



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 4. Número 1. Junio de 2023

Buenos Aires

Argentina



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 4. Número 1. Junio de 2023

Buenos Aires

Argentina

Equipo editorial

Director

Alfonso Santiago (Universidad Austral, Argentina)

Director ejecutivo

Andrés A. Arla (Universidad Austral, Argentina)

Consejo editorial

Manuel José García-Mansilla (Universidad Austral, Argentina)

Juan B. Etcheverry (Universidad Austral, Argentina)

Ignacio E. Alterini (Universidad Austral, Argentina)

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

Comité científico

John Finnis (Oxford University, Reino Unido)

Lawrence Solum (Georgetown University, Estados Unidos)

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

Rodolfo L. Vigo (Universidad Austral, Argentina)

Rafael Navarro Valls (Universidad Complutense de Madrid, España)

Verónica Rodríguez Blanco (Surrey University, Reino Unido)

Guillermo J. Yacobucci (Universidad Austral, Argentina)

Jesús María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Pedro Serna (Universidad de La Coruña, España)

Andrés Ollero Tassara (Universidad Rey Juan Carlos, España)

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

Isabel Trujillo (Università Degli Studi di Palermo, Italia)

Juan Cianciardo (Universidad de Navarra, España)

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

María Carmelina Londoño (Universidad de La Sabana, Colombia)

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

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

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

Sergio Díaz Ricci (Universidad Nacional de Tucumán, Argentina)

Encarnación Fernández Ruíz Gálvez (Universidad de Valencia, España)

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

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

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

Eduardo 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

Les presentamos a nuestros lectores y a la comunidad académica en general un nuevo número de la Revista Jurídica Austral (Volumen 4, Número 1, junio de 2023).

Esta edición semestral viene precedida de dos importantes acontecimientos editoriales: desde la última publicación (diciembre de 2022), la Revista Jurídica Austral ha sido aceptada en Scopus, una de las más significativas bases de datos de resúmenes y citas de artículos en revistas científicas de nivel internacional, a lo que se suma la reciente incorporación al Núcleo Básico de Revistas Científicas del CAICYT-CONICET. Ambas indexaciones se destacan entre las más de treinta obtenidas en el ámbito iberoamericano, lo cual importa un reconocimiento especial a todo el esfuerzo volcado en este proyecto por todos los actores que intervienen en él, fundamentalmente, a los autores que nos aportan sus contribuciones, a los revisores que intervienen en la evaluación de cada uno de los artículos y a todos aquellos que colaboran diariamente desde distintos ámbitos para que este proyecto siga creciendo y produciendo contenidos de alta calidad científica.

Las incorporaciones señaladas conllevan también el valor de brindar una mayor visibilidad a los artículos publicados y a los autores, contribuyendo a un mejoramiento en el acceso a las estadísticas o métricas que permiten ponderar el factor de impacto.

Esta nueva edición se destaca por el trabajo de investigación de Manuel José García-Mansilla, a partir de la existencia de material inédito relevante referido a la historia interna del Congreso Constituyente de Santa Fe que sancionó la Constitución el 1º de mayo de 1853. A partir de material igualmente inédito, el autor plantea la necesidad de analizar y estudiar la influencia que autores como Alexis de Tocqueville y Juan Bautista Alberdi tuvieron en los convencionales constituyentes y en la propia Constitución Nacional.

Le sigue con la misma relevancia la última entrega de Alberto B. Bianchi sobre la historia del Congreso de los Estados Unidos. En esta oportunidad, el estudio final abarca la etapa que va del año 2007 a 2023, titulado “Las idas y vueltas de los últimos años”. Auguramos y deseamos que esta zaga se convierta pronto en un gran libro, lo que probablemente no tardará en ocurrir.

Siguiendo el orden, se destacan también las investigaciones y análisis de Jerónimo Lau Alberdi (“El disidente: a seis años de la llegada de Carlos Rosenkrantz a la Corte Suprema”), Mariela Puga y Leandro Ardoy (“El fallo sobre el Consejo de la Magistratura. Aciertos y debilidades en la decisión de la Corte Suprema”), Ezequiel Caride (“Determinación de la maternidad en el texto original del Código Civil argentino ¿Volver al futuro?”), Juan Pablo Gómez Moreno (“Los retos de la prueba pericial para asegurar un proceso neutro: mito y realidades de la teoría procesal”), Roberto Cruz Palmera

(“Estudio crítico sobre el carácter instrumental en el delito de tráfico de influencia”), María Alejandra Svetaz y Mariano Palacios (“Teoría de la legislación. Notas sobre el estado del arte en la República Argentina”), Pasquale Gianniti (“Prolegómenos”), Lucía Obligado (“Mobbing en el marco de las relaciones de empleo público”) y una recensión de Sofía Calderone sobre la investigación llevada a cabo por Jorge Nicolás Lafferriere y Helga María Lell, en la que se ha relevado de qué modo y con qué variantes ha sido incorporado el concepto de dignidad humana en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (La dignidad a debate: usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Marcial Pons, 2021).

Por último, en el in memoriam que cierra el número, Carlos A. Massini-Correas esboza los caracteres fundamentales del pensamiento de Benedicto XVI, al cumplirse seis meses de su fallecimiento: (“Joseph Ratzinger: La pérdida de un pensador esencial”).

Esperamos que disfruten la lectura de esta nueva edición.

Buenos Aires, junio de 2023

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mg. Andrés Arla
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 9 Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional
Manuel José García-Mansilla
- 87 El Congreso de los Estados Unidos. Las idas y vueltas de los últimos años (2007-2023)
Alberto B. Bianchi
- 147 El disidente: a seis años de la llegada de Carlos Rosenkrantz a la Corte Suprema
Jerónimo Lau Alberdi
- 207 El fallo sobre el Consejo de la Magistratura. Aciertos y debilidades en la decisión de la Corte Suprema
Mariela Gladys Puga - Leandro A. Ardoy
- 249 Determinación de la maternidad en el texto original del Código Civil argentino. ¿Volver al futuro?
Ezequiel Caride
- 277 Los retos de la prueba pericial para asegurar un proceso neutro: mito y realidades de la teoría procesal
Juan Pablo Gómez Moreno
- 307 Estudio crítico sobre el carácter instrumental en el delito de tráfico de influencia
Roberto Cruz Palmera

Análisis, crónicas y comentarios

- 325 Teoría de la legislación. Notas sobre el estado del arte en la República Argentina
María Alejandra Svetaz - Mariano Palacios
- 337 Prolegómenos
Pasquale Gianniti
- 363 Mobbing en el marco de las relaciones de empleo público
Lucía Obligado

Resenciones

- 385 *La dignidad a debate: usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*
de Jorge Nicolás Lafferriere y Helga María Lell (editores)
Sofía Calderone

In memoriam

397 Joseph Ratzinger: la pérdida de un pensador esencial
Carlos I. Massini-Correas

Sobre los autores

403

Normas editoriales

407

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

APORTES INÉDITOS SOBRE LA HISTORIA DEL CONGRESO GENERAL CONSTITUYENTE DE 1853. HOMENAJE A 170 AÑOS DE LA SANCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Manuel José García-Mansilla

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

Recibido: 05/04/2023

Aceptado: 22/05/2023

Resumen

Este trabajo propone la necesidad de considerar la existencia de material inédito relevante referido a la historia interna del Congreso Constituyente de Santa Fe que sancionó la Constitución el 1° de mayo de 1853 y la importancia de revisarlo y estudiarlo en profundidad. A partir de material igualmente inédito, plantea que hay que analizar y estudiar también la influencia de autores como Alexis de Tocqueville y Juan Bautista Alberdi en los convencionales constituyentes de 1853 y en la propia Constitución Nacional.

Palabras clave: Congreso General Constituyente de 1853, Constitución Nacional, Facundo de Zuviria, Juan Bautista Alberdi, Alexis de Tocqueville, La Democracia en América.

