable asegurado que frente a una persona que no lo está” (Mazeaud et al., 1997, p. 458).

52 Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, reunidas en Santa Fe, concluyeron: “5.- La admisibilidad de los topes indemnizatorios está sujeta a: a) Que se apliquen exclusivamente en supuestos de atribución objetiva de responsabilidad. b) Que el damnificado tenga la libertad de optar por una indemnización mayor en los casos de responsabilidad subjetiva; en especial, si se omiten las medidas

El Proyecto de 1998 incluía un límite cuantitativo en algunos casos de responsabilidad objetiva, como los derivados del hecho de las cosas y actividades especialmente peligrosas, pero preveía ciertas hipótesis en las que el responsable no tenía derecho a prevalerse del límite; a saber:

- a) Si actuó sin diligencia y, en especial, si no adoptó las medidas de prevención razonablemente adecuadas.
- b) Si razonablemente debió haber asegurado ese riesgo y no lo hizo.
- c) Si tomó un seguro y la aseguradora no pone a disposición del damnificado la indemnización que corresponde en el tiempo oportuno para la liquidación del siniestro conforme a la legislación de seguros, a menos que, interpelado el responsable, ponga a disposición de aquél esa indemnización dentro de los treinta (30) días.⁵³
- d) Si se convino una indemnización mayor.

12. Subsistencia de la acción de ejecución idéntica a pesar del fenecimiento del deber de responder

La unificación, aunque sea relativa, de las clásicas órbitas del deber de responder que pretendió llevar adelante el Código Civil y Comercial quedaría comprometida si el legislador estableciera distintos plazos de prescripción liberatoria en atención a si la responsabilidad se disparara por el incumplimiento obligacional o por la infracción al deber genérico de no dañar (artículo 1716, Código Civil y Comercial).

Ese perfil de la temática fue correctamente resuelto, al disponer que la acción que suponga un “reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años” (artículo 2561, segunda oración, Código Civil y Comercial).

técnicas idóneas de prevención. 6.- Los topes indemnizatorios sólo se justifican si permiten a la víctima el pago pronto y efectivo de su indemnización. A tal fin, el seguro es un mecanismo idóneo, ya sea un seguro forzoso o un sistema que estimule su contratación. La sustitución propuesta por el Proyecto de Código Civil de 1998 del artículo 118 Ley 17418 (ALJA 1967-B-1379) coadyuva a ese propósito”.

El texto de la ley proyectada proponía modificar el artículo 118 de la Ley 17418, que en su segundo párrafo establecía: “*Época del pago*. El artículo 49 se aplica a los seguros por responsabilidad civil. Si el asegurador no pone la indemnización a disposición del damnificado en las oportunidades allí establecidas, queda obligado a pagarle intereses resarcitorios calculados al doble de su tasa, sin perjuicio de sus otras responsabilidades”. A su turno, el artículo 49 de la Ley 17418 prevé: “En los seguros de daños patrimoniales, el crédito del asegurado se pagará dentro de los quince días de fijado el monto de la indemnización o de la aceptación de la indemnización ofrecida, una vez vencido el plazo del artículo 56. En los seguros de personas el pago se hará dentro de los quince días de notificado el siniestro, o de acompañada, si procediera, la información complementaria del artículo 46, párrafos segundo y tercero”.

53 Las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999 aconsejaron: “Suprimir el inciso c del artículo 1634, pues debe ser suficiente demostrar la contratación de un seguro apropiado”.

Entonces, está claro que ante la acción de responsabilidad civil que estriba en un incumplimiento obligacional prescribe a los tres años. Ahora bien, ¿cuánto dura la vida de la acción para reclamar el cumplimiento –o, mejor, la ejecución idéntica– de la obligación? El Código Civil y Comercial no estableció un plazo especial, de manera que rige al respecto el ordinario de cinco años previsto en el artículo 2560.

La posición adoptada es una verdadera sinrazón, pues ante el fenómeno del incumplimiento obligacional, el acreedor perjudicado verá extinta su acción de responsabilidad civil a los tres años, pero subsistirá por dos años más su acción para obtener la ejecución idéntica de la obligación.⁵⁴

Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2022, celebradas en Mendoza, se hicieron eco de esta situación y, luego de apuntar que la disonancia de plazos “resulta intolerable y absurda”, concluyeron a través de un despacho unánime que la situación “debe ser corregida de inmediato por el legislador, por vía de la unificación de los plazos”.

13. Algunas reflexiones conclusivas

a) Es necesaria una política legislativa que tienda a coordinar el sistema de daños programado por el Código Civil y Comercial con los subsistemas previstos en los ordenamientos especiales para armonizar los incentivos y los objetivos de cada uno de ellos.

b) La llamada reparación “integral” no es algo distinto de la adjetivada como “plena”. El ordenamiento jurídico solo envía a reparar el “daño jurídico”, noción que es distinta a la del “daño real” y que está gobernada fundamentalmente por las reglas de la causalidad jurídica. No todo daño es resarcible y la aspiración consistente en que el damnificado vuelva al estado anterior al evento dañoso no siempre es realizable. No merece *per se* reproche la inclusión legislativa de límites a la reparación, ya “cualitativos”, ya “cuantitativos”.

c) De acontecer el daño, la realización de las medidas preventivas exigibles conforme a las directivas de la buena fe solo exime al dañador en el supuesto de que la responsabilidad sea a título subjetivo, pero no si se trata de una de corte

54 “El problema que puede surgir es que un mismo acreedor puede ver prescrita su acción de responsabilidad civil pero conservar las demás acciones contractuales que no sean de responsabilidad civil. Lamentablemente en este punto el proyecto se apartó de la fuente principal de inspiración que fue el proyecto de código de 1998 que a la par de unificar las órbitas de responsabilidad establecía un único plazo ordinario de cuatro años sin distinguir entre acciones de responsabilidad y demás acciones en el artículo 2501, con lo cual el problema actual no se presentaba” (López Herrera, 2015, p. 6).

objetivo. Es necesario que se coordinen las esferas preventiva y resarcitoria con el objeto de introducir estímulos a prevenir, ya sea “castigando” a quienes no prevengan o bien limitando la responsabilidad de quienes lo hagan.

d) Los factores de atribución objetivos de responsabilidad no estimulan a los miembros de la sociedad a obrar con la debida diligencia. Deben buscarse “premios” para quien, a pesar de su obrar diligente, igualmente ocasionó daños.

e) El reproche subjetivo va perdiendo espacio en la diagramación del deber de responder por daños. Deben incluirse “castigos” más enérgicos a quienes obren mal, especialmente a quienes lo hagan a título de dolo. Todo ello, para concretar la vocación de la evitación dañosa.

f) Mientras que el derecho empresario fomenta la limitación de responsabilidad, especialmente mediante la técnica societaria, los regímenes tuitivos del trabajador y del consumidor procuran que estos sujetos vean satisfechos sus créditos a la indemnización. La disparidad de criterios es claramente atentatoria de la seguridad jurídica que precisan las inversiones y puede ser notoriamente injusta para las posiciones más débiles. Es necesaria una política legislativa que contemple todos los intereses en juego con visión de conjunto.

g) La autonomía de la voluntad cuenta con importantes proyecciones en el ámbito del deber de responder. Sin embargo, ellas no pueden perforar el principio de inmunidad de los terceros ni los límites impuestos por la ley, la moral y las buenas costumbres, entre ellos, los derivados de la debilidad jurídica en supuestos como las contrataciones adhesivas y de consumo.

h) No es adecuado que el Estado se diagrama una responsabilidad más acotada que la que disciplina para los miembros de la comunidad. Esta significativa inequidad se traduce en una clara violación a la igualdad proclamada en la ley fundamental.

i) Así como a la víctima le está vedado enriquecerse más allá el daño efectivamente padecido, al autor del daño no le debe convenir dañar y pagar; el autor dañoso no debería beneficiarse del perjuicio que otro padece, especialmente cuando actuó con dolo.

j) La reparación debe ser oportuna, pues de otro modo solo agrava el daño. Ante esta circunstancia, el juez puede anticipar el resarcimiento mediante la sentencia derivada de una acción preventiva.

k) La instauración de límites cuantitativos de la responsabilidad civil en ciertas hipótesis puede contribuir a una reparación oportuna. Además, puede incentivar a la prevención de daños si tales límites ceden ante actuaciones reprochables subjetivamente.

l) Es abiertamente inconsistente que la acción de cumplimiento sobreviva a la acción de daños. Es necesario que el legislador armonice los plazos de feneamiento de ellas.

Bibliografía

- Aicega, M. V. (2022). *El deber de responder del fiduciario. Límites, agravamientos, propagaciones y atenuaciones* (Tesis doctoral). Universidad Austral, Buenos Aires.
- Alegria, H. (2008). Diálogo de economía y derecho y convergencias culturales y sociales en la insolvencia. En *Reglas y principios del derecho comercial* (pp. 127-172). La Ley.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil* (Ed., trad. y notas L. L. Leysser). El Jurista Editores.
- Alterini, A. A. (1997). *La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil*. Abeledo Perrot.
- Alterini, I. E. y Alterini, F. J. (2020). *Tratado de las obligaciones* (Tomo II). La Ley.
- Alterini, I. E. y Alterini, F. J. (2022). Beneficios derivados del ilícito dañoso. En Gaviria Cardona, A. y Uribe García, S. (Eds.), *Instituciones de responsabilidad civil. Homenaje al Maestro Jorge Santos Ballesteros* (Tomo I, pp. 135-153). Grupo Editorial Ibáñez/Ediciones UNAULA.
- Alterini, J. H. (2001). La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, XLVI(39)*, 47-70.
- Alterini, J. H. (2004). Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, XLVIII(41)*, 328-341.
- Alterini, J. H. (2008). El dolo en la indemnización de daños. Incrementos. Limitaciones. Atenuaciones. Compensaciones. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, LIII(46)*, 327-351.
- Azar, A. y Ossola, F. A. (2018). *Tratado de derecho civil y comercial* (Dir. A. Sánchez Herrero, Coord. P. Sánchez Herrero, 2ª ed. tomo III). La Ley.
- Balbín, S. (2020). El rol de la autonomía de la voluntad en el derecho societario a partir de la SAS. *Revista Código Civil y Comercial* (febrero), 11.
- Basozabal Arrue, X. (2018). Tres modelos para una regulación actual del enriquecimiento injustificado: unitario, tipológico, fragmentado. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), 1-54.
- Brebbia, R. H. (1995). Responsabilidad por el riesgo creado (Balance de la teoría al cumplirse un siglo de su aparición). *La Ley, 1995-A*, 815-827.
- Brun, P. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual* (Trad. C. Téllez Gutiérrez y E. Cárdenas Miranda de la 3ª edición francesa [2014]). Instituto Pacífico.
- Busto Lago, J. M. y Peña López, F. (1997). Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil Extracontractual. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (1), 141-166.
- Calvo Costa, C. A. (2017). La reafirmación del principio de la reparación plena. El fallo “Oñiveros”. *La Ley, 2017-F, 43*, TR LALEY AR/DOC/2386/2017.

- De Cupis, A. (2020). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*. Olejnik
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot.
- Galdós, J. M. (2015). Relación de causalidad y previsibilidad contractual. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 17(10), 19-33.
- Halperin, I. y Butty, E. M. (2000). *Curso de derecho comercial* (4ª ed., Vol. I). Depalma.
- Llamas Pombo, E. (2022). Presupuestos y límites de la reparación del daño. En Gaviria Cardona, A. y Uribe García, S. (Eds.), *Instituciones de responsabilidad civil. Homenaje al Maestro Jorge Santos Ballesteros* (Tomo I, pp. 95-118). Grupo Editorial Ibáñez/Ediciones UNAULA.
- Llambías, J. J. (2012). El derecho no es una física de las acciones humanas (Reflexiones sobre el fundamento de la responsabilidad civil. Ámbito de aplicabilidad y extensión de resarcimiento. Culpa y riesgo creado). Conferencia pronunciada el 23 de mayo de 1962 en el Instituto Universitario Libre de Mar del Plata, con el auspicio de la Asociación de Abogados Católicos de Mar del Plata. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 14(7), 285-293.
- López Herrera, E. S. (2015). La prescripción de la acción de daños en el nuevo Código Civil. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 17(4), 336-345.
- López Mesa, M. J. (2016). El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil (de intenciones, realidades, concreciones y mitologías). *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 13(46), 57-73.
- Manóvil, R. M. (2014). Temas de personas jurídicas y contratos en el nuevo código. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época*, LIX(52), 297-325.
- Mazeaud, H., Mazeaud, J., Mazeaud, L. y Chabas, F. (1997). *Derecho civil. Obligaciones* (Tomo I, Trad. de L. Andorno de la edición del año 1985). Zavalía.
- Micelli, M. I. (2011). Las nuevas tutelas diferenciadas del derecho concursal. Los acreedores involuntarios. *La Ley Litoral*, (febrero), 30 y ss., TR LALEY AR/DOC/139/2011.
- Moisset de Espanés, L. (1982). *Estudios de derecho civil. Cartas y polémicas*. Zavalía.
- Orgaz, A. (1954). *Nuevos estudios de derecho civil*. Bibliográfica Argentina.
- Orgaz, A. (1970). *La culpa (actos ilícitos)*. Ediciones Lerner.
- Ossola, F. A. (2018). El Principio de Reparación Plena en la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Jurisprudencia Argentina*, (4), 235-274.
- Pantaleón Prieto, F. A. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. *La Responsabilidad en el Derecho, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (4), 167-192.
- Picasso, S. (2014). La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre)*, 151 y ss., TR LALEY AR/DOC/3926/2014.
- Pizarro, R. D. (2012). El desmantelamiento de los efectos del ilícito lucrativo en el Proyecto de Código Civil y Comercial. *Jurisprudencia Argentina*, (4), AR/DOC/10079/2012.
- Pizarro, R. D. (2022). La reparación del daño contractual (el art. 1728 del Código Civil y Comercial). En Tobías, J. W. (Dir.), *Estudios sobre obligaciones y responsabilidad civil en homenaje al Académico Félix A. Trigo Represas* (pp. 213-231). Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires/La Ley.
- Raspall, M. A. (2019). Acerca de las tutelas diferenciadas, los acreedores involuntarios y los

- nuevos privilegios concursales. *Revista Código Civil y Comercial*, (marzo), 74-119, TR LALEY AR/DOC/196/2019.
- Rouillon, A. A. N. (2007). *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522* (15ª Ed.). Astrea.
- Schneider, L. R. (2022). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en las sociedades comerciales. ¿Resulta válido dejar sin efecto los deberes de lealtad y diligencia en las SAS? *La Ley*, 2022-A, 234-247.
- Stiglitz, G. (1984). *La responsabilidad civil. Nuevas formas y perspectivas*. La Ley.
- Ubiría, F. A. (2015). *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Abeledo Perrot.
- Vásquez Palma, M. F. (2014). Sobre la limitación de responsabilidad en el derecho de sociedades y su posible extensión en el contexto de la modernización. *Revista Derecho (Valdivia)*, 27(2), 105-132.
- Zavala de González, M. M. (2015). El principio de reparación plena. *Revista de responsabilidad civil y seguros*, 17(4), 95-103.
- Zavala Rodríguez, C. J. (1971). *Derecho de la empresa*. Depalma.

LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

Lucía Obligado

Prosecretaria Letrada de la Procuración General de la Nación

luliobligado@hotmail.com

Recibido: 12/09/2022

Aceptado: 02/11/2022

Resumen

En este trabajo se pretende determinar si los principios del derecho penal se aplican al derecho disciplinario en el marco del empleo público nacional. Para ello, en primer lugar, analizaremos la potestad disciplinaria y la categorización del vínculo del empleado público con la Administración pública como “relación de especial sujeción”, en la medida en que con esta clasificación ocasionalmente se pretende limitar la aplicabilidad de los mencionados principios al ámbito disciplinario.

Determinado ello, nos centraremos en el estudio de las distintas posturas esbozadas al respecto –negatorias, afirmativas e intermedias–, junto con el análisis de la recepción normativa de los mencionados principios.

Luego, analizaremos los principios más relevantes en la materia, a saber: el derecho de defensa, el proceso adjetivo y la tutela judicial efectiva; la legalidad y, en particular, sus manifestaciones: reserva de ley, tipicidad, irretroactividad y ley penal más benigna, además de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y el exceso de punición; *non bis in idem*; culpabilidad y prescripción.

Así, basándonos en el análisis particular de todos y cada uno de ellos, podremos arribar a una conclusión fundada respecto a si los referidos principios son aplicables en el ámbito disciplinario y en qué medida. En tal sentido, adelantando la conclusión a la que arribaremos, entiendo que toda vez que actualmente se encuentran consagrados en la Constitución nacional, la Ley 25164 Marco de Regulación del Empleo Público Nacional y/o la Ley nacional 19549 de Procedimientos Administrativos, no cabe negar su aplicación al ámbito disciplinario, por lo que pierden sustento las posturas negatorias de todos o algunos de los referidos principios, corriéndose la discusión al alcance de su aplicabilidad, todo lo cual será examinado seguidamente.

Palabras clave: derecho administrativo disciplinario, potestad disciplinaria, empleo público, relación de especial sujeción, principios del derecho penal, garantías constitucionales.

The Application of Criminal Law Principles to Administrative Disciplinary Law

Abstract

The purpose of this study is to establish whether criminal law principles are applicable to disciplinary law within federal public service employment. In doing so, the analysis begins considering the disciplinary power and the categorization of the public agent's bond with the Public Administration as a "special subjection relationship", since that classification is usually used to restrain the applicability of the named principles in the disciplinary field.

The focus will be on the different opinions on the matter, that is to say, the ones that reject or approve this application, and the ones that lie somewhere in between and also their legislative recognition. The key principles on the matter will be examined, such as the right to a fair trial, legality and its different elements, proportionality, reasonableness, excessive punishment, double jeopardy, culpability and statute of limitations.

All things considered, we will be able to conclude whether those principles are actually applicable in disciplinary law and to what extent. Therefore, anticipating my conclusion, and taking into account that all of them are actually recognized in the National Constitution and specific Administrative Laws Nos. 25164 and 19549, it can easily be seen that its applicability cannot be denied. The opinions that totally or partially reject the application of criminal law will be shown as weak.

Key words: administrative disciplinary law, disciplinary power, public employment, special subjection relationship, criminal law principles, constitutional guarantees.

1. Introducción

En el presente trabajo nos preguntamos si es posible aplicar los principios del derecho penal al derecho disciplinario en el marco de las relaciones de empleo público. Ello, con el objeto de aportar un marco claro y preciso de garantías aplicables y de evitar, a través de su cabal respeto, que este procedimiento pueda resultar arbitrario y lesivo de los derechos de los agentes públicos investigados.

En términos generales, se considera que la aplicación de los principios del derecho penal varía en su intensidad según se transite por uno u otro de los derechos involucrados. En ese contexto, su empleo se realizaría plenamente en el derecho penal, pero comenzaría a atenuarse al pasar por el derecho sancionador hasta llegar al derecho disciplinario con menor ímpetu. Dicha situación se vuelve todavía más imprecisa cuando se añade el concepto de "relaciones de especial sujeción", en las que se considera que el agente, al ingresar en la relación de empleo público, acepta voluntariamente el régimen disciplinario imperante, encontrándose a partir de ese momento en una situación de mayor subordinación con respecto a la Administración pública que el ciudadano común, el que se relaciona con el Estado en virtud de una "relación de sujeción general".

Luego de estudiar todo ello, pasaremos a consignar la normativa aplicable al caso, debiéndose advertir que la existencia de un régimen federal de gobierno determina que no pueda existir un procedimiento disciplinario uniforme (Bielsa, 1964, pp. 346 y ss.; Cassagne, 2002, pp. 446 y ss.; Diez, 1965, pp. 431 y ss.; Sanguinetti, 2020; Villegas Basalvillbaso, 1951, pp. 524 y ss.), por lo que limitaremos el presente trabajo al régimen de empleo público nacional.

Junto con todo lo apuntado, se estudiarán las distintas posturas esbozadas sobre la cuestión en nuestro país a nivel nacional, lo que permitirá dilucidar el estado actual de la materia. Una vez efectuado ello, analizaremos los principios más importantes del derecho penal que han sido discutidos en el marco del proceso disciplinario en concreto, a saber: el derecho de defensa, el debido proceso adjetivo, la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad, la reserva legal, la tipicidad, la irretroactividad, la ley penal más benigna, el principio *non bis in idem*, la culpabilidad y la prescripción.

En definitiva, con el estudio de todos los puntos referidos se pretende determinar si en nuestro país los principios del derecho penal antes consignados son o no aplicables al derecho disciplinario y en qué medida, considerando en todo momento el equilibrio que debe reinar en las relaciones de empleo público, toda vez que no cabe privar a la Administración pública de las facultades necesarias para cumplir las funciones que le fueron otorgadas y, al mismo tiempo, deben respetarse los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución nacional y en las leyes que la reglamentan.

2. Desarrollo

2.1. La potestad disciplinaria

Todas las actividades públicas se ejercen necesariamente en virtud de una potestad, la cual constituye un poder atribuido por ley que apodera y habilita a la Administración pública para ejercer su acción.

Tradicionalmente, se consideró a la potestad sancionadora como un elemento esencial de la policía que evolucionó hasta la actualidad, en la que la generalidad de la doctrina entiende que forma parte, junto con la potestad penal, de un *ius puniendi* superior del Estado, que es único, de manera tal que el derecho sancionatorio y el penal constituyen simples manifestaciones de aquel (Balbín, 2008, pp. 801 y ss.; García Pullés, 2005, pp. 283 y ss.; Ivanega, 2006; Nieto, 2006, pp. 25 y ss.; Núñez, 1976, pp. 29 y ss.).

El citado *ius puniendi* puede manifestarse tanto por la vía judicial como por

la administrativa, salvo en lo que se refiere a penas privativas de libertad, cuya imposición está reservada a los jueces. En el ámbito sancionatorio, ello supone que el juez no interviene más que eventualmente, y *a posteriori*, por la vía del recurso contencioso administrativo, lo que constituye un progreso, toda vez que los actos administrativos sancionatorios fueron originariamente calificados como actos políticos o discrecionales y se excluían, por lo tanto, del control judicial. Si bien ello fue superado en la actualidad, ahora se cuestiona si la aplicación administrativa del *ius puniendi* general puede realizarse al margen de los principios establecidos con mayor rigor para el derecho penal (García de Enterría y Fernández, 2006, pp. 163 y ss.).

Así, cabe recordar que la potestad sancionatoria de la Administración pública es la atribución que le compete para imponer correcciones a los ciudadanos, y tiene como finalidad garantizar el mantenimiento del propio orden jurídico mediante la represión de aquellas conductas que lo contradicen. Actúa tanto interna como externamente, lo que permite clasificarla en dos especies: correctiva y disciplinaria. La primera tiene por objeto sancionar las infracciones a las órdenes de la Administración pública perpetradas por los ciudadanos, sean estos agentes públicos o no. La segunda actúa en el ámbito interno de la Administración y tiene por fin sancionar las violaciones de los agentes públicos a sus deberes funcionales.

El poder disciplinario en el ámbito de una relación de empleo público determina que el agente se encuentre en un estatus de especial dependencia con respecto al Estado. Es incuestionable la desigualdad jurídica de las partes, toda vez que la Administración pública asume una preeminencia que se traduce en el poder jerárquico, cuyo correlato es el poder disciplinario (García Falla, 2006, pp. 193 y ss.; Nieto, 2006, pp. 96 y ss.; Villegas Basavillbaso, 1951, pp. 524 y ss.). En ese mismo contexto, tampoco cabe perder de vista que la Administración pública nacional es, en el marco del procedimiento disciplinario, simultáneamente parte, instructora y autoridad decisora.

Sentado ello, cabe destacar que la responsabilidad administrativa disciplinaria de los agentes públicos se hace efectiva a través de la potestad disciplinaria y requiere para su ejercicio la existencia de una relación de empleo público, de una conducta violatoria de deberes o prohibiciones que justifique el ejercicio de tal potestad y del cumplimiento de una finalidad. Esa finalidad consiste en prevenir que el agente público incumpla sus deberes o prohibiciones y, con ello, se pretende a su vez asegurar y mantener el normal funcionamiento de la Administración pública, habiéndose señalado que la imposición de sanciones

de esta naturaleza es una consecuencia lógica de administrar (Coviello, 2008; Ivanega, 2006; Repetto, 2008, pp. 7 y ss.).¹ Pero además de esa finalidad primordial, se ha manifestado que por la naturaleza de la actividad que despliegan los funcionarios, las transgresiones en las que incurran trascienden la esfera de la organización y afectan al interés público, en tanto la organización de la Administración y su unidad no constituyen un fin en sí mismo, sino un medio que permite la consecución de su objetivo: el bien común, por lo que el poder disciplinario interesa a todos los individuos que han consentido jurídicamente tal organización (Canda, 2003; García Pullés, 2003, 2004, 2005, pp. 283 y ss., 2008; Ivanega, 2006).²

Por otro lado, debe reconocerse que la potestad, originada directamente en el ordenamiento jurídico, enuncia una facultad limitada y condicionada que se enfrenta directamente con el ejercicio de derechos subjetivos de los particulares (Cassagne, 2002, pp. 122 y ss.; García Pullés, 2004; Garrido Falla, 2006, p. 420). En consecuencia, la finalidad buscada por la potestad disciplinaria debe encontrarse no solo sancionando a quienes incumplen los deberes a su cargo, sino, además, otorgándoles la posibilidad de defenderse de los cargos que les podrían ser imputados injustamente como mecanismo de presión (García de Enterría y Fernández, 2006, p. 163).

2.2. La categorización del vínculo del empleado público como “relación de especial sujeción”

Hay quienes escinden las facultades disciplinarias desarrolladas en el ámbito público de las sancionatorias en general, y lo basan en la invocación de las llamadas “relaciones de especial sujeción” (García Pullés, 2003, 2008). Ello implica admitir que los agentes que se desempeñan en la Administración pública se encuentran en una situación de subordinación con respecto a ella desde el momento en el que voluntariamente ingresaron en una relación de empleo público, distinguiéndose de las “relaciones de sujeción general” –antes llamadas

1 Ver asimismo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Trámite personal - denuncia - Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034 y *Krawiecki, Jorge C.*, 31/03/1987, Fallos: 310:738; Dictámenes PTN N° 121:166; 199:175; 243:620 y sentencias de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, voto del Dr. Coviello en *López, Alejandro H. c/EN- M° del Interior- Policía Federal s/empleo público*, 21/05/2002 y Sala IV, *Cristiano, Ricardo D. c/EN- M° del Interior- Policía Federal Resolución 68/97 s/empleo público*, 23/03/2006.

2 Debe indicarse que a esta potestad siempre se la ha relacionado con el principio de jerarquía, esto es, la disciplina que el superior tiene la obligación de mantener respecto a sus subordinados.

“correctivas” – en las que la Administración ejerce su poder punitivo general, ya que se encuentran comprendidos en ellas todos los ciudadanos por el mero hecho de vivir en sociedad (Comadira, 2001, pp. 589 y ss.; García Pullés, 2003, 2008; Maljar, 2004, pp. 265 y ss.).

Con esta clasificación, en ocasiones se pretenden justificar excesos a la hora de tramitar los procedimientos disciplinarios y se intentan potenciar las prerrogativas de la Administración, lo que se traduce en la aplicación de sanciones sin el debido resguardo de los principios que deben respetarse para que el procedimiento disciplinario sea legal y justo.

Sobre la cuestión, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal manifestó que la invocación de una relación de esta especie no autoriza la violación de las garantías constitucionales, no pudiendo postularse su relajación, sino solamente otorgarles algún matiz.³ En ese mismo sentido, Gordillo (como se citó en Coviello, 2008) critica esta caracterización, entendiendo que conduce a concebir cierto tipo de relaciones jurídicas como si fueran una servidumbre personal; Coviello (2008, p. 221) también critica esa postura por entender que la referida categorización es útil a los efectos de señalar un tipo de relación en la que las prerrogativas de una de las partes –el Estado– se incrementa sobre la libertad de la otra persona –el agente–, lo que no implica que estas relaciones estén por fuera del orden jurídico⁴ (Rocha Pezreya, 2002, pp. 123 y ss.).

En definitiva, como advierte Nieto (2006, pp. 201 y ss.), la referida clasificación será válida siempre y cuando se busque un equilibrio entre dos intereses contrapuestos: el de la Administración, orientado hacia la eficacia de su organización, y el del individuo, a quien deben resguardárseles sus derechos fundamentales.

3 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Ponchón, Jesús Antonio c/Policia Federal*, 18/05/1999. Ver también disidencia del Dr. Fayt, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *B.R.E. c/Policia Federal Argentina s/amparo*, 17/12/1996, Fallos: 319:3040.

4 Con cita a Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cambios Teletour SA. c/Banco Central*, 10/02/1987, Fallos: 310:203, *B.R.E. c/Policia Federal Argentina s/amparo*, 17/12/1996, Fallos: 319:3040; *Gabrielli Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso administrativo*, 05/07/1996, Fallos: 319:1165 y *Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.)*, 26/06/1986, Fallos: 308:987.

2.3. Posturas esbozadas en relación con la aplicación de los principios del derecho penal al derecho disciplinario

Como lo mencionamos con anterioridad, se considera que los principios del derecho penal se van debilitando cuando se los pretende aplicar en el derecho sancionatorio, perdiendo aún más ímpetu en el derecho disciplinario, ámbito en el cual se suele decir que su aplicación es más atenuada e incluso ha sido puesta en duda. La situación descripta se vuelve todavía más imprecisa cuando se suma el concepto de “relaciones de especial sujeción”, puesto que quienes admiten dicha categoría sostienen que a los sujetos comprendidos en aquellas se les aplican los principios del derecho disciplinario, pero no los del derecho penal (Uslenghi, 2003, p. 221). Con este argumento se pretende negar la aplicación de principios que si bien nacieron en el derecho penal, hoy encuentran resguardo constitucional.

En tales condiciones, a los efectos de analizar la aplicabilidad real de dichos principios al ámbito disciplinario, conviene hacer referencia a los criterios más importantes esgrimidos sobre el tema.

2.3.1. Posturas negatorias de la aplicación de los principios del derecho penal al derecho disciplinario

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha señalado en reiteradas oportunidades que las correcciones disciplinarias no importan al ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por lo cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal.⁵

5 Canda (2003) relativiza la postura de la CSJN, al entender que no afirma que no sean aplicables los principios generales del derecho penal, sino los que derivan del Código Penal. Cabe señalar que esa postura luego fue suavizada por la propia CSJN al reconocer que las sanciones de esta índole requieren para su validez la observancia de los principios de legalidad, defensa y la indispensable intervención de un tribunal judicial, y que es ineludible la existencia de un procedimiento que instruya el pertinente sumario. Ver al respecto, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *De la Torre, Lino*, 21/08/1887, Fallos: 19:231; *Gascón, Manuel (h) apelando de una resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional*, 10/10/1912, Fallos: 116:96; *Bruno, Pablo en los autos: Lamperti, Francisco c/Viglione, Domingo*, 22/04/1919, Fallos: 129:165; *Pandelo, María Angélica c/Instituto Adscripto Echevarría*, 1957, Fallos: 239:267; *Chulivertt, Rafael A. c/Cia. De Seguros Generales India S.A.*, 29/09/1958, Fallos: 241:419; *Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/Rodríguez Arias, Casiano J. y S.A.A.F.I.S.*, 07/10/1959, Fallos: 245:25; *Sawaya, Horacio Aníbal*, 25/11/1959, Fallos: 245:284; *Finguerut, Eusebio c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas*, 06/12/1961, Fallos: 251:343; *Trimarco, Alejandro Nicolás. Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/Rodríguez Arias, Casiano J.*, 26/06/1963, Fallos: 256:97; *Franzé, Alfonso*, 29/11/1971, Fallos: 281:244; *Pereiro de Buodo, María Mercedes c/resolución 948 MAS*, 17/02/1987, Fallos: 310:316; *Rico Alberto Antonio c/Estado Nacional (Policía Federal Ministerio del Interior)*, 11/06/1987, Fallos: 310:1092; *Riccomi, Humberto Alfredo s/*

Por su parte, Núñez (1976, p. 29) destaca que el “derecho penal disciplinario” no requiere en sí mismo las garantías fundamentales propias del derecho penal común. No obstante ello, advierte que las sanciones que podrían afectar los derechos de los castigados y su libertad personal, si bien no importan al ejercicio del poder represivo común, significan una pena, motivo por el cual demandan su especificación previa por la ley o reglamento, por lo menos como sanciones comprendidas en la facultad general disciplinaria del respectivo órgano.

A su turno, Cassagne (2002, p. 438) considera que en las infracciones de autoprotección, como las disciplinarias, basta con que se cumplan las garantías del procedimiento administrativo, sin perjuicio de reconocer que muchas de ellas encuentran su base en principios de naturaleza penal que fueron receptados por aquel. Agrega que las sanciones disciplinarias nacen de la supremacía especial que posee la Administración en la relación de empleo público, instituida con la finalidad de mantener la continuidad del servicio a su cargo y de proteger su estructura organizativa. Esta peculiaridad, advierte, explica el motivo por el cual si bien las sanciones disciplinarias ostentan también –en algunos casos– sustancia represiva, no se aplican a ellas estrictamente algunos de los principios del derecho penal.

2.3.2. Posturas favorables a la aplicación de los principios del derecho penal al derecho disciplinario

En sentido contrario, Zaffaroni (2003, pp. 216 y ss.) sostiene que el derecho disciplinario tiene funciones tácitas eventualmente penales, advirtiendo que el control de la legislación de este tipo es una de las funciones más importantes del derecho penal de garantías, pues su omisión implica la legitimación del modelo de estado de policía que, con la pretensión de ocultar el carácter penal

art. 40 ley 22.140, 06/06/1989, Fallos: 312:779; *Rodríguez Varela, Florencio c/Corte Suprema de Justicia de la Nación s/ordinario*, 23/12/1992, Fallos: 315:2990; *Registro Nacional de la Propiedad - Seccional Capital N° 41 - s/comunica situación planteada en certificación de firmas del escribano José María Marra adscripto al Registro Notarial N° 1131 de la Capital Federal*, 04/05/1993, Fallos: 316:855; *Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/avocación*, 02/07/1996, Fallos: 319:1160; entre otros. En ese mismo sentido se expidieron la Procuración del Tesoro de la Nación y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Ver, además, Dictamen PTN N° 109/2007; Maljar (2004, pp. 71 y ss.) con cita a Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, *Banco Alas Cooperativo Limitado –en liquidación– y otros c/Banco Central de la República Argentina*. Resol. 154/9, 19/02/1998; *Aceitera Chabas*, 25/10/1994, *Vicentin SAIC c/Instituto Argentino de Sanidad y Calidad Vegetal*, 17/05/1994 y *Francisco López SA c/Instituto Nacional de Semillas*, 07/04/1994; y Sala III, *Bunge Guerrico y Banco Serrano Coop. Ltda.*, 31/5/1984 y 15/10/1996, respectivamente.

de una ley, llega a extremos aberrantes. En tal sentido, destaca que la Administración pública puede imponer sanciones disciplinarias, siempre que se habilite un control judicial suficiente que garantice su racionalidad y el cumplimiento de las elementales garantías que corresponden a cualquier sanción.

Por su parte, Gordillo (1996) considera que los principios generales del derecho penal son de inevitable aplicación al “derecho penal administrativo”, destacando que en los precedentes que pretenden buscar principios diferentes hay un substrato de privación de derechos y garantías. El sumariado suele recibir mucha menos tutela jurídica que el delincuente, y no hay razones sustantivas que lo determinen necesariamente de ese modo; las sanciones penales son, sin duda, mayores, pero la peligrosidad social también. Por ello prefiere rescatar los valores positivos de los principios del derecho penal en su aplicación a la faz administrativa, debiendo fijarse pautas orientadoras para el marco constitucional insertado en los tratados internacionales de derechos humanos.

También Ivanega (2006) entiende que las sanciones disciplinarias están alcanzadas por los principios referidos, pues tanto el derecho penal como el administrativo sancionador son manifestaciones del poder punitivo del Estado. En consecuencia, en ambos casos se autoriza al Estado a restringir derechos cuya titularidad corresponde a los particulares, en la medida en que se compruebe la comisión de un ilícito o de una infracción, según sea el caso. En tal orden, advierten que para que el ejercicio de esas facultades de contenido represivo resulte válido, es necesario que se hayan respetado los principios y garantías constitucionales.

Asimismo, García Pullés (2008) advierte que las garantías constitucionales del derecho penal consagradas en el orden jurídico argentino deben considerarse propias del derecho administrativo sancionador, y remarca que en nuestro ordenamiento jurídico el conjunto de garantías penales ya se impuso como régimen supralegal directamente aplicable al derecho administrativo sancionador, en virtud de la reforma constitucional que consagró ciertos tratados internacionales y la vinculación necesaria a las decisiones de los organismos internacionales.⁶

Por último, Sanguinetti (2020) advierte que los principios y garantías pe-

6 El referido autor señala, sin embargo, que el procedimiento administrativo sancionador resulta un enjambre de previsiones desordenadas que hace prácticamente imposible su sistematización y seppulta toda intención de delinear principios generales propios (Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana N° 11/90 y Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*, sentencia del 02/02/2001).

nales que gozan de jerarquía constitucional resultan plenamente aplicables a las sanciones administrativas, incluso a las que hubieran sido calificadas como disciplinarias.

2.3.3. Posturas que hacen referencia a la aplicabilidad o inaplicabilidad de ciertos principios en particular

En otro orden, encontramos autores que predicán la aplicación de algunos principios del derecho penal –pero no de otros– al derecho disciplinario. En tal sentido, Docobo (1996) advierte que los principios generales del derecho penal no son de aplicación inexorable o integral en el derecho administrativo disciplinario, sino que algunos rigen en plenitud, otros se aplican de manera atenuada y otros directamente no se aplican.

Por su parte, Marienhoff (1994, pp. 419, 439, 451) resalta que en el procedimiento disciplinario se debe respetar plenamente el debido proceso legal, el principio *non bis in idem* –dentro de la misma esfera jurisdiccional o administrativa– y el instituto de la prescripción. En cambio, no considera que las distintas manifestaciones del principio de legalidad tengan la misma rigidez en materia disciplinaria, y llega a decir que ante la falta de norma expresa que establezca la aplicación de una sanción, no es posible admitir que la Administración pública haya renunciado a su poder disciplinario porque este siempre está ínsito en la relación de empleo público.

En sentido similar –en cuanto al principio de legalidad y sus diversas manifestaciones– se expidieron Díez (1965, p. 431) y Villegas Basavillbaso (1951, p. 524). El primer autor advierte que –además de los principios consignados por Marienhoff– se aplican a la esfera disciplinaria los principios de culpabilidad e irretroactividad de la sanción.

Fiorini (1976, p. 811) también alerta sobre la dificultad de emplear el principio de legalidad y sus diversas manifestaciones en esta materia, salvo en lo que hace a la irretroactividad, la que entiende que rige no por su analogía con el derecho penal, sino por aplicación del valor humano justicia. Por otro lado, sostiene la vigencia en este ámbito del principio *non bis in idem*, que considera que no es inherente al derecho penal, sino que proviene del principio de razonabilidad.

Por último, Bielsa (1964, p. 346) destaca que los principios de legalidad y *non bis in idem* no son de aplicación absoluta al derecho disciplinario.

2.3.4. Posturas que advierten que la aplicación de los principios del derecho penal al disciplinario debe hacerse en forma matizada

Desde España, Nieto (2006, pp. 91 y 171) –quien elaboró una de las teorías más importantes sobre la cuestión– sostiene que el derecho sancionador no debe ser construido con los materiales y técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo y desde la matriz constitucional del derecho público estatal. Señala que, en rigor, no hay necesidad alguna de aplicar al derecho administrativo sancionador elementos propios del derecho penal, pero que ello resulta recomendable dado que el derecho público estatal no ha elaborado todavía una teoría útil sobre el *ius puniendi* del Estado que pueda aplicarse a todas y cada una de sus manifestaciones, a diferencia de lo que sucede con el derecho penal, envidiablemente desarrollado. Entonces, advierte que la presencia del derecho penal es útil e imprescindible, pero opera como punto de referencia, aplicándose sus garantías de forma provisional a falta de normas expresas del derecho administrativo o hasta tanto este las produzca. En efecto, justifica su aplicación en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales en un mínimo suficiente que impida una desigualdad intolerable de trato entre el procesado y el sumariado. En tales condiciones, remarca que en España ya no se discute si los principios del derecho penal se aplican al derecho administrativo sancionador, sino qué principios van a ser aplicados y en qué medida. En tal sentido, resalta que es evidente que los principios consignados en la Constitución son aplicables, entendiéndose comunes a todo el ordenamiento punitivo del Estado, aunque originariamente procedan del derecho penal; pero también sostiene que son aplicables los principios no consignados en aquella, aunque en ese caso no prevalecerán sobre los específicos del ámbito administrativo con rango de ley. En definitiva, considera que las garantías del inculpado son irrenunciables, pero no es cierto que tengan que provenir del derecho penal, puesto que el derecho público estatal está perfectamente capacitado para crear un sistema idóneo propio, aunque deba recurrirse, hasta tanto lo haga y provisionalmente, a las garantías del derecho penal, a conciencia de que no son siempre adecuadas al derecho administrativo sancionador.

En nuestro país, Maljar (2004, p. 71) elaboró una postura similar al considerar que deben aplicarse al derecho administrativo sancionador los principios del derecho penal contemplados en la Constitución nacional, en tanto ambos son manifestaciones del poder punitivo del Estado y, por lo tanto, no hay nada más eficaz para juridizar la potestad sancionadora que requerir el respeto de los principios constitucionales. Resalta que se trata de principios constitucionales

que inspiran al derecho penal, pero no de la aplicación de normas propias de este, y aclara que su aplicación deberá realizarse con ciertos matices, los que se determinarán en cada caso. En ese contexto, establece una prelación normativa según la cual, en primer lugar, deben respetarse los principios del derecho penal constitucionalizados y luego las disposiciones de derecho administrativo de cada ordenamiento jurídico sectorial.

En ese mismo orden, Balbín (2008, p. 801) sostiene que en el campo sancionador deben aplicarse los principios del derecho penal, pero con los matices propios del derecho administrativo. Advierte que las sanciones administrativas se encuentran alcanzadas por los principios del derecho penal porque constituyen una expresión del poder represivo del Estado y porque el desarrollo dogmático del derecho penal es mucho mayor. Entiende, sin embargo, que el derecho sancionador debe crear sus propias técnicas y reemplazar los instrumentos prestados, porque aun cuando parten de principios comunes, el desarrollo de este conocimiento jurídico debe ser matizado con las reglas propias del derecho administrativo. Remarca que deben aplicarse los mismos principios que se utilizan en el derecho sancionador al caso de las relaciones de especial sujeción, en tanto no constituyen un título jurídico por sí mismo y porque el Estado –salvo autorización legal– no puede restringir las garantías constitucionales. No obstante ello, considera que el legislador, en este caso, puede matizar ciertos principios, como los de legalidad, tipificación y *non bis in idem*.