Unpublished Contributions on the History of the General Constitutional Convention of 1853. A tribute after 170 Years of the Adoption of the Argentine Constitution

Abstract

This article proposes the need to consider the existence of relevant unpublished materials related to the internal history of the General Constitutional Convention of Santa Fe that adopted the Argentine Constitution on May 1, 1853 and the need to review and study such materials in depth. Based on equally unpublished materials, the article proposes the need to also analyze and study the influence that writers such as Alexis de Tocqueville and Juan Bautista Alberdi had on the constitutional actors of 1853 and the Argentine Constitution itself.

Key words: General Constitutional Convention of 1853, Argentine Constitution, Facundo de Zuviría, Juan Bautista Alberdi, Alexis de Tocqueville, Democracy in America.

1. Introducción¹

El pasado 1º de mayo de 2023 se cumplieron 170 años de la sanción de la Constitución Nacional. Después de tanto tiempo, luego de la innumerable cantidad de historiadores y juristas que se encargaron de su estudio desde el momento en el que entró en vigencia, la tentación natural es concluir que habría poco novedoso para decir sobre la historia interna del Congreso General Constituyente de 1853 y de cómo se hizo nuestra Constitución. Algo similar podría decirse en relación con cuáles fueron las fuentes intelectuales que usaron nuestros constituyentes a la hora de elaborar el proyecto de constitución finalmente sancionado en 1853. Sin embargo, tal como pretendo demostrar en este trabajo, esto no es así. De hecho, aún queda material inédito por recopilar, revisar y analizar y que puede arrojar luz sobre aspectos todavía desconocidos de la historia interna de la Convención de Santa Fe y de la elaboración de la propia Constitución.

El objetivo principal de este artículo es dar cuenta de la existencia de importante material inédito y desconocido que, ya sea por no haberse publicado hasta la fecha o por no habersele prestado atención en su momento, aún no ha sido revisado debidamente por los investigadores. Como objetivo adicional, también planteo la necesidad de estudiar y revisar críticamente el debate sobre las fuentes de la Constitución de 1853. En relación con este punto, entiendo que hay que repensar la influencia que la Constitución de los Estados Unidos tuvo en la nuestra y en el pensamiento de los constituyentes de Santa Fe, así como también reconsiderar el impacto de dos autores importantes sobre los que, normalmente, no se repara o se exagera. Me refiero al francés Alexis de Tocqueville y, naturalmente, a Juan Bautista Alberdi.

En conjunto, la revisión que propongo hacer pretende ser un homenaje a los constituyentes que lideraron el proceso de organización definitiva de la República Argentina y promover el estudio profundo acerca de los orígenes de la Constitución Nacional. Esa revisión es indispensable para una adecuada in-

1 Agradezco a Alberto F. Garay, Antonio María Hernández, Jerónimo Lau Alberdi, María Verónica Nolazco, Guillermo Jensen, Gregorio Uriburu y Ricardo Ramírez Calvo, quienes leyeron diversos borradores de este artículo y me hicieron valiosas críticas y sugerencias que ayudaron a mejorar la versión final. Como corresponde, aclaro que ninguno de ellos tiene responsabilidad alguna por los errores que persistan y por todo aquello que no haya sabido corregir.

interpretación de qué fue lo que hicieron y qué fue lo que comunicaron nuestros constituyentes al momento de sancionar la Constitución que todavía nos rige. Como advirtió el que fuera, tal vez, uno de los más importantes estudiosos de nuestra historia constitucional (hoy injustamente olvidado),

¿Cómo podrán cumplirse el antiguo pero siempre actual consejo de [John] Jay y el no menos prudente de nuestro Alberdi, respecto del conocimiento de los derechos consagrados por las constituciones y de la forma para que los pueblos amen a éstas, si no se conoce su contenido y se ignora su historia? (Dana Montaña, 1960, p. 163)

2. El proyecto del “Gran libro del Centenario de la Constitución”

El 27 de julio de 1929, Juan Antonio González Calderón dio un discurso con motivo de su ingreso a la Junta de Historia y Numismática Americana, que presidía en ese momento Ricardo Levene. La conferencia se titulaba “Cómo se hizo la Constitución Argentina en 1853”. En esa interesante exposición, González Calderón advirtió, entre otras cosas, que: “Las investigaciones históricas hasta ahora no arrojan plena luz acerca de la elaboración del proyecto [de constitución] en el seno de la Comisión de Negocios Constitucionales” (González Calderón, 1929, p. 63).

También destacó que

La historia interna del Congreso Constituyente no se ha hecho todavía por no tenerse a mano los materiales necesarios, cubiertos hasta hoy por el polvo de archivos inexplorados que han de estar esperando la feliz sacudida de algún investigador paciente. (González Calderón, 1929, p. 71)

Un año antes, el profesor santafesino Salvador M. Dana Montaña, de la Universidad Nacional del Litoral, ya se había propuesto suplir esa omisión y presentó un proyecto de investigación de largo aliento para escribir el “Gran libro del Centenario de la Constitución” (Dana Montaña, 1960, p. 166, 1986, p. 10). Su idea, naturalmente, era publicar en 1953 el fruto de todas las investigaciones que hizo para ese trabajo. Aunque su esfuerzo pasó desapercibido, vale la pena recordarlo en detalle.

En el marco de ese interesante proyecto (hoy prácticamente olvidado), el profesor Dana Montaña se ocupó de recopilar material inédito de muchos archivos públicos y privados. El viernes 30 de abril de 1943, en el diario *El Litoral*

de Santa Fe, en una nota titulada “La exposición de manuscritos, impresos y recuerdos del Congreso General Constituyente de 1853 y de sus miembros”, Dana Montaña (30 de abril de 1943) detalló los avances de esa investigación y explicó que el material que había recopilado se iba a exhibir al público al día siguiente en un homenaje por el 90º aniversario de la sanción de la Constitución. En esa nota, el profesor santafesino aclaró que:

La exposición de manuscritos, impresos y recuerdos de la Constitución de 1853, del Congreso General Constituyente que la aprobó y de sus miembros, que la Biblioteca de la Constitución del Instituto de Investigaciones Jurídico-políticas de la Universidad Nacional de Litoral, ha organizado para conmemorar el 90 aniversario de su sanción, como uno de los actos conmemorativos de este fausto acontecimiento, no es una simple exhibición de papeles y objetos antiguos. Corresponde al plan de investigación de las fuentes escritas de la ley fundamental del país, que constituye su función primordial, dentro de las actividades propias del instituto a que pertenece, y significa un esfuerzo, en este y otros órdenes de estudio, cuyo mérito no somos los llamados a destacar. Los libros, periódicos, folletos, cartas y demás manuscritos reunidos en esta oportunidad en la ciudad que fue la sede del referido Congreso, por primera vez en el país desde la sanción de la Constitución del 1º de mayo de 1853, han sido laboriosamente buscados en los archivos y bibliotecas públicas y privadas, de la Capital Federal y de las provincias, después de una minuciosa investigación sobre el elenco de los miembros del Congreso, sobre su participación en la tarea constituyente, sobre sus inspiradores, modelos y críticas y las fuentes legales, doctrinarias e históricas de nuestra ley fundamental. De este modo, aunque faltan algunas piezas de mayor o menor valor bibliográfico o de interés histórico, podemos congratularnos, sin exageración, de haber logrado reunir el mayor número de antecedentes conocidos, aunque inéditos en su mayor parte, del Congreso [Constituyente] que sancionó la Constitución del 53, de sus autores y de la obra por ellos realizada hace 90 años, que se haya conseguido reunir hasta la fecha, desde aquella sanción. (p. 4)

En esa importante nota periodística, Dana Montaña (30 de abril de 1943) planteó que el material que había podido recopilar hasta el momento permitía incorporar para el estudio de la historia interna del Congreso Constituyente y de la Constitución Nacional “valiosos elementos de juicio, imprescindibles siempre para una fiel reconstrucción del espíritu de la Constitución y una exacta comprensión del sentido y del alcance de sus disposiciones” (p. 4).

El material que el profesor afirmaba haber recopilado provenía de dependencias públicas –como el Archivo General de la Nación, la Biblioteca del Congreso de la Nación, la Biblioteca Nacional– y de archivos privados, de

conocidos coleccionistas y de familiares directos de los constituyentes, como los doctores Antonio Santamarina, Raúl de Zuviría, Juan Jacobo Spangenberg Seguí, Rodolfo Bengolea Zapata y Eduardo Mota del Campillo, así como “de eruditos libreros y anticuarios como Julio Suárez y Román Francisco Pardo” (Dana Montaña, 30 de abril de 1943, p. 4).

La edición del diario *El Litoral* del 2 de mayo de 1943 dio cuenta del acto de conmemoración y exhibición de estos antecedentes el día anterior, a la que incluso asistió el presidente de la nación, Dr. Ramón Castillo (al que le quedaba apenas poco más de un mes en el cargo). Ese día se colocó la piedra fundamental para la construcción de un monumento a los constituyentes.²

El 29 de mayo de 1943, Dana Montaña dio una conferencia titulada “La Constitución de 1853 y sus autores e inspiradores”, publicada luego por el Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral (Dana Montaña, 1943, p. 5). En esa disertación pública, luego de destacar “el valor pedagógico de la historia”, citó por primera vez parte de la correspondencia inédita entre Juan Bautista Alberdi y Juan María Gutiérrez, en especial las cartas que Alberdi le envió desde Valparaíso con la primera y segunda edición de las “Bases”. Esas cartas, fechadas el 8 de julio, 15 de agosto, 7 de septiembre y 19 de septiembre de 1852, fueron enviadas por el tucumano cuando todavía el Congreso General Constituyente no había sido formalmente constituido (Dana Montaña, 1943, pp. 15-18). Todas ellas se publicarían recién diez años después en un libro de Jorge M. Mayer (1953, pp. 54-58), el principal biógrafo de Alberdi. El epistolario completo de Gutiérrez, a su vez, tardaría más de 45 años en publicarse, cuando –a instancias de la Biblioteca del Congreso de la Nación– se imprimió en 1990 el séptimo tomo del *Archivo del Doctor Juan María Gutiérrez*.

Dos años después, el 23 de mayo de 1945, como parte de un homenaje con motivo del 92° aniversario de la Constitución de 1853, en un sorprendente trabajo titulado *Las Fuentes y la Historia Interna de la Constitución de 1853* –también publicado en 1945 por el Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral–, el profesor Dana Montaña explicó que el material de archivo recopilado hasta esa fecha había sido preservado para la posteridad. Después de dar cuenta de que había obtenido recientemente los papeles privados de Facundo de Zuviría y de Juan Francisco Seguí, el profesor santafesino aclaró que:

2 “Entusiastamente, con la presencia del presidente de la República, finalizaron los actos conmemorativos del 90 aniversario de la Constitución” (1943, p. 5).

Todos estos documentos y muchos más, como los suministrados por los herederos de los constituyentes Zapata, Del Campillo y Zavalía y los que forman parte de los archivos de Urquiza, Del Carril y Gorostiaga, que paran actualmente en diversos archivos públicos y privados, han sido reproducidos fotográficamente para este trabajo, mediante un procedimiento especial que permite su conservación indefinida y su reproducción ulterior, fiel y nítida, que asegure incluso el peritaje caligráfico, si fuera menester, en caso de extravío o pérdida del original, para comprobar su autenticidad, como se puede apreciar en la exhibición que realizamos hoy de algunos ejemplares en el hall de acceso a este paraninfo [de la Universidad Nacional del Litoral]. Éste es el moderno procedimiento empleado por el Archivo Nacional de los Estados Unidos, de donde, por gentileza del entonces Embajador argentino en aquel país Dr. Felipe A. Espil, traje la interesantísima colección de notas dirigidas a su cancillería por el enviado extraordinario y ministro plenipotenciario ante nuestro país, a la caída de Rosas, Mr. [John] Pendleton, sobre los hechos sobresalientes de aquella época. Figura en esta colección el primer ejemplar de la Constitución aprobada en Santa Fe que llegó a los Estados Unidos, junto con la comunicación diplomática pertinente. (Dana Montaña, 1945, pp. 20-21)

Para mostrar la trascendencia del material inédito que había recopilado para este proyecto de investigación, entre muchas otras, el profesor Dana Montaña transcribió en esos trabajos partes de cartas privadas desconocidas hasta entonces (y, en muchos casos, también hasta ahora), tales como estas:

(i) Carta del 31 de mayo de 1853 de Salustiano Zavalía a Vicente Gallo desde la ciudad de Rosario. Allí, el convencional por la provincia de Tucumán le dice a su primo:

Al recibo de esta carta ya sabrás que el Congreso General Constituyente dio una constitución dictada únicamente por el deseo del bien de la patria, exenta de toda influencia personal, y como tal, buena y adecuada para el régimen de nuestros pueblos. Es federal en el fondo, bien que, como la famosa de los Estados Unidos del Norte, lleva algunas centralizaciones indispensables para establecer un gobierno general fuerte, vínculos nacionales estrechos y bienhechores, y para promover mejor los intereses comunes y de los pueblos confederados. Ya sabrás también que el Director provisorio de la Confederación ha puesto su decreto de obediencia a la Constitución, mandándola cumplir y jurar por todos los pueblos argentinos. Esta nueva gloria le ha cabido al día 25 de mayo; pero quien se ha conquistado una gloria inmortal es don Justo José de Urquiza. Ha desempeñado heroicamente el arduo compromiso que contrajo con la patria, enarbolando la bandera de insurrección contra Rosas; prometió a los pueblos una constitución liberal que llenara sus necesidades y que emanara de su libre voluntad, expresada por sus genuinos representantes, y lo ha cumplido a través de formidables

dificultades. El Congreso le ha diferido ya la gloria de Washington en una nota de remisión de la carta constitucional, por medio de una comisión de su seno. (Dana Montaña, 1943, p. 33)

(ii) Carta de Juan María Gutiérrez a Alejandro Magariños Cervantes del 19 de diciembre de 1858. Esa carta fue dada a conocer por primera vez en 1859. Allí, Gutiérrez describe su accionar público desde la caída de Rosas y hace una suerte de advertencia a su interlocutor, al que le advierte que: “Esto es solo para Ud.: jamás he dado ni daré explicaciones de mi conducta sino a mi propia conciencia” (Gutiérrez, 1859, p. 9).

Y sobre su actuación en la sanción de la Constitución de 1853, Gutiérrez (1859) recuerda:

En todo aquel periodo yo no tuve más pensamiento que el de servir a una situación, destinada a preparar los elementos necesarios para dar una ley fundamental a todo el país y hacer una república legal de la Confederación indefinida, creada por Rosas. Ese iba a ser muy pronto el heroico remedio a todos los males que se sentían. Teniendo una constitución todo se pondría en armonía y la sociedad se fundaría sobre bases políticas que nadie podría remover, ni los pueblos, ni los mandatarios. Serví esta idea como pude y tenía fe en su próxima efectividad”. (p. 10)

Más adelante en esa carta que Dana Montaña rescata en 1943, Gutiérrez agrega que

ya entonces conocía a la mayor parte de mis colegas y estaba persuadido de que la Constitución que dictara el Congreso sería satisfactoria para el país y también para la provincia que no estaba representada en él. Así fue: tuve el honor de pertenecer a la Comisión de Redacción; y ahí está la obra que he concurrido a firmar con otros argentinos, entre los cuales los hay de indudables luces y de probado patriotismo. Esa Constitución es acertada y libre de toda otra influencia que no sea la del bien. Ella no está hecha al paladar de nadie, sino vaciada en el molde mejor que se conoce para vaciar una república federativa, y es inspirada por el deseo ilustrado de servir al progreso y a la libertad. (Dana Montaña, 1943, p. 32)