Por su lado, Sesín (2011) resalta que la responsabilidad disciplinaria se ocupa del buen funcionamiento de la Administración pública desde una perspectiva interna, lo que justifica la diferencia cualitativa con la responsabilidad penal y la morigeración de los citados principios.

Finalmente, para García Pullés (2008), las garantías constitucionales del derecho penal deben considerarse propias del derecho administrativo sancionador. No obstante ello, señala que la situación del procedimiento administrativo sancionador resulta un enjambre de previsiones desordenadas que hace prácticamente imposible su sistematización y sepulta toda intención de rescatar o delinear principios generales que podrían proclamarse como diferenciadores de los que regulan la aplicación de la ley penal.⁷

7 Con cita a Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana N° 11/90 y CIDH, caso *Baena Ricardo y otros v. Panamá*.

2.3.5. Síntesis

Como se puede ver en la reseña efectuada, la cuestión en análisis es controvertida, sin perjuicio de lo cual se puede concluir que, en la actualidad, se tiende a admitir la aplicación de los principios en cuestión, aunque solo sea de forma matizada.

A mi entender, no se puede negar la protección mínima que brindan los principios en estudio, toda vez que mediante su utilización se pretende resguardar los derechos y garantías esenciales de la persona, que si bien nacieron en el marco del derecho penal, hoy se encuentran constitucionalizados.

Por otro lado, y aunque considero legítima la categorización de las relaciones de especial sujeción, no creo que con ese pretexto se pueda justificar un apartamiento de las garantías en cuestión, sino simplemente otorgarles un cierto matiz.

Comparto lo señalado por Nieto (2006, pp. 32 y ss.) en cuanto a que el derecho disciplinario no debe ser construido con los materiales y técnicas propios del derecho penal, sino que debe serlo con base en los del derecho administrativo, del que forma parte. Pero, como señala este autor, todavía resulta necesario recurrir al derecho penal hasta tanto se desarrollen los principios y garantías en el ámbito del derecho administrativo.

Asimismo, y tomando parte de las consideraciones efectuadas por García Pullés (2008), entiendo que aquellos principios y garantías consagrados en la propia Constitución nacional, así como en los tratados internacionales a los que se les dio jerarquía constitucional por la reforma constitucional de 1994, son directamente aplicables al derecho disciplinario.

En tales condiciones, resta aún que estos principios se liberen de su sustancia penal para pertenecer plenamente al derecho constitucional. Su consagración desde ese ámbito permitirá evitar que la determinación casuística de estos principios implique un grado de imprevisión tal que lesione el derecho a la libertad y seguridad jurídica de los agentes públicos.

2.4. Los principios del derecho penal en particular y su aplicación al derecho disciplinario

En suma, en el apartado precedente se concluyó que los principios del derecho penal deberían aplicarse al derecho disciplinario, por lo que corresponde investigar si ello ocurre en la realidad. A esos fines, pasaremos a estudiar aquellos principios cuya aplicación resulta discutida en el ámbito en cuestión. Una vez analizados, podremos saber si realmente se aplican al derecho disciplinario y en

qué medida, más allá de las distintas posturas elaboradas al respecto, las cuales ya fueron citadas.

2.4.1. Derecho de defensa, debido proceso adjetivo y tutela judicial efectiva

El derecho de defensa constituye una de las máximas garantías de la libertad de la persona y se encuentra regulado en el artículo 18 de la Constitución nacional (CN) y en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Su reglamentación en el marco del procedimiento administrativo importa al reconocimiento del debido proceso adjetivo.

En el orden disciplinario, fue receptado expresamente por la Ley 25164 Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (en adelante, LMREPN), cuyo artículo 29 establece que el personal comprendido en su ámbito de aplicación tiene derecho a que se le garantice el debido proceso adjetivo en los términos del artículo 1°, inc. f) de la Ley nacional 19549 de Procedimientos Administrativos (en adelante, LNPA), el que comprende el derecho a ser oído, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión fundada (Fiorini, 1976, pp. 811 y ss., Gelli, 2005, pp. 219 y ss.; Ivanega, 2006).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, incluso en los procedimientos disciplinarios (Sagües, 1997, pp. 612 y ss.).⁸ En ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre el tema, indicando que “[c]ualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo, sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (Bidart Campos y Pizzolo, 2000, pp. 245 y ss.).⁹

Este principio incluye el derecho a la tutela judicial efectiva, que si bien comenzó siendo una garantía penal, luego fue receptada por los textos cons-

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Rom, Juan C. c/Poletti, José D.*, 1944, Fallos: 198:90; *Escariz, Severino. Fariás, Remigio, y otros. Laguens, Néstor Carlos, y otros. Morales de Valdez, Julia y otro*; 20/03/1959, Fallos: 243:201; *López, Osvaldo Antonio (ex Cabo Primero)*, 14/09/1987, Fallos: 310:1797; *Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/avocación*, 02/07/1996, Fallos: 319:1160; *Castro Veneroso, Oscar Juan s/recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140*, 23/10/2001, Fallos: 324:3593, entre otros; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *Castaña, Juan C. c. Policía Federal*, 18/02/1999; Sala I, disidencia del Dr. Licht, *Vallotta, María Concepción c/Hosp. de Pediatría SAMIC- Garrahan s/Empleo Público*, 01/06/2000, y Sala V, voto del Dr. Otero, *Ocampo, José A. c/Hosp. Garrahan- Resol. 994/04 (Expte. 1264/03) s/Amparo Ley 16.986*, 02/11/2005.

9 Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana 11/90 y Corte Interamericana de

titucionales y, en nuestra carta magna, por los artículos 43 y 75, inciso 22. Constituye una garantía instrumental porque permite hacer efectivos derechos sustanciales e incluye una serie de garantías que se desarrollan en distintos aspectos de la protección jurisdiccional de las personas. En particular, implica el derecho a acceder a un órgano judicial, a ser oído, a ofrecer y producir prueba pertinente, a alegar sobre ella, a una decisión fundada dictada en tiempo razonable, a su cumplimiento y ejecución (Aberastury, 2006, pp. 37 y ss.; Maljar, 2004, pp. 95 y ss., Sanguinetti, 2020).¹⁰

En definitiva, no caben dudas de la aplicación de los referidos principios al derecho disciplinario, en cuanto se encuentran previstos constitucional y legalmente, habiendo sido todo ello receptado por la jurisprudencia local e internacional.

2.4.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad establece que toda pena debe fundarse en ley; constituye un rasgo esencial del Estado de derecho al implicar que la voluntad que impera es la de la ley y garantizar la seguridad jurídica de los individuos (Badeni, 2006, pp. 476 y ss.). Está recogido en el artículo 18 de la CN, en cuanto dispone que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y en el artículo 19 de la CN, según el cual nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Asimismo, se vincula con los artículos 14 y 28 de la CN, que disponen que la reglamentación de los derechos constitucionales será establecida por ley, no pudiendo ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. También se encuentra contemplado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 9° de la CADH.

Derechos Humanos, *Baena, Ricardo y otros v. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, Serie C N° 72.

10 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA*. Resol. 169/05, 26/06/2012, Fallos: 335:1126. Este último caso, si bien refiere a una sanción impuesta por el BCRA, toda vez que a criterio del máximo tribunal estas constituyen sanciones disciplinarias, cabe mencionar que sus conclusiones son plenamente aplicables al supuesto en estudio. Por otro lado, corresponde advertir que la LMREPN establece que en ciertos casos puede obviarse el trámite del sumario administrativo citado, los que se refieren a faltas que merecen sanciones menores y a las denominadas “faltas de comprobación objetiva”. En estos, debe destacarse que la reglamentación de dicha ley dispuso que previo a la aplicación de la respectiva sanción, deberá citarse a audiencia al imputado para que efectúe su descargo y acompañe pruebas. Antes de resolver, además deberá requerirse la opinión del área jurídica.

Sobre la cuestión, la Corte Interamericana señaló que si bien los términos utilizados en el artículo 9 de la CADH parecen referirse exclusivamente al orden penal, debe tomarse en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta ilícita, por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas (García Pullés, 2008).¹¹

En tal sentido, cabe destacar que el artículo 27 de la LMREPN estableció que “el personal vinculado por una relación de empleo público [...] no podrá ser privado de su empleo ni ser objeto de medidas disciplinarias, sino por las causas y en las condiciones que expresamente se establecen”.

Aclarado esto, corresponde recordar que este principio tiene varias manifestaciones; la primera de ellas es la irretroactividad de la ley, cuya excepción permite aplicar retroactivamente la ley penal más benigna (Fontán Balestra, 1995; Sagües, 1997, pp. 660 y ss.; Zaffaroni, 2000, pp. 107 y ss.).¹² A esa primera manifestación se sumó más tarde el mandato de la tipificación, que acumula las condiciones de previsión y certeza de la norma y determina que las infracciones y sanciones tienen que estar previstas con anterioridad a la comisión del hecho imputado, con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de desviarse de la ley. Luego, se exigió también que esa norma previa y cierta tenga rango de ley, lo que constituye el principio de reserva legal. Además de las manifestaciones indicadas, este principio tiene otras, como: a) la veda de la analogía; b) la prohibición del *non bis in idem*; c) la proporcionalidad de las sanciones, etc.; a lo que se puede agregar más en el futuro, por cuanto los principios jurídicos son flexibles y dinámicos.

La realidad indica que la aplicación de este principio en el derecho disciplinario es realizada con ciertos matices, pero como estos no se encuentran definidos, la inseguridad es en definitiva su nota característica. Los problemas surgen especialmente porque no se definieron los alcances con los que se pretende aplicar dos de sus manifestaciones más importantes: la reserva de ley y la tipificación (Cassagne, 2002, pp. 136 y ss.; Nieto, 2006, pp. 201 y ss.), las que

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena, Ricardo y otros v. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, Serie C N° 72.,

12 Código Penal, artículo 2. Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Maskivker, Moisés s/Impuestos Internos*, 28/06/1948, Fallos: 211:443.

pasaremos a describir seguidamente junto con el principio de irretroactividad y la ley penal más benigna.

Sin perjuicio de todo lo expuesto y de los posibles matices que podrían dársele, no caben dudas de que el ejercicio de la actividad administrativa debe enmarcarse en el principio de legalidad. En efecto, la Administración pública debe ajustarse en todo su actuar a aquella, obrando de conformidad con la competencia que le hubiera sido asignada y no más allá de ella. Para aplicar una sanción, el órgano administrativo debe encontrarse facultado de antemano para hacerlo; y la sanción prevista, previamente en el ordenamiento jurídico como consecuencia de un incumplimiento a un deber o de una lesión a una prohibición determinados (Comadira, 2001; García Pullés, 2005, pp. 283 y ss.; Ivanega, 2010, p. 92).

2.4.3. Reserva de ley

Constituye la primera de las citadas manifestaciones del principio de legalidad e implica que la ley penal debe emanar de los órganos constitucionalmente habilitados, esto es, del Congreso de la Nación, y debe ser promulgada por el Poder Ejecutivo nacional mediante los requisitos constitucionalmente establecidos a tales efectos (Gelli, 2005).

La reserva legal no tiene el mismo significado que en el derecho penal, por cuanto en el ámbito disciplinario se aplica con matices, a tal punto que se llegó a señalar que el poder disciplinario podría ejercerse en ausencia de una norma legal formal que tipifique la falta o contemple la sanción y que, en caso de ausencia de regulación normativa, se podría incluso acudir a la analogía. Esas conclusiones se justificaron en argumentos, tales como: a) la Administración cuenta con poderes inherentes; b) no cabe limitar las facultades que le permiten el ejercicio del poder jerárquico; y c) no puede admitirse que la Administración renuncie a su poder disciplinario, ínsito en la relación de empleo público (Balbín, 2008, pp. 801 y ss., Comadira, 2001; Diez, 1965, pp. 431 y ss.; Goane, 1998; Marienhoff, 1994, pp. 418 y ss.; Sesin, 2011; Soler, 1951, pp. 4 y ss., Villegas Basavilbaso, 1951, pp. 524 y ss., Zaffaroni, 2003, p. 107).

Sin perjuicio de los diferentes matices que quisieron otorgarle a este principio, la doctrina destaca que siempre deberán respetarse ciertos límites, a saber: si las sanciones se encuentran taxativamente previstas, no pueden imponerse otras; y ciertas sanciones –como la multa o el arresto– solo proceden si resultan de la ley formal, ya sea porque se les asigna sustancia penal o porque se

considera que implican incursionar en materia reservada del Poder Legislativo (Comadira, 2001; Goane, 1998; Marienhoff, 1994, pp. 418 y ss.).¹³

Comadira (2001) entiende que, además, otras sanciones deben preverse legalmente en la medida que determinan la extinción del vínculo o pueden conducir a ello, comprometiendo la garantía de estabilidad sentada en el artículo 14 bis de la CN.¹⁴

Por su parte, Balbín (2008, p. 801) sostiene que este principio debería aplicarse plenamente, ya que la regulación del derecho disciplinario constituye una limitación de derechos consagrados constitucionalmente.

En ese contexto, puede entenderse que se dictó la LMERPN y se constituyó la reglamentación del derecho de estabilidad previsto en el artículo 14 bis de la CN, lo que consagró legalmente el régimen disciplinario que contempla las faltas y sanciones aplicables.

Así, aceptada la aplicación de este principio al derecho disciplinario, más allá de los matices que se le pretenda otorgar, debe aclararse que la reserva legal no excluye la utilización de los reglamentos, habida cuenta de que la ley por sí sola no puede alcanzar la precisión necesaria de aquellos ni prever de antemano de forma precisa y exhaustiva toda una serie de circunstancias, las cuales muchas veces van a ser objeto de múltiples correcciones a lo largo del tiempo para adecuarlas a la dinámica de la materia social. En efecto, la colaboración reglamentaria no supone una excepción a la reserva de ley, sino una modalidad de su ejercicio; no obstante, se debe aclarar que los citados reglamentos deben encontrarse siempre subordinados a la ley (Ivanega, 2010, pp. 92 y ss.; Nieto, 2006, pp. 251 y ss.).¹⁵

Afirmando esta postura, Maljar (2004, p. 197) advierte que la reserva legal admite la colaboración reglamentaria incluso en el ámbito penal, por lo que no cabe duda de que también es aplicable al derecho sancionador.

En definitiva, la discusión se habría desplazado a la delimitación de la nor-

13 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *De Zarazaga Berenguer, Jorge Luis*, 03/07/1967, Fallos: 268:152; *Stanganelli, Próspero*, 30/04/1981, Fallos: 303:629; *Zamora, Alejandro German*, 27/08/1981, Fallos: 303:1211.

14 Dictámenes PTN N° 121:166; 139:337 y 221:124. Ver también García Pullés (2005, pp. 283 y ss.).

15 En este punto, cabe remarcar que, en materia contravencional y cambiaria, la CSJN entendió que son aplicables las normas del Código Penal en cuanto a la prescripción. Ver al respecto Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/Administración Nacional de Aduanas*, 18/10/1973, Fallos: 287:76; *Bigio, Alberto c/Dirección Nacional de Aduanas*, 29/08/1974, Fallos: 289:336; *Linch, Mauricio*, 12/11/1947, Fallos: 290:202; *Nación c/Rennis, Mario*, 15/07/1976, Fallos: 295:307; *Gregorio, María Joaquina c/Torrico, Alberto*, 1979, Fallos: 301:426.

mativa específica que corresponde que dicte el legislador y cuál puede ser emitida por la Administración. En ese sentido, se aplica la doctrina de la esencialidad, en virtud de la cual la regulación de lo más importante de una materia le compete al legislador, pudiendo la reglamentación explicitar los detalles necesarios, toda vez que las remisiones no son libres y se limitan a cuestiones que sean indispensables por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades establecidas por la CN o la ley (Sesín, 2011).

Al respecto, el Tribunal constitucional español manifestó que la reserva de ley implica la necesidad de que la ley tenga un mínimo contenido material. Si bien se admite la colaboración reglamentaria, la regulación ha de ser dependiente y subordinada a la ley, no siendo viables las remisiones que supongan auténticas deslegalizaciones.¹⁶

Así las cosas, como regla general se considera que el núcleo de la materia sancionadora reservada constitucionalmente al legislador es el relativo a la pre-determinación de las infracciones, de las sanciones y la correspondencia entre ambas (Nieto, 2006, pp. 251 y ss.).

2.4.4. Tipicidad

La tipicidad es otra de las manifestaciones del principio de legalidad, entendida como la exigencia de que las conductas ilícitas se basen en tipos y no en vagas definiciones genéricas. La necesidad de especificar la conducta a tipificar viene dada por el principio general de libertad, que impone que las conductas sancionables sean excepcionales y, por tanto, precisamente delimitadas, y la correlativa exigencia de seguridad jurídica, que exige que la descripción de lo sancionable tenga un grado de certeza tal que les permita a los ciudadanos predecir las consecuencias de sus actos (Nieto, 2006, pp. 201 y ss.).

Requiere tanto de la descripción de los hechos que definen la infracción como de que se precisen las penas a aplicarse, de modo que el conjunto de normas permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de la sanción susceptible de ser impuesta (Balbín, 2008, pp. 801 y ss.; Coviello, 2008; García de Enterría y Fernández, 2006, pp. 163 y ss.).¹⁷ Supone los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, lo que apareja tres funciones: a) *nulla poena sine lege praevia*, esto es, la pena es nula sin ley previa; b) *nulla*

16 STS 6/1994 del 17 de enero de 1994 y STC 42/1987 del 7 de abril de 1987.

17 Corte Suprema de Justicia, *Nassif Eybel, Oscar*, 19/08/1964, Fallos: 259:266.

poena sine lege scripta, lo que implica que la pena será nula si no existe una ley escrita; y c) *nulla poena sine lege stricta*, es decir, no hay pena sin mandato expreso de la ley, lo que prohíbe en definitiva la analogía (Ivanega, 2010, pp. 94 y ss.)

Ahora bien, en el derecho disciplinario este principio resulta de difícil aplicación, puesto que las posibilidades de infracción evidencian una multiplicidad de variantes que no son susceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales (Ivanega, 2003, pp. 777 y ss.). Por lo demás, las posibles infracciones aumentan inevitablemente como consecuencia del crecimiento de la gestión administrativa; por lo que su repertorio resulta indomitable, a diferencia del derecho penal, en el que los delitos penales se encuentran cuantitativamente limitados y el Código Penal y las leyes penales son fácilmente conocibles. Por otro lado, mientras que la enumeración de los delitos es autónoma, por lo que no puede haber más delitos que los tipificados directamente, el ordenamiento jurídico administrativo se integra con mandatos y prohibiciones, cuyo incumplimiento lleva aparejada una consecuencia que se señala en un precepto jurídico distinto (Nieto, 2006, pp. 297 y ss.). Por todo ello, una ley auténticamente tipificadora de la actividad disciplinaria sería interminable y debería ser alterada constantemente, con lo cual no existe otro remedio que recurrir a reglamentos por no poder preverse legalmente todas las infracciones posibles (Nieto, 2006, pp. 201 y ss.).

Así, de forma similar a lo indicado en torno al principio de la reserva de ley, se ha dicho que este mandato tiene un alcance muy distinto que en el derecho penal, por lo que es suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra (Cassagne, 2002, pp. 438 y ss.; Comadira, 2001).

Pero, en la práctica, la ley disciplinaria suele proceder de manera genérica y no concreta, subsumiendo el repertorio de infracciones a un breve escalado de clases genéricas, a las que les atribuye una correlativa clase de sanción, librando a los operadores jurídicos un amplio margen de elección. A eso se le suma que el legislador, convencido de la imposibilidad de lograr una enumeración exhaustiva de los tipos, suele cerrar su lista con una cláusula general en la que define como “infracciones” a todos los incumplimientos a la normativa, con el objeto de no dejar sin tipificar ninguna infracción. En tales condiciones, y frente a la innegable realidad, el arbitrio judicial y la discrecionalidad administrativa constituyen el contrapeso de los rigores del principio de legalidad (Nieto, 2006, pp. 201 y ss.).¹⁸

18 Corte Suprema de Justicia, *Nassif Eybel, Oscar*, 19/08/1964, Fallos: 259:266; *Registro Nacional de la Propiedad - Seccional Capital N° 41 - s/comunica situación planteada en certificación de firmas del escriba-*

Así, reconociendo que las sanciones administrativas importan al ejercicio de una potestad discrecional, debe admitirse que los tipos disciplinarios encierran conceptos jurídicos indeterminados, tales como “decoro”, “dignidad”, “honorabilidad” y “mal desempeño”. En este caso, el margen de discrecionalidad es más acotado, toda vez que no admiten múltiples opciones válidas sino una sola en cada caso, por lo que la integración normativa se produce, en definitiva, por medio de la interpretación. El fundamento de su utilización se basa en que los conceptos legales no pueden alcanzar –por impedirlo la propia naturaleza de las cosas– una precisión y claridad absolutas, motivo por el cual en ocasiones es necesario librar un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos. Ahora bien, su empleo será válido siempre que su concreción sea razonablemente posible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever con suficiente seguridad la conducta regulada (Coviello, 2008).¹⁹

En definitiva, si bien la tipificación puede ser lo bastante flexible como para librar al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, no puede serlo tanto como para permitirle la creación de figuras infraccionales con la excusa de suplir las imprecisiones de la norma. En tal sentido, no caben cláusulas generales o indeterminadas de la infracción que le permitan al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio. Lo difícil es encontrar, en el empleo de estos conceptos, un punto de equilibrio entre su inevitabilidad y el riesgo de deteriorar la seguridad jurídica (Ivanega, 2010, p. 98).

Sobre la cuestión se ha expedido la Corte Interamericana en *López Mendoza*; señaló que las disposiciones sancionatorias deben ser: i) adecuadamente

no José María Marra adscripto al Registro Notarial N° 1131 de la Capital Federal, 04/05/1993, Fallos: 316:855.

19 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fégoli, Juan Edgardo (juez federal) sumario instruido a la Dra. Nilda Bertero s/avocación*, 24/10/1989, Fallos: 312:1973; *Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN - M° de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/empleo público*, 05/09/2006, Fallos: 329:3617. En sentido contrario, cabe criticar la posibilidad de que la Administración pública imponga sanciones con base en conceptos como “incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario” o “pérdida objetiva de confianza”, dada su extrema indeterminación para la aplicación de sanciones disciplinarias. Asimismo, otras causales que impliquen una interpretación moral podrían ser complicadas por depender de circunstancias de tiempo y lugar, prestándose a arbitrariedades. Al respecto, cabe recordar que la CSJN aceptó el criterio de la “pérdida de confianza” para justificar la aplicación de una sanción, aunque en *Spinosa Melo* revocó la decisión tomada sobre un tipo legal genérico como el de “honorabilidad”, indicando que no resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del juicio formulado a posteriori por el órgano sancionador.

accesibles; ii) suficientemente precisas; y iii) previsibles. Respecto a este último punto, destacó que su par europeo elaboró un “test de previsibilidad” empleando tres criterios para determinar si una norma es suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creado; y iii) el estatus de las personas a las que está dirigida. En cuanto a ello, sostuvo que los problemas de indeterminación no generan *per se* una violación de la convención, en tanto la atribución de algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en la que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad (Ascárate, 2019, pp. 160 y ss.).²⁰

Posteriormente, se pronunció en *López Lone*, indicando que la precisión de una norma disciplinaria puede ser diferente a la requerida en materia penal. Sin perjuicio de lo cual, su aplicación debe ser previsible, ya sea porque la conducta está expresa y claramente establecida en la ley o porque esta delega su asignación al juzgador o a una norma infra legal, bajo criterios objetivos que limiten el alcance de la discrecionalidad. En ese contexto, remarcó que si bien en materia disciplinaria es imposible codificar todos los supuestos en los que se suele recurrir al empleo de cláusulas relativamente abiertas, lo cierto es que, ante el uso de tipos abiertos o indeterminados, la motivación es fundamental, por lo que le corresponde al juzgador interpretar dichas normas respetando el principio de legalidad (Ascárate, 2019, pp. 160 y ss.).²¹

Siguiendo dicho criterio, la Corte Suprema en *Colegio de Escribanos* advirtió que las normas deben tener el mayor grado de previsibilidad posible, debiendo a tales fines considerarse el ámbito de aplicación concreto de la disposición y la capacidad de conocimiento de los sujetos a los que se dirige. En tal sentido, indicó que, tratándose de materias que presentan aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente en concreto, no puede juzgarse inválido el reconocimiento de atribuciones que queden libradas al arbitrio de la Administración, lo que será razonable y compatible con los artículos 18 y 19 de la CN en tanto la norma resulte precisa y previsible.²²

En conclusión, las normas del derecho disciplinario deben garantizar una

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, Fondo Reparaciones y Costas, 01/09/2011, Serie C No. 233.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/10/2015. Serie C No. 302..

22 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/PEN s/*

predicción razonable de las consecuencias jurídicas de las conductas cuando estas no puedan ser definidas con absoluta certeza, por lo que no se admiten definiciones de conductas con una amplitud e indefinición tal que impidan todo juicio de previsibilidad (Ivanega, 2010, p. 98).

2.4.5. Irretroactividad y ley penal más benigna

La irretroactividad de la ley es un presupuesto básico para la libertad y seguridad jurídica, basado en el artículo 18 de la CN, según el cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y en el artículo 19 de la CN, que prescribe que todo lo que no se encuentra prohibido se considera permitido. Significa que las leyes solo rigen para el futuro y que sus disposiciones no pueden alterar las relaciones jurídicas nacidas al amparo de una ley anterior.

Autores como Bielsa (1964) se pronunciaron a favor de la posibilidad de aplicar una sanción disciplinaria establecida en una ley posterior al hecho; Fiorini (1976) y Badeni (2006) se manifestaron en contra y, para Marienhoff (1994), algunas sanciones pueden ser aplicadas aun a falta de norma expresa que las consagre, en tanto que otras no.

Por su parte, la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en reiteradas oportunidades la vigencia del principio de inexistencia de pena sin previa ley respecto al derecho disciplinario.²³

En ese mismo sentido, la Corte Interamericana, en *Baena*, señaló que es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida –o pueda serlo– antes de que ocurra la acción o la omisión que la contraviene y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento al orden jurídico vigente. Agregó que, en un Estado de derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, particularmente en el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a las personas: la represión.

Por su lado, la Corte local se pronunció al respecto en *Volcoff*, remarcando

sumarísimo, 04/09/2018.

23 Dictámenes PTN N° 231:156.

que si bien el derecho administrativo puede manejarse por sus características definitorias con cierta relatividad en determinados aspectos, jamás puede apartarse de la garantía constitucional de la ley previa.²⁴

Así, sentada la aplicación de este principio al derecho disciplinario, cabe remarcar que tiene una excepción: el principio de la ley penal más benigna, cuya consagración constitucional obedece a los fundamentos de la seguridad jurídica y libertad. Esta excepción implica que deba aplicarse con retroactividad la ley posterior que favorece la situación del acusado y entenderse su irretroactividad cuando sea desfavorable.²⁵

Cabe recordar que la Corte Suprema se manifestó en contra de su aplicación, e indicó que la regla de la ley penal más benigna rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (Docobo, 1996).²⁶ De igual modo se pronunció la Procuración del Tesoro, pero también ha dicho en otras oportunidades que este principio era aplicable al ámbito en análisis (Cassagne, 1991; García Pullés, 2005, pp. 372 y ss.).²⁷

Pero lo cierto es que, en la actualidad, más allá de cualquier discusión doctrinaria o jurisprudencial surgida al respecto, el principio de la ley más benigna debe ser aplicado sin distinciones en todas las ramas del derecho argentino, debido a que en la CN fueron incorporados pactos internacionales que lo contemplan (Badeni, 2006, pp. 1079 y ss., Maljar, 2003; Sagües, 1997, pp. 658; Ivanega, 2010, pp. 107 y ss.).²⁸

2.4.6. Razonabilidad, proporcionalidad y exceso de punición

Maljar (2004, p. 390) destaca que el concepto de “poder de policía” derivó

24 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Volcoff, Miguel Jorge y otros c/BCRA- resol. 14/04 (Expte. 65812/98 sum fin 981)*, 01/11/2011, Fallos: 334:1241.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Baena, Ricardo y otros v. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, Serie C N° 72.

26 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pereiro de Buodo, María Mercedes c/resolución 948 MAS*, 17/02/1987, Fallos: 310:316; *Caputo, Luis Osvaldo*, 08/08/1985, Fallos: 307:1282; *Trimarco, Alejandro Nicolás. Fenari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/Rodríguez Arias, Casiano J.*, 26/06/1963, Fallos: 256:97, *Ricconi, Humberto Alfredo s/art. 40 ley 22.140*, 06/06/1989, Fallos: 312:779.

27 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Procurador Fiscal c/Pedro Ricardo Olmo y/o Walter Kutschman*, 18/03/1986, Fallos: 308:301; Dictámenes PTN N° 243:620; 166:361 y 178:157.

28 Previo a la Reforma Constitucional de 1994, surgía meramente del artículo 2° del Código Penal; actualmente se contempla en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 9, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 15. En sentido contrario, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en decisión del 04/10/1999.

en la reglamentación del ejercicio de los derechos constitucionales, que tiene por objeto ampliar o limitar los derechos reconocidos en la Constitución nacional. Como la potestad de reglamentarlos no es absoluta, se halla sujeta a un freno constitucional que exige la fundamentación de las decisiones, con la consecuente explicitación de su razonabilidad. Así, el propio principio de legalidad remite al de razonabilidad, por lo que debe remarcarse que las leyes, al reglamentar los derechos constitucionales, no pueden cambiar su esencia. Eventualmente, mediante el control judicial se va a verificar si el medio elegido para un fin determinado es razonablemente proporcionado y conducente para alcanzarlo, pero no analiza si ese medio puede ser reemplazado por otro.

Sentado ello, debe destacarse que la razonabilidad de la actuación administrativa constituye un principio básico de todo su obrar, especialmente cuando involucra un margen de discrecionalidad. En ese marco, la Corte Suprema de Justicia señaló que es la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con la que se ejercen las facultades discrecionales el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que les permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de las exigencias de la LNPA, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes.²⁹

En concreto, las medidas disciplinarias tienen como objeto mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio, con el fin de asegurar el debido cumplimiento de los deberes funcionales, por lo que la intensidad del castigo debe ser proporcional a la gravedad de la perturbación que la falta ocasiona al funcionamiento del servicio (Ivanega, 2006).³⁰ Además, la sanción deberá ser graduada por la autoridad administrativa considerando la gravedad de la falta cometida, los antecedentes del agente y el perjuicio fiscal involucrado (Canda, 2003; Garrido Falla, 2009, pp. 193 y ss.).³¹

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sola Roberto y otros c/Estado nacional -Poder Ejecutivo s/empleo público*, 25/11/1997, Fallos: 320:2509; *Schnaiderman, Ernesto Horacio c/Estado Nacional- Secretaría de Cultura y Comunicación de la Presidencia de la Nación s/nulidad de resolución*, 08/04/2008, Fallos: 331:735; disidencia del Dr. Zaffaroni, *Banco Latinoamericano SA c/BCRA y otros s/Resol. 228/92*, 28/08/2007, Fallos: 330:3714; voto de los Dres. Nazareno, Moliné O'Connor, López y Vázquez, *Cedale, Eduardo Antonio y otros c/Estado Nacional s/empleo público*, 13/08/1998, Fallos: 321:1970.

30 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN - M° de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/empleo público*, 05/09/2006, Fallos: 329:3617.

31 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal - denuncia - Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034.

En ese orden, corresponde destacar que la sanción desmedida o el exceso de punición surgen cuando la decisión resulta desproporcionada a la conducta sancionada, identificándose con lo irrazonable. Esta figura constituye un vicio en el acto administrativo por denotar una ausencia de proporcionalidad entre los elementos objeto y finalidad contemplados en la LNPA (Gelli, 2005, pp. 326 y ss.).³²

Al respecto, la jurisprudencia indicó que, más allá de la discrecionalidad que se le podría asignar al encuadre y sanción de las faltas disciplinarias, de alguna manera ello podría constituir el justificativo de una conducta arbitraria, y que es precisamente la razonabilidad con la que se ejercen tales facultades lo que le otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que les permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (Ivanega, 2003).³³

2.4.7. *Non bis in idem*

Esta regla fue inicialmente afirmada en el derecho penal, pero hoy suele aceptarse su aplicación en todos los ámbitos del derecho. Si bien puede considerarse que emana implícitamente del derecho de defensa contemplado en el artículo 18 de la CN, con la reforma constitucional de 1994 adquirió jerarquía constitucional en virtud de los tratados internacionales reconocidos que la contemplan (Badeni, 2006, pp. 1125 y ss.; Gelli, 2005, pp. 240 y ss.).³⁴ Por lo demás, se encuentra previsto en el artículo 28 de la LMREPN.

En su aspecto material, para quien comete un ilícito significa que no podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho, mientras que en su aspecto procesal implica que un hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos, lo que

32 Constitución de la Nación Argentina, artículos 28 y 33, y Ley nacional 19549 de Procedimientos Administrativos, artículos 7 y 14; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Runza, Ricardo Adrián c. EN- M de Defensa- Tribunal Superior de honor FFA s/amparo ley 16.986*, 13/09/2007.

33 Con cita a *Nassif Eybel, Oscar*, 19/08/1964, Fallos: 259:266; *Grichener, Juan E., y otros*, 21/06/1965, Fallos: 262:67; *Industria Maderera Lanin S.R.L. c/Nación*, 30/06/1977, Fallos: 298:223; *Berrutti, Rafael c/Nación Argentina*, 09/05/1985, Fallos: 307:639; *Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN - M° de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/empleo público*, 05/09/2006, Fallos: 329:3617. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, voto del Dr. Coviello, *Abadia, César R. c/Servicio Penitenciario Federal s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 07/05/1997.

34 Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8, inciso 4, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, inciso 7.

constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionadora. (Canda 2006; Ivanega, 2010, pp. 52 y ss.; Maljar, 2003, pp. 197 y ss.; Nieto, 2006, pp. 111 y ss.).³⁵

En sus orígenes se vinculó con el principio de la cosa juzgada, pero de la exaltación de ese componente procesal se pasó luego a la de su componente sustancial, es decir, a la imposibilidad de sancionar dos veces a una misma persona por un mismo hecho, con independencia de si ello implica la existencia o no de un proceso judicial.

Para su aplicación deben darse tres identidades, a saber: de sujetos, hechos y fundamentos, razón por la cual este principio se aplica cuando se trata de dos sanciones administrativas, toda vez que, en este caso, median las identidades consignadas (Canda, 2006; Ivanega, 2003, 2010, pp. 52 y ss.; Nieto, 2006, p. 111).³⁶

Pero ello no impide la coincidencia de sanciones cuando se afectan diferentes bienes jurídicos, por lo que en ese caso habría identidad de sujeto y de hechos, pero no de fundamentos. Por eso es que la responsabilidad del agente público puede hacerse efectiva en distintos órdenes –político, penal, administrativo y civil–; dado que cada uno de ellos tiende a tutelar un bien o valor jurídico distinto, una misma conducta puede dar lugar –simultáneamente– a varias de las mencionadas especies de responsabilidad, sin que esto importe una vulneración al principio *non bis in idem* (Cassagne, 2002; Comadira, 2001; Fiorini, 1976, pp. 811 y ss.; Garrido Falla, 2006, p. 193; Marienhoff, 1994, pp. 370 y ss.; Villegas Basavilbaso, 1951).³⁷

En tales condiciones, la conducta de un agente público puede válidamente constituir a la vez un delito y una falta administrativa, lo que permite al mismo tiempo el enjuiciamiento y sanción, tanto en sede penal como administrativa (Bidart Campos, 1988; Docobo, 1996; Fiorini, 1976, p. 845; Nieto, 2006, pp. 469 y ss.).³⁸ Es en ese sentido que la LMREPN declara la independencia de

35 Constitución de la Nación Argentina, artículos 18 y 28, y Código Procesal Penal de la Nación, artículo 7. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/ denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034.

36 Ley 25164 Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, artículo 28. Ver, asimismo, Dictámenes PTN N° 236:596 y 266:100; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *EN- ME y OSP c. B, JC s/proceso de conocimiento*, 31/08/2006; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034.

37 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034.

38 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Molina, José Bernardo*, 15/04/1964, Fallos: 258:195; *Fretes, Alberto R. c/Nación*, 17/09/1965, Fallos: 262:522; *Carrizo, Teófilo Jacinto y otro*, 31/10/1969, Fallos: 275:194; *Vargas de Herrera Juan c/Goldberg, Riwa*, 01/09/1979, Fallos: 301:735; *Melo, Luis Felipe*,

la sustanciación de los sumarios y la imposición de las sanciones en el orden administrativo de la causa criminal, salvo que de la sentencia definitiva surja la configuración de una causal más grave que la sancionada, supuesto en el cual se podrá sustituir la medida aplicada por otra de mayor gravedad. La reglamentación añade la prohibición de eximir de responsabilidad al agente si se encuentra pendiente la causa penal (Balbín, 2008, pp. 801 y ss.; Balbín, 2008, pp. 801 y ss.; Bielsa, 1964, pp. 346 y ss.; Canda, 2006; Coviello, 2008; García Pullés, 2005, pp. 312 y ss.; Goane, 1998; Ivanega, 2006; Nieto, 2006, pp. 467 y ss.; Núñez, 1976).³⁹

Sin perjuicio de lo señalado, lo cierto es que este principio trae consigo una serie de consecuencias en cuanto a la relación entre los trámites y las decisiones de cada materia, que lleva a algunos doctrinarios a sugerir la suspensión del sumario disciplinario hasta tanto se dicte la sentencia en el ámbito penal, con la finalidad de evitar decisiones contradictorias (Canda, 2006; Lalanne, 2018; Núñez, 1976, pp. 29 y ss.).⁴⁰

27/10/1980, Fallos: 302:1194; *Biafiore, Hugo Osvaldo Martín s/cesantía – avocación*, 04/02/1999, Fallos: 322:106; *Jiménez, Claudio c/acordada 1000/02 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, 25/02/2003, Fallos: 326:345; Resolución CSJN N° 1201/10; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, *Di Princio, Claudio Carmelo c/E.N. (Min. del Int.) s/ordinario*, 04/08/1992 y Sala IV, *Fontanel, Enrique Jesús s/apel. art. 40 Ley 22.140*, 11/03/1993, entre otros; Dictámenes PTN N° 199:175; 254:374; 253:113, etc.

39 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034; *Pousa, Lorenzo*, 21/02/1969, Fallos: 273:66; *Pozzo, Norma Susana s/su desempeño*, 18/07/2006, Fallos: 329:2946. En este punto cabe advertir sobre la relación existente entre ambas sanciones: la penal y la disciplinaria. El artículo 130 del Reglamento de Investigaciones Administrativas faculta al órgano a suspender el trámite ante una inexorable influencia de la causa penal en el sumario disciplinario. Finalizada la causa penal, el instructor deberá disponer la continuación del trámite y ponderar la incidencia de la resolución judicial. Se destaca la conveniencia de esperar la resolución de la causa penal para evitar juzgamientos contradictorios. Pero ello no siempre ocurre; si el tribunal penal emite una sentencia condenatoria, la Administración pública queda vinculada y surgen los problemas ante las sentencias absolutorias. Así, si en el proceso penal se logran probar los hechos, el órgano administrativo no puede desconocerlos. En caso de que no puedan probarse y el juez penal no los declare inexistentes, se podría continuar con la tramitación del procedimiento sancionatorio (Ley 25164 Marco de Regulación del Empleo Público Nacional, artículo 34). Ver, además, Código Civil, artículos 1102, 1103, 1105 y 1106, pp. 29 y ss. Dictámenes PTN N° 201:189; 170:419 y 166-14; Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gallero, Luis y otro c/Administración General de Puertos*, 22/02/1983, Fallos: 305:102; *García Fernández, Daniel Dámaso*, 23/12/1974, Fallos: 290:382; voto del Dr. Moliné O'Connor, *Greco, José L. c/Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso – administrativa*, 31/03/1992, Fallos: 315:503; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, voto del Dr. Coviello, *Rava, Marta I. c. Estado nacional (Fiscalía de Investigaciones Administrativas)*, 30/11/1995; Sala III, voto del Dr. Argento, *Faragone, Vilma L. c/Instituto Nacional de Cines y Artes Audiovisuales s/daños y perjuicios*, 18/06/2002; Sala IV, *De Luca, Emilio N. c/PFA*, 04/10/2007).

40 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/de-*

2.4.8. Culpabilidad

La infracción administrativa que se le atribuye al autor de la conducta ha de reunir dos elementos: uno objetivo, el hecho material imputado, y otro subjetivo, la culpabilidad del autor. Para verificar su existencia e imponer la sanción, hay que recorrer un camino analítico, cuyo primer paso es la constatación de la antijuridicidad, para luego examinar los presupuestos personales de culpabilidad, en la medida en que solo es sancionable una acción antijurídica realizada por un autor culpable. La culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción en concreto (Maljar, 2004, pp. 95 y ss.; Nieto, 2006).⁴¹

Si bien en nuestro país no fue contemplada expresamente por la Constitución nacional, puede derivarse de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la CADH. Por lo demás, la jurisprudencia la reconoció como principio fundamental del derecho penal, ya que la CSJN ha manifestado reiteradamente que es el presupuesto de la pena, a punto tal que no es admisible que haya pena sin culpa. En definitiva, este principio se enmarca dentro del conjunto de postulados esenciales del Estado de derecho, que opera como límite de la potestad punitiva (Yacobucci, 1998, p. 293; Zaffaroni et al., 2009, p. 139).⁴²

Mediante su empleo, se pretende proteger la libertad de las personas, impidiendo que puedan ser declaradas penalmente responsables por conductas derivadas de un resultado accidental no previsible –caso fortuito– o por conductas y hechos ejecutados sin culpa o dolo, por más que les sean imputables (Cassagne, 2002, pp. 448 y ss.; Zaffaroni et al., 2003, pp. 132 y ss.).⁴³

En concreto, en el derecho disciplinario la culpa del agente público es un presupuesto esencial para la configuración de la responsabilidad, el cual exige que el agente haya actuado con culpa, dolo o negligencia, que conozca la antijuridicidad de la conducta y que no exista causa exculpatoria (Ivanega, 2010, pp. 104 y ss.).⁴⁴ No obstante ello, debe reconocerse que mientras que para condenar pe-

nuncia contra oficial notificador, 20/06/1996, Fallos: 319:1034, *Pousa, Lorenzo*, 21/02/1969, Fallos: 273:66; *Pozzo, Norma Susana s/su desempeño*, 18/07/2006, Fallos: 329:2946.

41 Con cita a Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, *Vallota, María Concepción c/Hospital de Pediatría SAMIC Garrahan s/empleo público*, 01/06/2000.

42 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Parafina del Plata, S.A.*, 02/09/1968, Fallos: 271:297; *Garber Hermanos y otro*, 29/09/1969, Fallos: 274:487; *Lectoure, Juan Carlos y otros*, 24/02/1981, Fallos: 303:267, entre otros.

43 Código Procesal Penal de la Nación, artículo 34.

44 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Garay Comejo, Carlos I. R.*, 03/12/1958, Fallos: 242:376; *González, Ethel Edith s/sanción*, 19/12/1995, Fallos: 318:2606.

nalmente a una persona hace falta dolo y raramente bastará con la imprudencia, para sancionar una infracción basta con un simple incumplimiento formal. El elemento subjetivo de la culpabilidad pierde la esencialidad característica del delito, y si bien la responsabilidad objetiva en este ámbito se encuentra proscripta, en ciertos casos se presume la culpa del agente, pudiendo, por ejemplo, sancionárselo directamente cuando se constate determinada cantidad de inasistencias injustificadas, lo que no impide el ejercicio del debido proceso con el que podrá demostrar su falta de culpabilidad (Nieto, 2006, pp. 371 y ss.).

2.4.9. Prescripción

La prescripción supone una renuncia del Estado al derecho de castigar, basada en razones de política criminal motivadas en el transcurso del tiempo que incide en que aquel considere extinguida la responsabilidad criminal y, por consiguiente, el delito y la pena; esto se focaliza en el individuo, al que se lo supone corregido. La aplicación de este instituto se sustenta en los principios de debido proceso legal y seguridad jurídica y tiende a amparar al individuo no solo en el goce efectivo de su derecho de propiedad material, sino también en el goce total de su derecho de libertad personal.

Marienhoff (1994, p. 439) advierte que en un Estado de derecho nadie debe vivir bajo la amenaza permanente de que, en cualquier momento y cualquiera sea el tiempo transcurrido, pueda ser penado o sometido a proceso, sea este judicial o administrativo. De ahí que toda acción de este tipo que no sea ejercida ni puesta en movimiento en un tiempo determinado debe ser prescriptible, salvo que una norma declare expresamente la imprescriptibilidad de la acción de la que se trate.

La prescripción puede referirse a la acción o a la sanción, en tanto el tiempo tiene efectos extintivos sobre ambos; en materia disciplinaria tiene mayor importancia la segunda, por cuanto la trasgresión del agente puede ser conocida por la Administración pública después de cierto tiempo de cometida (Diez, 1965, pp. 431 y ss.).

La aplicación de los principios que regulan la prescripción en materia de sanciones disciplinarias –en los casos en los que no fuera expresamente contemplada por la normativa– es controvertida en la doctrina. Para algunos autores, las penas son imprescriptibles, basándose en argumentos tales como que el transcurso del tiempo no debe privar a la Administración del ejercicio de su poder disciplinario, que el interés del servicio exige siempre la sanción y la prescripción lleva a la impunidad y la naturaleza de la propia relación de empleo

público, entre otros (Bielsa, 1964, p. 355; Cassagne, 2002, tomo I, pp. 136 y ss.; Diez, 1965, pp. 431 y ss.; Marienhoff, 1994, pp. 451 y ss.; Villegas Basavilbaso, 1951, pp. 538 y ss.). En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia tradicionalmente dispuso la inaplicabilidad de los principios del derecho penal –y, en particular, el de la prescripción–, por entender que las correcciones disciplinarias no importaban al ejercicio de la jurisdicción criminal ni el poder ordinario de imponer penas (Coviello, 2008).

En cambio, quienes sostienen la posición contraria advierten que: a) ninguna razón lógica ni jurídica se opone a la admisión de la regulación por el derecho objetivo de la prescripción; b) si se acepta la prescripción del delito, que es la más grave infracción social, resulta totalmente arbitrario negarla respecto a la falta disciplinaria que, con relación al delito, implica una infracción menor; c) el transcurso del tiempo para la prescripción de una sanción disciplinaria, sin que esta se haya hecho efectiva, demuestra que la perturbación producida por la falta no fue de gravedad ni afectó al servicio, lo que permite pensar en que desaparecieron los motivos de la reacción contra el agente imputado; d) no se requiere que un texto expreso autorice la respectiva prescripción en la medida en que surge de la garantía del debido proceso legal; etc. (Diez, 1965, pp. 431 y ss.; Marienhoff, 1994, pp. 451 y ss.; Villegas Basavilbaso, 1951, pp. 538 y ss.).

Ahora bien, en el orden nacional, la controversia citada fue resuelta cuando la LMREPN reguló este instituto, estableciendo los plazos perentorios e improrrogables para resolver los sumarios. Así, y a pesar de haberse definido la cuestión, dicha normativa sentó una nueva problemática: la validez del plazo establecido. En efecto, la exigüidad del término fijado por aquella conspira contra toda posibilidad real de ejercicio del poder disciplinario, lo que conduce a que se considere que los plazos de instrucción sumarial no son sino meramente ordenatorios, produciendo un efecto contrario poco deseable al determinar que los sumarios lleven años de tramitación.

Finalmente, cabe remarcar que la Procuración del Tesoro analizó la validez de los referidos términos y afirmó que el razonable ejercicio del poder disciplinario requiere que el plazo para la prescripción de la acción disciplinaria no sea tan reducido que implique el cercenamiento de la potestad disciplinaria. En consecuencia, advirtió que solamente el plazo de dos años previsto en el artículo 37 de la LMREP es razonable, pues, con un lapso menor, se cercena sin razón atendible el ejercicio de la potestad disciplinaria (Canda, 2003).⁴⁵

45 Con cita a Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034; Dictámenes PTN

2.4.10. Síntesis

Así las cosas, de la reseña efectuada surge que casi todos los derechos y garantías consignados en este capítulo hoy encuentran una regulación específica, ya sea en la CN, en la LMREPN o en la LNPA, con la única excepción del principio de culpabilidad, que puede derivarse del artículo 8.2 de la CADH. En consecuencia, en la actualidad no puede sostenerse válidamente que los principios del derecho penal estudiados no sean aplicables al derecho disciplinario, toda vez que ya fueron receptados por la normativa específica, a pesar de su origen histórico penal.

Así, consagrada la aplicación de todos los principios de derecho penal esbozados en este capítulo al derecho disciplinario, queda un problema latente: el de la forma o intensidad con la que serán empleados. La divergencia de la intensidad de su aplicación se debe básicamente a las diferencias existentes entre el derecho penal y el disciplinario, por lo que es necesario que dichos principios sean utilizados considerando el fundamento público administrativo y no penal. A esos efectos, es útil el argumento de la matización argüido por la doctrina, pero cabe resaltar la necesidad de que se defina claramente su alcance, ya que la situación actual, en la que todavía se discute la medida en la que pueden ser aplicados, lesiona los derechos de libertad y seguridad jurídica de los agentes públicos.

3. Conclusión

Expuesto todo ello, sin perjuicio de la pertenencia del poder disciplinario al administrativo, en virtud de razones históricas, de las circunstancias en las que nació el derecho disciplinario, del hecho de que no cuente con una construcción propia de principios que protejan al agente público y que, en cambio, el penal tenga garantías suficientes a esos efectos, se pretende la aplicación de sus principios al derecho disciplinario.

Pero, como lo señala Nieto (2006), el derecho sancionatorio no debe ser construido con los materiales y técnicas del derecho penal, sino desde el propio derecho administrativo y, principalmente, desde su matriz constitucional. En tal sentido, cabe destacar la consagración constitucional y/o legal en nuestro país de la mayoría de los principios analizados. Debe admitirse, sin embargo, que su construcción sigue siendo penal, por lo que se desconoce su alcance

Nº 237:323; 197:11; 221:124; 221:97; 232:210; 241:298; 242:626 y 243:349.

particular en el derecho disciplinario. La necesidad de definir ese alcance busca evitar que su determinación casuística implique un grado de imprevisión tal que los agentes públicos desconozcan las garantías de las que gozan y se lesionen sus derechos de libertad y seguridad jurídica.

En tales condiciones, cabe sintetizar las conclusiones a las que arribamos precedentemente respecto a la aplicación de los principios analizados en particular, a los fines de contribuir a definir su alcance y los matices a los que hace referencia parte de la doctrina.

En ese contexto, puede reconocerse que actualmente el derecho de defensa, el debido proceso, la tutela judicial efectiva, el principio de razonabilidad, la irretroactividad y la ley penal más benigna son plenamente aplicables al derecho disciplinario, pero no puede admitirse su relativización o matización por no ser ello viable en un Estado de derecho.⁴⁶

En cuanto al principio de legalidad y sus manifestaciones “reserva de ley” y “tipicidad”, debe remarcar que la doctrina advierte en su mayoría que si bien son aplicables al ámbito disciplinario, lo son con los matices propios del derecho administrativo. Ahora bien, la definición de esos matices es esencial para evitar abusos en el ejercicio de la potestad disciplinaria. En este orden, adquieren especial trascendencia las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes desarrolladas, en la medida en que fijaron pautas concretas al respecto. En tal sentido, las normas del derecho disciplinario deberían garantizar una predicción razonable de las consecuencias jurídicas de las conductas infraccionales, pero no se admiten definiciones de tal amplitud que impidan todo juicio de previsibilidad (Ivanega, 2010).

Por otro lado, si bien el principio *non bis in idem* se aplica en el ámbito del derecho disciplinario en relación con las sanciones del mismo orden, no se aplica en caso de simultaneidad de procesos y/o sanciones disciplinarias y penales, por tratarse, precisamente, de órdenes con fundamentos diferentes que protegen bienes jurídicos distintos, lo que permite justificar la falta de lesión del principio en estudio. Sin embargo, este principio trae consigo una serie de consecuencias en cuanto a la relación entre los trámites y decisiones de cada materia que lleva a algunos doctrinarios a sugerir la suspensión del sumario dis-

46 En particular, en cuanto al derecho de defensa y el debido proceso adjetivo, la conclusión consignada nos lleva a rechazar la aplicabilidad de la teoría de la subsanación y a demandar que, en el caso de las sanciones que pueden aplicarse prescindiendo de un sumario administrativo, se brinde al sancionado la posibilidad de ejercer su derecho de defensa previamente a la imposición en cuestión, tal y como se consagra en la normativa nacional.

disciplinario hasta tanto se dicte la sentencia en el ámbito penal, con la finalidad de evitar decisiones contradictorias (Canda, 2006; Nuñez, 1976, pp. 29 y ss.).⁴⁷

Por lo demás, la regulación del instituto de la prescripción por parte de la LMREPN permitió zanjar las discusiones surgidas en relación con su aplicación al orden disciplinario, aunque actualmente lo que se cuestiona es la exigüidad de los plazos dispuestos a esos fines (Canda, 2003; Ivanega, 2006).⁴⁸

En otro orden, no caben dudas de que en el derecho disciplinario el principio de la culpabilidad es plenamente aplicable, que se deriva de la presunción de inocencia prevista en el artículo 8.2 de la CADH, el cual fue, además, receptado por la jurisprudencia.

En suma, si bien los principios estudiados nacieron de la mano del derecho penal, hoy se encuentran consagrados en la Constitución nacional y/o en la legislación administrativa o disciplinaria específica, con la excepción de la presunción de inocencia, la que debe destacarse que es plenamente aplicable por las razones consignadas previamente. En tales condiciones, no cabe más que concluir que perdieron fundamento las posturas negatorias de la aplicación de todos o algunos de los principios del derecho penal al derecho disciplinario.

En tal sentido, debe resaltarse que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria actualmente acepta la aplicación de estos principios al derecho disciplinario, a pesar de que, en su generalidad, destaquen la necesidad de hacerlo en forma matizada. Ahora bien, será en el ejercicio concreto de la potestad disciplinaria por parte de la propia Administración pública nacional donde se determinarán los alcances precisos de los estudiados principios. En ese marco, la jurisprudencia ostenta un rol vital, en tanto mediante el control judicial de las decisiones disciplinarias no solo puede marcar el camino –imponiendo la aplicación de los principios analizados–, sino que, además, podrá ayudar a definir sus matices, tal y como lo hizo la Corte Interamericana en las sentencias precedentemente detalladas.

Sentado todo ello, conviene destacar que la finalidad pretendida por la potestad disciplinaria debe encontrarse no solo al sancionar a quienes incumplen sus deberes y prohibiciones, sino también al otorgarles la posibilidad de defenderse de los cargos que les pueden ser imputados injustamente como mecanismo de presión. El ejercicio de la potestad disciplinaria no debe ser autoritario, sino una función equilibrada que reconozca los límites propios del Estado de derecho.

47 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador*, 20/06/1996, Fallos: 319:1034, 273:66 y 329:2946; *Pousa, Lorenzo*, 21/02/1969, Fallos: 273:66; *Pozzo, Norma Susana s/su desempeño*, 18/07/2006, Fallos: 329:2946.

48 Dictámenes PTN N° 241:298 y 243:620.

En ese orden, el derecho disciplinario podría tener un rol fundamental en el saneamiento de la Administración pública y en la lucha contra la corrupción. Como indica Canda (2003), un sistema disciplinario que funcione adecuadamente constituye un verdadero reaseguro para el agente cumplidor, lo que, combinado con una carrera administrativa articulada seriamente sobre la base del mérito y la capacidad, arrojaría sin dudas mejoras en el funcionamiento de la Administración.

En tales condiciones, y con el objeto de contribuir a clarificar la cuestión, en el presente trabajo hemos consignado los principios que consideramos aplicables al derecho disciplinario e intentamos definir su alcance, lo que constituye un elemento vital a los fines de resguardar plenamente los derechos y garantías de los agentes públicos.

Bibliografía

- Aberastury, P. (2006). *La Justicia Administrativa*. Lexis Nexis.
- Ascárate, Andrés (2019). *Tipificación de la infracción administrativa*. Cathedra Jurídica.
- Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional* (2ª ed.). La Ley.
- Balbín, C. (2008). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I, 1ª ed., 1ª reimp.). La Ley.
- Bidart Campos, G. J. (1988). Hipótesis de un mismo hecho que multiplica efectos diferentes. *El Derecho*, 125, 395.
- Bidart Campos, G. y Pizzolo, C. (h) (Coords.). (2000). *Derechos Humanos*. Corte Interamericana. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo* (Tomo III, 6ª ed.). La Ley.
- Canda, F. (2003). *El Régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas)*. El Derecho.
- Canda, F. (2006). Cuestiones de Derecho Disciplinario en un fallo de la Corte Suprema de la Nación. El caso 'Spinosa Melo'. *Jurisprudencia Argentina*, 4, 131.
- Cassagne, J. C. (1991). En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal. *El Derecho*, 143, 939.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (7ª ed.). Abeledo Perrot.
- Comadira, J. R. (2001). La Responsabilidad disciplinaria del funcionario público. En *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*. Jornadas de la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración.
- Coviello, P. (2008). Actualidad jurisprudencial en el Régimen Sancionatorio del Empleo Público. *Revista de Administración Pública*, 361, 219.
- Diez, M. M. (1965). *Derecho Administrativo* (Tomo III). Bibliográfica Omega.

- Docobo, J. (1996). La aplicación de los principios y normas penales al Derecho Administrativo Disciplinario. *Jurisprudencia Argentina, IV*, 785. Fiorini, B. (1976). *Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Fontán Balestra, C. (1995). *Tratado de Derecho Penal*. Lexis Nexis/Abeledo Perrot.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* (1ª ed., notas A. Gordillo). La Ley.
- García Pullés, F. (2003). Derecho Administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público. *Jurisprudencia Argentina, IV*, 1258.
- García Pullés, F. (2004). Derecho sancionador y Régimen Disciplinario del Empleo Público. *Revista de Administración Pública*, 309, 353.
- García Pullés, F. (2005). *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional*. Lexis Nexis.
- García Pullés, F. (2008). El Procedimiento Administrativo y el Ejercicio de la Potestad Sancionatoria de la Administración. *Revista de Administración Pública*, 361, 77.
- Garrido Falla, F. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. II, 12ª ed.). Tecnos.
- Gelli, M. A. (2005). *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada* (3ª ed.). La Ley.
- Goane, R. M. (1998). El Poder Disciplinario de la Administración Pública (Algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional). En Cassagne, J. C. (Dir.), *Derecho Administrativo (Homenaje a Miguel S. Marienhoff)* (pp. 1013-1048). LexisNexis/Abeledo Perrot.
- Gordillo, A. (1996). Entre la responsabilidad penal y la administrativa. Comentario a fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala IV, 'Hirschen y Cía. S. A., Henri c. Estado nacional A. N. A.', del 1995/04/2011. *La Ley*, t. A, 625.
- Gordillo, A. (2009). *Tratado de derecho administrativo* (10ª ed., Tomo I, Parte General). Fundación de Derecho Administrativo.
- Ivanega, M. (2003). Control judicial de la potestad disciplinaria de la Administración. *Revista de Administración Pública*. Ediciones Especiales-Control de la Administración Pública.
- Ivanega, M. (2006). Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial. *Jurisprudencia Argentina, II*, 1364.
- Ivanega, M. (2010). *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. Ediciones Revista de Administración Pública.
- Lalanne, A. C. (2018). La potestad sancionadora de la Administración, fundamento y régimen jurídico. Concurso de delitos e infracciones tributarias, y aplicación del principio ne bis in idem. *Revista de Derecho Administrativo*, 119.
- Maljar, D. E. (2003). La ley más benigna es aplicable al derecho administrativo sancionador después de la reforma constitucional de 1994. *Jurisprudencia Argentina, II*, 438.
- Maljar, D. E. (2004). *El Derecho Administrativo Sancionador* (1ª ed.). Editorial Ad Hoc.
- Marienhoff, M. S. (1994). *Tratado de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot.
- Nieto, A. (1970). Problemas capitales del Derecho Disciplinario. *Revista de Administración Pública*. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/226731970063039.pdf>.
- Nieto, A. (2006). *Derecho Administrativo Sancionador* (4ª ed.). Tecnos.
- Núñez, R. C. (1976). *Tratado de Derecho Penal* (Tomo I, Parte general). Lerner.
- Repetto, A L. (2008). *Procedimiento administrativo disciplinario. El Sumario*. Cátedra Jurídica.
- Rocha Pereyra, G. (2002). Sobre el Derecho Administrativo Sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto). *Revista de Derecho Administrativo*, (43). Lexis Nexis/Depalma.

- Sagües, N. P. (1997). *Elementos de Derecho Constitucional* (2ª ed., Tomo 2). Astrea.
- Sanguinetti, J. C. (2020). Impugnación y control judicial de las sanciones administrativas. Sus particularidades a la luz de los principios y garantías constitucionalmente aplicables. *El Derecho - Revista de Derecho Administrativo*, (1-2).
- Sesín, D. (2011). *Los alcances del control judicial de la potestad disciplinaria y sus elementos discrecionales*. Ponencia presentada en el 2º Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México.
- Soler, S. (1951). *Derecho Penal Argentino* (Tomo I). TEA.
- Uslenghi, A. (2003). Control judicial de la potestad sancionatoria de la Administración. Ediciones Especiales Control de la Administración Pública. *Revista de Administración Pública*, 221 y ss.
- Villegas Basavillbaso, B. (1951). *Derecho Administrativo* (Tomo III). Tipográfica Editora Argentina.
- Yacobucci, G. (1998). El sentido de los Principios Penales. Sus funciones en la Argumentación Penal; Abaco; Buenos Aires; pp. 293 y ss.
- Zaffaroni, E. (2003). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.
- Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Ediar.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- B.R.E. c/Policía Federal Argentina s/amparo, 17/12/1996, Fallos: 319:3040.
- Banco Latinoamericano SA c/Banco Central de la República Argentina y otros s/Resol. 228/92, 28/08/2007, Fallos: 330:3714.
- Biafiore, Hugo Osvaldo Martín s/cesantía – avocación, 04/02/1999, Fallos: 322:106.
- Bigio, Alberto c/Dirección Nacional de Aduanas, 29/08/1974, Fallos: 289:336.
- Bruno, Pablo en los autos: Lamperti, Francisco c/Viglione, Domingo, 22/04/1919, Fallos: 129:165.
- Cambios Teletour SA. c/Banco Central, 10/02/1987, Fallos: 310:203.
- Carrizo, Teófilo Jacinto y otro, 31/10/1969, Fallos: 275:194.
- Castro Veneroso, Oscar Juan s/recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140, 23/10/2001, Fallos: 324:3593.
- Cedale, Eduardo Antonio y otros c/Estado Nacional s/empleo público, 13/08/1998, Fallos: 321:1970.
- Chuliverdt, Rafael A. c/Cía. De Seguros Generales India S.A., 29/09/1958, Fallos: 241:419.
- Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/PEN s/sumarísimo, 04/09/2018, Fallos: 341:1017.
- De la Torre, Lino, 21/08/1887, Fallos: 19:231.
- De Zarazaga Berenguer, Jorge Luis, 03/07/1967, Fallos: 268:152.
- Escariz, Severino. Farías, Remigio, y otros. Laguens, Néstor Carlos, y otros. Morales de Valdez, Julia y otro; 20/03/1959, Fallos: 243:201.
- Fégoli, Juan Edgardo (juez federal) sumario instruido a la Dra. Nilda Bertero s/avocación, 24/10/1989, Fallos: 312:1973.
- Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/Rodríguez Arias, Casiano J. y S.A.A.F.I.S., 07/10/1959, Fallos: 245:25.
- Ferrari, Alejandro Melitón c/Nación Argentina (P.E.N.), 26/06/1986, Fallos: 308:987.
- Finguerut, Eusebio c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas, 06/12/1961, Fallos: 251:343.

- Franzé, Alfonso, 29/11/1971, Fallos: 281:244.
- Fretes, Alberto R. c/Nación, 17/09/1965, Fallos: 262:522.
- Gabrielli Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso administrativo, 05/07/1996, Fallos: 319:1165.
- Gallero, Luis y otro c/Administración General de Puertos, 22/02/1983, Fallos: 305:102.
- Garay Cornejo, Carlos I. R., 03/12/1958, Fallos: 242:376.
- Garber Hermanos y otro, 29/09/1969, Fallos: 274:487.
- García Fernández, Daniel Dámaso, 23/12/1974, Fallos: 290:382.
- Gascón, Manuel (h) apelando de una resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, 10/10/1912, Fallos: 116:96.
- González, Ethel Edith s/sanción, 19/12/1995, Fallos: 318:2606.
- Greco, José L. c/Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso – administrativa, 31/03/1992, Fallos: 315:503.
- Gregorio, María Joaquina c/Torrico, Alberto, 1979, Fallos: 301:426.
- Grichener, Juan E., y otros, 21/06/1965, Fallos: 262:67.
- Industria Maderera Lanin S.R.L. c/Nación, 30/06/1977, Fallos: 298:223.
- Jiménez, Claudio c/acordada 1000/02 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 25/02/2003, Fallos: 326:345.
- Jueces Nacionales en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal s/avocación, 02/07/1996, Fallos: 319:1160.
- Krawiecki, Jorge C., 31/03/1987, Fallos: 310:738.
- Lectoure, Juan Carlos y otros, 24/02/1981, Fallos: 303:267.
- Linch, Mauricio, 12/11/1947, Fallos: 290:202.
- López, Osvaldo Antonio (ex Cabo Primero), 14/09/1987, Fallos: 310:1797.
- Maskivker, Moisés s/Impuestos Internos, 28/06/1948, Fallos: 211:443
- Melo, Luis Felipe, 27/10/1980, Fallos: 302:1194.
- Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/Administración Nacional de Aduanas, 18/10/1973, Fallos: 287:76.
- Molina, José Bernardo, 15/04/1964, Fallos: 258:195
- Nación c/Rennis, Mario, 15/07/1976, Fallos: 295:307.
- Nassif Eybel, Oscar, 19/08/1964, Fallos: 259:266.
- Pandelo, María Angélica c/Instituto Adscripto Echevarría, 1957, Fallos: 239:267.
- Parafina del Plata, S.A., 02/09/1968, Fallos: 271:297.
- Pereiro de Buodo, María Mercedes c/resolución 948 MAS, 17/02/1987, Fallos: 310:316.
- Pousa, Lorenzo, 21/02/1969, Fallos: 273:66.
- Pozzo, Norma Susana s/su desempeño, 18/07/2006, Fallos: 329:2946.
- Procurador Fiscal c/Pedro Ricardo Olmo y/o Walter Kutschman, 18/03/1986, Fallos: 308:301.
- Registro Nacional de la Propiedad - Seccional Capital N° 41 - s/comunica situación planteada en certificación de firmas del escribano José María Marra adscripto al Registro Notarial N° 1131 de la Capital Federal, 04/05/1993, Fallos: 316:855.
- Riccomi, Humberto Alfredo s/art. 40 ley 22.140, 06/06/1989, Fallos: 312:779.
- Rico Alberto Antonio c/Estado Nacional (Policía Federal Ministerio del Interior), 11/06/1987, Fallos: 310:1092.
- Rodríguez Varela, Florencio c/Corte Suprema de Justicia de la Nación s/ordinario, 23/12/1992, Fallos: 315:2990.

- Rom, Juan C. c/Poletti, José D., 1944, Fallos: 198:90.
 Sawaya, Horacio Aníbal, 25/11/1959, Fallos: 245:284.
 Sola Roberto y otros c/Estado nacional -Poder Ejecutivo s/empleo público, 25/11/1997, Fallos: 320:2509
 Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN - M° de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto s/empleo público, 05/09/2006, Fallos: 329:3617.
 Stanganelli, Próspero, 30/04/1981, Fallos: 303:629.
 Tramite personal – denuncia – Aires Jorge Carlos s/denuncia contra oficial notificador, 20/06/1996, Fallos: 319:1034.
 Trimarco, Alejandro Nicolás. Ferrari Hardoy de Rodríguez Arias, Amalia c/Rodríguez Arias, Casiano J., 26/06/1963, Fallos: 256:97.
 Vargas de Herrera Juan c/Goldberg, Riwa, 01/09/1979, Fallos: 301:735.
 Volcoff, Miguel Jorge y otros c/BCRA– resol. 14/04 (Expte. 65812/98 sum fin 981), 01/11/2011, Fallos: 334:1241
 Zamora, Alejandro Germán, 27/08/1981, Fallos: 303:1211.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala I

- Abadia, César R. c/Servicio Penitenciario Federal s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg., 07/05/1997.
 Banco Extrader SA y otros c/BCRA (Resol. 587/95) (Sumario N° 862), 20/06/2001.
 Cordero, Alejandro c/Jefe de EMGE- Expte. SG02-108/3 s/amparo ley 16.986, 07/12/2004.
 EN- ME y OSP c. B, JC s/proceso de conocimiento, 31/08/2006.
 Gago, José Luis c/MRREE y Culto s/empleo público, 24/02/2004.
 López, Alejandro H. c/EN- M° del Interior- Policía Federal s/empleo público, 21/05/2002.
 Mancilla, Oscar E. c/E.N. (EMGE) s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg., 13/03/2001.
 Paniagua Molina, Liliana C. y otro c/M de Economía – DCAJ Disp. 440/00- Resol. SC 93/99, 17/02/2005.
 Ponchón, Jesús Antonio c/Policía Federal, 18/05/1999.
 Rava, Marta I. c. Estado nacional (Fiscalía de Investigaciones Administrativas), 30/11/1995.
 Runza, Ricardo Adrián c. EN- M de Defensa- Tribunal Superior de honor FFA s/amparo ley 16.986, 13/09/2007.
 Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN –M° de Rel. Ext. Com. Int. y Culto s/empleo público, 29/08/2002.
 Valotta, María Concepción c/Hospital de Pediatría- SAMIC- Garrahan- s/empleo público, 01/06/2000.

Sala II

- Marassi, Julio Carlos c/M. del Interior s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg., 11/08/2005.
 Musa, José Osvaldo c/Resol. 215/99 (SMC Pres. de la Nación) Expte. 977/93, 15/03/2001.
 Pini, Hugo V. A. A. c/Poder Legislativo Nacional- Disp. 65/02 s/medida cautelar (autónoma), 12/08/2003.

Sala III

- Di Princio, Claudio Carmelo c/E.N. (Min. del Int.) s/ordinario, 04/08/1992.

Faragone, Vilma L. c/Instituto Nacional de Cines y Artes Audiovisuales s/daños y perjuicios, 18/06/2002.

Hughes Tool Co., 17/09/1984.

Sala IV

Bertotto, Rubén O. c/Instituto de la Vivienda de la Fuerza Aérea s/amparo ley 16.986”, 18/07/2003.

Cristiano, Ricardo D. c/EN- M° del Interior- Policía Federal Resolución 68/97 s/empleo público, 23/03/2006.

Hirschen y Cía. S. A., Henri c. Estado nacional A.N.A., 11/04/1995.

Fontanel, Enrique Jesús s/apel. art. 40 Ley 22.140, 11/03/1993.

Castaño, Juan C. c. Policía Federal, 18/02/1999.

De Luca, Emilio N. c/PFA, 04/10/2007.

Sala V

García Losada, Matilde Isabel c/EN- CONICET s/empleo público, 13/02/2007.

Lanari, Osvaldo Edilio c/Honorable Cámara de Diputados- Resol. 638/02, 15/11/2004.

Ocampo, José A. c/Hosp. Garrahan- Resol. 994/04 (Expte. 1264/03) s/Amparo Ley 16.986, 02/11/2005.

Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación

Nº 57:34; 83:51; 86:28; 92:215; 93:264; 97:310; 113:371; 121:166; 122:399; 139:337; 140:133; 151:55; 159:563; 162:206; 166:14; 166:361; 169:444; 170:419; 171:377; 178:157; 197:73; 192:82; 198:11; 197:11; 199:175; 201:26; 201:189; 221:97; 221:102; 221:124; 231:156; 232:210; 233:270; 236:596; 237:323; 241:219; 241:298; 242:626; 243:349; 243:620; 253:113; 254:374; 255:8; 255:304; 259:432; 260:169; 263:596; 266:100; 270:213; 272:174; 273:433; 274:110; 276:52; 276:94; entre otros.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Baena, Ricardo y otros v. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, Serie C Nº 72.

Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 05/10/2015. Serie C No. 302.

Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Fondo Reparaciones y Costas, 01/09/2011, Serie C No. 233.

Otros

Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana Nº 11/90.

Tribunal Constitucional español, sentencia 177/1999 del 11/10/99.

UN PEQUEÑO EMPUJÓN: MEDIOS DE FOMENTO NO TRADICIONAL COMO ALTERNATIVA PARA ENFRENTAR NUEVOS DESAFÍOS REGULATORIOS SIN INTERVENCIÓN ESTATAL

Manuel Alderete

Universidad Austral

salderete@ius.austral.edu.ar

Recibido: 20/09/2022

Aceptado: 13/10/2022

Resumen

En nuestro tiempo, el derecho administrativo es también una herramienta fundamental para alinear los intereses privados con el interés público. Cumplir con este objetivo exige reducir la intervención estatal en la economía y presupone introducir en el diseño de las regulaciones elementos que permitan reemplazar la coacción por la persuasión. El Estado (y dentro de él, especialmente, el Poder Ejecutivo) se enfrenta con el desafío de regular para convencer. Es en este sentido el fomento, como técnica de la actividad administrativa, el medio que encierra mayor potencial. Este trabajo propone revisar la figura clásica del fomento para contribuir a que sea considerado como una alternativa de reducción de la intervención estatal directa en las actividades privadas, sin por ello dejar de lado objetivos de interés general. Acudiendo a la ayuda de las ciencias del comportamiento, y particularmente a la figura del *nudge*, se demostrará que el Estado, además de imponer costos o sanciones para alentar o desalentar conductas, tiene la posibilidad de motivar a las personas a hacer lo conveniente para el bien común. Muchos Gobiernos en todo el mundo están implementando exitosamente este tipo de regulaciones que buscan persuadir sin coartar la libertad personal. Argentina no debe ser una excepción.

Palabras clave: fomento, actividad administrativa de fomento, intervención estatal, *nudges*, regulación económica, economía del comportamiento.

Nudge: Non-Traditional Promotion Means as an Alternative to Face New Regulatory Challenges without State Intervention

Abstract

Administrative Law is, in our times, also a fundamental tool to align public and private interests. To meet this goal it is key to reduce direct state intervention in economic activities and design regulation to replace coercion by persuasion. The State (and especially the Executive Branch) has the challenge of regulating to convince. In this sense, promotion, as a technique of administrative activity, is the means that holds the greatest potential. This article proposes a review of the classic figure of promotion to help it be considered as an alternative to reduce direct state intervention in private activities, without neglecting general interest objectives. Resorting to the help of behavioral sciences and, particularly, to the figure of “nudge”, it will be shown that the State, in addition to imposing costs or sanctions to encourage or discourage certain behaviors, has the possibility of motivating people to do what is convenient for the common good. Many governments around the world are successfully implementing this type of regulations that seek to persuade without restricting personal freedom. Argentina should not be an exception.

Key words: promotion, administrative activity of promotion, state intervention, nudges, economic regulation, behavioral economics.

*La civilización es la victoria de la persuasión sobre la fuerza.
Platón*

1. Introducción

El objeto de este trabajo tiene su disparador en el auge expansivo de la vocación regulatoria del Estado argentino.

En el último tiempo, hemos sido testigos de una exacerbada intervención estatal en la economía y en casi todos los ámbitos de la vida en sociedad. Desde aquella *solidaridad coactiva* fundada en una emergencia económica que se suponía coyuntural¹ hasta la imposición de un aislamiento estricto y por demás

1 Recordemos que el 21 de diciembre de 2019 se sancionó la Ley 27541 de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública, que declaró la situación de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social y delegó en el Poder Ejecutivo Nacional facultades extraordinarias que le conferían un poder también extraordinario, en la mayoría de los casos, con límites poco precisos y, por tanto, con enormes alcances. Así, por ejemplo, se delegaron facultades para: (i) regular la reestructuración tarifaria de servicios públicos; (ii) gravar o restringir operaciones cambiarias y designar nuevos agentes de percepción para impuestos a actividades cambiarias; (iii) imponer nuevas condiciones para la deuda

duradero, ha sido la Administración (y, por ende, el derecho administrativo) protagonista en el devenir diario de la comunidad.²

La pandemia llevó la intervención estatal a su máxima expresión.³ El ejercicio de un poder de regulación que debiera ser justificado, razonable y excepcional se convirtió en la regla.⁴ El Estado de excepción, parafraseando a Agambem, se volvió permanente.⁵

Hasta casi fines del año 2020, era el poder administrador el que decidía quién revestía la condición de esencial, quién podía salir de su hogar, quién podía trabajar, qué actividad podía o no ejercerse. En definitiva, la vida se *protocolizó*; se llegó al punto de creer que la existencia misma del sistema social dependía de una regulación: es el poder, el decisor, el regulador quien crea el derecho partiendo desde la excepción (Schmitt, 1971).

Esa mirada regulatoria de la economía tocó tope. No es de extrañar que ahora, en el despertar, en el día después de la pandemia, sea precisamente el punto culmen del Estado intervencionista. La sociedad comienza poco a poco a poner en cuestión al ejercicio del poder y a mirar con mayor recelo cualquier interferencia en las libertades personales.⁶ Se reafirma la necesidad del “desarme del

local; (iv) disponer nuevos aumentos salariales obligatorios; (v) fijar topes a las tasas de créditos UVA; y (vi) fijar precios máximos y condiciones de abastecimiento de medicamentos; entre otros.

- 2 La pandemia ha convertido al Estado moderno en un verdadero Estado administrativo con una presencia constante y patente en la vida cotidiana. En el Estado de excepción, todo —o casi todo— está regulado por el derecho administrativo (Schmitt, 1971, pp. 3 y ss.).
- 3 En línea con mi observación, Aguilar Valdez (2020) opina que las limitaciones impuestas para contener el avance de la pandemia “exceden, en mucho, las restricciones razonables que, de ordinario, el poder de policía puede imponer en aras de salvaguardar el interés general, así como también, aquellas más gravosas que, fundadas en el llamado poder de policía de emergencia, el Estado puede establecer, de modo transitorio y sin afectar la sustancia de los derechos de los particulares, en aras de hacer frente a situaciones o crisis extraordinarias” (s.p.).
- 4 Como ejemplo, basta con confrontar la última edición del *Digesto Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID-19* publicada el 21 de diciembre de 2021 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que consta de tres volúmenes en los que se listan más de mil ochocientos regulaciones, muchas de ellas con una fuerte injerencia en la actividad económica. El digesto está disponible en http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3832.
- 5 El autor observa con buen tino que en nuestros tiempos “la declaración del estado de excepción ha sido sustituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica habitual de gobierno” (Agamben, 2004, pp. 27 y ss.).
- 6 Vale la pena aquí recordar el voto del ministro Rosenkratz en la causa GCBA c/EN s/acción declarativa de inconstitucionalidad: “La emergencia no es una franquicia para ignorar el derecho vigente. La emergencia está sujeta al derecho en este país, en tanto también es una situación jurídicamente regulada y ella no implica en modo alguno que cualquier medida que pudiera representarse como eficaz para atender la situación sea, por esa sola razón, constitucionalmente admisible. No debe perderse de vista que la emergencia, si bien puede proporcionar la ocasión para ejercer un poder existente,

Estado”, dando prioridad a la integración de las diferencias y al fortalecimiento de la sociedad (Cassagne, 2019; Salas y Camus, 2016, pp. 98-99).

El grito de ¡libertad! se hace escuchar en el mundo, tanto, que muchos Gobiernos están haciéndose la misma pregunta que Michel Foucault (2007) hacía retóricamente al explicar el liberalismo: ¿cómo gobernar menos? o, mejor, ¿cómo hacer para no gobernar demasiado? (pp. 29-30).⁷

Si en esta época de hiperregulación algún funcionario público se acercara a empresarios, comerciantes o trabajadores liberales para preguntarles qué necesitan, la respuesta sería seguramente la misma que aquella que recibió el Ministro Colbert en la Francia del siglo XVIII: “Laizes fare”, es decir, ¡dejadnos hacer! (Foucault, 2007, pp. 38-39).

La fórmula de San Agustín que, parafraseada, se convirtió en símbolo del liberalismo vuelve a cobrar sentido: “Tanta libertad cuanto sea posible y tanta autoridad cuanto sea necesario”.⁸

Es justamente ahora, en esta época de transición,⁹ de tensión entre el poder y la libertad, un gran momento para repensar el derecho administrativo.

El crecimiento del rol regulador del Estado y la trascendencia que la administración pública adquiere en esa situación, sumado a una cada vez más creciente y justificada exigencia de respeto por libertades individuales, hacen que ya no baste con entender al derecho administrativo como un derecho destinado a luchar contra las inmunidades del Poder (García de Entrerría, 1962) ni como un derecho que justifique el ejercicio del poder administrador. Todo ello es quedarnos cortos. Debemos ir más allá; el nuevo derecho administrativo tiene que ser también un instrumento de conciliación, una herramienta para

no crea poderes nuevos” (Fallos: 172:21; 313:1638; doctrina tomada de los precedentes estadounidenses *Wilson v. New*, 243 U.S. 332, y *Home & Loan Building Asset v. Blaisdell*, 290 U.S. 398). Tiene dicho este Tribunal que “[...] los poderes de emergencia nacen exclusivamente de la Constitución, la que los conforma y delimita, por lo que todo avance más allá de ese marco conceptual desborda la legitimidad, tornándose en arbitrariedad y exceso de poder” (*Antinori*, Fallos: 321:2288). (Fallos: 344:809, considerando 5°).

- 7 La frase original *Ne gouvernez pas trop* se le atribuye al Marqués de Argenson (1751, pp. 107-117).
- 8 Esta fórmula, aplicada a la economía y a la política, tiene una actualidad impresionante. Se constituye casi como una máxima para entender el principio de subsidiaridad como guía para el accionar del Estado en la actividad económica. El principio de subsidiaridad, que tiene apoyatura en garantizar las libertades personales, establece, esencialmente, que el Estado debe intervenir solo en aquellos casos en los que la iniciativa privada sea insuficiente para satisfacer las necesidades básicas de la población (Cassagne, 2015, pp. 241-245).
- 9 Traigo a colación una famosa frase de Gramsci que nos interpela a actuar con gran cautela en momentos de fuertes cambios: el viejo mundo se muere. El nuevo tarda en aparecer. Y en ese claroscuro surgen los monstruos.

lograr alinear los intereses privados con el interés público apuntalado en dos premisas centrales:

1. El respeto por la libertad y responsabilidad personal.¹⁰
2. La defensa y promoción del bien común.¹¹

Este objetivo no presupone necesariamente disminuir la regulación ni, mucho menos, la actividad de la administración. Todo lo contrario: implica mejorar la calidad regulatoria y modernizar de manera inteligente la actuación del Estado (Boulín y Cadenas, 2018).

De la clásica clasificación tripartita —i.e., poder de policía, servicio público y fomento— (Jordana de Pozas, 1949), quiero centrarme en la actividad administrativa de fomento porque considero que, siendo paradójicamente la menos permeable al influjo del derecho (De la Riva, 2004b, pp. 414-415), es la que mayor potencia encierra para ayudar a conciliar los intereses particulares con el bien común.¹²

El propósito de esta exposición es plantear algunas mejoras en los mecanismos de fomento para contribuir a que sea considerado como una alternativa de reducción de la intervención estatal, sin por ello dejar de lado objetivos de interés general.

2. Una aproximación al fomento y sus diferencias con las medidas de regulación económica

La actividad administrativa de fomento fue definida como “una manera indirecta de promover y proteger ciertas actividades de los particulares en pos del interés público sin usar la coacción ni crear un servicio público” (Comadira et

10 El logro del bien común exige que se reconozca la mayor libertad posible al individuo. Solo de esa forma cada persona podrá convertir su potencialidad en una contribución al logro del bienestar general.

La idea de crecimiento económico y prosperidad sobre la base del respeto a la libertad individual fue esbozada en 1779 por el padre de la economía, el moralista Adam Smith (1994), y ha servido de base para el pensamiento de Alberdi (1858) en los albores del constitucionalismo argentino.

11 Como afirmó De la Riva (2004a) al postular las premisas del principio de subsidiaridad en el accionar estatal: “Por un lado, es preciso reconocer que el bien común exige que se brinde la mayor cuota de libertad posible al individuo, puesto que de esa forma este estará en condiciones de prestar su contribución a la causa común, sin que ello implique en modo alguno desarticular la estructura de poder público que garantice las correcciones necesarias frente a los desvíos que pudieren producirse a partir de esa libre iniciativa privada” (p. 79).

12 Traigo a colación al español Villar Palasi (1954) cuando afirmó que la técnica de fomento constituye “un puente entre el dominio de la vida pública y el de la vida privada” (p. 85).

al., 2013, pp. 705-706; Diez, 1974). Definición a la que Jordana de Pozas (1949) añade una nota esencial: tiene la particularidad de pretender “conciliar la libertad con el bien común mediante la influencia indirecta sobre la voluntad del individuo para que éste quiera lo que conviene para la satisfacción de la necesidad pública de que se trate” (p. 46).