(iii) Carta de Juan del Campillo a Salvador María del Carril de fecha 4 de diciembre de 1865. Antes de transcribir el contenido de esta importante carta, Dana Montaña (1945) advierte que estos documentos privados asumen

una importancia insospechada para la hermenéutica constitucional, porque tienen el carácter de verdaderas declaraciones contemporáneas del instrumento a interpretar [...]. Una referencia incidental, perdida entre otras expresiones sin valor histórico de otra clase, de una carta escrita contemporáneamente o después de la sanción de la Constitución, pero refiriendo a ella o a los acontecimientos que la determinaron, puede revelar datos o contener valiosos elementos de juicio, con frecuencia *únicos*, para dilucidar un punto ignorado o controvertido. Por ejemplo, en una carta del constituyente del Campillo al constituyente del Carril, escrita 12 años más tarde [de la sanción de la Constitución], se encuentra la respuesta a esta pregunta, que ningún dato anteriormente conocido proporcionaba: ¿Quién fue el autor de la forma federal adoptada tal como lo fue [en la Convención de Santa Fe]? ¿Quién la estructuró con las modalidades con que la consagra la Constitución de 1853? El doctor del Campillo, a quien pertenece la letra del original inserto en el *Gran Libro de las Leyes*, nos dice en ella que fue el doctor del Carril. Es uno de los autores de la misma Constitución el que le dice a del Carril [lo siguiente]: “Creo que la forma federal como la formuló Ud. el año 53, es la mejor posible para nuestra Patria”. (pp. 17-18)³

A renglón seguido, Del Campillo critica la reforma de 1860 y se queja de que

Lo que se ha quitado de poder al gobierno central, no lo han aprovechado los pueblos, sino sus reconocidos enemigos: los gobernadores; hemos vuelto a tomar así el rumbo de la federación rosista, única cosa que puede desacreditar las instituciones federales; después de esta horrible forma federal, quedaría excusada la unitaria. ¡Dios nos libre de una y otra! (Dana Montaña, 1945, p. 18)

En esa misma carta todavía inédita, Del Campillo destaca el individualismo liberal que profesaba la gran mayoría de nuestros constituyentes. El convencional cordobés, seis meses antes de su repentina muerte,⁴ expresa ese ideal de forma contundente:

Soy partidario de la libertad tan absoluta como es posible, pero hablo de la libertad individual. La Nación, las provincias, etc., son sus instituciones para asegurar la libertad individual; cuando no sirvan para eso, no tienen razón de ser. (Dana Montaña, 1945, p. 18)

3 Énfasis en el original.

4 El convencional por la provincia de Córdoba murió en Santa Fe el 10 de mayo de 1866, “a consecuencias, según la opinión de los facultativos, de la grata impresión que recibió con la llegada de su familia a aquella ciudad (el mismo día), la que hacía muchos años que no estrechaba entre sus cariñosos brazos” (Mota del Campillo, 1938, p. 376).

(iv) Carta de Benjamín Lavaysse a su hermano Pedro del 21 de octubre de 1853. El hermano del cura Lavaysse era rosista y, según surge de esta carta, había criticado el trabajo de la Convención. También, apenas un par de meses antes de su temprana muerte,⁵ el convencional por Santiago del Estero contesta esas críticas de su hermano:

Aquí sólo hay patriotas, no diputados de Urquiza, y cualquiera que lea de buena fe y entienda algo de nuestro derecho público argentino, verá que la Constitución que hemos sancionado no es para la talla de ningún tirano. [...] Me hablas de caudillos. Te mando un ejemplar de la Constitución; léela y procura entenderla; entonces me dirás si los que hemos firmado la constitución podemos querer caudillos; los rechazamos, no sólo a los de espada, sino también a los de pluma. Urquiza fue caudillo; hoy no lo es, ni quiere serlo; bástale su importante rol de organizador. (Dana Montaña, 1953a, pp. 39-40)

(v) Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón de fecha 17 de mayo de 1853. Sobre esta carta, Dana Montaña (1945) explica que

es un punto no aclarado debidamente por quienes se han ocupado del mismo por qué, después de haberse hallado prácticamente en receso el honorable Congreso General Constituyente casi dos meses –desde fines de febrero hasta el 18 de abril del 53–, en cuyo lapso solamente [se] realiza la sesión del 22 de marzo, inesperadamente se introduce en la citada [sesión] de abril el proyecto de constitución [...] y el correspondiente informe [de la Comisión de Negocios Constitucionales], y se inicia su discusión, en la forma de todos conocidas, en la sesión del 20 del mismo mes para concluir su aprobación en particular, en medio de las mayores dificultades y de la situación más crítica para el Congreso, en diez laboriosas reuniones, el 30 del mismo mes y año. La respuesta está dada en gran parte por una carta inédita hasta ahora del mismo Presidente del Congreso, Dr. de Zuviría. Lleva fecha 17 de mayo de 1853 y va dirigida a sus amados hijos Julio y Fenelón. Esta carta, que en su transcripción a máquina ocupa 15 fojas a un espacio, es una verdadera crónica íntima de la discusión del proyecto de constitución. En lo que concierne al punto indicado, [Facundo de Zuviría] expresa que: “Cuando salí para Buenos Aires (Recuérdese que el Dr. de Zuviría fue nombrado por el Director provisorio a principios de febrero del 53 para negociar una solución pacífica entre los partidos en lucha en la provincia de Buenos Aires, para cuyo destino partió con el General Ferré por esos mismos días), apenas había diputado que opinase por que se diese constitución en el estado en que se hallaba el país. Yo, aunque con mucha moderación y en silencio,

5 Lavaysse, convencional por Santiago del Estero, murió el 7 de enero de 1854. Tenía apenas 31 años y falleció producto de un fulminante ataque de apoplejía (Arias López, 1959, p. 188).

participaba de esa opinión. Algunos eran furiosos por ella, como los señores del Carril, Gutiérrez, Gorostiaga, Huerquito y la mayoría de los diputados arrastrados por éstos en todo y para todo. Así los dejé en febrero. Vuelvo de Buenos Aires y me encuentro con que los mismos diputados estaban decididos a darla, y pronto, muy pronto y en pocos días. Pregunto la causa esta variación y se me da por contestación razones tan especiosas y fútiles, que sospeché que hubiesen otras privadas y graves, que los hubieran decidido a un cambio de opinión tan repentino y exigente. Trato de averiguar las causas privadas de este cambio, de este furor por la Constitución; y las descubro tan contrarias a mis principios políticos y morales, tan funestas al interés general del país, que no pude menos que resolver en conciencia política, moral y religiosa, a oponerme a que se diera tal Constitución en las circunstancias, aún cuando el mundo entero se viniese sobre mí. Así me lo decía mi conciencia. (pp. 25-26)

Aunque no hacía falta, por lo evidente que era la trascendencia del material que había recopilado, en los trabajos que publica entre 1943 y 1945, Dana Montaña (1945) destaca varias veces “la importancia de este acervo documental y su valor para la interpretación del instrumento constitucional y para hacer la Historia interna del Congreso y de la Constitución de 1853” (pp. 18-19).

Sin embargo, el profesor santafesino advierte que

Queda no obstante, inédita o desconocida, por su rareza o dispersión, una valiosísima documentación, manuscrita o impresa, pública y privada, que el investigador prolijo no acierta a comprender cómo ha podido permanecer oculta o ignorada por más de 90 años, atento a su importancia para los estudios históricos y políticos. (Dana Montaña, 1945, p. 19)

¿Qué pasó con ese proyecto del “Gran libro del Centenario de la Constitución”? Lamentablemente, después de la intervención ordenada por el Gobierno de facto a principios de mayo de 1946,⁶ Dana Montaña fue forzado, meses después, a apartarse de su cargo en la Universidad Nacional del Litoral y no pudo completar esa obra.⁷ De hecho, nunca más se refirió a ella en detalle. Las únicas noticias indirectas que pude recabar sobre este proyecto y sobre la documentación recopilada por Dana Montaña son, en primer lugar, una publicación que el profesor santafesino hizo en España en 1953, en la sección

6 *La intervención a la Universidad Nacional del Litoral* (1946, p. 5).