El fomento es entonces un modo de actuar estatal indirecto con proyecciones sobre la economía y la sociedad: es el Estado quien, admitiendo que no tiene un monopolio sobre el interés público, fija un objetivo de bien común y convence al privado de la necesidad de su consecución mediante el aliento (fomento positivo) o el desincentivo (fomento negativo) de ciertas conductas. Se trata de un medio que busca ampliar el estatus jurídico del particular, conciliando el interés particular con el bien común, de manera indirecta y sin constituirse como una actividad de limitación.¹³ Implica, en definitiva, la aplicación del principio de subsidiaridad¹⁴ en tanto el Estado estimula o desincentiva actividades privadas en lugar de realizarlas por su cuenta o intervenir directamente en su organización.

Una regulación económica, en cambio, supone una intervención estatal directa e inmediata. Se caracteriza por fijar un criterio esencialmente distributivo. Desde el punto de vista regulatorio, gobernar es distribuir.¹⁵ No hay regulación que no sea dañosa para alguien desde el momento en el que intenta extraer recursos de un sector para relocalizarlos en otro. No existen regulaciones neutras: toda intervención administrativa distorsiona la actividad privada (Aguilar Valdez, 2016, p. 316, 2019, p. 802).

En términos económicos, la regulación solo estaría justificada cuando los costos de transacción son demasiado altos para que la distribución de recursos pueda lograrse de manera óptima gracias a mecanismos del mercado. En otras

13 Aquí radica la principal diferencia en la actividad administrativa de fomento y la de policía. Esta última es una típica forma de intervención estatal que limita los derechos de los particulares con el fin de hacerlos compatibles con el bien común (Canda, 2004).

14 El principio de subsidiaridad lleva ínsito un mandato de abstención y otro de acción por parte de las autoridades. El primero implica que los niveles superiores de la organización social respeten el ámbito de autonomía de las personas y grupos, coadyuvando al logro de las condiciones para que ellos puedan desempeñar las funciones y acciones que les son propias. El segundo presupone que las autoridades deben actuar cuando los particulares no pueden por sí mismos cumplir con una actividad determinada o cometido concreto (Santiago, 2022, p. 155).

15 Gobernar es, en algún aspecto, distribuir, procurar mediante la acción de gobierno favorecer a ciertos sectores a expensas de otro. Se trata de una redistribución de la riqueza de manera directa a través de una política pública o regulación específica que debería tender al logro del interés general (Barra, 2002, pp. 209-210).

palabras, la necesidad de un mecanismo coactivo surge cuando los costos de transacción son tales que los agentes del mercado no tienen incentivos para internalizarlos por vía de acuerdo (Coase, 1960). De allí que cualquier intervención estatal en la economía deba estar justificada (e.g., para corregir “fallas de mercado” como son los monopolios naturales o las asimetrías en el acceso a la información) (Samuelson y Nordhaus, 2010, pp. 22-24) y que no deba medirse con un criterio de eficacia, sino de valor, es decir, si los beneficios que generan son mayores a los perjuicios que indefectiblemente crean.¹⁶

La regulación de fomento es diametralmente opuesta. Su técnica de actuación no es distributiva, sino persuasiva. De allí que las medidas de fomento no deban ser juzgadas exclusivamente por un criterio de valor, sino de eficacia, es decir, si las regulaciones de fomento logran persuadir, si logran dirigir conductas hacia la consecución del objetivo de bien común elegido por el regulador.

Al no seguir un objetivo primordialmente distributivo ni utilizar necesariamente la coacción como técnica, las medidas de fomento:

- a. son neutras, no implican una intervención estatal sobre la actividad sujeta a fomento; y
- b. preservan la libertad y, por ende, la propiedad de los individuos.

Tradicionalmente, se subclasifican a los medios o técnicas de fomento en tres categorías:

1. Técnicas de fomento económico: presuponen la entrega de bienes públicos como incentivos o desalientos para que las personas realicen o dejen de hacer una actividad. Entran dentro de esta categoría las exenciones fiscales, las subvenciones y los regímenes de promoción de una actividad específica.
2. Técnicas de fomento honorífico: buscan promover el ejercicio de ciertas actividades actuando sobre el sentimiento de honor o sobre el afán de prestigio de un individuo. Por ejemplo, reconocimiento de menciones de honor para incentivar el logro de ciertos objetivos.¹⁷

16 El criterio que suele utilizarse para evaluar los impactos de una regulación desde la teoría económica es el postulado por Kaldor-Hicks: un resultado es más eficaz si aquellos que se benefician con una regulación pueden teóricamente compensar a aquellos que sufren las consecuencias.

El dictado de regulaciones excesivas o equivocadas distorsionan nocivamente el mercado y afectan negativamente la actividad privada. Por contraposición a los fallos de mercado, la intervención estatal excesiva, sea mediante regulación o el dispendio ineficiente de ayudas públicas, genera “fallos de Estado” con graves consecuencias para el crecimiento económico sustentable y coartando las posibilidades de generación de capital genuino. Sobre el tema, sugiero la lectura de una conferencia del principal exponente de la escuela del Public Choice: Buchanan (1987).

17 Los medios de fomento honorífico recibieron algunas críticas por la creencia de que son violato-

3. Técnicas de fomento jurídico: buscan promover o proteger el desarrollo de actividades privadas en virtud de ciertas situaciones jurídicas diferenciadas. Se trata generalmente de la creación de títulos o de situaciones especiales para ciertas personas que reúnan determinadas condiciones o que cumplan con objetivos específicos.¹⁸

En los últimos tiempos, sin embargo, se avanzó hacia una reformulación conceptual y pragmática del fomento. Se abandonó esta idea teleológica de promoción o protección de actividades y se dejó de lado la técnica esencialmente persuasiva como elementos definitorios (De la Riva, 2004b). En Argentina, con especial énfasis en los últimos años, el subsidio se tornó en el nuevo y casi exclusivo medio de fomento.

No obstante, el modelo subvencional resulta insuficiente e inconveniente en un país con un presupuesto increíblemente escaso y con necesidades en continuo crecimiento.

El fomento es mucho más que una ayuda económica o que la imposición de mayores cargas fiscales y abre lugar a un abanico de opciones aún inexploradas por nuestro derecho administrativo.

3. Una propuesta alternativa. Notas desde las ciencias del comportamiento: nudges

Si se logra poner nuevamente el acento en el elemento persuasivo como nota esencial de la actividad de fomento, será posible propiciar diseños regulatorios

rios al derecho de igualdad. No concuerdo con esta postura, en el entendimiento de que en una sociedad democrática y liberal las distinciones honoríficas en función del mérito son perfectamente admisibles y hasta deseables. El principio de igualdad de todas las personas ante la ley, según nuestra Constitución nacional y la jurisprudencia inveterada de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es sino la prohibición de que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias. “La verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos” (CSJN, 1875, *Criminal c/ Olivar, Guillermo* Fallos: 16:118; 1916, *Sánchez Viamonte, Julio c/Giustinian, Emilio* Fallos: 123:106, entre muchos otros), de lo que se sigue que un reconocimiento honorífico a quien se destaca del resto por un esfuerzo o logro personal es perfectamente constitucional en nuestro sistema jurídico. En efecto, este tipo de reconocimiento genera un incentivo adicional no solo para el galardonado, sino también para que otras personas lo vean como ejemplo y propugnen realizar conductas que resulten premiadas con una distinción similar.

18 Para un análisis más profundo de las técnicas de fomento, ver Comadira et al. (2013, pp. 708-715) y De la Riva, (2004a, pp. 111 y ss.).

que busquen ayudar a las personas a tomar mejores decisiones, sin intervenir directamente ni coartar su libertad de elegir. En ello se basa la propuesta principal de este trabajo. En lugar de imponer costos o precios en términos económicos para alentar o desalentar conductas, o de aplicar sanciones y prohibiciones en términos jurídicos coartando la libertad de actuar, el Estado tiene también la posibilidad de motivar a las personas a hacer lo correcto, lo conveniente para el interés general.

Una buena alternativa para lograr este cometido es introducir como técnica de fomento una de las herramientas desarrolladas por la disciplina del *behavioral economics*¹⁹ o economía del comportamiento: el *nudge*.

Un *nudge*, o “pequeño empujón” en español, es un medio que permite guiar o fomentar un determinado comportamiento sin necesidad de usar la coacción ni de recurrir a incentivos económicos significativos (Thaler y Sunstein, 2008). Su implementación, en pocas palabras, parte de la premisa —sustentada en evidencia empírica— de que los seres humanos somos predecibles y falibles al tomar decisiones y la mayor parte del tiempo no sabemos siquiera reconocer, entre las alternativas disponibles, cuál es la más conveniente para nosotros mismos.

Esto se debe a una multiplicidad de factores que pueden resumirse en sesgos cognitivos o errores sistemáticos en nuestro proceso de conocimiento que afectan nuestra capacidad de percepción y, por ende, de toma de decisiones. La capacidad racional de todo sujeto es limitada, así como lo son su tiempo y recursos. Todas las acciones y decisiones de los seres humanos están influenciadas por la cantidad y calidad de la información disponible, por la cantidad de alternativas que se presentan, por la capacidad para procesar información o conocer el tema a considerar o sencillamente por la falta de tiempo o interés para involucrarse en el estudio de las opciones a disposición (Thaler, 2017, pp. 446-449; Thaler y Sunstein, 2008, pp. 8-10). A ello se le suma que existe una tendencia comprobada a crear atajos mentales o heurísticas que se usan para simplificar los procesos de decisiones y que, en muchos casos, pueden conducir a los sesgos cognitivos o potenciarlos.²⁰

19 Las ciencias del comportamiento y el *behavioral economics*, como una disciplina autónoma, se iniciaron con las investigaciones de los psicólogos Amos Tversky y Daniel Kahneman y fueron profundizándose luego por el economista Richard Thaler y el jurista Cass Sunstein. Si bien las primeras publicaciones de Tversky y Kahneman (1974) sobre el tema datan de la década de 1970, una compilación de sus trabajos puede verse en Kahneman et al. (1982). Los estudios en este campo le valieron a Kahneman el reconocimiento del Premio Nobel en Economía en el año 2002. Para un estudio acabado sobre las ciencias del comportamiento, recomiendo el excelente libro de Kahneman *Thinking, fast and slow* (2012).

20 Kahneman, Sunstein, Thaler y otros autores especializados en economía del comportamiento desarrollaron con base en modelos empíricos un extenso catálogo de heurísticas. Para no desviar el obje-

Este influjo de factores externos en el proceso de toma de decisiones hace que sea posible influenciar el comportamiento humano para, sin restringir la libertad de los individuos, alentarlos a elegir la opción más conveniente.

La característica esencial de las estrategias de fomento basadas en el comportamiento humano es que apuntan a cambiar conductas de forma predecible sin restringir ninguna alternativa de acción ni cambiar significativamente los incentivos económicos.²¹

Para calificar como un *nudge*, una “intervención” debe ser fácil de evadir y no ser obligatoria (Thaler y Sunstein, 2008, p. 6): su objetivo principal es influir en las decisiones de las personas de una manera tal que quienes estén en posición de elegir se encuentren en la mejor situación para juzgar por sí mismos cuál es la mejor opción (Thaler y Sunstein, 2008, p. 5).

La implementación de *nudges* en las políticas públicas y en las regulaciones tiene un enorme alcance y potencial como mecanismo de fomento por tres razones:

1. Primero, modifica el rol o la actuación del Estado: lo convierte de regulador o interventor en una especie de *choice architect*. El “arquitecto de opciones”

to de este trabajo, no será posible desarrollarlas todas. Si es importante mencionar algunos ejemplos para la mejor comprensión del tema. Las tres principales heurísticas o reglas básicas identificadas por Tversky y Kahneman (1974) son las de anclaje o fijación, disponibilidad y confirmación, que se explican seguidamente:

1. Anclaje o fijación: el efecto ancla se produce cuando las personas consideran un valor particular para una cantidad desconocida antes de estimar esa cantidad. Una vez que el ancla se establece, el resto de la información se procesa tomando el ancla como referencia y confirmando la tendencia a permanecer cerca de ella. Un experimento interesante y vinculado con el mundo jurídico se realizó con jueces. Se les pidió que lean un caso que conduce a la condena de una mujer por robo y luego que tiren dados preparados para que los resultados fuesen 3 o 9. Aquellos que sacaron 3 tendían a condenar a la mujer por cantidades de meses más cercanas a ese número. Lo mismo ocurrió con aquellos que sacaron 9, que resultaron anclados por este último número (Englich et al., 2006).

2. Disponibilidad: es un atajo mental que consiste en tomar decisiones basándose en ejemplos inmediatos que llegan a la mente al evaluar un tema. Se tiende a usar un hecho fácilmente disponible o recordable para fundar creencias sobre otros hechos análogos o similares. Kahneman (2012) menciona como ejemplo el atentado a las Torres Gemelas ocurrido en 2001. Ese trágico evento cambió la forma de percepción de prácticamente toda la humanidad con respecto a los ataques terroristas. La vívida memoria de esa tragedia hace que las personas le asignen un grado de probabilidad mucho mayor a la ocurrencia de un atentado terrorista de las que realmente existen. Ello ha llevado a que, por ejemplo, las compañías aéreas vendan un número sideral de seguros contra atentados cuando la realidad indica que son ínfimas las posibilidades de que, después de septiembre de 2001, ocurran este tipo de eventos con las extremas medidas de seguridad de los aeropuertos.

3. Confirmación: es la tendencia a favorecer la información que confirma las propias creencias o hipótesis. Las personas muestran una tendencia a reunir de manera selectiva y buscar o evaluar información de manera que se ajuste a su forma de pensar, sus preferencias o sus prejuicios.

- 21 Un subsidio no es un *nudge*. Para calificar como tal, una iniciativa o regulación no debe imponer significativos incentivos o desincentivos (Sunstein, 2018, pp. 61-62).

es aquel que genera un marco que otorgue mayores incentivos a la mejor opción, o a la alternativa más conveniente para el interés público, sin eliminar el resto de las que se encuentran disponibles. Un *nudge* presupone ausencia de intervención directa y plena libertad de acción. De hecho, la corriente del *nudge* es sostenida por una política de base que se denomina por sus seguidores como “paternalismo libertario” (Sunstein, 2014a; Thaler y Sunstein, 2008, pp. 5-6). Estos dos conceptos parecen contrapuestos, aunque se complementan: es paternalista porque el Estado (como *choice architector*) busca guiar conductas, persuadir, influenciar en la toma de decisiones privadas. Al mismo tiempo, es libertaria o liberal porque sostiene como máxima que los individuos deben ser libres de hacer o dejar de hacer lo que quieran y cuando quieran.

2. Segundo, es ideal para lograr la tan deseada convergencia entre los intereses privados y el interés público. La responsabilidad y el desafío para la administración pública y para el derecho administrativo es diseñar mecanismos o regulaciones que incluyan *nudges*, es decir, regulaciones en las que se defina concretamente cuál es la mejor opción para el bien común, pero que se respete la libertad de elección del particular. El rol del Estado sería, en este caso, nada más ni nada menos que alinear los intereses. Así, la mejor opción terminará siendo siempre la que los individuos perciban como la más conveniente.
3. Tercero, se trata generalmente de regulaciones o políticas públicas que implican una baja inversión presupuestaria y generan un alto impacto. Son eficientes en tanto tienen una relación costo-beneficio positiva.

La evidencia indica que la implementación de este tipo de políticas de fomento no tradicionales y basadas en el campo de las ciencias del comportamiento humano ayuda significativamente a resolver varios problemas sociales (Halpern, 2015; Sunstein, 2013). De hecho, cada vez más Gobiernos están implementando este tipo de técnicas como complemento o alternativa a las clásicas regulaciones económicas. Muchos países, siguiendo el ejemplo del Reino Unido²² y de los Estados Unidos,²³ han creado *nudge units* formados por equi-

22 El Reino Unido fue pionero en crear una *nudge unit*. En el año 2010, bajo la administración de Cameron, se fundó el Behavioural Insights Team (BIT), dependiente directamente de la oficina del primer ministro, que alcanzó resultados muy interesantes a nivel de implementación de políticas públicas. En tan solo dos años de funcionamiento, el BIT logró alcanzar ahorros o ganancias por aproximadamente veintidós veces su costo operativo, lideró seis proyectos de gran escala y publicó cuatro reportes. Sobre el tema, ver Halpern (2015) y Boulin y Cadenas (2018, pp. 68 y ss.). Para más información también puede ingresarse a la página web del organismo y consultar sus reportes anuales: <https://www.bi.team/>.

23 Obama (2015) hizo lo propio en Estados Unidos al crear el Social and Behavioral Sciences Team y

pos interdisciplinarios de expertos en las ciencias del comportamiento, cuyo principal objetivo es diseñar *behavioural interventions* que tengan el potencial de fomentar comportamientos socialmente deseables sin restringir libertades, opciones o imponer sanciones o incentivos económicos.²⁴

Nuestro país no es ajeno a esta tendencia. Bajo la órbita de la Secretaría de Asuntos Estratégicos del Poder Ejecutivo de la Nación, recientemente se creó la Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas, cuya principal misión es “articular con diversas áreas del Estado para el diseño, análisis, evaluación y alcance de los programas de gobierno, con el fin de mejorar la calidad de vida de las personas”.²⁵

4. Algunas objeciones a la aplicación de *nudges* por parte del Estado y sus respuestas

A pesar de que las ciencias del comportamiento vienen desde hace algunos años tomando protagonismo en las políticas públicas y en el derecho (Chamratropoulos, 2017),²⁶ no son pocas las críticas que concretamente se realizan a la aplicación de *nudges* por parte del Estado. A continuación se propone analizar someramente algunas de ellas y resaltar sus flancos débiles.²⁷

ordenarles a todos los *executive departments and agencies* que implementen políticas, programas y estrategias basadas en las ciencias del comportamiento para: (i) ayudar a los individuos, familias, comunidades y negocios a acceder a programas públicos y beneficios administrativos; (ii) mejorar la forma en que la información pública es presentada a los consumidores y beneficiarios de políticas públicas; (iii) identificar programas que ofrezcan opciones y estructurar esas opciones de manera tal de promover el interés público; y (iv) revisar las políticas y programas de manera tal que sean diseñados para que sea más simple para los ciudadanos americanos realizar acciones específicas y convenientes.

24 Australia, Alemania, Holanda, Canadá, Dinamarca, Francia, Perú, Uruguay y Singapur pueden mencionarse como ejemplos de países que crearon *nudge units* u oficinas que utilizan las ciencias del comportamiento para mejorar sus políticas públicas.

25 La Unidad de Ciencias del Comportamiento y Políticas Públicas fue creada el 20 de julio de 2021 por la Resolución 28/2021 del secretario de Asuntos Estratégicos de la Presidencia de la Nación. Entre sus funciones se cuentan las de: (i) promover los estudios y la investigación en materia de las ciencias del comportamiento en vinculación con el proceso de decisión e implementación de políticas públicas; (ii) coordinar con el sistema científico nacional estrategias de promoción de los análisis del comportamiento de los actores para mejorar las capacidades institucionales relativas a la ejecución de programas y proyectos de gobierno; (iii) propiciar la coordinación y colaboración con distintas áreas y organismos del Estado nacional, así como agencias y organismos internacionales, en materia de análisis del estado de situación de los distintos sectores con basamento en las ciencias del comportamiento; (iv) coordinar estudios sobre las tendencias mundiales en materia de desarrollo de programas de las ciencias del comportamiento aplicados a la administración y a las políticas públicas; entre otras.

26 En el marco del programa “Justicia 2020” se propuso incluir contenidos económicos y de las ciencias del comportamiento en la enseñanza del derecho en las universidades públicas y privadas (Aciarri, 2017).

27 Siguiendo y repensando los aportes de Sunstein (2018).

Primera crítica: se afirma que los *nudges* implican subestimar la capacidad de autodeterminación humana porque buscan tratar a las personas como meros objetos del control oficial.²⁸

Lo que pasa por alto este argumento es que los *nudges* justamente apuntan a que las personas elijan o “aprendan a elegir” mejor (Sunstein, 2014c). No nos olvidemos que las ciencias del comportamiento parten de la hipótesis comprobada mediante observación empírica que todos los seres humanos somos muchas veces irracionales al momento de tomar decisiones. Las investigaciones de Tverzky, Kanhehman, Sunstein, Thaler y sus seguidores demostraron que en el mecanismo psicológico decisional entran en tensión dos sistemas. El “Sistema 1” (como lo llaman los autores) es automático, rápido, intuitivo e inconsciente (i.e., no racional); el “Sistema 2” es controlado, lento, reflexivo y autoconsciente (i.e., racional).²⁹ La gran mayoría de las decisiones diarias se realizan en base al Sistema 1, en el que priman las heurísticas o juicios de carácter intuitivo en el que se propende a cometer errores: aunque se tomen con convencimiento, las decisiones no son las más óptimas en términos de conveniencia porque no responden a un proceso reflexivo y racional. A ello se le suma que todos los sujetos están influidos por sesgos cognitivos y heurísticas que tienden a acentuar los errores sistémicos (Kahneman, 2012).

Un punto esencial del *nudging* como técnica de persuasión es preservar la libertad de elección y mantener (o fortalecer) la capacidad de autodeterminación personal. Al no existir un elemento de coacción, el *nudge* simplemente apunta a internalizar los costos de transacción de una determinada decisión y guiar al sujeto hacia la mejor alternativa de entre todas las posibles. En algunos casos, además, los *nudges* son esencialmente educativos y por esta misma razón tienen un efecto positivo en la capacidad de decisión futura. Piénsese, por ejemplo, en la reciente Ley 27642 de Promoción de la Alimentación Saludable,³⁰ que regula la obligación de que ciertos alimentos comercializados en la República Argentina incluyan en la cara principal del envase un sello advirtiendo si posee azúcares, sodio, grasas o calorías en cantidades excesivas. Con esta información, el consumidor se encontrará en una mejor posición para elegir aquellos alimentos buenos para la salud.

28 Puede verse con mayor profundidad esta postura en una reseña crítica que realizó Jeremy Waldron (2014) al libro *Why Nudge?* de Cass Sunstein.

29 De hecho, el nombre del *best seller* de Kanhehman es justamente *Thinking, fast and slow*, que en sus ediciones en español se tradujo como *Pensar rápido, pensar despacio*.

30 BO 12/11/2021.

La misma lógica aplica para aquellos *nudges* basados en advertencias o recordatorios sobre determinados eventos. La redacción de normas claras, la inclusión de información esencial para contratar un determinado servicio e, incluso, el diseño de mecanismos de opciones por *default* no tienen como efecto subestimar al receptor, sino *concientizarlo* sobre la decisión o conducta que está a punto de realizar. En pocas palabras, contribuir a que las personas puedan elegir de acuerdo con sus deseos.

Segunda crítica: una de las más clásicas y difundidas objeciones en contra de la utilización de *nudges* es que se parte de una excesiva confianza en el Estado. ¿Cómo es posible confirmar que los Gobiernos, como *choice architectures*, elijan correctamente las alternativas convenientes para el bien común? Supongamos que los funcionarios públicos de un Gobierno son corruptos, ¿es adecuado aceptar que ellos implementen *nudges* en sus políticas públicas?

La respuesta es intuitiva: si desconfiamos del Estado y de sus funcionarios, pues es mejor estar más alertas y conscientes en cuanto a las normas coercitivas o reglas imperativas que estos buscan imponer que a los *nudges*, que, por definición, mantienen la libertad personal de elección.

No hay dudas de que los *nudges*, al igual que cualquier regulación o intervención estatal, deben estar constreñidos a los requerimientos constitucionales y republicanos, incluyendo especialmente la transparencia, el control y el respeto de los derechos individuales. Ahora bien, las normas imperativas que quitan la libertad de elección generan más riesgos de vulneración de derechos por parte de las autoridades que la implementación de *nudges* (Sunstein, 2014b, pp. 63-65).

Por otro lado, también sería incorrecto sostener que debe eliminarse cualquier tipo de regulación estatal. En el ámbito de la toma de decisiones, no es cierto que, cuando los Estados dejan de actuar, los privados pueden obrar con absoluta libertad y coherencia en favor de sus propios intereses y sin influencia alguna. Otros grupos de poder podrán aprovecharse de sus sesgos cognitivos y de la forma irracional de tomar decisiones para sacar ventaja. En ese contexto, la inacción de los Gobiernos no necesariamente le deja espacio a la libertad individual. Todo lo contrario, puede representar una muestra de indiferencia de las autoridades frente a la pérdida de libertades (Sunstein, 2018, pp. 4-5).

Tercera crítica: se objeta la implementación de *nudges* por ser poco transparentes y tender a manipular a las personas sin que estas se den cuenta. Son, para algunos detractores, técnicas arteras que aprovechan pícaramente limitaciones personales para guiar conductas hacia determinados resultados.

La realidad es que esta objeción no puede ser válida en términos generales,

sino que dependerá exclusivamente de la forma de implementación de un *nudge* específico y de su intensidad.

Un *nudge* será manipulativo en tanto “subvierta la capacidad racional de deliberación de las personas” (Sunstein, 2014c). No es lo mismo, por ejemplo, marcar en el Google Maps los puntos de reciclaje en una ciudad para incentivar a los ciudadanos a que reciclen sus residuos que lanzar campañas publicitarias con contenido que pueda angustiar o generar emociones intensas en los receptores con el objetivo de desincentivar ciertas conductas.

Cuarta crítica: se afirmó también que los *nudges* parten de la errónea asunción de que las personas son irracionales (Sunstein, 2018, p. 64). El argumento tiene dos facetas que pretenden destruir esta falaz presunción de falta de racionalidad. Una, de cariz pragmática, sostiene que basta con educar a las personas para evitar la necesidad de acudir a *nudges* si lo que se quiere es promover ciertos comportamientos positivos. La otra, más filosófica, es que las causas de los comportamientos humanos son por demás complejas y los terceros, ajenos al sujeto, no podrían comprenderlas en toda su magnitud. Así, lo que parece poco racional podría ser la conducta necesaria para alcanzar un objetivo.

La educación como una técnica de fomento no excluye en manera alguna la posibilidad de diseñar *nudges* con el mismo objetivo.

Nadie duda de que la educación funciona para ayudar a las personas a decidir mejor y alentarlas a la protección del interés público. Sería imposible afirmar, por ejemplo, que si lo que se busca es promover el cuidado del medio ambiente, una campaña de concientización sea completamente inútil. Distinto es decir que es insuficiente. Ahí es cuando pueden entrar en juego *nudges* de modo complementario y para potenciar las bondades de la educación.

Esta crítica sí acierta en su segunda faceta. Es verdad que terceros (i.e., los *choice architectures*) podrían no ser capaces de comprender las preferencias individuales de cada persona. Y ese es justamente uno de los motivos por los que quienes proponemos la aplicación de *nudges* como políticas públicas o técnicas de fomento insistimos en preservar la libertad de elección de sus destinatarios. Al no ser mecanismos de intervención coactiva, los fines por los que el sujeto actúa no se ven imposibilitados y las razones de sus acciones continúan perteneciendo a su fuero íntimo, sin ser prohibidas por las autoridades.

Se trata, en definitiva, de una cuestión de costos: la implementación de *nudges* busca que la decisión que menos satisfaga una finalidad pública sea la más difícil de adoptar o la que requiera de un grado de análisis mayor por parte del sujeto.

Por supuesto que, como afirmó Sunstein (2018), todos los *nudges* deben ser testeados para asegurar que promuevan y no debiliten el bienestar de las personas. “Algunos *nudges* fallan. Cuando así ocurre, la correcta conclusión podría ser que la libertad funciona —o que debiéramos *nudgear* mejor” (p. 65).³¹

5. Dos ejemplos exitosos de medios de fomento no tradicional

Los clásicos ejemplos de *nudges* aplicados a políticas públicas son: (i) la implementación de opciones por *default*;³² (ii) la simplificación de normas para que sean comprendidas por cualquier individuo; (iii) presentar de una manera clara cierta información; (iv) simplificación para reducir los costos friccionales o barreras que tienden a dificultar la acción que se pretende incentivar; (v) implementar recordatorios; entre muchos otros.³³

Como se afirmó, la conveniencia de este tipo de herramientas se juzga por su efectividad y, para ello, es imprescindible realizar estudios empíricos. Las políticas públicas que utilicen *nudges* deben estar basadas en datos empíricos y en estudios de campo.

En Estados Unidos, solo por citar un caso paradigmático, abundan este tipo de estudios para medir la eficacia de medidas tradicionales de regulación comparadas con medios de fomento alternativos.

Me centraré en dos de ellos que son de suma actualidad:³⁴ (i) *nudges* utilizados en las campañas de vacunación, un asunto tan en auge desde que en el mundo se está discutiendo sobre la necesidad de vacunar a la mayor parte de la población para prevenir la propagación del COVID-19; y (ii) pequeños empujones para alentar el cuidado del medio ambiente a través del ahorro energético.

31 Traducción del autor.

32 Por ejemplo, establecer que todas las personas que obtengan su carnet de conducir presten consentimiento para ser donantes de órganos, salvo que se manifiesten en contrario (*opt out*). Ver la potencialidad de establecer opciones por *default* para aumentar el porcentaje de donaciones de órganos en un análisis comparado en distintos países que se muestra en Budassi (2021).

33 Los *nudges* tienden a cumplir con ciertas características que en el campo de las ciencias del comportamiento se conoce como EAST Framework, una regla mnemotécnica que comprende elementos relevantes y efectivos para guiar el comportamiento: **E**asy, **A**tractive, **S**ocial, **T**imely.

34 Los ejemplos y datos que se utilizarán seguidamente son extraídos de Benartzi et al. (2017).

5.1. *Nudges* para fomentar la aplicación de vacunas³⁵

En el año 2015, un grupo de científicos realizó el siguiente experimento: comenzó a pagarle 30 dólares a cada estudiante de una universidad que se vacunara contra la influenza en una facultad de Medicina. Luego de algunos meses, se registró un aumento de poco más del 10% en la cantidad de estudiantes que se vacunaron comparado con las tasas de vacunación registradas antes del inicio del experimento. Traducido en términos económicos, el costo del experimento fue de poco más de 6 dólares por estudiante elegible y se logró que se vacunaran 1,78 personas por cada 100 dólares invertidos.

Si se compara este experimento con los datos registrados por la utilización de un *nudge* para incentivar a que ciertas personas se vacunen contra la influenza, las diferencias son asombrosas. Veamos:

Otra universidad, en lugar de otorgar incentivos económicos, decidió asignarles automáticamente turnos de vacunación a sus alumnos y personal. Cada estudiante, profesor o empleado de la universidad recibió un correo electrónico con una cita con fecha y hora asignadas para vacunarse, pudiendo, por supuesto, optar por cancelar el turno o sencillamente no concurrir, sin que por ello se lo sancione. La utilización de este simple *nudge* logró un aumento del 11,7% en la cantidad de personas que se vacunaron comparado con las tasas de vacunaciones registradas antes de la asignación automática de turnos. Se registró una efectividad de 3,65 personas vacunadas por cada 100 dólares invertidos en el experimento.

La comparación se resume seguidamente en la Tabla 1:

Tabla 1

Tipo de medida	Descripción	Impacto	Relación costo-beneficio
Fomento tradicional	Incentivo económico a estudiantes para que se vacunen.	Incremento del 10,7% en el porcentaje de vacunación.	6 dólares por cada estudiante elegible y efectividad de 1,78 estudiantes vacunados por cada 100 dólares invertidos.
Nudge	Asignación automática de turnos de vacunación no obligatorios.	Incremento del 11,45% en el porcentaje de vacunación.	3,21 dólares por cada persona elegible y efectividad de 3,65 personas vacunadas por cada 100 dólares invertidos.

35 Sobre el tema, recomiendo el ameno artículo de Moco-roa (2021).

5.2. Pequeños empujones para un consumo energético responsable

Quizás, la forma más tradicional de incentivar el ahorro en el consumo de energía eléctrica es otorgar descuentos en las tarifas a los hogares que reduzcan su consumo con respecto a periodos anteriores. La eficacia de esta propuesta fue medida con precisión en un estudio llevado a cabo en el año 2015 en California, Estados Unidos. Se reguló en ese momento un descuento para los usuarios del servicio de energía eléctrica que registraran una reducción significativa del consumo con respecto al verano anterior. El impacto de esta medida de fomento tradicional fue de una reducción del 4,2% en áreas alejadas de la costa y casi nulo en las ciudades costeras. En términos de costo-beneficio, se invirtió un poco más de 4 dólares por cada usuario del servicio y se logró un ahorro de 3,41 kW/h por cada dólar invertido.

Como alternativa, en otra área de Estados Unidos se propuso incluir en las facturas de electricidad un comparativo del consumo con respecto al consumo promedio de los vecinos del mismo barrio y consejos para reducir el uso de electricidad y “ganarle” al vecino en un consumo responsable de energía eléctrica. La inversión fue de poco menos de 1 dólar por cada reporte y se calculó que se ahorraron 27 kw por cada dólar invertido.

Se realiza un resumen comparativo seguidamente en la Tabla 2:

Tabla 2

Tipo de medida	Descripción	Impacto	Relación costo-beneficio
Fomento tradicional	Descuentos en las facturas de electricidad por reducir el consumo respecto a un periodo anterior.	Ahorro energético del 4,2% en zonas no costeras y nulo en ciudades costeras.	4 dólares por cada usuario del servicio; ahorro de 3,41 kWh por cada dólar invertido.
Nudge	Reporte de consumo comparativo con vecinos del mismo barrio y consejos para ahorrar más energía.	2% de ahorro energético en promedio.	1 dólar por cada reporte; ahorro de 27 kWh por cada dólar invertido.

El estudio citado de donde fueron sacados estos ejemplos presenta una conclusión muy interesante: en algunos casos, los incentivos económicos pueden ser efectivos, pero, a la larga, resultan demasiado costosos para los beneficios que generan.

Como los mecanismos de fomento tradicionales pretenden cambiar comportamientos alterando la relación costo-beneficio de ciertas actividades, se enfrentan con el desafío de que la habilidad y el deseo de las personas de modificar sus hábitos es limitada. Los *nudges*, en cambio, son más efectivos porque tienen en cuenta intuiciones, emociones y mecanismos inconscientes de toma de decisiones que pueden ser alterados con simples cambios de ambiente o generando los estímulos correctos. De allí que los *nudges* terminen siendo menos costos y generando altos impactos por el dinero invertido (Benartzi et al., 2017, p. 1051).

Sobran los casos de *nudges* implementados en distintas regiones del mundo que obtuvieron excelentes resultados, lo que confirma la necesidad de que los Gobiernos inviertan en ellos (Sunstein, 2014b) y de que el derecho administrativo argentino los recepte como una alternativa para alentar el progreso.

6. Reflexión final

Crear que es posible alcanzar un grado aceptable de desarrollo acudiendo solo a la intervención estatal es utópico y hasta absurdo. No siempre la opción más simple (i.e., intervenir o prohibir) es la más eficaz o adecuada.

La misión del Estado, además de regular en pos del interés general, es lograr que las personas, individual y colectivamente, se vean motivadas a hacer lo correcto, lograr que voluntariamente hagan lo que más conviene al bien común.

El desafío es pensar; como dijo Sunstein (2013, p. 2), poner a la Administración a pensar para que se logre una mejora de la calidad regulatoria (Boulín y Cadenas, 2018, pp. 15 y ss.) y se introduzcan también este tipo de políticas que tienden a la consecución del interés común preservando, al mismo tiempo, las libertades individuales.

Rediseñar los mecanismos de fomento e introducir nuevas técnicas como alternativas a la intervención estatal es una de las tantas herramientas para encontrar, desde la Administración, salidas a la crisis socioeconómica actual.

Si existen herramientas eficaces para lograr objetivos de interés público que, a la vez, sean menos restrictivas a la libertad, los Estados tienen el deber de usarlas.

No olvidemos nunca que el desarrollo pleno de la persona, como sujeto y fin de toda organización social y política (Santiago, 2022, p.17), solo se consigue preservando el Estado de derecho y, con él, las libertades individuales.

Bibliografía

- Aciarri, H. (Dir.). (2017). *Derecho, economía y ciencias del comportamiento*. Ediciones SAIJ. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1713>.
- Agamben, G. (2004). *Estado de Excepción (homo sacer II, 1)*. Pre-Textos.
- Aguilar Valdez, O. (2016). El control judicial de razonabilidad de las medidas de intervención y regulación económica. En *Control público y acceso a la justicia. Jornadas organizadas por la Universidad Austral* (Tomo I, pp. 313-354). Astrea.
- Aguilar Valdez, O. (2019). Regulación económica y responsabilidad del Estado. Pautas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En Tawil, G. S. (Dir.), *Responsabilidad del Estado* (pp. 792-879). Abeledo Perrot.
- Aguilar Valdez, O. (2020). ¿Salud pública vs. Estado de Derecho? Reflexiones sobre el Estado Sanitario y Administrativo de Excepción. *La Ley*, 25/05/2020, AR/DOC/1639/2020.
- Alberdi, J. B. (1858). *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Casa Editora Pedro García y Cía. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1301>.
- Barra, R. C. (2002). *Tratado de derecho administrativo*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Benartzi, S., Beshears, J., Milkman, C. L., Sunstein, C., Thaler, R., Shankar, M., Tucker-Ray, W., Congdon, W. J. y Galing, S. (2017). Should governments invest more in nudging? *Psychological Science*, 28(8), 1041-1055. <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0956797617702501>.
- Boulin, I. y Cadenas, E. (2018). *Innovar el derecho administrativo. Bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina*. Escuela de Gobierno, Universidad Austral. <https://www.austral.edu.ar/escueladegobierno/wp-content/uploads/2018/03/santiago-boulin-cadenas.pdf>.
- Buchanan, J. (1987). *Consecuencias económicas del Estado benefactor*. Conferencia del 27 de mayo de 1987 en ESEADE. <https://riim.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/Buchanan-1.pdf>.
- Budassi, I. (2021). Ciencias del comportamiento, regulación o cómo pensamos que pensamos. *Revista de Derecho Administrativo*, 2021-2138, TR LALEY AR/DOC/2988/2021.
- Canda, F. (2004). Régimen jurídico de la actividad de policía. En *Servicio público, policía y fomento. Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral* (pp. 123-147). Ediciones RAP.
- Cassagne, J. C. (2015). *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*. Thomson Reuters, La Ley.
- Cassagne, J. C. (4 de noviembre de 2019). Sobre las transformaciones del Derecho Público: Hacia el Estado regulador y garante. Nuevos y antiguos problemas. *La Ley*, 2019-F-207.
- Chamatropulos, D. A. (2017). Orden público y nudges en el Código Civil y Comercial (algunos aportes desde la economía del comportamiento). *Revista Código Civil y Comercial*, TR LALEY AR/DOC/2621/2017.
- Coase, R. (1960). *The problem of social cost*, *Journal of Law and Economics*, 3, 1-44. <https://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>.
- Comadira, J. R., Escola, H. J. y Comadira, J. P. (2013). *Curso de derecho administrativo* (1ª ed.). Abeledo Perrot.

- De la Riva, I. (2004a). *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Hammurabi.
- De la Riva, I. (2004b). La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual. En *Servicio público, policía y fomento. Jornadas de Derecho Administrativo organizadas por la Universidad Austral* (pp. 413-422). Ediciones RAP.
- Diez, M. M. (1974). *Derecho Administrativo* (Tomo IV). Editorial Plus Ultra.
- Englich, B., Mussweiler, T. y Strack, F. (2006). Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32(2), 188-200. https://www.researchgate.net/publication/7389517_Playing_Dice_With_Criminal_Sentences_The_Influence_of_Irrelevant_Anchors_on_Experts'_Judicial_Decision_Making.
- Foucault, M. (2007). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de Frances (1978-1979)*. Fondo de Cultura Económica.
- García de Entrerría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, (8), 25-89. <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/publicaciones-juridicas/pdf/2017/La-lucha-contra-las-inmunidades%E2%80%A6Edua.pdf>.
- Halpern, D. (2015). *Inside the nudge unit: How small changes can make a big difference*. WH Allen.
- Jordana de Pozas, L. (1949). Ensayo de una teoría de fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Públicos*, (48), 41-54. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2127752.pdf>.
- Kahneman, D., Slovic, P. y Tversky, A. (1982). *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*. Cambridge University Press.
- Kahneman, D. (2012). *Thinking, fast and slow*. Penguin.
- Marqués de Argenson. (1751). Lettre à l'auteur du Journal économique au sujet de la Dissertation sur le commerce de M. le marquis Belloni. *Journal économique* (abril).
- Mocoroa, J. (22 de septiembre de 2021). Vacunas obligatorias, pequeños empujones y acción estatal. *La Voz del Interior*. <https://www.lavoz.com.ar/opinion/vacunas-obligatorias-pequenos-empujones-y-accion-estatal/>.
- Obama, B. (15 de septiembre de 2015). *Executive Order – Using behavioral science insights to better serve the American people*. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/09/15/executive-order-using-behavioral-science-insights-better-serve-american>.
- Salas, D. y Camus, A. (2016). *La rebelión justa*. Jusbaire.
- Samuelson, P. A. y Nordhaus, W. D. (2010). *Economía* (19ª ed.). Mc Graw Hill.
- San Agustín de Hipona. (s.f.). *Del libre albedrío* (Libro II, Cap. 1.). https://www.augustinus.it/spagnolo/libero_arbitrio/index2.htm.
- Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina.
- Smith, A. (1994). *La riqueza de las naciones*. Editorial Alianza.
- Schmitt, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Aguilar.
- Sunstein, C. R. (2013). *Simpler: The future of government*. Simon & Schuster.
- Sunstein, C. R. (2014a). Nudges.gov: Behaviorally informed regulation. En Zamir, E. y Teichman, D. (Eds.), *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (pp. 719-747).

- Oxford University Press. <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199945474.001.0001/oxfordhb-9780199945474-e-028>.
- Sunstein, C. R. (2014b). *Why Nudge? The politics of Libertarian Paternalism*. Yale University Press.
- Sunstein, Cass R. (2014c). Choosing not to choose. *Duke Law Journal*, 64(1), 1-52. <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol64/iss1/1/>.
- Sunstein, C. R. (2018). Misconceptions about nudges. *Journal of Behavioral Economics for Policy*, 2(1), 61-67. <https://sabeconomics.org/journal/RePEc/beh/JBEPv1/articles/JBEP-2-1-9.pdf>.
- Thaler, R. (2017). *Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica*. Paidós.
- Thaler, R. y Sunstein, C. R. (2008). *Nudge. Improving decisions about health, wealth and happiness*. Penguin.
- Tversky, A. y Kahneman, D. (1974). Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 185, 1124-1131.
- Villar Palasi, J. (1954). Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. *RAP*, (14).
- Waldron, J. (9 de octubre de 2014). It's all for your own good. *The New York Review*. <https://www.nybooks.com/articles/2014/10/09/cass-sunstein-its-all-your-own-good/>.

Legislación citada

- Digesto Emergencia Sanitaria Coronavirus COVID-19. http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=3832.
- Ley 27541.
- Ley 27642.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, GCBA c/EN s/acción declarativa de inconstitucionalidad, 04/05/2021, Fallos: 344:809.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN REGLAMENTARIA. ANÁLISIS DEL FALLO DE LA CORTE SUPREMA EN *ETCHEVERRY* Y PROPUESTA DE LEY SOBRE LA REGLAMENTACIÓN DE LAS LEYES

María Verónica Nolzco

Universidad Austral
vnolzco@austral.edu.ar

Resumen

El presente trabajo intenta profundizar acerca de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria del Poder Ejecutivo Nacional a partir del análisis del fallo dictado en la causa *Etcheverry Juan Bautista c/Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986* (2021). Del análisis de los fundamentos de la sentencia se extraerán las pautas que constituyen la doctrina del tribunal en la materia. Asimismo, se analizarán la omisión como vicio de la potestad reglamentaria y el tratamiento del problema a nivel provincial y en el derecho comparado. Por último, se propone un proyecto de ley sobre la reglamentación de las leyes a fin de resolver la controvertida determinación del plazo razonable para el dictado de los reglamentos ejecutivos (artículo 99, inciso 2° de la Constitución nacional) y mejorar el control que el Congreso realiza de ellos.

Palabras clave: inconstitucionalidad por omisión, omisión reglamentaria, reglamentos ejecutivos, normas programáticas, clínica jurídica.

Unconstitutionality Due to Regulatory Omission. An Analysis of the Supreme Court Ruling in *Etcheverry* and a Bill on the Regulation of the Laws

Abstract

This article analyzes the unconstitutionality due to regulatory omission of the National Executive Power based on the ruling issued in *Etcheverry Juan Bautista c/Estado Nacional s/Amparo Ley 16.986* (2021). Based on a detailed analysis of the grounds contained in such ruling, the jurisprudential guidelines and principles of the Supreme Court are discussed. Additionally,

this paper includes a study of the omission as a vice of the regulatory power and the treatment of the problem at the provincial level and in comparative law. Finally, a bill on the regulation of laws is proposed, both to sort out the debate around setting a reasonable term for issuing executive regulatory orders (as prescribed by Section 99(2) of the Argentine Constitution) and to improve Congress review of such orders.

Key words: unconstitutionality by omission, regulatory omission, executive regulations, programmatic norms, legal clinic.

1. Introducción

En octubre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), de manera unánime, confirmó la sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNACont. Adm. Fed.), en la que se le ordenó al Poder Ejecutivo reglamentar, en el plazo de 90 días hábiles, el artículo 179 de la Ley 20744 de Contrato de Trabajo (LCT) referido a las salas maternas y guarderías. Dicha reglamentación estaba pendiente desde la sanción de la LCT en 1974, es decir, desde hacía 47 años.

Encontrándose vencido el plazo impuesto por la CSJN, finalmente, por medio del Decreto 144/2022 de fecha 22 de marzo de 2022, el Poder Ejecutivo reglamentó el artículo 179 de la LCT, estableciendo, entre otras cosas, que en los establecimientos donde presten tareas cien personas o más, independientemente de la modalidad de contratación,¹ los empleadores deberán habilitar espacios de cuidado para niños y niñas de entre 45 días y 3 años de edad que estén bajo el cuidado de sus trabajadores y trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo. De acuerdo con lo establecido en el decreto, la obligación será exigible a partir del 22 de marzo de 2023.

El fallo de la CSJN en la causa *Etcheverry* constituye un hito fundamental en la construcción de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en nuestro país, por ello, la sentencia merece un análisis en profundidad. En los tres votos que componen el fallo, se advierten importantes pautas que deben ser tenidas en cuenta para la resolución judicial de casos actuales y futuros.

La paradoja del caso es que en este *leading case* no se buscaba en sí la reglamen-

1 Quedan comprendidos no solo los dependientes del establecimiento principal, sino también los trabajadores dentro del régimen de teletrabajo y aquellos dependientes de otras empresas, en tanto presten servicios en el establecimiento principal. Se contempla la posibilidad de subcontratar un espacio de cuidado que cumpla esta función, siempre y cuando esté a menos de 2 kilómetros de distancia del establecimiento. Asimismo, cabe la posibilidad de abonarle al empleado un reintegro no remunerativo, ya sea para contratar una guardería o a una persona que cuide al niño. En ambos casos, debe plasmarse en el recibo de sueldo.

tación de la ley, sino que la acción se inició en el marco de los trabajos que realiza la Clínica Jurídica de la Universidad Austral como parte de la formación de los estudiantes de la carrera de Abogacía. No caben dudas de que si no fuera por el móvil pedagógico, no solo ese artículo de la LCT estaría hoy sin reglamentar, sino que tendríamos un Poder Ejecutivo más omnímodo y con menos controles.

A modo de valoración personal, parecería que la decisión adoptada por el tribunal cimero fue acertada y efectiva para el caso concreto. Sin embargo, ello no les da solución a los reclamos por otras omisiones reglamentarias ni resuelve la controvertida determinación del plazo razonable para el dictado de los reglamentos ejecutivos del artículo 99, inciso 2° de la Constitución nacional (CN). Por ello, al final de este trabajo se postula un proyecto de ley nacional sobre la reglamentación de las leyes.

2. Plataforma fáctica, *iter* procesal y cuestión jurídica planteada

El caso se origina en el año 2015 a raíz de un amparo preparado por la Clínica Jurídica de la Universidad Austral. Se presentaron como actores el Sr. Juan Bautista Etcheverry y la Sra. Ximena Liggerini, en su condición de trabajadores con hijos en edad de concurrir a guarderías y cuyos lugares de trabajo no contaban con ellas, junto con la ONG Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Allí se pidió que se subsane la omisión reglamentaria del artículo 179 de la LCT en cuanto establece que “(e)n los establecimientos donde preste servicios el número mínimo de trabajadoras que determine la reglamentación, el empleador deberá habilitar salas maternas y guarderías para niños hasta la edad y en las condiciones que oportunamente se establezcan”.

En cuanto al *iter* procesal, luego de una controversia en torno a la competencia del caso, la CNACont. Adm. Fed. resolvió que la causa debía ser resuelta en ese fuero. En primera instancia, la jueza subrogante del Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 7 rechazó la acción incoada sobre la base de considerar (con remisión al dictamen de la fiscal general) que no se encontraban acreditadas las condiciones de urgencia necesarias para la procedencia de la acción de amparo que, por su naturaleza, es expedita y rápida. Asimismo, consideró que de las constancias obrantes en autos no surgía que a las partes se les hubiera negado una retribución en concepto de sala maternal o guardería a causa de la falta de reglamentación de la LCT.

Ante esta decisión, la sentencia fue apelada por la parte actora y el 14 de febrero de 2017, la Sala I de la CNACont. Adm. Fed. revocó el pronuncia-

miento de primera instancia, ordenándole al Poder Ejecutivo reglamentar el artículo 179 de la LCT dentro del plazo de 90 días hábiles. Para así decidir, la Cámara tuvo en cuenta el dictamen del fiscal general, en el que se sostuvo que la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar (derivada de la atribución conferida por el artículo 99, inciso 2 de la CN), durante un tiempo prolongado, constituía una ilegalidad manifiesta, porque importaba anular la operatividad de un derecho legalmente reconocido que protegía intereses consagrados en instrumentos internacionales. A su vez, se dijo que los cuarenta años transcurridos entre la sanción de la ley y el inicio de la causa no resultaba óbice para el tratamiento del amparo, en virtud de que la pretensión tenía como fin tutelar una omisión de los órganos estatales.

Por último, se tuvo presente que el hecho de que los actores pudieran solicitar el reintegro de gastos de guardería o sala maternal por el artículo 103 bis, inciso f de la LCT no impedía el progreso de la acción en tanto la previsión fue establecida para los casos de los empleadores que quedaban por fuera de la reglamentación por no superar el número mínimo de trabajadores.

Contra dicha sentencia de segunda instancia, el Poder Ejecutivo (a través de la oficina legal del Ministerio de Trabajo) interpuso un recurso extraordinario federal, el cual –denegado– motivó la queja. Por encontrarse en juego la determinación del alcance de cláusulas constitucionales y la decisión recurrida contraria al derecho que el Estado nacional fundaba en ellas, el recurso extraordinario fue admitido por la CSJN en virtud de lo establecido en el artículo 14, inciso 3 de la Ley 48. Por decisión unánime, pero sin un voto de mayoría, el 21 de octubre de 2021 la CSJN hizo lugar a la queja y confirmó la sentencia apelada ordenándole al Poder Ejecutivo reglamentar el artículo 179 de la LCT en el plazo de 90 días hábiles.

3. Fundamentos de la sentencia

El fallo es el resultado de tres votos concurrentes: el de los ministros Highton de Nolasco y Rosenkrantz, el de los ministros Maqueda y Lorenzetti y el del ministro Rosatti. Si bien no hay un voto que pueda identificarse como “de mayoría”, se advierte la presencia de una mayoría fracturada, pasible de ser reconstruida luego de un análisis comparativo y en profundidad (Legarre, 2021).²

2 El profesor de Derecho Constitucional afirma que cuatro son las situaciones que pueden encontrarse comúnmente en una sentencia no unánime de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: mayoría propiamente dicha, mayoría fracturada, falta de mayoría en lo que hace a los fundamentos

En cuanto al voto de los ministros Highton de Nolasco y Rosenkrantz, el argumento principal surge del propio texto del artículo 179 de la LCT. En una interpretación literal, entendieron que la letra de la ley condicionaba la exigibilidad de las salas maternas y guarderías a la existencia de una reglamentación que determinara el número de trabajadoras por establecimiento, la edad de los niños y las condiciones mínimas requeridas. Por lo tanto, la omisión del Poder Ejecutivo frente a un claro mandato legislativo, por un tiempo irrazonable, conducía en la práctica a privar de efectos jurídicos a la disposición y, por lo tanto, violaba el deber establecido en el artículo 99, inciso 2 de la CN. Por consiguiente, entendieron que correspondía ordenarle al Poder Ejecutivo que subsanara esa omisión en un plazo razonable.

Por su parte, los ministros Maqueda y Lorenzetti examinaron los dos agravios planteados por el Estado nacional. En cuanto al primero, referido a la acción de amparo para el trámite de omisiones reglamentarias, los jueces del máximo tribunal recordaron que, aun antes de la reforma constitucional de 1994, el amparo fue reconocido de manera pretoriana en los casos *Siri* (1957) y *Kot* (1958) como vía procesal expedita para la tutela de derechos fundamentales y la efectividad de la CN. Asimismo, citaron los casos *Ekmekdjian* (1992), *Badaro I* (2006), *Badaro II* (2007), *Halabi* (2009) y *Villarreal* (2014),³ entre otros, como parte de la evolución en la jurisprudencia de la CSJN en materia de inconstitucionalidad por omisión,⁴ a fin de desacreditar lo alegado por el Estado nacional

y falta de mayoría en lo que hace a la resolución.

- 3 En este caso también se trató de una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, pero puede distinguirse del fallo *Etcheverry* al menos por dos motivos. En *Villarreal* se trató de la falta de reglamentación del artículo 6 de la Ley 26425, que establecía el modo en el que los jubilados que habían efectuado aportes voluntarios debían percibir el beneficio correspondiente en su haber jubilatorio. Allí, la CSJN remedió directamente la omisión, ordenando la devolución de los fondos oportunamente depositados como única manera de enmendar la situación. En *Etcheverry*, por el contrario, la CSJN le estableció un plazo al Poder Ejecutivo para reglamentar el artículo 179 de la LCT. Por otra parte, en *Villarreal*, la CSJN declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 de la Ley 26425 en razón de su inoperatividad por falta de reglamentación, mientras que, en *Etcheverry*, la Corte Suprema no se refirió a la inconstitucionalidad de la norma sin reglamentar, sino que indicó que la inconstitucionalidad radicaba en la falta de reglamentación. Al analizar la sentencia en el caso *Villarreal*, Piaggio (2015) sostiene que se trata de un caso de inconstitucionalidad “sobreviniente”, en cuanto a que en el fallo de la Corte no se advierte ninguna crítica puntual dirigida a la medida adoptada originalmente por el legislador, sino que, por el transcurso del tiempo (más de 6 años), la norma devino inconstitucional. Si bien la CSJN quiso solucionar el conflicto para el caso concreto, no parece razonable la declaración de inconstitucionalidad de una ley sancionada por el Congreso por falta de reglamentación del Poder Ejecutivo.
- 4 En relación con la operatividad de los derechos en Argentina, además del caso *Ekmekdjian* (1992) y *Urteaga* (1998), son de obligada referencia los fallos de la CSJN *Hotel Internacional Iguazú* (1987) y *Ramos* (2002) (Sacristán, 2017, pp. 79-94).

y la sentencia de primera instancia en cuanto a que el tiempo transcurrido impediría tener por acreditada la urgencia que requiere el amparo previsto en el artículo 43 de la CN. Toda esta línea jurisprudencial, y puntualmente la doctrina del precedente *Villarreal*, sirvieron de fundamento para afirmar la procedencia del amparo por omisión ante la falta de reglamentación.

Teniendo en cuenta que se trataba de una ley sin reglamentar desde hacía 47 años, los lineamientos dados en este voto con relación al tiempo son interesantes de remarcar. Al respecto, afirmaron entre otras cosas que:

- La propia configuración de una omisión constitucionalmente relevante exige, en general y entre otras condiciones, el transcurso de un plazo razonable, por lo que mal podría esgrimirse ese lapso para inhibir la habilitación de la vía de amparo.
- El tiempo, en sí mismo considerado, lejos de obstaculizar la admisibilidad de la acción de amparo, agrava la lesión que esta acción debe resguardar.
- La inmediatez procesalmente requerida se refiere a la satisfacción del acceso a justicia por parte del titular de un derecho vulnerado.
- El tiempo final de la materialización siempre está sometido a una serie de variables no judiciales.⁵
- Es irrelevante para la admisibilidad argumentar que llevará tiempo cumplir con una eventual reglamentación.

En este contexto, los ministros sostuvieron que una eventual exhortación al Poder Ejecutivo para que complete el proceso reglamentario de la norma no efectivizaría la garantía que establece el artículo 43 de la Constitución nacional en la medida en que no aseguraría el cese de la omisión advertida. Por el contrario, encontraron que solo era posible en el caso remediar la violación de los derechos particulares mediante la declaración de inconstitucionalidad de la omisión en la que incurrió el Poder Ejecutivo Nacional al no reglamentar el artículo 179 de la LCT e intimarlo para que, dentro de un plazo razonable, dicte la reglamentación.

En cuanto al segundo aspecto de la cuestión referido al control jurisdiccional sobre las omisiones reglamentarias en un Estado republicano, los ministros analizaron el artículo 179 de la LCT en armonía con lo previsto en los artículos 14 bis y 75, inciso 23 la CN, los tratados internacionales con jerarquía

5 Puede distinguirse aquí la reglamentación de una ley de su ejecución o materialización. Claramente, los tiempos de una y otra son distintos, pero ni en la Constitución nacional ni en una previsión legal se encuentra esta diferencia.

constitucional (artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5, incisos a y b y artículo 11, inciso 2°, ap. c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 18, inciso 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño) y el Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En línea con lo argumentado por los ministros Highton de Nolasco y Rosenkrantz, sostuvieron que el Poder Ejecutivo había desoído un claro mandato legislativo y que la falta de reglamentación durante 47 años planteaba un problema de operatividad del derecho. Por lo tanto, correspondía ordenarle al Poder Ejecutivo que dictara la reglamentación correspondiente. Al respecto, sostuvieron que no había una intromisión indebida cuando lo único que hace el Poder Judicial es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.⁶ En la misma línea se expresó el ministro Rosatti al afirmar que, en este tipo de omisiones inconstitucionales, el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino también el deber de controlar.

En cuanto a la naturaleza de los decretos reglamentarios, afirmaron que si bien no caben dudas de que el Poder Ejecutivo tiene la atribución de reglamentar las leyes según lo establecido en el artículo 99, inciso 2 de la CN, existe un límite en este ámbito de discrecionalidad sujeto a escrutinio judicial. Este límite, a su juicio, se configuraría cuando: a) hay una omisión reglamentaria; b) durante un tiempo irrazonable; c) se torna ilusoria alguna cláusula de la Constitución; d) dicha omisión es causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva. Ello, en el entendimiento de que se vulnera la Constitución nacional tanto cuando se hace lo que ella prohíbe como cuando no se hace lo que ella manda.

Por último, cabe destacar del voto concurrente de los ministros Maqueda y Lorenzetti que, en una interpretación armónica de la LCT con el Convenio

6 En el considerando 11° de su voto, los ministros Maqueda y Lorenzetti citan los precedentes *Verbitsky* (2015) y *Saavedra* (2018). En el primer caso, la CSJN se expidió en un *habeas corpus* respecto al estado de las cárceles penitenciarias. Allí, al referirse al rol del Poder Judicial, sostuvo que, a diferencia de la evaluación de políticas -cuestión claramente no judicial-, le corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la nación garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. En el segundo caso, la CSJN sostuvo que le corresponde al Poder Judicial de la nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, y no debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que hace es tender a tutelar derechos o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados.

156 de la OIT y el precedente en *Puig* (2020), sostuvieron que la reglamentación no solo debería tomar en cuenta las necesidades de las trabajadoras con responsabilidades familiares, sino también las de los trabajadores con idénticas responsabilidades. De este modo, se le da un alcance mayor al derecho reconocido en la norma.

Finalmente, se destaca del voto concurrente del Dr. Rosatti el análisis en torno a la protección integral de la familia, prevista en el artículo 14 bis de la CN, la que no solo debe considerar a la familia tradicional, sino también a otro tipo de relaciones basadas en el afecto, conforme a ponderaciones sociales que se expresan históricamente en criterios legislativos y jurisprudenciales.

En los tres votos se comparte con la segunda instancia el criterio de interpretación sistemática del artículo 103 bis y del artículo 179 de la LCT, del cual se deriva que el legislador tuvo en cuenta prestaciones diversas y complementarias y, por lo tanto, la existencia de convenciones colectivas de trabajo que prevean la prestación de servicios de guardería y salas maternas no obstaculizarían la reglamentación. Respecto a este punto, se advierte que el artículo 4 del Decreto 144/2022 que reglamentó el artículo 179 de la LCT se apartó de lo considerado por la CSJN y contempló la posibilidad de que en los convenios colectivos de trabajo se prevea el reemplazo de la obligación de espacios de cuidado mediante el pago de una suma dineraria no remunerativa en concepto de reintegro de gastos debidamente documentados.

4. Algunas consideraciones en torno al fallo *Etcheverry*

Sin dudas, el caso *Etcheverry* entra en la categoría de los llamados “fallos institucionales” y es un *leading case* en materia de inconstitucionalidad por omisión reglamentaria. Se trata de un fallo muy importante desde el punto de vista jurídico y político.

Al declarar la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria y establecer un plazo para la reglamentación del artículo 179 de la LCT, puede afirmarse que la CSJN ha tomado la postura de un poder moderador del Estado con alguna dosis de activismo judicial. En el ejercicio de su función de control político, el máximo tribunal asumió la iniciativa política y estableció las directrices políticas en materia de inconstitucionalidad por omisión (Santiago, 1999, p. 140).

Asimismo, en el mentado pronunciamiento, se advierte el análisis de importantes cuestiones de derecho constitucional relacionadas con las doctrinas expansivas e intensivas del control de constitucionalidad: la necesidad de pre-

servar la división de poderes, el carácter operativo de los derechos humanos, la utilización del análisis intensivo de razonabilidad, la legitimación amplia y el *certiorari* positivo (Santiago, 1999, pp. 190-198).

Más allá de los correspondientes ámbitos de discrecionalidad, la CSJN ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto al alcance del control jurisdiccional en materia de omisión reglamentaria. En nuestro diseño constitucional de separación de poderes con frenos y contrapesos, la falta de reglamentación de un mandato expreso del legislador deriva en inconstitucionalidad por omisión, donde el Poder Judicial no solo tiene la potestad, sino también el deber controlar dicha omisión. A su vez, la omisión de reglamentar en un plazo razonable una ley puede ser motivo de control jurisdiccional cuando es una causa directa e inmediata para la lesión de un derecho individual o de incidencia colectiva, como también de cualquier otra cláusula constitucional.

En síntesis, la omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo puede ser controlada judicialmente y originar, incluso, un mandato judicial en ese sentido porque la discrecionalidad se torna, en este caso, arbitrariedad cuando la inercia administrativa conduce a enervar la aplicación de la ley y, con ello, a desconocer el mandato del legislador (Comadira, 2002, p. 124).

Si bien no hay dudas de que la obligación a cargo del empleador y la operatividad del derecho de la trabajadora requerían de una reglamentación posterior, no parece que pueda derivarse de la letra de la LCT ni del artículo 99, inciso 2 de la CN una obligación expresa de reglamentar. En este sentido, el artículo 179 de la LCT en su parte pertinente dice “en las condiciones que oportunamente se establezcan”, y la cláusula constitucional se ubica dentro de las atribuciones del presidente de la nación.

Vemos que no surge con claridad de la norma cuál era el plazo razonable para su reglamentación porque la razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado. Dependerá de la prudencia del juez que resuelva el amparo y de la temática reglada por la norma la definición de aquel plazo irrazonable cuyo incumplimiento deriva en omisión. En *Villareal*, 6 años desde la sanción de la ley fueron suficientes para la CSJN para declarar la inconstitucionalidad, mientras que, en el caso en comentario, habían transcurrido 47. Por ello, a fin de evitar este tipo de conflictos, es fundamental que en los casos en los que es necesaria una reglamentación posterior para completar los pormenores y detalles de una ley el Congreso fije el plazo para reglamentar.

En cuanto a la vía intentada para remediar la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, parecería que luego del fallo comentado queda suprimido el

“cono de sombra” que Bidart Campos (2019) señalaba respecto del alcance de la acción de amparo incorporada en la reforma de 1994 en el artículo 43 de la CN.

(N)o es novedoso que el amparo regulado por el art. 43 mantenga su procedencia contra omisiones, y que haya agregado que el juez se encuentra habilitado para declarar inconstitucional la norma en la que se “funda” la omisión lesiva. Lo que permanece en un cono de sombra es otra cosa parcialmente distinta: ¿También la omisión de dictar leyes o normas cuya ausencia traba o bloquea la efectividad de una norma superior es susceptible de impugnación a través del amparo? Si contestamos afirmativamente, queda expedita la vía para remediar la inconstitucionalidad por omisiones normativas. (p. 379)

Queda claro entonces, luego de la sentencia, que el amparo es la vía procesal adecuada para el control de constitucionalidad de las omisiones reglamentarias, a pesar del tiempo que pueda haber transcurrido y del tiempo que requiera la ejecución de la ley.

Sin embargo, lamentablemente, no puede afirmarse con el mismo ímpetu que el amparo sea la vía rápida y expedita para darles solución a los casos de omisión reglamentaria. Para los actores, fue necesario el transcurso de 8 años de litigio para lograr una sentencia favorable. Es decir que cuando se logró ponerle fin al litigio, los hijos menores ya no tenían edad de concurrir a salas maternales y guarderías.

A pesar del avance que supone la sentencia para la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, podría cuestionarse si al momento de dictar el fallo la cuestión no era abstracta por la edad de los hijos de los actores.

Además, si bien parece adecuada la extensión que se le ha dado al referido artículo 179 de la LCT a fin de que la regulación de las salas maternales y las guarderías contemple también la responsabilidad de los trabajadores en el cuidado de los hijos menores, quizás se debería haber exhortado al Congreso a adecuar el texto del artículo 179 de la LCT que se refiere a trabajadoras únicamente. Esto, en virtud de los tratados internacionales que reconocen la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en materia laboral.

En línea con lo prescripto por los distintos tratados de derechos humanos, la sentencia busca de algún modo revalorizar a la familia e intenta poner en pie de igualdad las condiciones laborales de hombres y mujeres. Sin embargo, la reglamentación no ha contemplado beneficios fiscales para los empleadores obligados a habilitar guarderías y salas maternales a fin de que la contratación de hombres y mujeres con hijos menores a cargo no sea discriminada.

Con algunos días de demora, el presidente finalmente reglamentó el artículo en discusión con vigencia a partir del año 2023. En los establecimientos donde presten tareas cien personas o más, independientemente de la modalidad de contratación, los empleadores deberán habilitar espacios de cuidado para niños y niñas de entre 45 días y 3 años que estén bajo el cuidado de sus trabajadores y trabajadoras durante la respectiva jornada de trabajo.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, puede predicarse que si bien la decisión adoptada por el máximo tribunal fue adecuada y efectiva para el caso concreto, es necesario que el propio Poder Legislativo reasuma su función y atribuciones constitucionales a través de un mayor control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Solo así se logrará equilibrar el sistema institucional en un Estado de derecho constitucional.

Es evidente la dificultad que acarrea para el justiciable el tener que recurrir a la justicia para que se le reconozca la operatividad de un derecho no reglamentado. Al mismo tiempo, resulta clara la dificultad que significa para el juez la determinación del plazo razonable cuando en la norma el Congreso no lo fijó de antemano. Sin dudas, sería conveniente que el plazo para reglamentar estuviera fijado por el Poder Legislativo al momento de aprobarse un proyecto de ley. Esta es la idea principal que se intenta esbozar en este acotado marco de análisis y para lo cual se propicia en la tercera parte de este trabajo un proyecto de ley.

5. La omisión como vicio de la potestad reglamentaria

Las leyes, por lo menos en su inmensa mayoría, son normas pensadas para ser aplicadas a la población en general, pero solo resultarán eficaces en la medida en que puedan aplicarse a cada una de las personas. Para ello, nuestro sistema constitucional prevé el dictado de reglamentos dentro de las atribuciones conferidas al presidente de la nación (artículo 99, inciso 2 de la CN). Este difícil equilibrio en cuanto al grado de generalidad o minuciosidad de la ley es uno de los déficits habituales en el producto legislativo (Pérez Bourbon, 2011, pp. 86-91).

Sobre este punto, no caben dudas de que la potestad reglamentaria se encuentra dentro de la esfera de competencias del Poder Ejecutivo. Pero cuando la operatividad de un derecho consagrado en una norma depende de la reglamentación, el Poder Ejecutivo tiene el deber de reglamentar en un plazo razonable. Este límite a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo se fundamenta en el carácter accesorio y subordinado de este tipo de reglamentos.

A esta altura, es una verdad de Perogrullo afirmar que en el proceso de for-

mación y sanción de las leyes participan necesariamente el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (artículos 78 y 80 de la CN). Empero, la función legislativa no se agota con la sanción y promulgación de un proyecto de ley. En múltiples casos, es necesario el ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo a fin de definir los pormenores y detalles de la ley (CSJN, *Cocchia*, 1993), los que por el artículo 99, inciso 2° de la CN están expresamente encomendados al presidente de la nación⁷.

Este tipo de reglamentos “ejecutivos” (también llamados, cuando los dicta el presidente, “decretos reglamentarios”),⁸ se distinguen de los autónomos (artículo 99, inciso 1°), de los delegados (artículo 76)⁹ y de los de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3°) previstos también en nuestra CN.¹⁰

Si bien existen autores que afirman que la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo fue tomada por nuestros constituyentes de la Constitución de Cádiz apartándose del modelo estadounidense (Bianchi, 2019; Santiago et al., 2019), hay quienes sostienen que la influencia de la constitución gaditana no puede tomarse seriamente como antecedente de nuestra disposición constitucional (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2006, pp. 118-122). Esta postura sostiene que la referida atribución del presidente argentino es muy similar a la que el artículo II, sección 3 de la Constitución de Estados Unidos le otorga al Poder Ejecutivo de la Unión para cuidar que las leyes “sean fielmente ejecutadas”. Esta es la llamada *take care clause*, por medio de la cual aquel debe cuidar (*take care*) que las leyes sean fiel y debidamente ejecutadas por sus subordinados en la Administración.

7 Si bien el presidente puede delegar esta facultad reglamentaria en algún área de la Administración pública, a nuestro entender es incorrecto que sea el Congreso quien designe directamente a los sujetos inferiores al presidente, situación que en la práctica ocurre. Nuestra CN expresamente le atribuye al Poder Ejecutivo esta facultad a través del artículo 99, inciso 2. En una interpretación flexible del artículo referido, no solo el Poder Ejecutivo es el órgano encargado de reglamentar, ejecutivamente, una ley (Bianchi, 1990, p. 135). Si se admite que sujetos inferiores al presidente pueden ser sujetos de delegaciones más importantes que las que tienen lugar con los reglamentos ejecutivos, no se puede negar que también pueden ser destinatarios de estas. Naturalmente que ello no los exime del cumplimiento estricto de las limitaciones constitucionales que emanan del artículo 99, inciso 2.

8 Existen reglamentos ejecutivos dictados por entes y órganos distintos del presidente y, aunque no es una cuestión unánime, existen fundamentos constitucionales y jurisprudenciales que validan dicha práctica. (Castro Videla, y Maqueda Fourcade, 2020).

9 La distinción teórica entre los reglamentos delegados y los reglamentos ejecutivos se ha dado en la Argentina de manera jurisprudencial y doctrinaria, hasta que, en la reforma constitucional de 1994, los primeros se constitucionalizaron en el artículo 76 de la CN. Sin embargo, en la práctica constitucional aún puede resultar una tarea difícil su distinción.

10 Respecto al régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos y su distinción con los otros tipos de reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, puede verse la obra de Santiago (2007).

Estos autores afirman que, en ambos casos, las dos constituciones hacen referencia a la “ejecución de las leyes”, concepto este que excluye toda discrecionalidad de parte del presidente. Más aún, sostienen que, en el caso de la Constitución de 1853/60, la atribución concedida al Poder Ejecutivo es todavía más restringida que en los Estados Unidos, ya que se agregan dos importantes limitaciones: los decretos que emita el presidente deben ser “necesarios” para poner en ejecución las leyes, y los reglamentos del presidente no pueden alterar la letra y el espíritu de las leyes que ponen en ejecución.

Estas “instrucciones y reglamentos” son “necesarios”, en general, cuando la ley no resulta totalmente operativa y exige, para su puesta en práctica por el Poder Ejecutivo, que este establezca precisiones, detalles técnicos, formas o procedimientos razonables para que lo dispuesto por el Congreso, al sancionar la ley, sea aplicable (Castro Videla, y Maqueda Fourcade, 2020).

Más allá de la discusión respecto al origen histórico de dicha cláusula constitucional, cabe destacar que, en nuestro país, desde el punto de vista constitucional, el presidente es el principal órgano de emisión de reglamentos. En los Estados Unidos, por el contrario, esa función les corresponde principalmente a los diferentes departamentos y agencias administrativas que dependen del presidente (Bianchi, 2019, p. 271).

En Argentina, desde el punto de vista cuantitativo, la legislación que produce la Administración –a la que genéricamente se la denomina “reglamentos”– es notablemente más abundante que la del Congreso y, por lo general, incide en forma mucho más directa en la esfera de los derechos individuales de aquella. Ello, por cuanto los órganos administrativos se hallan mejor capacitados para reglamentar cuestiones que requieren una preparación técnica y jurídica, y que proveen a ello con rapidez, máxime en materias que requieren permanente actualización (Sacristán, 2014, p. 391).

Si bien la CSJN tiene dicho que “la omisión o retardo en el ejercicio de la facultad reglamentaria no obsta a la aplicación de la ley cuya operatividad no ofrece duda”,¹¹ en la actualidad existe una gran cantidad de leyes vigentes cuya reglamentación es necesaria para que puedan ser plenamente operativas. Por citar algunos ejemplos, a nivel nacional puede mencionarse la Ley 26123 de Promoción del Hidrógeno (sancionada en el año 2006) y la Ley 26842 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (sancionada en el año 2012).

11 Se trata aquí de Fallos: 262:468 del 10/09/65.

A su vez, existen casos en los que si bien se ha reglamentado, esto sucedió luego de varios años de espera injustificada, con la consecuente violación de los derechos y garantías legalmente reconocidos. A modo de ejemplo, cabe referirse a la Ley 26281 de Prevención y Control de todas las formas de Transmisión de la Enfermedad de Chagas, la que fue reglamentada en el año 2022 luego de 14 años de sancionada.¹²

Un caso muy reciente que vale la pena mencionar es el de la reglamentación de la Ley de 27159 de Muerte Súbita del año 2015. Nuevamente, a impulsos de la Clínica Jurídica de la Universidad Austral, con fecha 11 de noviembre del año 2021, una jueza de primera instancia del fuero contencioso administrativo federal hizo lugar a un amparo presentado (en los términos del artículo 43 de la CN y la Ley 16986) por la Sociedad Argentina de Cardiología, el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y el Sr. Pablo María Carcavallo, con el objeto de que se le ordenara al Poder Ejecutivo Nacional reglamentar la ley.

Para fundar su decisión, la magistrada utilizó el precedente del caso *Etcheverry* y le ordenó al Gobierno nacional para que en el término de 30 días hábiles administrativos dictara la reglamentación de la Ley 27159 y designara su autoridad de aplicación. Dicha sentencia no fue apelada por el Poder Ejecutivo y 8 meses más tarde, finalmente, con fecha 15 de julio de 2022, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto 402/2022 con la reglamentación pretendida.

Cabe admitir que la falta de reglamentación de las leyes se traduce en la práctica en un doble derecho de veto, sin posibilidad de insistencia por parte del Poder Legislativo (artículo 83 de la CN). A pesar de que el constituyente nacional ha querido darle al Poder Ejecutivo la posibilidad de vetar un proyecto de ley en el plazo de 10 días (artículo 80 de la CN), no existe ningún plazo legal predeterminado para la reglamentación y ejecución de las leyes a nivel nacional, siendo esto parte del ámbito de discrecionalidad del presidente cuando el Congreso no lo haya fijado en el texto de la norma. Ni aun ejerciendo su potestad propia, el Poder Ejecutivo, en el caso de veto parcial, puede desnaturalizar el espíritu de la ley. Esto es así porque la participación del Poder Ejecutivo en la función legislativa es secundaria y subordinada a lo que fije el Poder Legislativo. O veta totalmente o desecha una parte, sin que ello altere el espíritu ni la unidad del proyecto sancionado por el Congreso.

En los últimos años, la tendencia jurisprudencial ha estado más orientada a limitar la función legislativa del Poder Ejecutivo que a diseñar herramientas

12 También, Ley 27118 de Agricultura Familiar, sancionada en diciembre de 2014 y reglamentada en junio de 2022.

legales para hacerle frente a la omisión reglamentaria. Se dice que mientras el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo como representante inmediato del nuevo principio legitimador de la soberanía popular y como autor de las leyes y los códigos, el siglo XX se caracteriza por un rol preponderante del Poder Ejecutivo bajo el modelo de Estado intervencionista. A través de los decretos de necesidad y urgencia (DNU) y decretos delegados en materia de emergencia pública, en nuestro país se ha configurado un Poder Ejecutivo con una intensa actividad normativa (Santiago et al., 2019, Presentación).

Sin perjuicio de que la reforma constitucional de 1994 perseguía como principal objetivo la atenuación del sistema presidencialista, luego de los 28 años transcurridos desde la reforma, cabe afirmar que la actividad normativa del Poder Ejecutivo ha sido cada vez más creciente. Como contrapartida, las tareas de control del Poder Ejecutivo por parte del Congreso no se cumplieron del modo en el que fueron diseñadas por los constituyentes: desde hace 16 años que está pendiente la designación del Defensor del Pueblo (artículo 86 de la CN) y la Comisión Bicameral Permanente fue diseñada por la Ley 26122, de modo tal que es necesario el rechazo de las dos cámaras del Congreso para desechar un DNU, un decreto delegado o un decreto de promulgación parcial de leyes.

En efecto, las reformas introducidas por el Constituyente de 1994 y la posterior práctica institucional han derivado en un creciente aumento de la importancia del presidente como colegislador, debido a la destacada participación que tiene el Poder Ejecutivo en la celebración de los tratados internacionales y en el dictado de los reglamentos. El presidente ha aumentado considerablemente a nivel normativo su “cuota de participación” en la función legislativa dentro de nuestro sistema constitucional (Santiago et al., 2019).

Al decir de Nino (2021), la formación de una presidencia hipertrofiada en la Argentina tuvo como *pendant* la formación de un Congreso débil y disminuido en sus funciones, ya que prácticamente todo lo que el presidente ganó en poder se lo extrajo al Congreso. Este desequilibrio institucional ha conducido al filósofo argentino a afirmar que el subdesarrollo existente en el país es causado por la tendencia a la ilegalidad fruto de una “anomia boba” (p. 78).

6. El tratamiento de la omisión reglamentaria en el derecho constitucional provincial y comparado

A diferencia de algunas constituciones provinciales y extranjeras, en la CN no existe una previsión constitucional que contemple un remedio específico para los casos de omisión reglamentaria, solo se prevé la acción de amparo en el artículo 43. Es interesante conocer cómo algunas provincias y países se han ocupado del problema de la omisión reglamentaria ya que, de algún modo, pueden iluminar la regulación de la omisión reglamentaria en Argentina a nivel federal.

6.1. Derecho público provincial

La constitución actual de la provincia de Río Negro, sancionada el 3 de junio de 1988, contempla en el artículo 14 una cláusula específica para la operatividad de los derechos ante la falta de reglamentación:

(L)os derechos y garantías establecidos expresa o implícitamente en esta Constitución tienen plena operatividad sin que su ejercicio pueda ser menoscabado por ausencia o insuficiencia de reglamentación.

En el artículo 15, bajo el título “Reglamentación – Facultades implícitas”, tiene una cláusula tipo amalgama de los artículos 28 y 33 de la CN:

Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, ni serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

También el artículo 44 consagra expresamente el mandamiento de ejecución en los siguientes términos:

Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento puede demandar ante la justicia competente la ejecución inmediata de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, libra un mandamiento y exige el cumplimiento inmediato del deber omitido.

Asimismo, la constitución provincial dispone una particular acción de in-

constitucionalidad por omisión en el artículo 207, inciso 2, apartado b. Allí se establece, dentro de la competencia originaria y exclusiva del Superior Tribunal de Justicia (STJ), que:

(E)n las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida –exenta de cargos fiscales– por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El Superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite.

De este modo, se le otorga la facultad al Superior Tribunal de Justicia provincial para que, como primera medida, fije un plazo para que se subsane la omisión. Recién en caso de incumplimiento se le otorga al STJ la facultad de integrar la norma para el caso concreto y, de no ser posible, puede fijar el monto del resarcimiento a cargo del Estado. En cuanto a la provincia de Jujuy, el artículo 137, inciso 4 de la Constitución provincial establece un plazo determinado para la reglamentación de las leyes, del mismo modo que lo hace el proyecto de ley redactado en la tercera parte de este trabajo:

Las leyes deben ser reglamentadas en el plazo que ellas establezcan y si no lo hubieren fijado, dentro de los ciento ochenta días de promulgadas. Si vencido ese plazo, no se las hubiere reglamentado, deberá hacerlo la Legislatura por el procedimiento para la formación de las leyes y no podrán ser vetadas ni reglamentadas nuevamente. En ningún caso la falta de reglamentación de las leyes podrá privar a los habitantes del ejercicio de los derechos que en ellas se consagran.

Por su parte, en el artículo 16 de la Constitución de la provincia de Jujuy se establece que todos los habitantes de la provincia gozan, conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, de los derechos y garantías declarados por la Constitución nacional y por la provincial, y que estos derechos y garantías no pueden ser alterados por las leyes que los reglamentan.

Es idéntica la previsión constitucional de la provincia de San Luis en relación con su par jujeña. En oportunidad de enumerar las atribuciones del Poder Ejecutivo, establece un plazo por *default* para la reglamentación de las leyes y un remedio específico para la omisión reglamentaria. En su parte pertinente, en el artículo 168 se señala:

El gobernador es el jefe de la Administración General de la Provincia, representa a ésta, ante los poderes nacionales y provinciales, y tiene las siguientes atribuciones y deberes: 1) Promulga y ejecuta las leyes de la Provincia, dictando al efecto decretos, reglamentos y disposiciones especiales que no alteren su espíritu. Las leyes son reglamentadas si corresponde, en el plazo que ellas establecen y si no lo han fijado dentro de los ciento ochenta días de promulgada.

Si vencido ese plazo no se las ha reglamentado debe hacerlo la Legislatura si corresponde por el procedimiento para la formación de las leyes y no pueden ser vetadas ni reglamentadas nuevamente.

En ningún caso la falta de reglamentación de las leyes pueden privar a los habitantes de los derechos que en ellas se consagran.

Asimismo, el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza establece en el artículo 219 la acción de amparo por ausencia de reglamentación:

Será igualmente procedente la acción de amparo contra la omisión del Poder Ejecutivo Provincial en reglamentar las leyes dentro de los plazos que éstas determinen.

En el mismo orden de ideas, el artículo 58 de la Constitución de la provincia de Entre Ríos tiene previsto el *writ of mandamus* para los casos de incumplimiento de deberes de funcionarios públicos y una cláusula específica en el artículo 62 para los casos de omisión reglamentaria. Allí se le otorgan de manera excepcional facultades reglamentarias al STJ.

Artículo 58: Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por la falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su ejecución inmediata, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un mandamiento de ejecución.

Artículo 62: Si esta Constitución, una ley o una ordenanza dictadas en su consecuencia, otorgasen algún derecho que dependiera para su concreción de una ulterior reglamentación y ésta no se dictara dentro del año de la sanción de la norma que la impone, el interesado podrá demandar ante el Superior Tribunal de Justicia la condena de la autoridad renuente, a dictar la norma omitida. Ante el incumplimiento del obligado, el Tribunal integrará la misma o, de ser esto im-

posible ordenará, si correspondiere, la indemnización al demandante del daño resarcible que sumariamente acredite.

La provincia de Chubut tiene en su constitución provincial una cláusula específica para la operatividad de los derechos ante omisiones reglamentarias. Sin embargo, es interesante el límite que se impone al reclamo de los derechos sociales. La norma indica que deben tenerse en cuenta las “prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas”.

Art. 21: Operatividad. Reglamentación. Los derechos personales y garantías reconocidos y establecidos por esta Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible reglamentación legal a los efectos de su aplicación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar en cada caso los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de trámite sumario.

Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas.

Por último, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CCA-BA) establece en el artículo 10 que: “Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos”.

Ante todo, cabe destacar que esta norma constitucional de elevado valor republicano no posee una equivalente en la CN. El artículo 10 de la CCABA parecería encontrar su fuente de inspiración en las constituciones paraguaya y alemana (Sacristán, 2017, pp. 79-94), las cuales serán detalladas, en lo pertinente, en el apartado siguiente.

Sin embargo, puede encontrarse en el artículo 102 de la Constitución local el equivalente al artículo 99, inciso 2 de la CN. En ambas normas se le atribuye al Poder Ejecutivo la potestad reglamentaria de las leyes con el límite expreso de que no pueden alterar su espíritu. Al respecto, también puede mencionarse el artículo 104 de la Constitución local, que, al enumerar las atribuciones y facultades del jefe de Gobierno, establece en el inciso 2 que este “formula y dirige las políticas públicas y ejecuta las leyes”.