7 *Universitarias. Fue aceptada la renuncia presentada por el doctor Dana Montaña* (1946, p. 4). En esa nota se da cuenta de la previa separación del cargo de varios de sus colegas de la Facultad de Derecho, que fueron dejados cesantes por la intervención que todavía se mantenía con el nuevo Gobierno. En la nota, el interventor manifestaba que el objetivo perseguido con esas cesantías era “la depuración

“Mundo Hispánico” de la *Revista de Estudios Políticos*. En un extenso artículo cuyo título es “La Constitución Nacional Argentina de 1853”, Dana Montaña (1953b) reconoce el impacto de la reforma de 1949 y afirma que

el sistema constitucional de la ley fundamental de 1853 no es ya el mismo [...]. Por esa razón de peso, el centenario de nuestro sistema constitucional no ha de celebrarse en la Argentina con la solemnidad con que se habría hecho de no haberse producido la reforma últimamente sancionada. (pp. 153-154)

Más adelante, sostiene:

Como argentino, adicto a sus principios fundamentales, de los que me he ocupado muchas veces desde la cátedra universitaria, la tribuna pública y el libro, me congratulo de participar en la conmemoración de su centenario por medio del presente artículo, ya que no puedo hacerlo de otro modo por hallarme lejos de mi Patria. (Dana Montaña, 1953b, p. 155)

En segundo lugar, el 26 de junio de 1956, en una nota periodística publicada en el diario *El Litoral* con motivo del décimo aniversario del “Museo de los Constituyentes”, Dana Montaña (1956, p. 4) dio cuenta de una exhibición pública de documentos inéditos referidos al constituyente Juan Francisco Seguí.

En tercer lugar, en un interesante trabajo en el que Dana Montaña (1960) intenta reconstruir la historia de las primeras constituciones de Catamarca, afirma que

Dentro del método que informa nuestros trabajos de investigación similares, como el realizado, en 1934, sobre *La autonomía de Santa Fe. Sus orígenes*, y en 1938, en la ya citada monografía sobre *Las primeras constituciones de las Provincias de Cuyo*, y la más importante, emprendida en 1928, en orden a la constitución nacional de 1853 (cons. *Las fuentes y la historia interna de la Constitución de 1853*, Santa Fe, Imp. De la Universidad, 1945), que fue interrumpida por nuestro alejamiento de la dirección de investigaciones del Instituto de investigaciones

inmediata y completa de los cuadros docentes de la Facultad, sin cuyo requisito resultará inoperante toda tentativa de reestructuración, cualquiera sea la ley o estatuto que rigen el futuro de las universidades”. También expresaba “el convencimiento que, al renovarse y reestructurarse, la Universidad Argentina, deben ser eliminados de ella todos los que hubiesen tergiversado u olvidado los deberes que les imponían sus cargos en la misma”. El interventor aclaraba, finalmente, que la revisión que hizo del desempeño de los profesores para ver si los removía o no de sus cargos tenía como objetivo “aquilatar principalmente el grado de honestidad intelectual, sinceridad, ecuanimidad y patriotismo de quienes eran y pretendían seguir siendo ‘maestros de la juventud’” (*Universitarias. Fue aceptada la renuncia...*, 1946, p. 4).

jurídico-político de la U.N. del Litoral, a raíz del malón de 1946, y que inspira nuestra labor de cátedra, entre 1930 y 1946, que es el método político propiamente dicho, tendiente a reconstruir el proceso institucional y la historia interna de las constituciones, así como la historia de las ideas políticas, que mueve e impulsa a éstas, que es la Historia de la verdadera historia -no existen elementos de consideración para exponer el de la organización fundamental de la Provincia de Catamarca. (p. 166)

La última referencia que pude encontrar aparece 23 años después, en uno de sus últimos trabajos en el que se refiere nuevamente a la figura de Juan Francisco Seguí. Allí, el profesor santafesino explica:

Consecuentes con nuestro criterio historiográfico, según el cual los hechos históricos son menos importantes que las ideas que los mueven, al exponer la figura del constituyente de 1853 y 1860, Dr. Don Juan Francisco Seguí, haremos previamente una breve reseña biográfica del mismo, que servirá al solo objeto de presentar al personaje, para extendernos luego acerca de su pensamiento político, al que responde su destacada actuación como coautor de la constitución de Santa Fe (1853) y su reforma, en 1860. Su biografía quedará completada por la publicación íntegra de sus ‘Memorias para servir a la historia de la revolución del 1° de mayo de 1851 y consecuencias de esa revolución’, que poseemos por especial voluntad de uno de sus descendientes, el doctor Jacobo Spangenberg, desde el año 1943, y sólo muy parcialmente publicadas por el doctor José Antonio Solari y el profesor Dr. José Rafael López Rosas, en 1939 y 1957, respectivamente. Las mismas estaban destinadas a formar parte de los antecedentes reunidos en aquel año por el Instituto de investigaciones jurídicas y políticas de la Universidad Nacional del Litoral, que por entonces dirigíamos, para el ‘Gran libro del Centenario de la Constitución Nacional’, que no pudo llevarse a cabo por los acontecimientos conocidos. Como también lo hemos hecho notar en diversas ocasiones, asignamos gran importancia para descubrir el pensamiento que influye sobre los acontecimientos históricos, la correspondencia privada y otros papeles particulares, no destinados a la publicidad, porque en ellos se ofrecen desnudas las ideas y propósitos recónditos de sus autores. Centenares de cartas de los constituyentes a sus respectivos gobernadores y parientes, escritas en Santa Fe, cuando desempeñaban la ardua tarea que se les encomendara en 1852, sirven para determinar la filiación ideológica, los ideales, las intenciones verdaderas, los temores y vacilaciones de aquellos beneméritos prohombres de 1853, entre los cuales estuvo, en primera línea, nuestro diputado el Dr. Seguí. (Dana Montaña, 1986, pp. 9-10)

Más allá de que el proyecto de escribir el “Gran libro del Centenario de la Constitución” quedó evidentemente trunco por diversas circunstancias, ¿qué

pasó con ese material tan importante recopilado por Dana Montaña y que, según presumo, fue microfilmado entre 1930 y 1946? ¿Con quién compartió el profesor santafesino la noticia de su existencia? ¿Quién hizo el trabajo de “reproducción fotográfica” de esos documentos? ¿En qué lugar quedaron los originales de esos archivos privados microfilmados?

No encontré pistas concretas para responder estos interrogantes en ninguno de los numerosos trabajos publicados por el profesor santafesino que revisé para este artículo. Tampoco tuve mayor suerte, hasta ahora, en los varios intentos que hice por averiguar su paradero, que incluyen, entre otros, la reciente publicación de una nota en el diario *El Litoral* de Santa Fe⁸ a partir de la cual pude localizar, con la ayuda del profesor Alejo Toranzo, el archivo inédito de Juan Francisco Seguí en la ciudad de Gualeguaychú.

Apenas tomé conocimiento de la historia relatada por el profesor Dana Montaña, me puse en contacto con el presidente de la Junta Provincial de Estudios Históricos de Santa Fe, el reconocido historiador Alejandro Damianovich, que no tenía conocimiento de la existencia de este acervo documental. Muy generosamente me ofreció su ayuda para publicar la nota en el diario santafesino, que ya arrojó un primer resultado positivo. Además, tomé contacto con la Universidad Nacional del Litoral, específicamente con la directora del Museo Histórico, Stella Maris Scarciófolo, que tampoco conocía la existencia de este material documental, pero se comprometió a hacer una búsqueda exhaustiva para ver si podía encontrarlo en la Universidad. Esa búsqueda está en curso todavía.

También llamé por teléfono y hablé personalmente con investigadores de historia del derecho de la Universidad Nacional de la Plata, de la Universidad de San Andrés y de la Universidad Nacional de Córdoba para ver si podían ayudarme a conseguir ese material al que se refería Dana Montaña. Lo mismo hice con investigadores y juristas de la provincia de Santa Fe. Por ahora, no tuve suerte con ninguno de ellos.

Intenté también durante varias semanas localizar a algún pariente del doctor Dana Montaña, que falleció en 1992. Mi intención era verificar si todavía se conservaba su archivo personal. Tal vez allí hubiera una copia de ese material al que, de hecho, se había referido en muchos de sus trabajos. Después de varios intentos infructuosos, a principios de abril de 2023 pude dar, finalmente, con uno de sus nietos, que actualmente se desempeña como coordinador académi-

8 Ver García-Mansilla (2023, p. 19).

co de una carrera universitaria en la Universidad Tecnológica Nacional en la provincia de Santa Fe. Fue una conversación emotiva, en la que, lamentablemente, me confirmó que el archivo personal del profesor se prendió fuego poco tiempo antes de su muerte: después de vender su casa e irse a vivir a un departamento, el doctor Dana Montaña mudó gran parte de su biblioteca y archivo a una finca antigua, de paredes de adobe. A fines de la década de 1980, unos ladrones entraron con antorchas a robar y, durante ese robo, se prendieron fuego la finca y el archivo. Su nieto me confirmó el impacto que produjo esa pérdida en el profesor santafesino: me dijo que, a partir de ese día, el profesor “se apagó”.

Debo confesar que en algún momento llegué a dudar de que lo que contaba el profesor Dana Montaña en sus trabajos fuera cierto. ¿Cómo puede ser que solamente él hubiera conseguido y mencionara ese material tan importante? ¿Por qué es que otros historiadores del derecho e investigadores del derecho constitucional no hicieron referencia a sus trabajos en esta materia? ¿Cómo es que ningún otro colega continuó esa búsqueda o dio a conocer esos trabajos de recopilación?

Sin embargo, la primera confirmación que tuve de que mis dudas eran completamente infundadas fue cuando conseguí que un descendiente de la familia Zuviria me compartiera parte de la correspondencia inédita de quien fuera el presidente del Congreso General Constituyente de Santa Fe, incluida la referida carta confidencial de fecha 17 de mayo de 1853. La segunda confirmación surgió después de localizar el archivo inédito de Juan Francisco Seguí, donado por Juan Jacobo Spangenberg al Instituto Magnasco de la ciudad de Gualaguaychú. Sin perjuicio de que todavía merecen de mi parte un estudio más detallado y profundo, y de que transcribo solamente parte de ese material inédito como anexo de este trabajo, en el punto que sigue haré un análisis sobre la correspondencia epistolar de Facundo de Zuviria, que arroja luz sobre importantes aspectos de la historia interna de la Convención de Santa Fe y de la elaboración de la Constitución. Dejo para otra ocasión el análisis del contenido del archivo inédito de Seguí, quien fue la mano derecha del general Justo José de Urquiza: contrariamente a lo que ocurre con la correspondencia de Zuviria, que hasta la fecha no ha sido referida en detalle ni analizada, la de Seguí ya fue dada a conocer, al menos parcialmente, en algunos trabajos.⁹

9 Solari (1951), López Rosas (1957), Dana Montaña (1986), etc.

3. El epistolario inédito de Facundo de Zuviría

La revisión de esas cartas inéditas de quien fue el presidente del Congreso General Constituyente de 1853 muestra algo que, hasta ahora, no se había advertido con la debida claridad: dentro del seno de la Convención de Santa Fe no solo hubo una división ideológica entre “liberales” y “conservadores” (Mitre, 1958, p. 97), sino que parece haber habido una desconfianza muy marcada entre esos sectores. Parte de esa desconfianza tenía que ver con las diferencias de criterio que había acerca de cuál era la postura que había que seguir frente a la grave crisis que presentaba el país y, en particular, de quién era la responsabilidad de ese cuadro verdaderamente caótico. De hecho, Zuviría acusó a varios de sus colegas convencionales de estar detrás de los acontecimientos que habían llevado al conflicto armado en la provincia de Buenos Aires después de la revolución del 11 de septiembre de 1852, que se produjo apenas Urquiza abandonó esa provincia para viajar a Santa Fe a inaugurar el Congreso Constituyente. Esa revolución, que llevó a Valentín Alsina al poder, implicó, entre otras cosas, desconocer la firma del Acuerdo de San Nicolás, celebrado el 31 de mayo de 1852, por parte del gobernador Vicente López, así como el inmediato retiro “de los individuos que llevan el nombre de Diputados de la Provincia de Buenos Aires”. También la decisión de que la provincia de Buenos Aires “no reconoce ni reconocerá ningún acto de los Diputados reunidos en la ciudad de Santa Fe como emanado de una autoridad nacional convocada é instalada indebidamente”, tomada en la Sala de Representantes en las tumultuosas sesiones del 19 y 20 de septiembre de 1852 (*Diario de Sesiones de la Sala de Representantes...*, 1883, pp. 122-127).

La revolución del 11 de septiembre obligó a demorar el inicio de las tareas del Congreso General Constituyente, que se inauguró formalmente recién el 20 de noviembre de 1852.¹⁰ La oposición de un importante sector de Buenos

10 En una carta dirigida al gobernador de Santiago del Estero, Manuel Taboada, fechada en la ciudad de Diamante el 27 de septiembre de 1852, José Benjamín Gorostiaga describe el cuadro de situación en el que quedaba el Congreso Constituyente luego de la revolución del 11 de septiembre: “El infrascripto tiene el honor de dirigirse a V.E. con el objeto de instruirle de la revolución que ha tenido lugar en la provincia de Buenos Aires el día 11 del corriente. Habiendo el Exmo. Señor Director Provisorio llegado a la ciudad de Santa Fe el día doce, a instalar Congreso Constituyente en conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, y cuando creía S.E. que nada alteraría ya la satisfacción que experimentaba al ver próxima la realización de la Organización Nacional, recibió el día trece la infausta noticia, de que la fuerza militar que guarnecía la ciudad de Buenos Aires, encabezada por los generales Dn. José María Piran y Dn. Juan Madariaga y por Coronel Dn. Manuel Hornos, Gefes emigrados en la época de la Dictadura, y a quiénes S.E. admitió en las filas del Ejército que combatió en Monte Caseros por la libertad y organización de la República, se había rebelado contra las autoridades y el orden establecido en aquella Provincia.

Aires a la sola posibilidad de que se sancionara una constitución con pretensión de regir en todo el país llegó al extremo de querer hacer una campaña militar al litoral para impedir el trabajo de la Convención. A modo de ejemplo, el 25 de noviembre de 1852, el gobernador Alsina le mandó una carta al general José María Paz en la que le sugiere que

Es, pues, preciso que si Ud. juzga posible penetrar en aquella Provincia (se refiere a Santa Fe) con las fuerzas que tenga, lo haga inmediatamente, anunciando a aquel Gobierno que lo hace a virtud del todo de su conducta y buscando un tránsito que tan sin derecho y tan ofensivamente se le ha negado. Tal vez lo mejor, si posible fuera, sería encaminarse directamente sobre Santa Fe, y aventar a los congresales. (Scobie, 1964, p. 72)

Alsina le proponía al general Paz ingresar con sus tropas en Santa Fe y desbandar al Congreso Constituyente. Esa es una de las razones que llevó a la pos-