7. Proyecto de ley

Partiendo de la base de que en nuestro diseño constitucional el proceso de formación y sanción de las leyes está fundamentalmente encomendado al Poder Legislativo, la pregunta central gira en torno a determinar si, además del remedio del amparo previsto en el artículo 43 de la CN, reforzado ahora con el pronunciamiento de la CSJN en *Etcheverry*, puede pensarse en alguna otra herramienta legal que coadyuve en el control de la reglamentación de las normas, a fin de que una vez que entran en vigencia, cuando fuese necesario, puedan continuar el camino de su reglamentación y no queden en letra muerta.

En la actualidad, frente a una inconstitucionalidad por omisión reglamentaria, no existe otro remedio procesal que el amparo y muchas veces no queda claro cuál es el tiempo que puede tomarse el Poder Ejecutivo para reglamentar una ley. Si hasta la fecha no se había logrado una sentencia del estilo de *Etcheverry*, es tal vez porque no hay aliento para reclamar la operatividad de los derechos no reglamentados en el Poder Judicial, fundamentalmente por los costos y por el tiempo. Máxime cuando se trata de derechos limitados en su duración, como es el caso de las salas maternales y guarderías.

Da la impresión que, además de la vía judicial, podría existir un control institucional previo que favorezca la reglamentación de las leyes. El análisis del fallo *Etcheverry*, el estudio del derecho público provincial, el derecho comparado y los antecedentes parlamentarios presentados en los últimos años en el Congreso permiten concluir que sería aconsejable y viable el dictado de una ley que regule a nivel nacional el plazo en el que las leyes deben ser reglamentadas. En caso de que el Poder Ejecutivo no cumpla con su obligación, queda abierta la vía del amparo, pero con un plazo establecido de antemano por el Congreso, facilitando y limitando el alcance del control jurisdiccional.

De algún modo, el proyecto de ley que aquí se expone intenta enmarcar las fronteras de ese límite, resignificando la tarea del Congreso en el control de la omisión reglamentaria.¹³ Para ello, se han tenido en cuenta los proyectos legislativos presentados tanto a nivel nacional¹⁴ como a nivel local en la Ciudad

13 La Ley 22269 que regula el régimen legal de las obras sociales brinda una solución alternativa para el impulso de la reglamentación. Es importante la “voluntad previsor” del Congreso a fin de que incorpore en el texto de la ley qué es lo que debe hacerse hasta que la reglamentación suceda. En el artículo 72 se establece: “Esta ley regirá a partir de la fecha de su promulgación. Hasta tanto se dicte su reglamentación, el Instituto Nacional de Obras Sociales mantendrá las facultades y atribuciones establecidas en la Ley N° 18.610, en todo lo que no se oponga a la presente ley”.

14 Expedientes 6772-D-2006, 207-D-08, 43-D-10, 29-D-2012 y 320-D-2014 de autoría de la diputada Alicia Comelli, expediente 1074-S-2009 del senador Samuel Manuel Cabanchik, expedientes 1192-

Autónoma de Buenos Aires.¹⁵ Siendo que ninguno prosperó, con este trabajo se pretende preparar el insumo necesario para que cualquiera de los sujetos con iniciativa legislativa pueda volver a presentarlo.

Todos ellos contemplaban la regulación de una acción de *hábeas norma* a efectos de proteger los derechos constitucionales o legales frustrados a causa de la falta de una norma reglamentaria que los tornara operativos. De algún modo, cumplen con lo propiciado por Bidart Campos (2019, p. 380) al sugerir que es necesaria una legislación reglamentaria del amparo para prever su uso para atacar omisiones normativas inconstitucionales.

Empero, tal como se verá a continuación, el proyecto de ley que aquí se propicia no contempla dicha vía judicial. Ello, en virtud de que, a partir de la reciente jurisprudencia de la CSJN, ha quedado en claro de que el amparo resulta ser la vía idónea para lograr que se reglamente una ley, por lo que no parece necesario la creación de una vía específica.

El proyecto de ley pretende utilizar algunos de los instrumentos de control del Poder Legislativo respecto al Poder Ejecutivo previstos en la Constitución, a fin de remediar de modo general la patología constitucional que representa la omisión reglamentaria de las leyes en el marco de un Estado constitucional de derecho. Esos remedios son, entre otros, la fijación de plazos, dar visibilidad y publicidad a las omisiones reglamentarias y responsabilizar y dar intervención al jefe de Gabinete y a la Comisión Bicameral Permanente para remediar las omisiones legislativas.

Artículo 1°.- Plazo. Las leyes deben ser reglamentadas en el plazo que ellas establezcan. Si no lo hubieran fijado y la reglamentación fuera necesaria para su ejecución, se entenderá que deben ser reglamentadas dentro de los 120 días corridos contados desde su promulgación, ya sea expresa o tácita.

Tomando como modelo lo previsto en el artículo 137, inciso 4 de la Constitución de la provincia de Jujuy y el artículo 168 de la Constitución de la

D-2018 y 3547-D- 2020 de autoría de la diputada Carla Carrizo.

15 Expedientes 4454-D-2001 y 168-D-2003 de autoría de la legisladora Silvia Gottero, 224-D-2002 de la diputada Alicia Pierini, 2016-D-2002 de autoría del legislador Guillermo Olivieri, expedientes 1352-D-2009 y 1353-D-2009 de la legisladora Diana Maffía, expedientes 2485-D-2010 y 706-D-2012 del legislador Julio César Antonio Raffo, expediente 2849-D-2014 de autoría del legislador Gabriel Fucks y expedientes 2016-D-849 y 2018-D-311 del diputado Maximiliano Ferraro.

provincia de San Luis, se prevé en el proyecto un plazo para la reglamentación de las leyes.

A su vez, teniendo en cuenta el plazo ordenado por la CSJN en *Etcheverry* (90 días hábiles), se optó por un plazo de 120 días. Sin dudas, el plazo que aquí se propone podría ser ampliado o reducido en oportunidad de tratarse en la comisión respectiva el proyecto de ley.

Además, se aclara que el plazo será en días corridos a fin de evitar la confusión habitual en el cómputo de los plazos cuando no está específicamente aclarado en la norma o cuando se trata de días hábiles. Parece más sencillo y claro el cómputo del plazo en días corridos, ya que los días hábiles pueden variar en cada órgano de poder y por circunstancias excepcionales. Así las cosas, confiamos en que el límite expreso del plazo contribuirá al fortalecimiento de la voluntad legislativa para que las leyes no queden dormidas. A diferencia de lo previsto en las constituciones de Jujuy y San Luis, no se ha querido replicar en este proyecto de ley la posibilidad de que la Legislatura, a través del procedimiento previsto para la formación de las leyes, pueda dictar el reglamento que no haya dictado el Poder Ejecutivo. Ello, por cuanto su inclusión a nivel federal podría ser tachada de inconstitucional por violación al principio de separación de poderes. Parece que tal remedio exige un debate más profundo y, quizás, este no sea el momento político ni institucional para afrontarlo. Lo que se pretende en este escueto proyecto es dar un primer paso sobre la reglamentación de las leyes.

Art. 2°.- Identificación del plazo. En la publicación en el Boletín Oficial, cuando se trate de leyes cuya reglamentación sea necesaria, debe además identificarse la fecha en la que vence el plazo para reglamentar.

La publicación no solo debe contener la ley promulgada, sino que además debe indicar la fecha del plazo que fije el Congreso para la reglamentación, en caso de que esta sea necesaria para su ejecución.

Art. 3°.- Informe del jefe de Gabinete. El jefe de Gabinete de ministros debe presentar un informe trimestral ante cada una de las Cámaras del Congreso acerca de la totalidad de las leyes vigentes cuya reglamentación está aún pendiente. Dicho informe debe contener el motivo de la demora y ser publicado en el sitio de internet de cada cámara para el acceso público.

En este punto vale recordar que, conforme lo establecido en el artículo 100, inciso 8 de la CN, los decretos de promulgación de leyes deben contar con el refrendo del jefe de gabinete de ministros. Él es responsable político ante el Congreso de la Nación y, por ello, debería llevar un registro de las leyes vigentes cuya reglamentación estuviera pendiente.

Para una mayor publicidad de los actos de gobierno y mejorar el acceso a la información pública, se prevé además que el informe trimestral que el jefe de Gabinete presente debe ser publicado en el sitio de internet de cada cámara.

Artículo 4°.- Registro actualizado de leyes. La Comisión Bicameral Permanente llevará adelante un registro actualizado de las leyes vigentes cuya reglamentación esté pendiente. Dicho registro debe ser publicado en el sitio de internet de cada cámara para el acceso público.

A fin de contar con un doble control, puede pensarse en un registro público a cargo de la Comisión Bicameral Permanente (creada por la Ley 26122) que se nutra de los informes del jefe de Gabinete y además lleve un control más estricto de los decretos reglamentarios. La Constitución nacional prevé de modo explícito la actuación de la Comisión Bicameral Permanente en el control de los reglamentos de necesidad y urgencia (artículo 99, inciso 3), de los delegados (artículo 100, inciso 2) y de los decretos del presidente que disponen la promulgación parcial de las leyes que han sido vetadas parcialmente (artículo 80). Nada se señala, en cambio, respecto del control de los reglamentos ejecutivos por parte de esa Comisión ni del Congreso.

Como antecedente de este control legislativo de los reglamentos ejecutivos, Santiago recuerda que el proyecto de constitución de 1813, elaborado por la Comisión *ad hoc*, señalaba en el artículo 5 del cap. XVIII que el Poder Ejecutivo “tiene derecho para formar los reglamentos y ordenanzas que crea más convenientes a la mejor administración y a la ejecución de las leyes, y sólo podrán ser suspendidos por el Senado por razón de inconstitucionalidad” (Santiago, 2007, p. 58).

Artículo 5°.- Disposición transitoria. Para las leyes promulgadas con anterioridad, el plazo del artículo 1° debe contarse desde la entrada en vigencia de la presente.

8. Conclusiones finales

Como señala Sagüés (1997), en toda sociedad, desde luego, existe una brecha entre norma y realidad, de tal modo que nunca la constitución retrata exactamente la vida política como efectivamente es. Siempre hay, por supuesto, una cuota de incumplimiento, de infracción, de omisión o de desnaturalización de la constitución. La extensión y profundidad de esa grieta en algunos casos se agiganta hasta arribar a situaciones donde la constitución formal poco o nada tiene que ver con la dimensión fáctica.

En materia de inconstitucionalidad, es cierto que resulta técnicamente más fácil nulificar la ley o la actividad que positivamente trasgreden la constitución que subsanar la similar trasgresión operada por omisiones inconstitucionales. Pero lo que hay que reivindicar con ahínco es el principio de que se vulnera la constitución tanto cuando se hace lo que ella manda como cuando se hace lo que ella veda (Bidart Campos, 2019, p. 785-789).

La inconstitucionalidad por omisión, en su variante de mora en la emisión de normas subconstitucionales generales, es uno de los temas más interesantes y, a la vez, más polémicos del derecho constitucional y del derecho procesal constitucional (Sagüés, 1997, pp. 179-201).

Hace algunos años, al analizar la problemática constitucional que plantean los reglamentos ejecutivos, Santiago (2007) anticipaba que sería deber de los jueces, en particular de la CSJN, terminar de perfilar jurisprudencialmente los remedios posibles ante la omisión reglamentaria. Parecería que así lo hizo la CSJN con el pronunciamiento en la causa *Etcheverry* y, por ello, es importante su estudio y análisis en particular. Será interesante seguir el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en materia de inconstitucionalidad por omisión reglamentaria en los próximos años.

Empero, parece más saludable un sistema en el que el Congreso (no los jueces) sea el que fije en cada caso el plazo para reglamentar una ley al momento de aprobarla.¹⁶

No es posible que el Congreso sancione leyes y que no exista un mínimo de control. Recordemos que estamos frente al órgano con mayor legitimidad democrática. Estamos hablando de políticas públicas que los legisladores, representantes de las provincias y del pueblo de la nación, decidieron formular para resolver una situación que consideraron como un problema que requería una respuesta del Estado en ese determinado momento. Estas decisiones se

16 Podría encontrarse algún paralelismo con el plazo determinado que exige la CN para la delegación legislativa prevista en su artículo 76.

toman después de un largo proceso de búsqueda de consensos en las comisiones de cada cámara, algunas veces con participación de la sociedad civil y la aprobación por mayoría de cada cámara. La falta de reglamentación del Poder Ejecutivo deja el proceso trunco, ya que, al no completar los pormenores y detalles, la ley queda incompleta en su formulación, sin vigencia práctica y sin posibilidades de ser implementada.

Es tiempo de que el Congreso reasuma su función y atribuciones constitucionales a través de un mayor control de la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Solo así se logrará equilibrar el sistema institucional en un Estado de derecho constitucional. El Legislativo ejerce una función fundamental; sin él no existe gobierno legalmente establecido ni legitimado. De acuerdo con lo postulado por Cafferata (1996, p. 37), creemos que es necesario incrementar su influencia mejorando las formas de selección y elección de los representantes, modernizando su estructura y fundamentalmente otorgándole facultades de control más amplias, siendo esta la única forma de que este poder logre detener el avance y la actual preponderancia del Ejecutivo.

Las normas están para ser cumplidas no solo por los individuos, sino también por las autoridades. Si quienes ejercen una función pública no cumplen con su deber, poco podemos pretender que el resto de la sociedad lo haga. Que el jefe haga lo que le plazca con las leyes es propio de un régimen autoritario, inconstitucional y, por cierto, obsoleto. Necesitamos salir de la “anomia boba” que denunciaba tan tristemente Carlos Nino (2021).

Tal como se mencionó en este trabajo, a modo descriptivo se dice que el siglo XIX fue el siglo del Poder Legislativo; el siglo XX, el siglo del Poder Ejecutivo; y el siglo XXI, el siglo del Poder Judicial. Sin embargo, nuestro diseño constitucional fue pensado de modo tal que los tres poderes tengan el mismo nivel a fin de mantener un sano equilibrio. En un sistema donde uno de ellos está por encima de los otros o hay alguno de los tres que no cumple con la función que le ha sido atribuida en la constitución, no es posible una república próspera y democrática.

Bibliografía

- Bianchi, A. (1990). *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados en la Administración Pública*. Editorial Ábaco de Rodolfo de Depalma.
- Bianchi, A. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cátedra Jurídica.
- Bidart Campos, G. (2019). *Manual de la Constitución Reformada* (Tomo II). Ediar.
- Cafferata, F. (1996). *Nuevas instituciones en la Constitución Nacional*. Marcos Lerner Editora.
- Castro Videla, S. y Maqueda Fourcade, S. (2020). Los reglamentos del Poder Ejecutivo. Propuesta de guía para su estudio y el análisis de casos (segunda parte: los reglamentos ejecutivos). En Balbín, C. (Dir.), *Temas de Derecho Administrativo* (pp. 1191-1215). Erreius.
- Comadira, J. R. (2020). *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*. La Ley.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional*. Lexis Nexis.
- Legarre, S. (2021). Votos, mayorías y nulidades en la Corte Suprema. La Ley, TR LALEY AR/DOC/3527/2021.
- Nino, C. (2021). *Un país al margen de la ley* (4ª ed., 9ª reimp.). Ariel.
- Pérez Bourbon, H. (2011). *Para entender al Congreso* (2ª ed.). Dunken.
- Piaggio, L. (2015). *La falta de reglamentación de leyes como causal de su inconstitucionalidad sobreviniente*. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, Derecho laboral y seguridad social N° 23. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/falta-reglamentacion-leyes-piaggio.pdf>.
- Sacristán, E. B. (2014). La administración legisladora (y dos saludables recaudos). En Cassagne, J. C. (Dir.), *Derecho Procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez*, (Tomo I, pp. 391-437). Hammurabi.
- Sacristán, E. B. (2017). Derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En Basterra, B. (Dir.), *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Edición Comentada* (pp. 79-94). Editorial Jusbares.
- Sagüés, N. P. (1997). La acción de inconstitucionalidad por omisión en la constitución de la provincia de Río Negro (Argentina). *Revista Ius et Veritas*, (15), 151-156.
- Santiago, A. (h) (1999). *La Corte Suprema y el control político. Función política y posibles modelos institucionales*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Santiago, A. (2007). Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos. *I.E.D.A. Estudios de Derecho Administrativo*, XIII.
- Santiago, A. (h), Veramendi, E. y Castro Videla, S. (2019). *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo*. La Ley.

Legislación citada

- Constitución de la Nación Argentina, 14 bis y 75, inc. 23.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 5, inc. a y b, y art. 11, inc. 2°, ap. c).
- Convención sobre los Derechos del Niño, art. 18, inc. 3°.
- Convenio 156 de la Organización Internacional del Trabajo.

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 144/2022, 22/03/2022.
 Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 402/2022, 15/07/2022.
 Ley 26122.
 Ley 27159.
 Ley de Contrato de Trabajo, arts. 179 y 103 bis, inc. f.
 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, art. 10.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Badaro Adolfo Valentín c/ANSES s/Reajustes varios*, 08/08/2006, Fallos: 329:3089.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Badaro Adolfo Valentín c/ANSES s/Reajustes varios*, 26/11/2007, Fallos: 330:4866.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cerámica San Lorenzo I.C.S.A. s/apelación multa 20.680*, 01/12/1988, Fallos: 311:2453.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Cocchia Jorge Daniel c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo*, 02/12/1993, Fallos: 316:2624.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*, 07/07/1992, Fallos: 315:1492.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/amparo ley 16.986*, 21/10/21, Fallos: 344:3011.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Halabi, Ernesto c/P.E.N.-Ley 25873-DTO. 1563/04 s/Amparo Ley 16.986*, 24/02/2009, Fallos: 332:111.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Hotel Internacional Iguazú c/Estado Nacional*, 10/12/1987, Fallos: 310:2653.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Kot Samuel S.R.L. s/recurso de hábeas corpus*, 05/09/1958, Fallos: 241:291.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Puig, Fernando Rodolfo c/Minera Santa Cruz S.A. s/despido*, 24/09/2020, Fallos: 343:1037.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ramos c/Prov. De Buenos Aires y otro s/amparo*, 12/03/2002, Fallos: 325:396.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Saavedra, Silvia Graciela y otro c/Administración Nacional de Parques Nacionales, Estado Nacional y otros s/amparo ambiental*, 06/02/2018, Fallos: 341:39.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Siri, Ángel, s/interpone recurso de hábeas corpus*, 27/12/1957, Fallos: 239:459.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Urteaga Facundo Raul c/EN- Estado Mayor Conjunto de la FFAA s/Amparo Ley*, 15/10/1998, Fallos: 321:2767.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Verbitsky Horacio s/hábeas corpus*, 03/05/2005, Fallos: 328:1146.
 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Villareal Mario Jesús c/PEN-PLN y Máxima AFJP s/Amparo*, 30/12/2014, Fallos: 337:1564.

EL DERECHO A LA PAZ AMBIENTAL FRENTE AL DESAFÍO DE LA DISCRIMINACIÓN: EL CASO *LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) CONTRA ARGENTINA*

Julián Madrid Moreno

Universidad de Mendoza

julian.madrid@um.edu.ar

Resumen

En el presente artículo se analizan las implicancias de considerar al medio ambiente sano como elemento constitutivo para el derecho humano a la paz y, frente a ello, los retos que individuos y Estados deben asumir ante los actos discriminatorios contra el ambiente. Para ello, se recurre a la revisión de un reciente caso emitido por Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el año 2020, con el objetivo de vislumbrar la relación que existe entre el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la paz. Además, se pretende hacer hincapié en las acciones presentes y futuras que ofrezcan la posibilidad de contrarrestar todo acto que atente contra estos derechos de manera indiscriminada y para el provecho particular.

Palabras clave: derechos humanos, medio ambiente, derecho a la paz, discriminación, sistema interamericano.

The Right to Environmental Peace in Light of the Challenge of Discrimination: The *Lhaka Honhat (our land) v. Argentina* Case

Abstract

This article analyzes the implications of considering a healthy environment as a constitutive element for the human right to peace and, in view of this, the challenges that individuals and States must assume in the face of discriminatory acts against the environment. To do this, the review of a recent case issued by the Inter-American Court of Human Rights during the year 2020 is used, with the aim of identifying the relationship that exists between the right to a healthy environment and the right to peace. In addition, emphasis is made on present and

future actions that offer the possibility of counteracting any act that violates these rights in an indiscriminate manner and for a private benefit.

Key words: human rights, environment, right to peace, discrimination, inter-American system.

1. Introducción

Desde hace algunas décadas existe una mayor preocupación y concientización sobre el cuidado del medio ambiente, debido a la búsqueda del bienestar humano y su subsistencia. En este sentido, numerosos tratados internacionales ponderan la importancia del cuidado del medio ambiente como un derecho humano y sostienen que son los Estados los que deben garantizarlo y hacer respetar la máxima satisfacción de un medio ambiente sano.

No obstante, la realidad nos demuestra que los imperativos jurídicos mencionados no se cumplen en la mayoría de los casos, ya que los actores estatales, empresas y demás personas físicas o jurídicas explotan de manera excesiva los recursos ambientales. Esta explotación por medios discriminatorios recae en personas que ven vulnerados los derechos humanos antes mencionados, porque trae aparejadas consecuencias que dificultan su garantía. Paralelamente, la ausencia de una conciencia ambiental puede también quebrantar otros derechos fundamentales, como el derecho humano a la paz. Por tanto, cabe destacar que los derechos a la paz y al medio ambiente sano se encuentran íntimamente relacionados, a tal punto que, si se complementaran, darían lugar a una mayor fuerza imperativa respecto al cumplimiento de los mandatos internacionales sobre protección de los derechos del hombre.

Los problemas planteados muestran cómo los derechos humanos vinculados con el medio ambiente sano y la paz se ven a veces violentados o vulnerados, razón por la cual en el presente ensayo se desarrollarán tres puntos que, a criterio del autor, son relevantes dada la situación actual. El primer punto trata acerca de las consideraciones generales que existen sobre el medio ambiente sano en el plano internacional y, en particular, en la nación argentina. En el segundo punto, se trae a colación un reciente caso decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH o la Corte). En este caso, se responsabiliza a la nación argentina por actos discriminatorios contra una comunidad indígena a través de la explotación desmedida de sus recursos naturales. El tercer y último punto se centra en la relación existente entre el derecho a la paz y al medio ambiente, así como en los futuros desafíos para la humanidad en lo que a ello respecta. Este planteo final busca dar muestras del lugar preponderante

que deben ocupar los problemas ambientales del mañana en las agendas de los Estados, como también los retos de una construcción de la cultura de la paz en el marco de un medio ambiente sano.

2. Consideraciones “centrales” sobre el derecho humano al medio ambiente sano

2.1. Sistema universal

En este primer apartado se desarrollarán las consideraciones pertinentes sobre el derecho humano al ambiente sano. El fin que sustenta las siguientes ideas radica en demostrar la importancia que tiene actualmente el medio ambiente para la comunidad internacional sobre la base de dos puntos. El primero refiere a los principios e instrumentos internacionales que consagran al medio ambiente “sano” como un derecho fundamental. El segundo punto, en cambio, tiene que ver con las obligaciones del Estado y su responsabilidad en caso de incumplimiento. Ambos planteos se abordarán bajo la perspectiva constitucional y convencional de la República Argentina.

Desde la órbita universal de los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Conferencia de Estocolmo para el Medio Humano (1972), definió al “medio ambiente sano” como el conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos y sociales capaces de causar efectos directos o indirectos, en un plazo corto o largo, sobre los seres vivos y las actividades humanas.

También existen otros instrumentos sobre la materia que fueron sancionados a lo largo del siglo XX (Chacón Puertas, 2020), tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el que se enfatiza en su primer artículo (art. 1.2) que todas las poblaciones pueden disfrutar con libertad de su riqueza y recursos naturales sin perjuicio de la obligación que deriva de la cooperación económica internacional.

A su vez, estas disposiciones son compatibles con lo dispuesto en la Declaración de Río relativo al Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Por un lado, en su Principio 4 establece que preservar el ambiente debería ser parte integrante de los procesos de desarrollo, en vez de considerarlo en forma aislada. Por otro lado, en lo que se hace referencia a los pueblos indígenas, se destaca el Principio 22, el cual enfatiza el papel fundamental que tienen las poblaciones y comunidades indígenas en cuanto al cuidado del medio ambiente debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Asimismo, expresa que los Estados

deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible (Foradori, 2021).

Otra normativa a destacar del ámbito internacional es el Convenio de Diversidad Biológica, también resultado de la Cumbre de Río de 1992, ratificado por Argentina (Ley 24375), que en el artículo 8, inciso j respecto a la conservación *in situ* de la biodiversidad le impone al Estado respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad (Foradori, 2021). Por lo tanto, la declaración antes mencionada permitió introducir límites a la libertad de disponer de los recursos naturales, en virtud del enfoque de sostenibilidad.

No obstante las recopilaciones normativas sobre el derecho ambiental, estas no son suficientes para explicar la importancia del tema. Es por eso que, en lo que respecta al concepto del medio ambiente como derecho humano, resulta pertinente traer a colación las afirmaciones de Escalona Martínez (2004), en las que expone que el derecho al medio ambiente sano se encuentra dentro de los derechos humanos de “cuarta generación” –cuya razón es responder a nuevas necesidades de la sociedad que no habían aparecido antes– y en el contexto de la contaminación de las libertades ante los usos de algunas nuevas tecnologías y avances en las ciencias biomédicas.

El fundamento de la protección de este derecho humano, en el ámbito internacional, radica en procurar que los Estados mejoren las prácticas utilizadas en la búsqueda del desarrollo económico porque, tal como se conciben actualmente, amenazan significativamente la vida y la salud humana. Como resultado de esta aflicción internacional es que se gesta el reconocimiento del medio ambiente sano como derecho humano, y es a partir de allí que se han adoptado una serie de instrumentos internacionales en pos de su protección (Vivas Lloreda, 2020).

El derecho al ambiente sano y equilibrado es consecuencia de la interrelación de derechos humanos que le dan nacimiento y derechos de incidencia colectiva, que priorizan la solidaridad humana. Los derechos ambientales ya forman parte de las normas y principios existentes de derechos humanos y son reconocidos a nivel nacional, regional e internacional. La visión integrada de los derechos humanos y el ambiente no es solo necesaria, sino también conveniente. Por un lado, el sistema de derechos humanos se fortalece por la incorporación de la dimensión ambiental, ya que permite aplicar principios

jurídicos y extender el ámbito de garantía de los derechos humanos a espacios previamente no priorizados, pero importantes. Por otra parte, el sistema de derechos humanos incorpora al plano ambiental principios esenciales –como los de no discriminación y no regresividad–, la necesidad de participación social y acceso a la información ambiental y la protección de los grupos más vulnerables, cuya aplicación enriquece la búsqueda de soluciones a las problemáticas que se presenten (Morales Lamberti, 2015).

Efectivamente, se debe garantizar el desarrollo positivo de la sostenibilidad, porque de esa manera se cristaliza la plena satisfacción de las necesidades sin perjudicar a las futuras generaciones. Desde este punto de vista, el propósito del desarrollo sostenible es la conservación del equilibrio ecológico como capital natural, en aras de la conservación de los recursos naturales para una mejor utilización y distribución (Chacón Puertas, 2020).

Sobre la base de lo expuesto, es relevante destacar, por un lado, la Resolución 48/13 del Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas (2021), que declara que el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible es un “derecho humano”. En consecuencia, la Resolución exhorta a todos los Estados a trabajar mancomunadamente, en conjunto con otros actores, para así conseguir su implementación. El instrumento internacional fue aprobado con 43 votos de apoyo y cuatro abstenciones: Rusia, China, India y Japón. Mientras que Costa Rica, Maldivas, Marruecos, Eslovenia y Suiza auspiciaron el texto. Asimismo, el Consejo estableció, en una resolución separada, una nueva relatoría dedicada específicamente al impacto del cambio climático en los derechos humanos (Naciones Unidas, 2021).

Por otro lado, y para complementar y reforzar la argumentación sostenida hasta el momento, resulta importante destacar la Resolución 76/300 de la Asamblea General de la ONU adoptada el 28 de julio del 2022, en la que declara el acceso a un medio ambiente sano y limpio como un derecho humano universal. Asimismo, llama a los Estados, organizaciones internacionales y empresas a redoblar los esfuerzos para conseguir un entorno saludable para todos. Dicha Resolución fue impulsada por más de un centenar de países; el texto obtuvo 161 votos a favor y ocho abstenciones, estipula que el derecho a un medio ambiente sano está relacionado con el derecho internacional vigente y afirma que su promoción requiere la plena aplicación de los acuerdos ambientales multilaterales (Naciones Unidas, 2022).

Además, la resolución también reconoce que el impacto del cambio climático, el manejo y uso insostenible de los recursos naturales, la contaminación del

aire, la tierra y el agua, el manejo inadecuado de productos químicos y desechos y la consiguiente pérdida de biodiversidad interfieren con el disfrute de este derecho. En definitiva, se señala que el daño ambiental tiene implicaciones negativas, tanto directas como indirectas, para el goce efectivo de todos los derechos humanos (Naciones Unidas, 2022). En ese contexto, el secretario general de las Naciones Unidas, António Guterres, destacó con beneplácito el carácter histórico de la resolución y aseveró que demuestra que los países pueden unirse en la lucha colectiva contra la triple crisis planetaria del cambio climático, la pérdida de biodiversidad y la contaminación (Naciones Unidas, 2022).

2.2. Sistema interamericano

Ahora bien, desde el punto de vista Interamericano de Derechos Humanos, pese a la falta de disposición expresa en los textos de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y a su estrecha mención en el Protocolo de San Salvador –en su artículo 11–, lo cierto es que la práctica de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha demostrado que es posible apoyar (y proteger) las cuestiones relacionadas con el medio ambiente de manera eficaz.

Cabe destacar que, durante los recientes años, se han visto reforzadas estas perspectivas tendientes a la conservación y cuidado del medio ambiente. Es el caso del sistema interamericano, en cuanto a sus alcances mediante la Opinión Consultiva N° 23 de la CorteIDH, de fecha 15 de noviembre de 2017, denominada “Medio Ambiente y Derechos Humanos”. En dicha Opinión Consultiva, el tribunal supranacional ha reafirmado y desarrollado de forma más amplia la interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente, así como ha precisado los derechos humanos afectados como consecuencia de la degradación del medio ambiente (Huerta Guerrero, 2021).

Para potenciar dicha interrelación, vale mencionar el fenómeno llamado ecologización (*greening* o “reverdecimiento”) del derecho internacional y de los derechos humanos. Dicho de otro modo, *greening* es la técnica para proteger el medio ambiente en los sistemas regionales que, *a priori*, no tienen protección específica en esta materia (Mazzuoli y Teixeira, 2015). Esta práctica regional interamericana se estudiará con mayor detalle en el caso que se analizará durante el presente trabajo.

2.3. Sistema argentino

Finalmente, en lo que respecta a nivel nacional, la Constitución de la Nación Argentina, a través de la reforma constitucional de 1994, consagra expresamente la protección del medio ambiente. En efecto, en su artículo 41 establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Del mismo modo, resulta importante destacar la reciente ratificación del 22 de enero de 2021, a través del primer tratado ambiental de América Latina y el Caribe, denominado Acuerdo de Escazú (Carvajal Gallego, 2019). Dicho tratado ambiental establece estándares regionales para los derechos de acceso en asuntos ambientales, además de promover la creación, el fortalecimiento de capacidades y la cooperación internacional en la materia. Este tratado sitúa los desarrollos que se habían hecho a través de instrumentos anteriores, como la Convención de Aarhus en el contexto latinoamericano, en la que la diversidad cultural y la desigualdad social son elementos determinantes. Así pues, con respecto a cada derecho de acceso, el Acuerdo obliga a los Estados a eliminar las barreras de acceso para personas en situación de vulnerabilidad o cuya lengua sea distinta de la reconocida como oficial, como en el caso de los pueblos indígenas (Carvajal Gallego, 2019).

El Acuerdo de Escazú es fundamental en esta materia no solo por definir con claridad cuáles son las medidas y los mecanismos que los Estados pueden y deben implementar para garantizar el acceso a los derechos ambientales, sino también por constituir un marco para la cooperación regional. Esta reciprocidad permite el fortalecimiento de capacidades para la implementación efectiva de las disposiciones de dicho instrumento, a partir de la formación y capacitación de funcionarios públicos en derechos de acceso en asuntos ambientales, el afianzamiento de programas de sensibilización en derecho ambiental, el desarrollo de programas de educación y capacitación en temas ambientales dirigidos a todo tipo de público, así como la consolidación de las capacidades institucionales de los Estados para recopilar, mantener y evaluar la información ambiental (Zamora Sáenz, 2019).

En función de la constitucionalización y convencionalización del derecho ambiental en Argentina, la nación se compromete a garantizar el ambiente sano través de distintas regulaciones legales, entre las que se pueden encontrar: la Ley 25612 de Residuos Industriales, la Ley 25670 de Gestión de PCB, la Ley 25675 General del Ambiente, la Ley 25688 de Gestión de Aguas y la Ley 25831 de Información Ambiental, entre muchas otras.

En resumen, la nación argentina tiene la obligación de garantizarle un medio ambiente sano al ciudadano y de comunicar la toma de decisiones al respecto. Este derecho que tienen las personas se consolida tanto desde los tratados universales como regionales sobre derechos humanos, y su importancia radica en que todos deben gozar de él, más aún en tiempos en los que el ambiente sano se ve comprometido por su deterioro.

Por otro lado, en los últimos años y con mayor intensidad, se ha visto afectada la satisfacción plena del derecho al ambiente sano, lo cual resulta alarmante. Esta realidad se evidencia en la gran cantidad de acciones políticas que son discriminatorias para las personas afectadas, lo que constituye un problema que, frente a la crisis actual, debe ser tratado con urgencia por parte de todos los individuos, organizaciones y Estados involucrados en pos de garantizar sus derechos.

A continuación, se propone realizar un análisis del reciente caso dictado por la CorteIDH, conocido como *Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina* (2020). En este caso, la Corte responsabilizó a la nación argentina por actos discriminatorios al medio ambiente, que comprometieron a las personas afectadas en su derecho a un medio ambiente sano y a la paz ambiental. Este precedente servirá como punto de partida para adoptar criterios homogéneos ante casos análogos en otros países de la región.

3. El problema de la discriminación ambiental: el caso *Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina*

En el presente apartado se analizará el primer caso de la CorteIDH contra Argentina por vulnerar el derecho al medio ambiente sano a las comunidades indígenas. No obstante, la cita de este caso tiene la finalidad de enmarcar una directriz interpretativa sobre los tratados internacionales en cuanto al derecho al ambiente sano en casos análogos. Dicha intención busca visibilizar uno de los problemas presentados en Latinoamérica sobre la afectación del medio ambiente.

En forma introductoria, las comunidades de los pueblos indígenas wichí (mataco), iyjwaja (chorote), komlek (toba), niwackle (chulupí) y tapy'y (tapiete), de la Asociación Lhaka Honhat, tienen su hábitat histórico en el Chaco semiárido de la provincia de Salta, Argentina, al sur del río Pilcomayo, y se han visto gravemente afectadas por la construcción del puente internacional sobre ese río, más una red de caminos y edificios en su territorio. Durante los últimos 60 años, han sufrido la interferencia en su territorio y cultura por estas obras y, en especial, por las acciones de agricultores “criollos”, con quienes disputan los espacios necesarios para su sobrevivencia.

Estas comunidades, ya en la década de 1960, definían sus primeras estrategias de defensa jurídica. En 1984, presentaron su primer reclamo administrativo; en 1995, el primer recurso judicial. En 1998, llegaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, en 2012, a la CorteIDH. En febrero de 2020, obtuvieron una sentencia favorable, que condenó al Estado argentino y le concedió un plazo de 6 años más para el cumplimiento de las reparaciones que les otorgó a las víctimas (Peñañiel et al., 2020).

El derecho a un medio ambiente sano es considerado por la CorteIDH, junto con los derechos de circulación y residencia, a una alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural, como parte de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos (Iglesias Darriba, 2021).

En sus argumentos, la CorteIDH expresó que el derecho a un medio ambiente sano debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA). En este punto, la Corte remite a la Opinión Consultiva número 23/17, ya mencionada *ut supra* en este trabajo, dado que constituye un interés universal; es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad y, como derecho autónomo, protege tanto los componentes del ambiente –bosques, mares, ríos y otros– como también intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza no solo por su utilidad o efectos respecto a los seres humanos, sino también por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta (Iglesias Darriba, 2021).

En este caso en particular juegan un papel importante las cosmovisiones culturales de los pueblos indígenas en relación con la naturaleza y el cuidado del medio ambiente. Tenerlo en cuenta resulta fundamental para comprender de manera óptima el problema que gira en torno al ejercicio de los derechos quebrantados y, por ende, para encontrar soluciones pertinentes.

Por otro lado, la sentencia del caso presenta un avance en cuanto al reconocimiento de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Por primera vez se realizó una protección diferenciada, mediante el artículo 26 de la Convención Americana, con el reconocimiento de la violación de los derechos al medio ambiente sano y al agua, entre otros. El menoscabo de derechos que sufren los indígenas es representativo, ya que sus miembros corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su patrimonio cultural, transmisible a las futuras generaciones (Mora Navarro, 2020).

En resumen, el caso en análisis implica, indudablemente, un avance concreto para los DESCAs en el contexto latinoamericano. Ello, debido a que no solo la CorteIDH afirma su justiciabilidad y las obligaciones de progresividad, no regresividad y no discriminación en el acceso –obligaciones similares a las que surgen del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, sino que también afirma y desarrolla la obligación de garantía respecto a los DESCAs. Los Estados no solo deben adoptar políticas para dar debido cumplimiento a los DESCAs, sino también garantizar su no vulneración por parte de terceros. Esto puede tener un impacto muy grande en la región en lo que se refiere al derecho a la salud, a la educación y a la vivienda, donde muchas veces los particulares tienen un rol central en su gestión (Ronconi y Barraco, 2021).

La sentencia de la CorteIDH en el caso *Lhaka Honhat* significa, sin lugar a dudas, un adelanto respecto a los derechos de las comunidades indígenas en la Argentina. Pero, además, tiene un impacto concreto en toda la región debido a que constituye un paso más en el avance de la justiciabilidad directa de los DESCAs: se determina por primera vez la violación de los derechos de medio ambiente, alimentación, agua e identidad cultural, todos ellos protegidos por el artículo 26 de la CADH. Asimismo, se afirma la interdependencia, autonomía e indivisibilidad y se ordenan reparaciones acordes para hacer frente a las violaciones de los DESCAs. Por último, se enfatiza y desarrolla la obligación de tomar medidas positivas para garantizar los DESCAs frente a las acciones de terceros, lo que puede tener un impacto incalculable en la región (Ronconi y Barraco, 2021).

Ahora bien, frente a este caso se plantea el interrogante sobre cuál es la relación que existe entre la vulneración del medio ambiente y los actos de discriminación. Lo cierto es que la relación radica en que la afectación ambiental puede perjudicar a grupos en situación de vulnerabilidad, como estas comunidades, cuya supervivencia depende del aprovechamiento de los recursos naturales en general y de los ambientales en particular. En función de ello, los Estados se encuentran obligados a atender y prevenir los riesgos que puedan afectar los derechos humanos (Hernández Mendible, 2020).

Muchos son los grupos de personas que pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad y que se traducen en actos, ya sea de actores públicos o privados, que afectan sus derechos (sean niños y niñas, adultas mayores, personas por debajo de la línea de pobreza, etc.).

La discriminación ambiental, entonces, se presenta cuando determinados sectores de la población, especialmente los más vulnerables, asumen una carga

desproporcionada de los efectos de la degradación ambiental. Generalmente, las familias pobres son las que soportan este impacto, porque son ellas las que habitan cerca de las áreas contaminadas o en lugares en donde se llevarán a cabo importantes proyectos de desarrollo que ocasionan graves daños ambientales. Dichas familias, frente a este tipo de situaciones, son empujadas a vivir en condiciones ambientalmente peligrosas y forzadas a desplazarse en condiciones que implican una violación a su derecho al arraigo, que repercute en el desarrollo de su forma de vida. Así, el sector que ha sido afectado por estas prácticas discriminatorias es aquel cuya forma de vida está íntimamente relacionada con el medio ambiente, por ejemplo, las personas pobladoras rurales, campesinas, indígenas (Martínez Treviño, 2009).

Es importante mencionar que la discriminación ambiental es uno de las prácticas que más frecuentemente padecen ciertos grupos o colectivos. Sin embargo, las prácticas discriminatorias en esta materia son poco denunciadas debido a que ni siquiera se tiene conciencia de que el pagar desproporcionadamente los costos ambientales es una práctica violatoria a los derechos humanos. Esta tensión existe, ya que social, política y culturalmente los ciudadanos no consideran que la degradación ambiental viola los derechos humanos. De esta forma, se puede decir que, en muchos de los casos, las personas que habitan los territorios afectados por los procesos de extracción y explotación de los recursos naturales generalmente tienen nula o poca conciencia de que estos procesos tienen efectos nocivos para el medio ambiente y afectan, al mismo tiempo, la calidad de vida de las personas (Martínez Treviño, 2009).

Así, este tipo de situaciones –que suelen perpetuarse de facto– niegan el derecho de las personas a gozar de un medio ambiente sano en el que desarrollar sus vidas y proyectar para las generaciones futuras un plan de vida sustentable. Estas prácticas que repercuten en la conculcación de los derechos a un medio ambiente sano y, por ende, al desarrollo, generan una serie de efectos de diversa índole: desplazamiento forzado de personas, agudización de la pobreza, erosión cultural y lingüística de sociedades tradicionales, inseguridad alimentaria y escalada de conflictos violentos (Martínez Treviño, 2009).

Así, todo acto estatal que continúe eludiendo situaciones vinculadas al goce del derecho humano sobre el medio ambiente y actúe en detrimento, profundizándola, constituye en los términos de la CorteIDH un acto de discriminación ambiental por negar el principio de igualdad en su conceptualización material. Otros ejemplos resultan gráficos de este tipo de actos discriminatorios. En efecto, existen comunidades que, desde hace tiempo, padecen un menoscabo en

su ambiente producto de políticas direccionadas que les imponen el peso de soportar la inequitativa distribución de las cargas ambientales (López, 2019).

El Estado, en estos casos, lejos de ponderar los sacrificios ambientales soportados por tales comunidades, profundiza y perpetúa la degradación ambiental, dirigiendo sistemáticamente emprendimientos que embargan el acceso y goce a los bienes y servicios naturales para las actuales y futuras generaciones. En este orden, la presencia de una categoría sospechosa, formulada desde una visión histórico-sociológica, jugará un rol preponderante en el momento de considerar la situación del grupo o comunidad en cuestión (López, 2019).