Este inesperado acontecimiento obligó al Exmo. Señor Director a marchar inmediatamente sobre la ciudad de Buenos Aires. Impartió órdenes para que algunas Divisiones Entre-Rianas pasasen sin pérdida de tiempo el Río Paraná, y se reuniesen al Ejército Santafesino que se había puesto ya sobre las armas, y se hallaba a las órdenes de S.E. El día diez y siete desembarcó el Exmo. Señor Director en San Nicolás de los Arroyos, con una fuerte División de Caballería conducidas en Buques de vapor. En este punto supo S.E. que el motín militar del once era secundado por el Pueblo de Buenos Aires, y que el valiente y virtuoso Ejército Entre-Riano a las órdenes del General Dn. Jose Miguel Galán se retiraba de aquella ciudad, y se encontraba a tres jornadas en San Nicolás. En este estado, convencido S.E. de que el triunfo que sin duda alguna obtendría sobre los revolucionarios de Buenos Aires, no podía ser pacíficamente, sino derramando de nuevo la sangre Argentina, y con más abundancia que nunca por el profundo resentimiento que ha causado al Ejército Libertador la negra ingratitud y perfidia de los Porteños, y dando un alto ejemplo de abnegación y patriotismo resolvió retirarse con todo su Ejército a la Provincia de Entre-Rios, que es donde hoy se encuentra y desde donde continúa trabajando por los intereses generales de la Confederación, hasta conseguir la realización de su programa político y del ardiente voto de los Pueblos que es la Constitución de la República. Hasta ahora solo hay diez y siete Diputados en Santa Fe, incluso los dos de Buenos Aires; inmediatamente que haya dos terceras partes de ellos, que será muy pronto según las noticias que tenemos aquí, será instalado el Congreso Constituyente. Los revolucionarios de Buenos Aires presentan al General Urquiza, al ilustre Libertador de las dos Repúblicas del Plata, como un tirano y conquistador de aquella Provincia, y dan a su causa el nombre de Libertad provincial. Pero es preciso que la Provincia de Santiago del Estero, como las demás de la República, no se equivoquen al este respecto; la revolución de Buenos Aires es, por más que quiera ocultarse, una oposición directa a la Organización Nacional; los Porteños desean que las Provincias Argentinas, continúen en el aislamiento, para que ellos continúen también oprimiéndolas, y no puedan mejorar el estado de pobreza y aniquilamiento en que hoy se encuentran. Por esto se oponen al Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos, desconocen la autoridad del Director Provisorio, y llaman tirano al General Urquiza, en quien está encarnada la idea salvadora de Constitución Nacional. Considero que por esta razón que conviene muchísimo que el Gobierno de V.E. se adhiera nuevamente al Acuerdo de San Nicolás, confirme las necesarias facultades por él conferidas al Sr. General Urquiza, y le pida que continúe prestando sus valiosos servicios a la República hasta obtener su Constitución. Dios guarde a V.E., José B. Gorostiaga” (Taboada, 1933, pp. 73-75).

terior revuelta del coronel Hilario Lagos a principios de diciembre de 1852, que dio lugar al famoso sitio de Buenos Aires y al intento de forzar la aceptación del Congreso Constituyente por parte de esa provincia.

A la grave situación que planteaba el conflicto armado con Buenos Aires se le sumó, por un lado, el derrocamiento del gobernador Nazario Benavídez en San Juan,¹¹ y, por el otro, el levantamiento en favor de Celedonio Gutiérrez en Tucumán, que derrocó a Manuel Espinosa el 16 de enero de 1853.¹² Tal como explica Sagarna (1938, p. 3), en enero de 1853, en medio de ese complejo escenario nacional, al igual que había ocurrido en 1819 y 1826, muchos creían posible el fracaso del Congreso General Constituyente.

En ese marco, el 25 de enero de 1853, Facundo de Zuviría escribe desde Santa Fe a sus hijos Julio y Fenelón y defiende la moción que hizo en la sesión secreta del 30 de noviembre de 1852 de la Convención de Santa Fe “para pedir que se invitase a la provincia de Buenos Aires a venir a ocupar su lugar en el Congreso Constituyente”.¹³ A renglón seguido, Zuviría les dice:

Voy a deciros rápidamente lo que ocurrió en aquella moción que os mandé sobre mediación. Me entorpecieron presentarla, desde el 25 hasta el 30 de noviembre. Esa noche la llevé al Congreso a presentarla. Noticiosos de mi resolución de presentarla [,] los que esperaban o habían fraguado a la sangrienta revolución de Lagos, con lo que creían concluido todo lo de Buenos Aires; no pudiendo conseguir que yo desista de mi idea, pidieron sesión secreta, sedujeron a la mayoría del Congreso y en sesión secreta (que hoy ya es pública) me ordenaron que no la presente, mandaron a los secretarios que no reciban cosa alguna, y prohibieron toda idea, toda expresión de paz. No leyeron mi moción ni fundación, y por

-
- 11 Durante el breve Gobierno de Zacarías A. Yanzi, entre el 29 y 31 de mayo de 1852, la legislatura local eligió como convencionales para representar a San Juan en el Congreso General Constituyente de Santa Fe a Domingo Faustino Sarmiento y a Salvador María del Carril y, como suplemente, a Guillermo Rawson. Urquiza no aceptó esas designaciones y repuso en el cargo a Benavídez el 19 de agosto de 1852. Benavídez anuló todo lo actuado durante el breve interregno de Yanzi y disolvió la legislatura local. El 28 de noviembre de 1852, se eligieron como convencionales constituyentes a Salvador María del Carril y a Antonino Aberastain y, como suplente, a Ruperto Godoy. Cuando se enteró de la anulación de su elección, Sarmiento no la aceptó. Por eso firmaría su famosa “carta de Yungay” como “diputado del congreso constituyente argentino” (Campobassi, 1975, pp. 381-383). Aunque suele ser olvidado, este episodio es uno de los motivos personales que afectaron a Sarmiento al momento de toparse con el éxito que tuvo Alberdi con su prédica en favor de Urquiza y de la sanción de la Constitución y que dio lugar luego a la agria polémica entre ambos.
- 12 Los pormenores de este levantamiento en Tucumán y los conflictos que generó con la vecina Santiago del Estero fueron analizados magistralmente y con documentación inédita por Padilla (1946).
- 13 No conozco ningún trabajo, ya sea de historia, de historia constitucional o de derecho constitucional, que haya dado cuenta previamente de la existencia de esta carta. En el Anexo se transcribe su texto completo.

consiguiente ni pude leerla a nadie hasta hoy en que es pública la sesión. Les ha salido mal la revolución de Lagos, ya por no haber logrado su objeto, causado muertes y males inmensos, y por que en sustancia no reconoce sino en apariencia el gobierno nacional mientras obtiene su ayuda. Hoy el Congreso, Pueblo, Directorio, etc., están pesarosísimos de que no se hubiese admitido y realizado mi moción, que habría salvado al país de todos los horrores acaecidos desde el 1° de diciembre hasta la fecha y que seguirán quién sabe hasta cuándo. Hoy ha pedido el Director una expresa autorización para mediar y terminar la guerra civil que ya horroriza aun a sus mismos autores. Hoy sale una comisión del Congreso [Constituyente] llevándole al Director la ley que lo autoriza y le reclama la terminación de la guerra civil. Pero ya es tarde; al menos ya no se curan los males hechos, que son inmensos. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 25 de enero de 1853)

Zuviría describe un cuadro de situación desesperante y vuelve a endilgarle la responsabilidad del sitio de Buenos Aires a un grupo reducido de personas:

Esto está malo y pésimo. No hay un solo peso en todas las cajas; uno solo, uno solo. El Director en su Hacienda; su Ministro a las 70 u 80 leguas. El Congreso aquí de su cuenta: el Pueblo y Campaña de Bs As matándose como perros, arrasando cuanto encuentran. Los bárbaros del Norte de Europa no eran animados del espíritu que hoy domina a los sitiadores de Bs As y a Pedro Rosas enemigo de los sitiadores. No pasan de 8 las personas autores exclusivos de estos males. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 25 de enero de 1853)

El diputado por Salta termina su carta con una advertencia a sus hijos y con un juicio lapidario sobre la situación imperante:

Reserva con mis cartas. Esto no es Nación ni esperanza que lo sea: esto no es Congreso ni Junta de Provincia. Esto no es Gobierno, Directorio, ni cosa que se le parezca: este es un caos y una farsa, y sin esperanza que deje de serlo. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 25 de enero de 1853)

El 1° de febrero de 1853, desde Santa Fe, Zuviría manda una extensa y reveladora carta a sus hijos.¹⁴ Allí les cuenta:

Desde que llegué a esta Ciudad todas mis ideas y programa eran de paz y mediación en los sucesos de Bs As. Mi primer acto en el Congreso debía ser una

14 Tampoco tengo conocimiento de que alguien haya dado cuenta en el pasado de la existencia e importancia de esta carta. En el Anexo se transcribe su texto completo.