Un medio ambiente sano implica el cumplimiento de obligaciones de ejecución progresiva y otras inmediatas, que permitan garantizarlo sin discriminación y adoptando las medidas para lograr su plena realización. Dentro de las obligaciones estatales, que comprenden asegurar el ejercicio del derecho, se enfatiza la protección frente a las actuaciones de los particulares, es decir, que se impide a terceros menoscabar el disfrute del derecho al ambiente sano y garantizar el acceso a un mínimo esencial, en especial en los casos de personas o grupos de personas vulnerables que no están en condiciones de acceder por sí mismas (Hernández Mendible, 2020).

Como sostiene Salmón (2010), un elemento destacable respecto al derecho a la tierra de los pueblos indígenas, según lo emanado de la jurisprudencia de la CorteIDH, constituye el derecho de ellos a utilizar los recursos naturales, así como el derecho a participar en los beneficios de aquellos recursos que son explotados por terceros. La CorteIDH ha definido a los recursos naturales como aquellos que han usado los pueblos indígenas tradicionalmente y son necesarios para su propio desarrollo, identidad cultural y supervivencia.

Hasta el momento, los hechos expuestos en este trabajo funcionan como punto de partida para tratar el derecho ambiental desde una concepción más globalizada, debido a que el medio ambiente sano es un derecho que involucra a todas las personas de cualquier Estado y no solo a los perjudicados directamente. Esta perspectiva se enfoca, a criterio del autor, desde el concepto del derecho humano a la paz.

Como se verá a continuación, estos derechos se encuentran íntimamente vinculados entre sí. Pese a tener sus propias doctrinas, son imprescindibles para dar soluciones más amplias desde la perspectiva de la paz y participación ciudadana en favor del medio ambiente sano.

4. La paz ambiental: su proyecto ante la discriminación

Para este apartado resulta primordial responder la siguiente pregunta: ¿de qué manera la discriminación ambiental compromete a la construcción del derecho humano a la paz y al ambiente sano?

Para comenzar con el análisis de fondo del derecho a la paz y su incidencia en el ambiente sano, se demostrará su desarrollo en el plano internacional. El 1 de julio de 2016, el Consejo de Derechos Humanos (CDH) en Ginebra adoptó la Declaración sobre el Derecho a la Paz por mayoría de sus Estados miembros. Finalmente, el 19 de diciembre de 2016, el pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificó en su resolución 71/189 la Declaración aprobada por el CDH.

El nuevo instrumento de derechos humanos establece un equilibrio entre los principios de la Carta de las Naciones Unidas y la protección de todos los derechos humanos: los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (Fernández Puyana, 2020).

La Declaración tiene un enfoque claramente orientado hacia las víctimas, al enfatizar el derecho de todos a disfrutar los tres pilares de la ONU: paz, derechos humanos y desarrollo sostenible. Aunque no hace una referencia explícita a la explotación de los recursos naturales, debería interpretarse a la luz de los otros instrumentos legales de derechos humanos recogidos en su parte preambular. Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 como la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz de 1999 son instrumentos importantes para afirmar la relación existente entre el derecho a la paz y la explotación de los recursos naturales (Fernández Puyana, 2020).

Sobre la base de lo enunciado, se exponen las consideraciones pertinentes sobre el tema principal de este trabajo: la paz ambiental. Para la comprensión del tema, se parte de una premisa fundamental que servirá para entender la relación existente entre el derecho a la paz y al medio ambiente sano, así como la cosmovisión de ambos derechos. Dicha premisa es “el derecho a la paz ambiental no solo se vulnera en tiempos de guerra, sino también en tiempos de paz”.

Autores como López Becerra (2011) entienden que el surgimiento de perspectivas más complejas en los estudios conduce a considerar la paz (las paces) no solo como ausencia de violencia directa o de cesación de hostilidades. Por otro lado, existen investigadores que introducen interpretaciones novedosas que permiten ampliar el concepto más allá de las relaciones entre grupos o Estados, involucrando los análisis acerca de la violencia estructural. Desde estas

visiones, se considera que no se podría hablar de paz mientras haya relaciones caracterizadas por el dominio y la desigualdad. Ya no se trata exclusivamente de la ausencia de manifestaciones o acciones de violencia directa –la paz como ausencia de algo–, se trata también de avanzar hacia la comprensión de la paz como las condiciones o circunstancias deseadas para su realización acercando de esta manera la paz a la justicia (López, 2019)

La afirmación anterior se justifica al estudiar la paz ambiental a partir de los conceptos “paz territorial” y “paz ambiental”. Según autoras como Ávila Pirazán y Medina Rodríguez (2020), la llamada “paz territorial” –promovida por el entonces comisionado de Paz, Sergio Jaramillo– ha generado algunos horizontes de trabajo que invitan a pensar en la construcción de un nuevo orden cultural de paz y reconciliación “desde abajo”. A partir de allí, se dice que no puede haber una “paz territorial” si no hay una “paz ambiental”, es decir, nuevas relaciones con el medio natural, los páramos, los bosques, los ríos, los ecosistemas, que permiten proveer de materia para la vida de todos los seres humanos en la Tierra (Garavito et al., 2017).

Para Ávila Pirazán y Medina Rodríguez (2020), la educación ambiental y la cultura de paz, como sinónimos que configuran un saber ambiental complejo, no se reducen solamente a pensar la paz desde el cese de la guerra armada, sino también desde un conjunto de relaciones que permiten analizar diferentes crisis sociales y las formas de construcción de identidades. De ahí que las crisis violentas no son solamente crisis políticas, sino que emergen de una crisis del hombre, de las relaciones truncadas por el antropocentrismo de la modernidad y los discursos de la racionalidad económica e instrumental que diluyen el bien común y la justicia social y dan paso al mundo de las pasiones, lo que se traduce en el egoísmo, el interés particular, la acumulación de capital y los discursos sobre el odio justificado (Ávila Pirazán y Medina Rodríguez, 2020).

Es por eso que la idea del ambiente sano aporta a la construcción de la paz las ideas de insostenibilidad de los patrones actuales, de multiobjetividad del desarrollo, de su multicausalidad y de existencia de límites naturales y culturales al crecimiento. Por un lado, los conceptos de “equidad inter e intra generacional” son también fundamentales en los modelos de desarrollo sostenible. Los modelos de sostenibilidad radican en el buen manejo del patrimonio natural. Por otra parte, la idea de incrementar el patrimonio natural a través de acciones concretas de restauración, renovación y reconstrucción puede aportar al proceso de paz aumentando la cohesión de la sociedad y proporcionando empleo e ingresos económicos (Carrizosa Umaña, 2011).

Por lo expuesto, la relación entre el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz es evidente. Para las Naciones Unidas, es primordial garantizar que la preservación del medio ambiente forme parte de las estrategias para la prevención de conflictos y para el mantenimiento de la paz y su consolidación, ya que, como afirma Fernández Puyana (2020), no puede haber paz duradera si los recursos naturales que sostienen los medios de subsistencia y los ecosistemas son destruidos. Es, en definitiva, un requisito indispensable la protección del ambiente para garantizar el derecho humano a la paz.

Al respecto de lo explicado precedentemente, cabe enfatizar que la Declaración sobre el Derecho a la Paz de 2016 reconoce en su parte preambular varios instrumentos jurídicos que regulan la explotación de los recursos naturales, lo que convierte a esta figura jurídica en un componente esencial del derecho a la paz. En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el cual está incluido en el segundo párrafo pre-ambular de la Declaración de 2016, reconoce en su artículo 1 que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación y que, para el logro de sus fines, pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Incluso, el Pacto reconoce en su artículo 25 el derecho inherente de todos los pueblos a sus recursos naturales (Fernández Puyana, 2020).

Es por ello que un autor consolidado como Jaramillo (2014) sostiene que la paz ambiental debe entenderse como un proceso de construcción desde los territorios, que implica una planeación participativa para que entre comunidades y autoridades se piense en las características y necesidades del territorio y en las respuestas a esas necesidades, y, de manera metódica y concertada, se construyan planes para transformarlos.

En ese sentido, con relación al caso en estudio y como parte del derecho a la propiedad comunitaria, tanto la Comisión como los representantes sostuvieron que el Estado vulneró los derechos de acceso a la información y a la participación de las comunidades originarias respecto a la realización de obras públicas (puente internacional y rutas) y al otorgamiento de concesiones de hidrocarburos en territorio ancestral, incumpliendo con el estudio de impacto ambiental y social que debe garantizarse de forma previa a las actividades señaladas. También la Corte ha indicado que los pueblos indígenas deben ser consultados de forma adecuada en cuestiones atinentes a sus tierras y decisiones que afecten sus derechos. De acuerdo con lo señalado por el tribunal respecto a obras o actividades dentro del territorio indígena, el Estado debe cumplir con tres garantías. La primera, asegurar la participación efectiva de

los pueblos o comunidades, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, deber que requiere que el Estado acepte y brinde información, lo cual implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados, y deben tener como fin llegar a un acuerdo. La segunda, garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio, a menos que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto ambiental. La tercera, garantizar que las comunidades indígenas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio (Foradori, 2021).

5. Desafíos presentes y futuros

En correlato al caso citado en este trabajo, se pretende visibilizar la importancia del derecho a la paz cuando determinados actores, empresas o el propio Estado realizan actos discriminatorios que ocasionan un daño irreparable al medio ambiente y perturban la paz. Para el caso desentrañado, se aprecia el valor que le da la CorteIDH al tema. En particular, la Corte sostuvo que las riquezas naturales deben ser protegidas por los Estados, ya que son estos los que están en la obligación de proteger y promover la diversidad cultural y adoptar “políticas que favorezcan la inclusión y la participación de todos los ciudadanos para que así se garantice la cohesión social, la vitalidad de la sociedad civil y la paz” (CorteIDH, 2020, párr. 238).

Los conceptos mencionados anteriormente son los pilares que marcan las cosmovisiones que deben adoptarse para hablar del medio ambiente sano desde la perspectiva del derecho humano a la paz. Son también conceptos remarcados por el Consejo de Derechos Humanos (2021) de las Naciones Unidas en su Resolución 48/13, citada *ut supra*. Esta “reconoce” que el ejercicio de los derechos humanos –entre ellos, los derechos de buscar, recibir y difundir información y de participar efectivamente en la dirección de los asuntos gubernamentales y públicos y en la adopción de decisiones relativas al medio ambiente, así como el derecho a un recurso efectivo– es fundamental para la protección de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible.

Resulta importante mencionar que tanto la Comisión como la Corte Interamericana reflejan tres enfoques importantes al respecto. Por un lado, han reconocido que el deterioro del medio ambiente puede implicar violaciones de los derechos a la vida, la salud, la propiedad y la cultura. Por otro lado, han

subrayado la importancia de derechos tales como el de información, participación pública en la toma de decisiones (incluyendo el previo consentimiento informado de parte de los propietarios que pudieran verse afectados en forma negativa por proyectos de desarrollo) y el derecho de acceso a la justicia y recursos efectivos para garantizar la protección de otros derechos. En síntesis, ambos organismos han insistido en que será necesario implementar y hacer cumplir las garantías constitucionales respecto al derecho a un medio ambiente seguro, sano y sin deterioro ecológico (Shelton, 2010). Solo con esas obligaciones cumplidas puede concretarse la consolidación de la paz ambiental.

Es por lo expuesto que la consolidación de la paz ambiental debe ser el proceso de gobernar y administrar los recursos naturales y el medio ambiente para apoyar la paz duradera. La consolidación de la paz ambiental también debe proporcionar un marco conceptual para comprender, por un lado, los vínculos entre los recursos naturales y el medio ambiente y, por el otro, la paz. Para crear un ambiente que mantenga la paz, se requiere un enfoque integral para prevenir el conflicto y abordar sus causas raíz a través del fortalecimiento del Estado de derecho, promoviendo un crecimiento económico sostenible, la erradicación de la pobreza, el desarrollo social, el desarrollo sostenible de recursos naturales y la reconciliación y unidad. La consolidación de la paz ambiental incluye una amplia gama de consideraciones y acciones a lo largo del ciclo de vida de la flora-fauna contra la deforestación indiscriminada y de cómo los recursos naturales y el medio ambiente pueden apoyar la agenda para la paz sostenible. Esto incluye esfuerzos para prevenir, mitigar resolver y recuperarse de un conflicto violento. Además, comprende métodos de direccionamiento por distintos problemas subyacentes que pudieran surgir –conocido como “abordar la paz negativa”, es decir, la ausencia de conflicto– y de construcción de confianza, que se conoce como “paz positiva” (Castro Lasso, 2019).

Por otra parte, la consolidación de la paz ambiental debe implicar a los recursos de energías renovables, como la tierra, agua y pesquerías, y a los recursos no renovables, como minerales, petróleo y gas. También incluye consideraciones medioambientales más amplias, como los ecosistemas y servicios del ecosistema, degradación ambiental y cambio climático. Las actividades de consolidación de la paz ambiental ocurren en múltiples niveles, desde locales y nacionales a regionales e internacionales. Los vínculos entre el medio ambiente y recursos naturales y conflicto y paz están muy extendidos; en muchos casos, son centrales para la dinámica de la paz. A menudo están conectados a otras dinámicas causales de conflictos, tales como gobierno débil y marginación étnica o religiosa.

La consolidación de la paz ambiental, entonces, proporciona un marco de alcance general para comprender los diversos vínculos entre el medio ambiente y la paz, con el fin de actuar de acuerdo con ellos. Se debe señalar que las consideraciones y enfoques para la gestión de recursos naturales para construir y mantener la paz pueden y deben abordarse desde múltiples perspectivas: de seguridad, económica, social, ambiental y humanitaria (Castro Lasso, 2019).

Así las cosas, la paz ambiental debe ser una apuesta para promover el concepto de la unidad y la totalidad, donde todos están interconectados en uno y nuestras acciones afectan esa gran unidad. Este enfoque permite enfrentar temas desde varios ángulos. El primero, usar problemáticas ambientales como puntos comunes para enfrentar la solución de conflictos humanos. El segundo, ubicar a la naturaleza como escenario neutral para la resolución de conflictos. El tercero, generar espacios en donde las personas, y especialmente los jóvenes, encuentren puntos de unión y trabajo conjunto para mejorar las condiciones de su entorno (natural y humano). El cuarto y último, facilitar experiencias de vida significativas en los niños y jóvenes que les permitan aprender haciendo y desarrollar competencias para su participación activa en la construcción de una sociedad en paz (Camargo, 2018).

Para finalizar el presente apartado, deben plantearse algunos desafíos presentes y futuros. Así las cosas, debe considerarse que el desarrollo del derecho al medio ambiente y a la paz representa muchas posiciones para delinear con el avance jurisprudencial de la Corte en particular y de la doctrina en general. Uno de los desafíos se centra en consagrar el derecho al medio ambiente sano como un derecho directamente justiciable, es decir, considerar el derecho ambiental como un derecho autónomo y no como una desviación de otros derechos vulnerados (la vida, salud, integridad, etc.). Si bien el caso citado es uno de los primeros en plantear dicha posibilidad, todavía requiere de una madurez jurisprudencial para consagrarlo como tal.

Otros de los desafíos a considerar tienen que ver con el papel que juega la paz y el medio ambiente en la concepción de una “humanización de la soberanía”: ¿existe una obligación generalizada de preservar el medio ambiente? ¿Todos los Estados son legitimados para respetar y hacer respetar frente a otros el medio ambiente? ¿Y en una soberanía compartida? ¿Y en un mundo transnacional? Estos interrogantes representan un camino aún poco explorado y que recién comienza a analizarse con más detalle por parte de los operadores del derecho. Por el momento, la importancia de proteger el ambiente y garantizar el derecho humano a la paz resulta evidente por todo lo explicado hasta el mo-

mento, ya que, en definitiva, no se puede hablar de paz si no hay garantías para gozar el derecho al ambiente sano y equilibrado.

6. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo se buscó demostrar la importancia de proteger el medio ambiente sano mediante actos que promuevan el bienestar ambiental para la población. En los casos que esto no ocurra, se incurre en una vulneración al ambiente sano que gozan todas las personas y, sobre todo, su derecho humano a la paz.

Por un lado, los Estados están obligados a proporcionar todas las diligencias que sean necesarias para las personas en miras a proteger su salud. Existen numerosos tratados internacionales que consagran el derecho al ambiente sano como un derecho humano que debe ser protegido en todo lugar y momento. En particular, Argentina se encuentra obligada por los tratados internacionales de protección al ambiente debido a la firma y ratificación de estos a través del tiempo.

Sin embargo, existe una gran preocupación por los actos discriminatorios en contra de personas vulnerables, a quienes no se les garantiza el cumplimiento de estos derechos. En particular, con el caso de estudio en este trabajo, Argentina no garantizó las medidas necesarias para proteger el ambiente sano, perjudicando gravemente a las comunidades indígenas que vivían en la zona. Los actos discriminatorios que perjudican al ambiente afectan gravemente la paz de las comunidades, que no solo cuidan los recursos naturales para su subsistencia, sino que también forman parte de su cultura y modo de vida, que deben ser respetadas en todo momento. Por lo expuesto, se debe evitar todo acto discriminatorio que pueda vulnerar de manera desproporcional el ambiente para beneficios económico.

El derecho a la paz esta íntimamente relacionado con el derecho al ambiente sano, el cual conforma uno de los elementos constitutivos de la paz. Lo mencionado se justifica debido a que, para obtener paz, se requiere garantizar los medios y ambientes adecuados para que cualquier persona pueda gozar de ella. Esto demuestra que la paz no solo puede verse menoscabada en tiempos de guerra, sino también en tiempo de paz, tal como se demuestra en el caso de estudio de la Corte Interamericana.

De aquí se desprende la idea de que las posibles soluciones deben darse a través de la promoción, prevención y protección del derecho al medio am-

biente sano frente a los actores, empresas y el propio Estado, que en ocasiones realiza aquellos actos que socavan al medio ambiente. Además, como el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz se encuentren unidos entre sí, se requiere que ambos se ejerzan plenamente. Se debe ponderar, entonces, la lucha contra la discriminación a través garantías que surjan del Estado de derecho, con el fin de respetar los principios democráticos y republicanos que nuestros mandatos internacionales sobre derechos humanos nos exigen para la paz ambiental.

Para finalizar, el caso analizado ha demostrado un primer avance en cuanto a la promoción del medio ambiente sano y de su avance hacia la justiciabilidad directa. No obstante, representa también un gran desafío no solo por el problema de la contaminación ambiental, sino también por los cambios generados en torno a la vida cotidiana y a todo aquello que puede verse afectado. Esta idea busca apreciar una oportunidad para mejorar aspectos vulnerados por la discriminación ambiental, ya sea en relación con los derechos humanos, la salud, la vida y la paz como con los desafíos que puedan surgir en el futuro en materia de acciones concretas que brinden soluciones favorables a los individuos involucrados.

Este tiempo servirá para reflexionar acerca de qué mundo se quiere construir para la posterioridad, qué derechos se quieren proteger y cómo los Estados deberán cuidar de ahora en adelante su ciudadanía en beneficio no solo de ellos mismos, sino también de toda la comunidad internacional. Estas nuevas cosmovisiones sobre el medio ambiente y la paz internacional demuestran que para resolver problemas mundiales, los Estados y las diferentes organizaciones internacionales deben apoyarse entre sí, en miras a la protección de los derechos humanos, para que su desobediencia no vuelva a suceder o, si ocurre nuevamente, existan las herramientas necesarias para responder de la mejor forma posible.

Bibliografía

- Ávila Pirazán, A. O. y Medina Rodríguez, E. M. (2020). *Educación ambiental y cultura de paz: Aportes desde las instituciones educativas ecológico San Francisco (Cómbita) y técnico agropecuario (Aanta Sofía, Boyacá)*. Universidad San Tomás.
- Camargo, L. A. (13 de agosto de 2018). *Paz Ambiental: Camino a un concepto integral de paz*. LinkedIn. <https://es.linkedin.com/pulse/20140723151730-9247365-paz-ambiental-acerc%C3%A1ndonos-a-un-concepto-integral-de-paz>.

- Carrizosa Umaña, J. (2011). *Paz, medio ambiente y sostenibilidad*. Foro Nacional Ambiental. <https://www.foronacionalambiental.org.co/wp-content/uploads/2011/11/Carrizosa-Paz-MedioAmbiente.pdf>. Consultado el 10 de julio 2022.
- Carvajal Gallego, S. (2019). El Acuerdo de Escazú: Una oportunidad para avanzar regionalmente hacia la protección ambiental en tiempos de crisis. En Acosta Varón, L. S. (Ed.), *Programa de Investigación de Política Exterior Colombiana* (pp. 16-23). Universidad de los Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/31301/Medioambienta%20PIPEC.pdf?sequence=1&isAllowed=y#page=17>.
- Castro Lasso, E. (2019). ¿La seguridad ambiental y paz sostenible como resolución de conflictos? El caso de Colombia. En Clemente, M. (Coord.), *Inseguridades y desigualdades en sociedades complejas* (pp. 557-571). Universidad Carlos III de Madrid.
- Chacón Puertas, T. B. (2020). *Derecho al medio ambiente sano y su incidencia en el derecho de futuras generaciones, Del Santa – 2019* (Tesis de grado). Programa académico de Doctorado en Derecho, Universidad César Vallejo.
- Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas. (5 de octubre de 2021). *Resolución 48/13: El derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. Naciones Unidas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Caso “Lhaka Honhat (nuestra tierra) contra Argentina”*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400
- Escalona Martínez, G. (2004). La naturaleza de los derechos humanos. En Gómez Sánchez, Y. (Coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (pp. 127-158).
- Fernández Puyana, D. (2020). La explotación de los recursos naturales a la luz del derecho a la paz. *Revista Tiempo de Paz: la explotación de los recursos naturales*, (136), 51-59.
- Foradori, M. L. (2021). La sentencia de la CIDH en el caso lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina: los DESCAs en el marco de los conflictos etnoambientales. *Revista Derecho y Salud*, 5(6), 95-114. [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2021\)07](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2021)07).
- Garavito, C. A. R., Franco, D. R. y Crane, H. D. (2017). *La paz ambiental*. Dejusticia.
- Hernández Mendible, V. R. (2020). Notas sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Administración Pública*, (212), 277-295. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.10>.
- Huerta Guerrero, L. A. (2021). Derecho al medio ambiente y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(279-2), 667-691. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2021.279-2.79007>.
- Iglesias Darriba, C. (2021). *Derecho a un ambiente sano. Corte IDH. Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Serie C No. 400. *Revista Debates sobre Derechos Humanos*, (4), 179-190.
- Jaramillo, S. (2014). *La Paz territorial*. Conferencia dictada en la Universidad de Harvard.
- López, J. B. (2019). Discriminación ambiental, la negación del principio de igualdad en el ejercicio del derecho al medio ambiente. *Revista Argumentos*, (8), 34-44.
- López Becerra, M. H. (2011). Teorías para la paz y perspectivas ambientales del desarrollo como diálogos de imperfectos. *Revista Luna Azul*, (33), 85-96.
- Martínez Treviño, A. Z. (2009). *La discriminación, el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sano*. Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, México. https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/E03-2009.pdf.

- Mazzuoli, V. y Teixeira, G. (2015). Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Direito Público*, 12(65), 9-31. <https://doi.org/10.11117/22361766.65.12.2514>.
- Mora Navarro, F. V. (2020). Los derechos a un ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural. Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina ante la CIDH. *E-revista internacional de la protección social*, 5(2), 330-355. <https://doi.org/10.12795/e-riips.2020.i02.15>.
- Morales Lamberti, A. (2015). Un derecho colectivo para cuidar a las generaciones futuras. *NOTICIAS UCC*, Universidad Católica de Córdoba. <https://www.ucc.edu.ar/noticiasucc/un-derecho-colectivo-para-cuidar-a-las-generaciones-futuras/>.
- Naciones Unidas. (1972). *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*.
- Naciones Unidas. (15 de octubre de 2021). *El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente*. Noticias ONU. <https://news.un.org/es/story/2021/10/1498132>.
- Naciones Unidas. (29 de julio de 2022). *Derecho a un medio ambiente sano, nuevos medicamentos contra el VIH*. Noticias ONU. <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512262>.
- Organización de los Estados Americanos. (30 de abril 30 de 1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.
- Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"*.
- Peñafiel, J. J. F., Caldera, C. C. y Sánchez, P. P. S. (2020). La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia "Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina" (2020). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 10(2), 644-675. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v10i2.6764>.
- Ronconi, L. y Barraco, M. (2021). La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, (50), e105.
- Salmón, E. (2010). *Los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares en torno a su protección y promoción*. Cooperación Alemana al Desarrollo, Lima.
- Sánchez Patrón, J. M. (2017). Paz positiva, seguridad humana y medio ambiente: Del "deber de respetar" a la "obligación de proteger". En Faleh Pérez, C. y Villán Durán, C. (Coords.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas* (pp. 99-116). Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- Shelton, D. (2010). Derechos ambientales y obligaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (6), 111-127.
- Vivas Lloreda, W. Y. (2020). El derecho al medio ambiente sano como Derecho Humano de carácter fundamental. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 70(278-2), 741-766. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2020.278-2.77490>.
- Zamora Saenz, T. B. (2019). El Acuerdo de Escazú, una herramienta para la democracia ambiental. *Mirada Legislativa*, N° 173. Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, Ciudad de México.

INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL PROCESO PENAL. ¿MÁS VALE HUMANO CONOCIDO O ALGORITMO POR CONOCER?

Catalina Serventich

Abogada, Ministerio Público Fiscal (Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

cserventich@gmail.com

Resumen

La implementación de las tecnologías disruptivas en el proceso penal ofrece un panorama en el que todavía priman los interrogantes por sobre las afirmaciones. Si bien esta temática ha sido –y continúa siendo– estudiada por la doctrina, son pocos los trabajos que no pecan de entusiastas o fatalistas frente a estas novedades. El problema es que su aplicación regular en el sistema judicial llegará más temprano que tarde, y seguimos sin alcanzar un equilibrio coherente que responda a este complejo desafío del que aún poco se ha escrito. No pretendo aquí abarcar todos los usos –y consecuentes polémicas– que estos sistemas, como la inteligencia artificial, suscitan en el proceso judicial. Ese amplio objeto de estudio excedería los límites de este trabajo e impediría que pueda realizar un exhaustivo análisis de la problemática puntual que me interesa plantear. Propongo, en cambio, analizar específicamente la posibilidad de introducir herramientas de inteligencia artificial para valorar riesgos procesales en la investigación penal. Expondré las ventajas y limitaciones que estos sistemas inteligentes poseen, y de ahí sus alcances, en aras de encontrar una aplicación de estas herramientas que sea respetuosa al debido proceso penal.

Palabras clave: inteligencia artificial, proceso penal, prisión preventiva, riesgos procesales, algoritmos, derecho de defensa, presunción de inocencia.

Artificial Intelligence in the Criminal Process. Better the Human You Know than an Algorithm Unknown?

Abstract

Implementing disruptive technologies in the criminal process still offers a picture where concerns prevail over statements. Despite the topic has been, and continues to be, studied by authors, analyses have shown to be way too enthusiastic or fatalistic in the face of these novelties. The problem is that their regular application in the judicial system will soon arrive, and we

still have not reached a coherent balance to address this complex challenge. I do not intend to cover all the uses—and consequent controversies—that these systems, such as artificial intelligence, spark in the judicial process. This broad object would exceed the purpose of the essay and would prevent the exhaustive analysis of the specific problem that will be raised here. Instead, I propose to analyze the possibility of introducing artificial intelligence tools to assess procedural risks in a criminal investigation. I will show the advantages and limitations these intelligent systems have—as well as their scope—to achieve a potential solution, which observes due process in criminal law.

Key words: artificial intelligence, criminal proceedings, preventive detention, procedural risks, algorithms, right to a defense, presumption of innocence.

1. Introducción: la inteligencia artificial

Si bien no existe un total consenso sobre su definición, podría decirse que cuando hablamos de inteligencia artificial (IA) nos referimos a “cualquier sistema que muestre un comportamiento inteligente mediante el análisis de su entorno y la adopción de medidas –con cierto grado de autonomía– para lograr objetivos específicos” (Miró, 2022, p. 2).

La base de estos sistemas son los algoritmos (o códigos fuentes) que nutren a la herramienta de datos, en general abundantes, para que por sí misma manifieste un comportamiento inteligente. Es decir que pueda pensar, o más bien imitar, el pensamiento humano.

Este fenómeno disruptivo, como bien señalan Dupuy y Corvalán (2021), engloba varios tipos. Entre otros, y en lo que aquí interesa, se encuentra la técnica de aprendizaje automatizado (o *machine learning*), que permite a los algoritmos ejecutar una multiplicidad de tareas solo apelando a una serie de órdenes y datos (Grupo GIFT, 2021).

Su funcionamiento –por cierto, dinámico– se ve perfeccionado en la medida en que son expuestos a más y más información. Luego, a partir de esta automatización, la herramienta puede identificar patrones complejos y, con ello, predecir comportamientos, detectar similitudes y anomalías y tomar decisiones afines a su codificación (Polansky, 2020).

Este tipo de técnica ya ha sido introducida en los procesos penales de muchos países, sobre todo en Estados Unidos, bajo el concepto de “técnica forense de segunda generación”, conforme afirma Polansky (2020). Por citar solo algunos ejemplos, podría pensarse en el análisis de ADN, el rastreo satelital y los análisis biométricos de reconocimiento facial y de iris.

Asimismo, dentro de esta existe un subtipo especializado conocido como

“aprendizaje profundo” (o *deep learning*), un modelo inteligente que procesa información a través interacciones complejas, algo así como redes artificiales que imitan el funcionamiento de las neuronas y los mecanismos básicos del cerebro. El problema de este reside en la opacidad de sus procesos, que nos pone de frente a una caja negra (o *black box*) cuyos mecanismos no pueden registrarse ni mucho menos controlarse. Su funcionamiento, entonces, por demás emocionante desde el punto de vista científico, en el ámbito del derecho genera amplios reparos que hacen inadmisibles su implementación (al menos actualmente) en el proceso penal.

Retomando el objeto de este trabajo, ingresaremos en una categoría muy específica de la IA denominada “sistemas de Inteligencia Artificial Judicial para la Valoración de Riesgo” (Simón Castellano, 2021, p. 130) (en adelante, IAJVR).¹ Es decir –siguiendo la terminología propuesta por Miró Llinares (2018)–, sistemas inteligentes de *machine learning* aplicables a procesos de toma de decisiones que requieren conjurar un riesgo (v.gr., medidas cautelares en la instrucción o ejecución de la pena tras la condena).

Aquí, tal como fue adelantado, solo analizaremos el primer supuesto: la aplicación de la IAJVR para apoyar –sea en sentido afirmativo o negativo– la valoración de un juez al aplicar la prisión provisional en la etapa preparatoria del proceso penal.

2. La IAJVR aplicada a la prisión preventiva

El encarcelamiento preventivo solo procede

cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. (Código Procesal Penal de la Nación, artículo 319)

Su objeto está puesto en asegurar el normal desenvolvimiento del proceso y el cumplimiento efectivo de la pena a modo de evitar que se frustre la justicia. Por eso posee una naturaleza netamente cautelar y excepcional que solo procede cuando su aplicación resulta forzosa y no sustituible por ninguna otra medida

1 Otra designación utilizada es “herramientas de valoración de riesgo” (o HEVR) de acuerdo con el trabajo de Vilanova Sánchez (2021).

menos gravosa de similar eficacia. A lo que debe sumarse, como exigencia ineludible según la doctrina, la sospecha sustantiva de responsabilidad del imputado por el hecho delictivo que se le atribuye, conforme asevera Pastor (2002).

La adopción de esta medida coercitiva, sin embargo, se produce la mayoría de las veces desde el más desconsolador vacío. Me refiero, como bien ha señalado Simón Castellano (2021) en su trabajo, al desconocimiento empírico desde el cual el juzgador debe valorar un riesgo procesal y decidir qué medida cautelar idónea ha de aplicar para mitigarlo, el cual se ve todavía más acentuado en la decisión de este tipo de medida que, por su propia naturaleza, es adoptada en un momento procesal específico, inicial y muchas veces prematuro, que obliga al juzgador a operar casi sin pruebas (Castellano, 2021).

De este modo, a la hora de adoptarla, los magistrados suelen apoyarse en heurísticos, es decir, en “una especie de directriz general que podemos seguir los seres humanos para tomar una decisión” (Nieva Fenoll, 2018, p. 45). Dicho en otras palabras, “cierto cálculo estadístico lo bastante intuitivo –si es que no es eso la misma intuición–” (p. 45) al momento de tomar decisiones.

Así, se produce una suerte de automatismo natural en la valoración del juez en relación con casos parecidos o análogos que habría resuelto con anterioridad, además de, por cierto, el factor netamente humano que hace de sus decisiones un blanco susceptible de vulnerabilidad, ya sea por emociones, sobrecarga de trabajo, presiones del contexto o de los medios de comunicación, entre otros motivos.

De ahí que la aplicación de la IAJVR en esta etapa del proceso resulta por demás útil si se implementa con las reservas de transparencia que más adelante veremos. Este sistema, que replica la mente humana, es capaz de procesar e interpretar una vasta base de datos de información general (relativa a causas similares, fallos anteriores y datos estadísticos) y particular (vinculada al investigado, al delito y a las circunstancias del caso *sub iudice*) a la luz de lo que nuestra normativa, doctrina y jurisprudencia han entendido como indicadores objetivos de riesgos procesales,² y con ello puede brindar un pronóstico de mayor fiabilidad (libre de afectaciones) en la materia en cuestión.³

2 Por citar algunos ejemplos, siguiendo los fundamentos de últimas sentencias, podríamos pensar: (i) respecto al entorpecimiento de la investigación, en la peligrosidad de la conducta delictiva en su conjunto, en la posición de poder que podría ejercer en una estructura organizativa, en la posibilidad de colaboración de otros en la destrucción de pruebas o en el carácter embrionario de la investigación; (ii) respecto al riesgo de fuga, en el arraigo familiar, en la existencia de fugas anteriores, en la pertenencia a una banda organizada que podría colaborar en su fuga, en los medios económicos de los que disponga o en su voluntad de permanecer localizable durante el proceso.

3 Cobra aquí relevancia el concepto de *dirty data* que explica Compton (2019) en su artículo.

La valoración que aporte, luego supeditada a la sana crítica del juez, pasaría a ser un elemento probatorio más que el magistrado ha de evaluar en conjunto con las demás circunstancias del caso en la toma de decisión de la prisión preventiva. Es decir, debe entenderse como una herramienta de *contribución* en la investigación que solo nos *acercará* en gran medida a la verdad jurídica objetiva y que, en algunos casos, hasta servirá para poner al juez de frente a sus propias carencias argumentativas (Nieva Fenoll, 2018).

Desde ya que incluir los resultados de la IAJVR no eliminará el heurístico intuitivo del juzgador de raíz, pero sí ayudará a que sus decisiones estén motivadas por datos más certeros, aunque no por ello exactos (e insisto con esto último, porque a pesar de ser una técnica lo suficientemente precisa, no deja de ser susceptible de conclusiones equívocas; ya lo veremos más adelante).

Lo relevante es que su margen de error es menor al que podría tener una persona quien, por el simple hecho de ser humano, no posee la capacidad ni el tiempo de analizar esa cantidad de datos con tal objetividad.

En este punto comparto la mirada de Navarro (2020), quien reflexiona que a todas luces sería un desatino descartar su uso por el mero hecho de que no es (ni tal vez nunca sea) un sistema perfecto si ciertamente permitirá una sustancial mejora en el funcionamiento de esta institución.

En la medida en que haya un especial control de transparencia en su programación, en cuanto a cómo procesa los datos y bajo qué directivas opera, se verán afianzadas nuestras garantías del debido proceso. Sin este control, su implementación atentaría contra el derecho de defensa y el principio de inocencia del investigado, ambos consagrados por el artículo 18 de nuestra Constitución nacional.

Por ende, y como se verá en lo sucesivo, a fin de que prospere su legitimidad procesal, deberán respetarse una serie de imprescindibles condicionamientos.

2.1. Algoritmos secretos y el derecho de defensa

El derecho de defensa le otorga al imputado la facultad de controlar la prueba que se utiliza en su contra. El alcance de esta garantía se ve en gran medida limitado por un secretismo alrededor de los códigos fuente, ya que no permite corroborar el funcionamiento metodológico de la máquina.

Es evidente, entonces, que la utilización de estos programas que formulan evidencia de forma automática y a través de algoritmos solo podría proceder si existiese plena publicidad de su diseño y configuración. Es decir, la trazabilidad

y claridad de estos procesos en una institución tan polémica como la prisión preventiva ha de ser condición necesaria de su uso no solo en virtud del derecho de defensa, sino también del principio de igualdad de armas. Ello, debido a que el procesado de ningún modo podría hacerle frente a un pronóstico brindado por un sistema cuyos datos y procesos desconoce.

El problema, como bien explica Polansky (2020) en su obra, es que la mayoría de estas herramientas son desarrolladas por empresas privadas que demandan el secreto empresarial de sus códigos fuentes para no perder las ventajas de su lucro. De no respetarse dicha reserva, señala fundadamente el autor, se acabaría con la innovación del sector privado en esta materia en tanto perderían incentivos para el desarrollo de nuevos productos, muchos de los cuales resultan esenciales para el avance de cualquier investigación moderna.

Esta confrontación de intereses, por añadidura interesante, pone en juego a la tan preservada independencia jurídica. Si en el devenir de los años empiezan a aplicarse en la justicia herramientas de IA provistas por empresas privadas, su imparcialidad y autonomía podría verse afectada por aquellas que provean la información de estos algoritmos. Será entonces muy complejo regular el ámbito privado, mucho más alinearlos con el Estado, a costa de sus intereses.

Sin perjuicio de este reparo, los tribunales de Estados Unidos han optado por mantener el secreto de los algoritmos y aceptar la evidencia producida por fuentes de abastecimiento que son consideradas confiables.⁴

Dicha confiabilidad, según sus criterios, ha de ser evaluada en función de parámetros no taxativos, tales como la revisión de pares mediante publicaciones en revistas, la aceptación de otras jurisdicciones y/o la aprobación científica de la disciplina de la que se trate.

En contraste, tal como explica Romeo Casabona (2020) en su artículo, la Unión Europea parece inclinarse hacia una posición radicalmente opuesta. Nótese que el Reglamento General de Protección de Datos europeo (en adelante, RGDP) menciona en su artículo 22 que: “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada *únicamente* en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar”.

En nuestro caso, al ser un tema incipiente en la legislación, más aún en la justicia, todavía no se sabe con acierto qué postura adoptaremos. De momento, Polansky (2020), al apreciar la implementación local de estas herramientas,

4 Véase el análisis de la Suprema Corte de Wisconsin, *State of Wisconsin v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016).

ha sugerido un criterio similar al adoptado por los tribunales norteamericanos. A su entender, la necesidad de conocer los algoritmos –salvo limitadas excepciones– resulta imposible, arbitraria y desproporcionada, sobre todo por el hecho de que conocer el código fuente no asegura comprender su funcionamiento, todavía menos para quienes no son expertos en informática. Consecuentemente, siguiendo su análisis, guarda más sentido que los programas sean desarrollados desde una perspectiva de control en el que las herramientas se desarrollen de forma auditable para luego verificar su comportamiento, a la vez que se resguarda el secreto del código. Así no habría una vulneración de nuestros derechos ni tampoco de los intereses del sector privado.

Si bien comparto mucho de lo que sostiene Polansky (2020) en su trabajo, a mi parecer este último escenario solo podría plantearse en un futuro ideal en el que estas técnicas ya sean implementadas y aceptadas por la generalidad como consecuencia de haberse demostrado su validez y confiabilidad en la práctica. Hoy, ante su disruptiva llegada, resulta sumamente difícil –por no decir imposible– que un tribunal acepte su implementación solo con base en tales criterios, máxime en la toma de decisión del encarcelamiento preventivo.

Por más conveniente que sea dicha sugerencia en términos de practicidad, economía procesal y empresarial, el relevamiento del algoritmo sobreviene necesario a modo de garantizar el debido proceso del imputado. Incluso si su funcionamiento no es comprendido por cuestiones técnicas, al menos le daría la posibilidad de que aporte contrapruebas que lo cuestionen (ya sea a través del testimonio de expertos o de pericias, entre otras opciones).

Con motivo de todo ello, me inclino por la segunda propuesta que plantea el autor, en la que proyecta la idea de que estos programas sean desarrollados por entes estatales. Ello permitiría que los códigos fuentes sean puestos disposición de la justicia, con el agregado de que no tendrían ningún interés empresarial por vetar.

Igual complementaría esta propuesta con la posibilidad de que se pueda, con motivos fundados, conocer a quienes hayan intervenido en la programación a modo de que puedan brindar testimonio para explicar su funcionamiento. O bien, de considerarse esto impracticable, podría pensarse en la exigencia de un manual elaborado por el diseñador a esos mismos fines.

Así, en la medida en que haya trazabilidad y un adecuado entendimiento de estos programas, ya no habrá vulneración al derecho de defensa del imputado.

2.2. Algoritmos sesgados y la presunción de inocencia

El principio de inocencia le garantiza al imputado el derecho de mantener el estatus de inocencia durante el proceso penal hasta tanto haya una sentencia firme en su contra. Por ende, es problemático, en este entendimiento, que se acepte la evidencia de un programa susceptible de sesgos.

La crítica no está puesta en el uso de la herramienta en sí, sino en la dudosa legitimidad de los datos que la alimentan y las directivas con las que opera. Es decir, en el temor de que sus diseñadores proyecten, y en buena medida acentúen, prejuicios en la programación del algoritmo.⁵

Afortunadamente, no faltan voces que relativicen este problema. Son muchos los autores que con recelo cuestionan estas técnicas por considerar que pondrían en tela de juicio la inocencia del investigado. Les preocupa que, a través de estos programas, en lugar de eliminar nuestros sesgos, solo los estemos escondiendo. Y lo que es peor, que bajo la etiqueta de valoración de riesgos se disfraze una versión tecnológica de pronósticos de peligrosidad (Riquert, 2022).

A modo de ejemplo, podríamos citar al caso más polémico que con frecuencia es aludido por la doctrina: la herramienta COMPAS (siglas asignadas por su denominación en inglés, Correctional Offender Management Profiling Alternative Sanctions), creada por la empresa Norhpoint. Se trata de una IA que opera a través de un algoritmo no público y protegido, cuya función es predecir el riesgo de reincidencia de un individuo sobre la base de un análisis compuesto a partir de las respuestas que este brinda en una encuesta predeterminada.

Si bien la aplicación de este programa ya se ve ampliamente extendida en el sistema judicial estadounidense, su legitimidad fue puesta en duda por muchos doctrinarios, entre otros, por Cecilia Danesi (2020).

Los estudios realizados han dejado en evidencia los sesgos raciales que esta posee en perjuicio de determinadas minorías. En efecto, a partir de la investigación realizada por la ONG ProPublica, se comprobó que en varios casos a las personas afroamericanas se les asignaba un puntaje más alto, a pesar de que luego no reincidían, y, a la inversa, personas caucásicas a las que les fijaba puntaje bajo, aunque después reincidían (Riquert, 2022).

De ahí que también resulte forzoso alarmar sobre las limitaciones de estas técnicas al momento de su implementación, en virtud de que, solo conociéndolas, el magistrado (o, en su caso, el jurado) hará una valoración de mayor cautela sobre el pronóstico que arroje.

5 Cobra relevancia aquí la idea de la tiranía del programador que postula Pastor (2017) en su artículo.

Sin dudas, estas técnicas, como toda creación humana, no son inmunes a los prejuicios que sobre ellas se proyecten. Pero, por fortuna, esas proyecciones sesgadas son más fáciles de identificar –y, a partir de ahí, de minimizar– en una máquina auditable que en heurísticos humanos.

Por ende, y hasta tanto se desarrollen sistemas de IA más perfectos y sofisticados, capaces de predecir de forma casi absolutamente objetiva y automatizada el comportamiento criminal de un delincuente sin entrar en el estudio de su personalidad, tendremos que buscar una manera para que estos sistemas (no tan perfectos) puedan aplicarse sin vulnerar garantías procesales.

En definitiva, la respuesta a esta polémica estará dada en el diseño del algoritmo o, mejor dicho, en los datos que este tenga en cuenta, el peso que les atribuirá y los términos bajo los que sea delineado.

La IAJVR pensada en esta instancia, como detallé desde un principio, se nutriría de información general (normativa, doctrina y jurisprudencia), en contraste con aquella más particular (relativa al investigado, al delito y a las circunstancias del caso bajo estudio).

Con ello, primero debe evitarse la elaboración de patrones tendenciales basados en herramientas actuariales que hagan proyectar al algoritmo ciertos prejuicios. Es decir, han de desterrarse cualquier tipo de índices sobre la base de categorías “sospechosas”, sin importar si con ello pudiera verse reducido el nivel de acierto de la herramienta, pues sin dudas será mejor que yerre con falsos riesgos negativos y no positivos.⁶

Recuérdese que cuanto mayor sea la calidad de los datos que nutran al algoritmo y cuanto mejor, en términos de variables cuantitativas y cualitativas, esté diseñado el código del sistema, menor será el riesgo de estos pronósticos injustos (Miró Llinares, 2018).

A su vez, el diseño del proyecto deberá abordarse desde una visión pluri-disciplinaria para evitar caer en esta tentación inconsciente –muy humana, por cierto– de incorporar juicios de valor u opiniones en la determinación del nivel de los parámetros. Por lo que resulta recomendable que sean diseñados por equipos que incluyan científicos y juristas capaces de establecer, en conjunto, los criterios jurídicos y criminológicos para la clasificación e interpretación legítima del sistema. El equilibrio entre las disciplinas generaría un programa dotado de data científica, aunque limitado por el derecho.

Hay quienes igualmente objetarían su utilización ya no por lo sesgos, sino

6 Con acierto “es preferible que se deje impune el delito de un culpable antes que condenar a un inocente” (Fenoll Nieva, 2016, p. 4).

por considerar que la evidencia producto de estas herramientas podría potenciar algo similar a lo que en reportes y artículos norteamericanos han denominado “efecto CSI”,⁷ es decir, a cuando el jurado (o juez, en su caso) le da un valor probatorio desproporcionadamente elevado a determinada evidencia calificada como científica, lo que, a su vez, suele hacer lugar a un decisorio basado solamente en ese elemento probatorio.

Esta cuestión plantea cierta afectación al principio de imparcialidad del juez, y pienso que para ello sería beneficiosa la adopción de un comité científico planteada por Polansky (2020). Más precisamente, uno conformado por expertos reconocidos en sus disciplinas, miembros del Ministerio Público Fiscal y del Ministerio Público de la Defensa, como también representantes de los colegios públicos de abogados, los cuales corroboren el correcto funcionamiento de los diferentes programas que se utilizan en la justicia del país.

A tal efecto, el comité podría realizar pruebas testigo y conocer el margen de error o las cuestiones que resultasen relevantes para mejorarlas. Y así, en alguna medida, quedaría determinado –y luego publicitado– el grado de confianza que debería dársele a la evidencia que producen los sistemas.

En suma, si se aplicaran estos condicionamientos, la IAJVR no sería un atropello al debido proceso, sino que, por lo contrario, contribuiría a proyectar la realidad de la prisión provisional de un modo cuanto menos más respetuoso de la presunción de inocencia del imputado.

3. Conclusión

Los problemas que nos presenta el avance tecnológico plantean la necesidad de introducir un matiz en su aplicación, sobre todo en el ámbito del derecho penal. Podemos adoptar una visión entusiasta (y negadora), una visión fatalista (y exagerada) o bien buscar –en algún lugar entre ellas en el que ambas puedan resultar acertadas– el camino por el que debería transitar un uso responsable de la IA en el proceso penal.

Este matiz, en respuesta al interrogante que encabeza este trabajo, estará puesto en acercarnos al binomio “el humano conocido” y “la máquina por conocer”. Algo así como un sistema de frenos y contrapesos a partir del cual se auxilien y, a la vez, se vigilen en su actuar a fin de que se mantengan en equilibrio.

7 Se conoce como “efecto CSI” al impacto que las series de ficción han causado en la audiencia; enfoca hasta qué punto la espectacularidad y la celeridad de la ficción han influido en la percepción del público al explicarle cómo se desarrolla supuestamente una investigación criminal (Quiñones Urquiza, 2017).

Está claro que los errores forman parte sustancial de la actividad humana, y lo mismo cabe decir –aunque en menor medida– de la IA. Pero aceptar sus y nuestras limitaciones es lo que, en definitiva, contribuirá a una más eficiente moderación de ambas.

Así, y dentro de los términos expuestos, la IAJVR podría ser una aliada de la justicia y del propio imputado en la toma de decisión de la prisión preventiva. Insisto igualmente en que al menos por ahora, y como punto de partida, solo será un instrumento para acompañar a los responsables de la impartición de justicia con el fin de aproximarnos a una solución más acertada en cada caso. Pues “frente a las nuevas tecnologías ni fobia ni euforia” (Pastor, 2019, p. 41).

Bibliografía

- Castellano, P. S. (2021). *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Bosch Editor.
- Compton, J. (27 de marzo de 2019). Data Quality: The Risks of Dirty Data And AI. *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/intelai/2019/03/27/the-risks-of-dirty-data-and-ai/?sh=67eb08fb2dc7>.
- Danesi, C. (2020). *Inteligencia artificial, tecnologías emergentes y derecho*. Hammurabi.
- Dupuy, D., Corvalán, J. G. (Dirs.). (2021). *Cibercrimen III. Inteligencia Artificial. Automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal*. Euros Editores S.R.L.
- Grupo GIFT. (2017). *Inteligencia artificial, filosofía y derecho. La Ley, Suplemento de Innovación y Derecho*, (1), 7-8.
- Miró, F. (s.f.). *Cuestionario - Sección II Delitos en el Código Penal*. https://www.penal.org/sites/default/files/Questionnaires%20ES_1.pdf
- Miró Llinares, F. (2018). Inteligencia artificial y justicia penal: más allá de los resultados lesivos causados por robots. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (20), 87-130.
- Murphy, E. (2007). The new forensics: criminal justice, false certainty and the second generation of scientific evidence. *California Review*, 95, 721-797.
- Navarro, J. B. (2020). Algunas reflexiones sobre la viabilidad de la inteligencia artificial en el proceso penal. *Revista Inmexius. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal del Instituto Mexicano de Estudios y Consultorías en Derecho*, (40), 16-24.
- Nieva Fenoll, J. (2016). La razón de ser de la presunción de inocencia. *InDret: revista para el análisis del derecho*, (1), 1-23. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1203_es.pdf.
- Pastor, D. (2002). *El encarcelamiento preventivo en Tensiones ¿Derechos fundamentales o persecución penal sin límites?* Editores del Puerto.
- Pastor, D. (2017). El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar. *Diario Penal*, (175), Episodio 6, 1-19.
- Pastor, D. (2019). *Neurociencias, tecnologías disruptivas y tribunales digitales*. Hammurabi.

- Polansky, J. A. (2020). *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Hammurabi.
- Quiñones Urquiza, L. (23 de octubre de 2017). Efecto CSI: el impacto de las series de ficción a la hora de analizar un caso criminal real. *La Nación* <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/efecto-csi-el-impacto-de-las-series-de-ficcion-a-la-hora-de-analizar-un-caso-criminal-real-nid2074690/>.
- Riquert, M. A. (2022). *Inteligencia artificial y derecho penal*. Ediar.
- Romeo Casabona, C. M. (2021). Inteligencia artificial, predictividad y justicia penal. En Dupuy, D. y Corvalán, J. G. (Dirs.), *Cibercrimen III. Inteligencia Artificial. Automatización, algoritmos y predicciones en el Derecho penal y procesal penal* (pp. 183-208). Euros Editores.
- Simón Castellano, P. (2021). *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. J. M. Bosch Editor.
- Vilanova Sánchez, M. (2021). La presunción de inocencia ante las herramientas estructuradas de valoración de riesgo. *La Ley, Suplemento de Innovación y Derecho*, (2), 2-5.

Jurisprudencia citada

Suprema Corte de Wisconsin, *State of Wisconsin v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016).

RECENSIONES

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. FUNDAMENTO DEL ORDEN JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

Alfonso Santiago

Buenos Aires, Ábaco, 2022, 219 páginas

Alfonso Santiago es un intelectual de profunda solvencia en el estudio de los grandes temas de la política, el derecho, la filosofía y la antropología. Esa versación interdisciplinaria enriquece su abordaje de las grandes cuestiones de nuestro tiempo. Sus aportes conjugan el conocimiento preciso de las cuestiones más acuciantes que debate la sociedad con la consideración de los grandes principios en juego que resultan decisivos para dar un cauce seguro a la marcha de las instituciones políticas y jurídicas de nuestra nación y de la región. Justamente es sobre uno de esos grandes principios, el de la dignidad de la persona humana, que ahora ha publicado el Dr. Santiago una obra de síntesis y que está llamada a ser punto de referencia para todos los que quieran aproximarse a este fundamento del orden jurídico nacional e internacional.

Ante todo, corresponde aclarar que este libro se enmarca en una trilogía que comenzó con un primer volumen sobre el concepto de “bien común político”, “clave de bóveda de toda la teoría política personalista” (p. 14), y continuará con un futuro trabajo sobre la teoría constitucional personalista. Esta precisión resulta, a mi entender, fundamental para comprender el alcance de la obra. Se nota en Alfonso Santiago una inculcable pasión por participar del debate público con una propuesta racional y dialogante, comprensible para sus contemporáneos. Las páginas del libro dejan entrever esa vocación docente del autor, que ofrece perspectiva histórica, otorga sentido, dialoga con juristas e intelectuales, explica los fundamentos de sus afirmaciones y trata de convencer sobre la verdad que encierran los conceptos transmitidos.

A 75 años de los juicios de Núremberg que, junto con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la sanción de la Constitución de Alemania de 1949, son los tres hitos que para Santiago marcan el comienzo de una nueva era del derecho, la obra resulta una meditada y profunda

puesta al día de los debates sobre la “igual e inviolable dignidad de la persona humana” (p. 17). En efecto, como bien explica el capítulo primero de la obra, en estos años se han desarrollado distintos procesos vinculados con la expansión de las democracias constitucionales, la progresiva constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos y el nacimiento de las instituciones de integración regional y multilaterales. Todo ello ha significado un profundo cambio en la teoría y práctica jurídicas, en lo que Santiago llama “un nuevo paradigma jurídico”. La obra resume los rasgos fundamentales de estos cambios y también deja entrever algunos de sus riesgos.

Estamos, pues, ante una obra que nos ofrece una suerte de balance de lo que ha sucedido en el campo del derecho en torno a la persona humana y su igual e inviolable dignidad. En realidad, el texto conjuga lo descriptivo de los grandes procesos vividos en el campo del derecho y lo prescriptivo, es decir, el campo del deber ser que es exigencia de la misma dignidad. En este punto, puede verse en Santiago a un optimista realista que no oculta los evidentes riesgos que presentan esos procesos verificables en el campo de los derechos humanos, y los afronta confiando en que se puedan encauzar para respetar esa igual e inviolable dignidad de la persona humana.

En su optimismo, Santiago enumera frutos “concretos y tangibles” que han sido consecuencia del reconocimiento del principio de la dignidad de la persona humana:

la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos; el fin del *apartheid* en Sudáfrica; el derrumbe de los sistemas totalitarios comunistas en Europa del Este; la equiparación de derechos entre hombres y mujeres en buena parte de los países del mundo; el progresivo reconocimiento y vigencia de los derechos humanos en muchos ámbitos del mundo; la extensión de la democracia constitucional como forma de Estado a través de las distintas olas democráticas que se han ido sucediendo desde 1945; el progresivo fin del colonialismo a partir de 1945; las fuertes condenas a las diferentes formas de terrorismo de Estado en América Latina y en otras regiones del mundo; el desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos, que ofrece una tutela complementaria y subsidiaria de la que brindan los ordenamientos nacionales; la puesta en marcha de procesos regionales de integración que fomentan la cooperación entre los países y reducen fuertemente la posibilidad de conflictos bélicos entre ellos; la creación de organismos multilaterales de cooperación internacional; los crecientes mecanismos de participación de los ciudadanos y organizaciones sociales [...]; el reconocimiento y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial de los grupos más vulnerables, etcétera. (pp. 59-60)

En su realismo, Santiago advierte que “mientras hay una disminución progresiva de la discrecionalidad en la actuación de los poderes políticos, se verifica y promueve un notable aumento en la discrecionalidad de los jueces en su función jurisdiccional y constitucional” (p. 41). Por cierto, el autor reconoce la importancia que han tenido los jueces en tanto “protagonistas y artífices de una creciente concientización y protección de los derechos humanos en nuestras democracias constitucionales” (p. 39). Pero advierte que “el modelo propuesto tiene dos riesgos principales: la extralimitación judicial, y una impronta excesivamente individualista y relativista en la concepción e instrumentación de los derechos humanos que llegue a desvirtuar su contenido y alcance” (p. 42). Para Santiago, el riesgo son jueces “iluminados” o “profetas”, que adquieran excesivo protagonismo y un “vetetismo judicial”, con desatención de las causas normales y habituales y atención a las grandes causas, y el “riesgo latente de una politización indebida del poder judicial” (p. 43). Si bien entiende que “hasta fines del siglo XX la realidad de los tribunales constitucionales latinoamericanos no han sido las cortes activistas, sino que, en todo caso, tendió a predominar un cierto permisivismo judicial”, “ahora despunta el peligro de cortes alocadamente activistas, como ponen de manifiesto algunos fallos del Tribunal Constitucional colombiano” (p. 43).

Justamente, la dignidad ha sido uno de los conceptos que ha estado en el centro de estas transformaciones judiciales y del peligro del activismo judicial, como lo explica bien el mismo Santiago en el capítulo X, donde se analiza la tendencia a identificar la dignidad con la autonomía. El punto es clave, y podríamos decir que todo el libro es un esfuerzo de Alfonso Santiago para darle a la dignidad su adecuado alcance y significado, evitando los excesos que conducen a un activismo judicial que se tornó contrario a la misma persona humana.

Una de las riquezas de la obra es la capacidad de síntesis que nos ofrece Santiago. Síntesis antropológica, que brinda una visión actualizada de las principales líneas del personalismo solidario que propone como fundamento del orden jurídico. Síntesis jurídica, al considerar todas las proyecciones y exigencias de justicia que se derivan de la dignidad de la persona humana. En este sentido, la obra no se reduce, como suele ocurrir en otros casos, a los problemas vinculados con la moral individual y la dignidad humana, o bien a los problemas de la bioética y la dignidad humana. En su búsqueda de diálogo, Santiago enfatiza que “la dignidad no es un dogma de fe ni un postulado ideológico. Es una realidad que se descubre no bien se reconocen las enormes diferencias que distinguen a los seres humanos de las otras realidades existentes en el mundo”

(p. 55). Intenta así responder a los que quieren equiparar al ser humano con los animales, a los que consideran a la dignidad como una “imposición de la cultura occidental”, a los que asumen un pesimismo antropológico, a los relativistas, a los que consideran que la dignidad sería un concepto genérico y vacío (p. 62). También busca proponer una concepción de la dignidad que nos preserve del antropocentrismo, del subjetivismo, del relativismo, del individualismo, del egocentrismo, del activismo, del pragmatismo, del hedonismo, del consumismo y de la autorreferencialidad narcisista (p. 114).

En otra de sus didácticas y ricas enumeraciones, el autor recapitula las características de la dignidad de la persona humana: universal, personal, igual, eminente, intrínseca e inherente, sustancial y originaria, inviolable e intangible, indisponible e irrenunciable (pp. 69-71). Y no oculta que, en el fondo, en una concepción de laicidad positiva, Dios es el fundamento del orden de toda la realidad y, por eso, “la dignidad de la persona humana y los derechos humanos que de ella derivan tienen un fundamento teórico y práctico más sólido, si la persona humana es considerada *imago Dei*” (p. 73). Todos estos desarrollos antropológicos culminan en su propuesta –audaz, al decir del mismo autor– de una definición de la persona humana, entendida

como un sujeto psico-físico y espiritual, particularmente digno y excelente, portador de un acto de ser propio que le hace ser único e irrepetible y a la vez de un modo de ser que comparte con los demás seres humanos, situado en un determinado contexto histórico, social, cultural y ambiental en el que está inserto y con el que interactúa para transformarlo, abierto al diálogo, el encuentro, la interacción y la amistad con sus semejantes y con Dios. (pp. 84-85)

Esta definición revela que la obra es el fruto de una maduración larga y profunda de ideas en un autor que está haciendo un aporte propio y original al pensamiento.

Su propuesta se complementa luego con la enunciación de las notas centrales del modo de ser de la persona humana: espiritual, racional, corporal, sexuada, libre, activa y proactiva, moral, afectiva, religiosa, social, familiar, política, ecológica, temporal, histórica, cultural, trabajadora y productiva, semántica, hermenéutica y simbólica, teleológica y proyectiva, doliente, mortal, limitada, débil, compleja, conflictiva, comunicativa y lingüística, artística, lúdica (pp. 90-105).

Luego de esta síntesis antropológica sobre la dignidad, la persona y el obrar humano, la obra desarrolla un aporte original y excelente sobre las exigencias

de la dignidad en relación con la alteridad humana. En efecto, no pocas veces nos domina una visión individualista de la persona humana y su dignidad.

El tema de la alteridad y la sociabilidad es clave en la obra de Santiago, pues luego de explicar en el capítulo III quién es la persona humana; en el capítulo IV, cómo es la persona humana; y en el capítulo V, cómo actúa la persona humana en sus implicaciones éticas, a partir del capítulo VI se detiene en la sociabilidad de la persona, las relaciones entre la persona, los grupos sociales y la comunidad política (VII), en las instituciones y la confianza social (VIII) y en la visión personalista del gobierno y del poder (IX). Su abordaje es, nuevamente, realista, pues toma en cuenta tanto la dimensión de la cooperación como la del conflicto, sabiendo que la cooperación puede predominar, pero no eliminar el conflicto (p. 123).

La obra entra en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas de nuestro tiempo, a partir de una clara tradición iusnaturalista. Es notable el esfuerzo del autor por presentar el personalismo solidario como camino verdadero ante las tendencias individualistas y colectivistas que asoman en el horizonte jurídico, político y cultural de nuestro tiempo.

La obra proyecta las exigencias de justicia derivadas de la dignidad en todas las áreas y dimensiones de la vida personal, familiar, social y política, desde la bioética hasta la familia, desde el trabajo hasta la empresa, desde las cuestiones ambientales hasta las problemáticas internacionales. Nuevamente, el autor nos propone una clara y completa enumeración de principios que se derivan de la dignidad: primacía de la persona humana, reconocimiento y protección de derechos humanos, intangibilidad de la vida humana, participación social y política, existencia y consistencia de una sociedad civil, reconocimiento y apoyo a la iniciativa económica privada y su integración en un marco cultural, ético y jurídico que garantice su conformidad con un armónico desarrollo personal y social, igualdad e inclusión social, protección de la familia, promoción de la educación, globalización que respete y promueva las identidades culturales, protección del medio ambiente como forma de desarrollo humano y de solidaridad intergeneracional (pp. 167-174).

Santiago escribe desde la convicción de que “en lo que hace al mundo jurídico y político, siempre el derecho y la acción de gobierno son pensados y decididos desde alguna postura sobre los bienes y valores”, ya que “no es posible una supuesta neutralidad a la hora de adoptar las decisiones que nos comprometen a todos” (p. 115).

Así, en el escenario de los debates públicos, su propuesta sobre la igual e

inviolable dignidad de la persona humana es clara, valiente, propositiva, entusiasmante, humanista, integral, aguda, fundada, racional, abierta al diálogo y comprometida. Le agradecemos esta obra y esperamos que pronto publique la teoría constitucional personalista que completará la trilogía que comenzó con el libro sobre el bien común político.

Jorge Nicolás Lafferriere

Pontificia Universidad Católica Argentina

nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA PATAGONIA NORTE. PROVINCIAS DE RÍO NEGRO Y NEUQUÉN. FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y CONSTITUCIONALES

Juan Bautista Justo

Buenos Aires, Ábaco, 2022, 2 tomos, 1919 páginas

En general, al analizar la situación de la República Argentina en el universo de la producción académica internacional, los estudios dedicados al tópico ubican a nuestro país –como al resto de los países latinoamericanos– en la periferia del sistema científico global en oposición al centro integrado por las potencias mundiales (Beigel, 2014, p. 617). Sin embargo, los niveles de producción académica no son homogéneos dentro de nuestro Estado federal, observándose asimetrías entre las distintas regiones de la Argentina.¹

En ese contexto federal, los juristas del interior del país se enfrentan al desafío de desarrollar una producción académica propia que aborde con precisión las singularidades del derecho local, pero sin soslayar la calidad de los abordajes teóricos que conforman el núcleo conceptual de las diversas disciplinas.

La obra de Juan Bautista Justo responde magistralmente a esos parámetros, pues combina un exhaustivo análisis de las instituciones locales de las provincias de Neuquén y de Río Negro con un profundo examen de las cuestiones teóricas centrales de la ciencia del derecho administrativo. Dan cuenta de ello los dos tomos que componen la obra, con 1919 páginas y 3439 notas al pie en total.

En efecto, por la extensión, la profundidad del relevamiento bibliográfico y la investigación aguda de la jurisprudencia nacional e internacional, la obra re-

1 Ello se vislumbra como una faceta más de las múltiples desigualdades que padece el federalismo argentino y que se extiende hacia el sistema educativo en todas sus instancias. En tal sentido, se ha expresado que una de las propuestas para fortalecer el federalismo en la República Argentina es, justamente, federalizar la educación (ver Hernández, 2020, p. 203).

sulta ser un verdadero tratado.² Empero, el encuadre dentro del género mencionado no implica necesariamente que su público enunciatario se circunscriba únicamente a la academia especializada, pues el libro –a pesar de su erudición en algunos tramos– servirá para el auditorio estudiantil, en especial para los alumnos de la Universidad Nacional del Comahue,³ donde el autor enseña Derecho Administrativo.

Para fundamentar el recorte espacial de la obra, Justo (2022) expresa, con razón, que

Al final de cuentas, la Patagonia ha sido constituida en función de intereses externos a ella. Esa es su cruz. Es tiempo de poner esa cruz a un lado del camino; dar vuelta la página. El primer paso para lograrlo es dejar de pensar nuestra región según divisiones jurisdiccionales que responden a una visión que solo la considera una fuente de insumos energéticos, pero que no apuesta por su desarrollo autónomo y sustentable. Por eso hablamos de la Patagonia Norte y no de Neuquén y Río Negro como entidades aisladas. (t. 1, p. 19)

La obra se encuentra dividida en dos tomos, denominados “Parte General” y “Proceso Administrativo y nuevos escenarios de la Administración”. Ambos comparten, en numeración correlativa, tres secciones con veintitrés capítulos.

La primera sección –que ocupa todo el primer tomo de la obra– se titula “Parte General” y está compuesta de diez capítulos. En el capítulo I, “Estrategia del Derecho Administrativo”, el autor analiza la razón de ser de la disciplina, sus objetivos y sus fuerzas históricas fundacionales. Posteriormente, en el capítulo II –como destaca Alberto Bianchi en el prólogo– Justo se preocupa especialmente de situar al lector en el contexto geográfico y político de la región en la que focaliza su estudio, al brindarnos una sutil perspectiva histórica de la creación estatal de la Patagonia Norte. Coincido en su apreciación en cuanto a que:

El ADN de la Norpatagonia se sintetiza en esa estrategia productivo-militar-identitaria llevada a cabo por el Estado nacional durante casi setenta años, que ve a la región como un fabuloso depósito de materias primas necesarias para el desarrollo del país; un reservorio que siempre está amenazado por la escasez demográfica y el riesgo de ataques a la soberanía nacional. La intervención estatal en

2 Para un desarrollo *in extenso* de la clasificación de los géneros discursivos de la doctrina jurídica, ver Vitetta (2022, p. 374).

3 Debe recordarse que la citada casa de estudios tiene la particularidad de estar anclada en dos provincias –Río Negro y Neuquén– con la consecuente necesidad de que el estudio del derecho local aborde las características distintivas de ambas jurisdicciones.

especial a través de la presencia militar, la planificación y la técnica del fomento fue la respuesta unívoca ante ese diagnóstico. (Justo, 2022, t. 1, p. 92)

Por otra parte, el capítulo III, “Bases constitucionales de la función administrativa”, se vislumbra como una genuina declaración de principios del autor, al posicionar su obra dentro del paradigma moderno del derecho administrativo y a superar la crisis del modelo tradicional de la disciplina, construido “históricamente como un derecho sin anclaje constitucional” (Balbín, 2020, p. 163). Sin embargo, con relación a la Patagonia Norte, es preciso lo que manifiesta Justo (2022) en cuanto a que:

El objetivo de sometimiento de la Administración al Derecho cuenta con un importante desarrollo en las constituciones norpatagónicas. Ambas provincias ofrecen –con diferentes matices– una sólida estructura constitucional que recepta los grandes postulados del Estado Social de Derecho y que marcan la primera coordenada básica sobre la cual debe operar la Administración. (t. 1, p. 198)

A continuación, en los capítulos IV a X, se desarrollan los aspectos introductorios de la disciplina, la organización administrativa, los órganos de control, los actos, los contratos y los reglamentos administrativos y la responsabilidad del Estado. En esta sección del libro, el autor mixtura con habilidad un análisis teórico-general de los temas principales del derecho administrativo con el estudio aplicado de dicho marco conceptual a la Patagonia Norte.

La segunda sección –ubicada en el tomo dos– se compone de once capítulos y está dedicada al derecho procesal administrativo de las provincias de Neuquén y Río Negro. Justo examina con detalle los principales institutos del proceso administrativo de ambas jurisdicciones, en un *iter* que inicia en el capítulo XI: “El control judicial de la Administración Pública en Argentina”. Allí, el autor reconoce la tensión profunda que vive la materia, producto –entre otros factores– de la expansión del control judicial. Al respecto, Justo (2022) nos advierte:

El Derecho administrativo argentino vive un punto de inflexión. Conviven en él fuerzas contradictorias: por un lado, un modelo tradicional que conjuga la exigencia de control judicial suficiente con barreras de acceso a los tribunales, limitaciones en el grado de revisión y formas de neutralización de la eficacia de la acción judicial. Por el otro, las nuevas tendencias en materia de operatividad de los derechos, control de convencionalidad, tutela judicial efectiva y acciones colectivas dan cuenta de un notable incremento del poder de fuego de los tribunales. (t. 2, p. 92)

La opinión del autor nos rememora la directa vinculación del mencionado cambio de rol de los jueces con el fenómeno de “judicialización de la política”,⁴ que implica no solo una expansión del control judicial de los actos de la Administración pública, sino que incluye una “presencia cada vez mayor de los procesos judiciales y de los fallos de los tribunales en la vida política y social” (Sieder et al., 2020, p. 19)

Luego, en los capítulos XII a XXI, el autor despliega un fino estudio sobre los procesos administrativos en la Patagonia Norte. Los capítulos XII a XIX están dedicados al estudio de los procesos administrativos en Neuquén. Allí analiza el modelo neuquino del control judicial de la Administración pública, la competencia procesal administrativa, los presupuestos de acceso y la estructura del proceso administrativo, la tutela cautelar, la ejecución de sentencia y la Administración pública actora. Por su parte, en los capítulos XX y XXI explica los presupuestos de acceso a la instancia judicial y la estructura del proceso administrativo en Río Negro.

Dada la profusa densidad del estudio legislativo, doctrinario y jurisprudencial que realiza el autor, no me detendré en un examen conceptual de los diversos tópicos relativos a los procesos administrativos, pues ello excedería el objeto de este trabajo o bien implicaría un recorte arbitrario de la exhaustiva investigación aplicada de la obra. En cambio, sí estimo relevante destacar la metodología comparativa que utiliza Justo, pues si bien desarrolla por separado las características distintivas de ambas jurisdicciones, no abandona su idea primigenia de considerar a la Patagonia Norte como una unidad.⁵ Por ejemplo, al analizar el criterio de determinación de la competencia procesal administrativa en Neuquén, Justo (2022) afirma:

La presencia de la Administración como parte integrante de la relación jurídica procesal no alcanza por sí sola para fijar la competencia sino que, además, es im-

4 El fenómeno de la judicialización de la política ha sido definido como “la confianza en los tribunales y en las formas y métodos judiciales para abordar los problemas morales fundamentales de la sociedad, cuestiones relacionadas con las políticas públicas y las controversias políticas. A través de los procesos de control de constitucionalidad (*judicial review*), se somete a consideración de los jueces superiores de todo el mundo a la resolución de una serie amplia de cuestiones, desde el alcance de la libertad de expresión, las libertades religiosas, el derecho a la igualdad, el derecho a la privacidad y las libertades reproductivas hasta temas relacionados con las políticas públicas en materia penal, propiedad, comercio, a la educación, inmigración, el trabajo y la protección ambiental” (Hirschl, 2008, p. 191) (traducción propia).

5 En general, el derecho patagónico se encuentra atravesado por una suerte de “identidad en la diversidad”. Para ampliar, véase Ambroggio (2017, párr. 6).

prescindible que el objeto del pleito integre la materia propia administrativa. Ello evidencia el rechazo del modelo neuquino al criterio subjetivo de fijación de la competencia –que atiende exclusivamente a que el Estado sea parte, como en Río Negro– y la adopción de un criterio mixto, que requiere no solo la presencia de la Administración, sino también la aplicación de normas iuspublicísticas. (t. 2, p. 112)

La tercera sección de la obra se titula “El nuevo escenario de las Administraciones Públicas regionales” y está integrada por el capítulo XXII, “La inserción global de la Patagonia Norte”, y el capítulo XXIII, “El nuevo perfil de la Administración Pública”. A mi criterio, esta sección se nutre de las nuevas tendencias del derecho administrativo global,⁶ pues Justo estudia con profundidad el fenómeno de la deslocalización en la región y el impacto de los diversos regímenes internacionales que condicionan a las Administraciones públicas nacionales y subnacionales. Asimismo, al detallado diagnóstico jurídico, geopolítico y económico expuesto, el autor le adiciona una atractiva exposición de ideas y propuestas para afrontar los desafíos que nos depara el futuro.

Finalmente, puedo afirmar que el título del epílogo, “Ya madura el silencio”, genera una auténtica paradoja, pues la soberbia obra que nos lega Justo, lejos de provocar silencio, estimulará el debate de los diversos tópicos que aborda y reproducirá nuevas voces en la perspectiva regional y federal del derecho administrativo que el autor nos propone.

Adrián Federico Ambroggio

Universidad Nacional del Comahue

fambroggio@gmail.com

6 Ha sido definido como “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica” (Kingsbury et al., 2010, p. 6).

Bibliografía

- Ambroggio, A. F. (20 de septiembre de 2017). El derecho patagónico: Identidad en la diversidad. *Suplemento Patagonia. El Dial*. elDial.com - CC4D5A.
- Balbín, C. (2020). *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*. Astrea.
- Beigel, M. F. (2014). Current tensions and trends in the World Scientific System. *Current Sociology*, 62(5), 617-625.
- Hernández, A. M. (2020). El federalismo argentino. Continuación. Aspectos fiscales y económicos. En Hernández, A. M. y Barrera Buteler, G. (Coords.), *Derecho Público Provincial* (3ª ed., pp. 125-206). La Ley.
- Hirschl, R. (2008). Judicialization of Politics. En Whittington, K., Caldeira, G. y Kelemen, R. D., *The Oxford Handbook of Law and Politics* (p. 191). Oxford University Press.
- Kingsbury, B., Krisch, N. y Stewart, R. (2010). El Surgimiento del Derecho Administrativo Global. *Revista de Derecho Público*, 24(Marzo), 1-46.
- Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A. (2020). Introducción. En Sieder, R., Schjolden, L. y Angell, A., *La judicialización de la política en América Latina* (pp. 19-37). CIESAS.
- Vitetta, M. (2022). El lenguaje claro en la doctrina jurídica: conveniencia de su aplicación en un supuesto de comunicación entre especialistas. *Revista Jurídica Austral*, 3(1), 367-390. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0301>.

SOBRE LOS AUTORES

Manuel Alderete

Abogado (2016) y magíster en Derecho Administrativo con diploma de honor y tesis distinguida por la Universidad Austral (2018). Profesor de Derecho Administrativo en grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Jefe de Gabinete en la Procuración del Tesoro de la Nación (2018-2019) y actualmente abogado senior en el estudio Saravia Frías Abogados.

Correo electrónico: salderete@ius.austral.edu.ar

Ignacio E. Alterini

Abogado y magíster en Derecho Empresario (UCA). Doctor en Derecho (Universidad Austral); su tesis obtuvo la calificación máxima de Aprobado Summa Cum Laude por unanimidad. Director del Departamento de Derecho Civil y de la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral). Profesor asociado de Derecho Privado I, Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños y Derecho Reales (Universidad Austral). Autor y coautor de diez libros, entre los que se destacan el *Código Civil y Comercial Comentado*, *Tratado exegético* (11 tomos y 3 ediciones), *Tratado de los derechos reales* (2 tomos), *Tratado de las obligaciones* (2 tomos) y *Derecho de consumo inmobiliario* (2 tomos), todos ellos editados por La Ley. También es autor y coautor de numerosos capítulos de libros y artículos de investigación jurídica. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidente de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Correo electrónico: ialterini@austral.edu.ar

Adrián Federico Ambroggio

Abogado (Universidad Nacional de Córdoba). Candidato a doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba). Especialista en Derecho de Trabajo (Universidad Nacional del Comahue). Especialista en Finanzas y Derecho Tributario (Universidad de Belgrano). Profesor adjunto regular de Derecho Constitucional I y de Comunicación Jurídica Institucional (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue).

Correo electrónico: fambroggio@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8852-6554>

María Gracia Andía

Doctora en Derecho y Políticas Públicas (Northeastern University, Boston, Massachusetts, Estados Unidos) y abogada (Universidad de Mendoza). Actualmente es titular del Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (OGDAI). Profesora de derecho de grado y posgrado en la Universidad de San Andrés y de posgrado de la Universidad del Salvador. Miembro del Instituto de Metodología de las Ciencias Sociales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Fue investigadora asociada del Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC). Ha sido consultora de organismos internacionales (World Bank Group, Americas Society and Council of the Americas) y asesora de la Cámara de Diputados de la Nación y de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Correo electrónico: mandia@udesa.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0027-5146>

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

Emmanuel Catardo

Abogado (UCA). Grado de Salamanca sobresaliente Cum Laude (Universidad de Salamanca, España). Diploma de Estudios Superiores. Investigador Europeo (Universidad de Salamanca, España). Magister en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Diplomatura en Derecho Civil (Universidad Austral).
Correo electrónico: ecatardo@gmail.com

Inés Colombato

Abogada por la Universidad de Buenos Aires, en donde lleva a cabo tareas de docencia. Maestranda en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Palermo). Actualmente es asesora legal e investigadora en el Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
Correo electrónico: ines.colombato@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4401-8486>

Juan Bautista Etcheverry

Abogado (Universidad Austral de Argentina, 2001) y doctor en Derecho (Universidad de la Coruña, España, 2008). En 2013 se ha incorporado como investigador al CONICET y en 2017 ha sido nombrado profesor titular de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral. Ha sido becario doctoral de la Agencia Española de Cooperación Internacional (programa MUTIS-MAE) y del Ministerio de Educación y Ciencia de España (programa FPI). Asimismo, fue becario posdoctoral del CONICET. Es autor de tres libros (2006, 2009 y 2019), coordinador de otros tres (2010, 2013 y 2015) y autor de varios artículos y capítulos de libros publicados en Alemania, Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, España, Inglaterra, Italia, México, Suiza y Uruguay. Sus trabajos de investigación se han ocupado del positivismo jurídico contemporáneo y de temas de teoría de la interpretación. Actualmente trabaja en cuestiones vinculadas al problema de los límites de la discrecionalidad y la arbitrariedad de las decisiones jurídicas.
Correo electrónico: jbetcheverry@austral.edu.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9018-4293>

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

Jorge Nicolás Lafferriere

Abogado (UBA) y doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Director de Investigación Jurídica Aplicada y de la revista *Prudentia Iuris* de la Facultad de Derecho de la UCA. Director del Centro de Bioética, Persona y Familia y de la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA). Exsecretario académico de la UCA, profesor titular ordinario de Derecho Civil de Abogacía (UCA), profesor en Maestría en Ética Biomédica (Instituto de Bioética, UCA), especialización en Derecho de Familia (UCA) y doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor adjunto regular de la Facultad de Derecho (UBA) y profesor de la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA). Miembro del Instituto de Bioética de

la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y miembro de la Sección de Bioderecho del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires. Exvicepresidente de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family y autor de numerosas publicaciones sobre derecho y bioética en revistas nacionales y extranjeras.
Correo electrónico: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

Pablo Hernán Martos

Abogado con orientación en Derecho Internacional Público por la Universidad de Buenos Aires, donde también se desempeña como docente. Tiene experiencia en el tercer sector. Actualmente es asesor legal en el Órgano Garante del Derecho de Acceso a la Información de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Correo electrónico: pablo_martos@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9421-0900>

Julián Madrid Moreno

Abogado (Universidad de Mendoza) con orientación en Derecho Penal. Becario en Derecho Internacional Humanitario, Uso de la Fuerza Pública y Derechos Humanos por el Comité Internacional de la Cruz Roja. Título de Experto en aplicación del Derecho Internacional en perspectiva comparada (Universidad Autónoma de Madrid y Universidad de Mendoza). Maestrando en Promoción y Defensa Internacional de los Derechos Humanos (Universidad Complutense de Madrid). Director Académico de la Comisión de Derecho Internacional de la Sociedad Peruana de Derecho.

Correo electrónico: julian.madrid@um.edu.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4209-5768>

María Verónica Nolazco

Abogada (diploma de honor, UCA, 2010). Bachiller en Leyes (LL.B., Universidad de Londres, 2013). Máster en Derecho (LL.M., Universidad Austral, 2022). Profesora de Derecho Constitucional e Historia del Derecho (Universidad Austral). Coordinadora académica del Departamento de Derecho Constitucional y de la Maestría en Derecho (LL.M., Universidad Austral). Premio a la Excelencia Académica (Colegio de Abogados de la Capital Federal, 2010). Programa de Liderazgo Parlamentario organizado por la Red de Mujeres por la Democracia (Women's Democracy Network, 2021).
Correo electrónico: vnolazco@austral.edu.ar

Lucía Obligado

Subsecretaria letrada de la Procuración General de la Nación con desempeño en la Asesoría Jurídica. Especialista en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Maestría en curso de la misma especialidad. Abogada (diploma de honor, UBA).

Correo electrónico: lobligado@mpf.gov.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8924-9173>

Catalina Serventich

Abogada (Universidad Torcuato Di Tella) con especialización en Derecho Penal (UBA). Diplomatura Internacional en Ciberdelincuencia y Tecnologías Aplicadas a la Investigación (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Miembro del Newsletter (Observatorio de Ciberdelincuencia y Evidencia Digital en Investigaciones Criminales). Abogada contratada en la Unidad Fiscal Especializada en Delitos y Contravenciones Informáticas (Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Fue oficial en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 6, Secretaría N° 12 (Poder Judicial de la Nación Argentina).

Correo electrónico: cserventich@gmail.com

Lucía María Traverso

Abogada (UCA, 2019). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA) y docente asistente de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (UCA). Ha sido distinguida con diploma de honor (UCA, 2020), Premio a la Excelencia Académica (Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 2019) y por el Honorable Senado de la Nación en el Concurso “A 25 años de la Reforma Constitucional” bajo el eje temático de Coparticipación Federal de Impuestos (2019).

Correo electrónico: luci-traverso@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1910-055X>

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), 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).

Recensiones

Se publicarán recensiones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este.

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: ,³

* En el cuerpo del trabajo no deben emplearse ni subrayados ni negritas. En caso de que sea necesario enfatizar una palabra, se hará entre comillas dobles.

* Abreviaciones

Se deja un espacio después de todo signo de puntuación: A. L. Jiménez y no A.L. Jiménez.

Los acrónimos deben escribirse totalmente con mayúsculas y sin puntuación, por ejemplo: UBA (por Universidad de Buenos Aires).

* Tablas, cuadros y gráficos

Pueden ser realizados con Excel o Power Point, según sea necesario, y ser pegados en el archivo Word como imagen. Además, deberá enviarse el archivo original donde se realizaron para poder corregirlos, si fuera necesario.

* Ilustraciones, mapas, fotografías, dibujos

Deberán ser pegados en el archivo Word y además enviados por separado en alguno de los siguientes formatos: JPG, TIF, PNG, AI, PS en alta resolución.

Citas y bibliografía

Para las citas y las referencias bibliográficas, la RJA sigue el estilo de las normas APA (American Psychological Association) 7a edición. Se recomienda seguir los siguientes ejemplos:

Citas

Las referencias a autores deben estar insertas en el texto y no en nota al pie: (Bianchi, 2005).

Si la cita tiene dos autores, se colocan los dos apellidos: (Marcus y Perry, 1985).

Si la cita tiene tres o más autores, se coloca el primer apellido y “et al.”: (Álvarez et al., 2015).

Si la cita es textual y tiene menos de 40 palabras, se coloca entre comillas sin cursiva:

Las opiniones consultivas cumplen, pues, una función trascendente en el desarrollo de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, ya que, como señala Buergethal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene 40 palabras o más, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

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

Si una cita textual extraída de un trabajo publicado en formato digital no tiene identificado el número de página, se debe identificar el número de párrafo:

Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 9)

Las citas textuales en idioma extranjero se ponen entre comillas y sin cursiva.

Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

* Libro impreso

Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.

* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.

* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.

Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.

* Capítulo de libro

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (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 ratificadoras de tratados internacionales

* Constituciones

* Códigos

* Leyes

* Decretos

* Resoluciones

* Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

* Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)

* Tribunales internacionales

* Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos 247:646.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.

Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/05/2014, [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, N° 154.

Fallos: 329:2316.



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

DERECHO