Moción para que dicho Congreso mande a Bs As la comisión a que se refiere la Moción y Proyecto de que estáis instruidos y os remitió Ramón [Zuviría se refiere a la moción presentada en la sesión secreta del 30 de noviembre de 1852]. La invasión de Bs As al Entreríos frustró mis deseos hasta el 23 o 24 de Noviembre en que vino la noticia de haber sido derrotadas las fuerzas invasoras. Entonces creí oportuno verificar dicha misión para aprovechar la debilidad y consternación que debía producir y produjo en Bs As la noticia de tal derrota. El 25 o 26 del mismo mes debí haber presentado mi Moción. Por razones de inútil referencia no pudo serlo hasta el 30 de Noviembre, en que, de acuerdo con varios diputados y oposición de otros, me resolví a presentarla. Los que se oponían a que la presente, era pidiéndome únicamente que la demore tres o cuatro días en que vendría una noticia que le haga innecesaria o más oportuna. El caso había sido que sabían o tenían combinada la revolución de Lagos que tuvo lugar el 1° de Diciembre, y con la que creían que todo terminaría en Bs As y del modo que ellos lo querían. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 1° de febrero de 1853)¹⁵

Zuviría continúa con un relato de la moción que presentó el convencional por la provincia de San Luis, José Adeodato de Gondra, en la sesión del 30 de diciembre de 1852 para que la Convención Constituyente designara a dos convencionales para una misión de paz en Buenos Aires. Aclara que esa moción se presentó 30 días después de la de la referida sesión secreta del 30 de noviembre debido a que allí se había votado una prohibición de hacer mociones similares durante un mes:

Podéis calcular cuál sería mi resentimiento después del suceso del 30 [de noviembre]. Sus halagos, sus satisfacciones, mezcladas con perfidia en privado y desaires en el Congreso, han hecho para mí del mes de Diciembre un mes de tormento. Yo debía renunciar a la presidencia y aún retirarme del Congreso; pero el menor de estos pasos bastaría para disolverlo, mucho más en el descrédito en que ha estado y está este cuerpo, y en el crédito que por fortuna disfruto yo ante este Pueblo, y todos los demás, ante el Director y el último hombre, fuera de la mayoría de mis compañeros que en mi persona y en mis respetos ven un obstáculo a sus intereses y planes mezquinos sobre Bs As y sus enemigos personales. Cúmplase el mes de la prohibición de toda Moción pacífica y el 30 de Diciembre o 1° de Enero el Diputado Gondra, sin que nadie lo sepa, ni para que no le suceda lo que a mí, presenta una Moción de paz coincidente aunque distinta de la mía. Hecha y apoyada por 2 o 3, no pudo menos que seguir el orden reglamentario. No puedo daros idea ni del furor que ella excitó en los hombres de sangre, ni las medidas que tomaron para cruzarla, ni los escándalos cometidos para desecharla. Cru-

15 Subrayado en el original.

zaron el que se considere y discuta oportunamente. Recién el 13 [de enero] fue discutida. Él [se refiere a Gondra] sabía desde que la hizo que sería rechazada, y le acarrearía la persecución e insultos de los hombres de sangre. Pero nada lo detuvo. Yo no pensé ni tomar parte ni presidir el acto por delicadeza; más sabiendo que algº o algunos de los hombres de sangre había dicho que acobardado con la del 30 de Noviembre no me había animado a reproducirla, y me había valido del Diputado Gondra, resolví tomar parte en ella y sostenerla, previa convicción de que sería perdida en la votación por 3 contra uno, como lo dije y se realizó. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 1º de febrero de 1853)¹⁶

Llama la atención cómo Zuviría se refiere en esa carta a un grupo de convencionales como los “hombres de sangre” o los “diputados de sangre”, de forma reiterada y, en algunos tramos, subrayada. Es evidente que los responsabilizaba por el levantamiento del coronel Hilario Lagos del 1º de diciembre de 1852. Más adelante, afirma:

Podéis calcular el crédito que me habrá dado ante todos mi previsión y anuncio de todos los males que ahora se deploran: la venganza de los hombres de sangre que casi me mataron porque hablé de paz y de evitar males, que en su venganza con algunos hombres de Bs As ellos no preveían. Porque habéis de saber, que su cálculo había sido, que hecha la revolución por Lagos, al otro día dominaban Bs As y podían colgar a todos sus enemigos personales, disponer de todo el Pueblo, etc. etc.: no calcularon en todo lo que ha sobrevenido. También debéis saber que esos mismos hombres que tantas amarguras me han hecho sorber, hoy me halagan como una Dama; me manifiestan respetos para disimular la rabia que les causa el que mi sola persona callada y retirada les anule todas sus pretensiones y venganzas con sólo no secundarlos, darlos o encabezarlos. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 1º de febrero de 1853)

En esa carta, hasta hoy totalmente desconocida para el público en general, Zuviría les hace una confesión sorprendente a sus hijos:

Desde el 1º de Diciembre voy al Congreso con mi renuncia en el bolsillo, para presentarla en el momento en que se me agote el sufrimiento. Por fortuna en respeto a mi Patria, le he evitado un inmenso mal, no habiendo presentado aquella a pesar de cuánto he sufrido. En el estado de la opinión, sucesos e incidencias, mi retiro del Congreso, creo lo disolvería. Así lo creen casi todos. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 1º de febrero de 1853)

16 Subrayado en el original.

La furibunda carta de Zuviría termina con una queja por los maltratos a su hijo José María y con un análisis contundente de la situación que se estaba viviendo: “Nuestra situación nacional es horrible” (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 1° de febrero de 1853).

Urquiza le encargó esa misión para la negociación de una paz en Buenos Aires a su ministro de Relaciones Exteriores, Luis José de la Peña, quien fue acompañado por Zuviría y por Pedro Ferré, convencional por la provincia de Catamarca. El encargo de Urquiza fue que se lograra la paz “a todo trance”, aunque les hizo saber a representantes diplomáticos extranjeros que si esa gestión no llegaba a buen puerto, daría inmediato apoyo militar a Lagos (Scobie, 1964, pp. 81-82).

La gestión de paz terminó siendo un fracaso. El proyecto de tratado firmado el 9 de marzo de 1853, que permitía, entre otras cosas, que Buenos Aires enviara hasta 10 diputados al Congreso Constituyente,¹⁷ fue rechazado por Urquiza, quien decidió sumarse a las fuerzas de Lagos a fines de marzo.¹⁸

El 9 de abril de 1853, ya de regreso en la ciudad de Santa Fe, Facundo de Zuviría les envía una nueva carta a sus hijos en la que defiende su actuación durante la misión de paz de la que participó junto con Ferré.¹⁹ Allí, explica:

Aunque yo no veo al país en estado de darle constitución ni creo que sea observada la que se le diere; sin embargo, la mayoría de los diputados está resuelta a darla, sea cual fuere su éxito; ya sea por cumplir la misión que tiene de los pueblos o por liberarse cuanto antes de este infierno y de cargar sobre sí la responsabilidad de la situación, en que no tiene parte ni les es dado mejorarla. (Carta de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 9 de abril de 1853)

La carta que sigue es la referida por Dana Montañó: la del 17 de mayo de 1853. Dada su peculiar extensión y la cantidad de asuntos que trata, solo haré referencia a algunas partes de ella. Considerando los temas que toca, su carácter confidencial y lo polémico de su tenor, no tengo dudas de que merece un

17 Cfr. Scobie (1964, p. 84).

18 El Ministro De la Peña publicó un libro en abril de 1853, con un extenso anexo documental, en el que defiende el accionar de los comisionados (De la Peña, 1853). Como contrapartida, Sagarna (1938, pp. 13-21) publicó cartas inéditas de los convencionales José Benjamín Gorostiaga, Manuel Leiva, Benjamín Lavaysse y Pedro Díaz Colodrero, en las que dan cuenta de las razones por las que el tratado del 9 de marzo resultaba inaceptable para la mayoría del Congreso Constituyente y aun del propio Urquiza.

19 El primero que dio cuenta de esta carta es Dana Montañó (1953a, p. 42). En el Anexo se transcribe el texto completo de esta carta.

análisis mucho más profundo que el que le voy a dar. En todo caso, al igual que hice con el resto de los documentos inéditos que menciono a lo largo del trabajo, en el Anexo transcribo su contenido completo para que otros puedan completar esa tarea.

Tal como había explicado, Zuviría describe el cuadro de situación que encuentra dentro de la Convención al momento de volver a Santa Fe luego de fracasada la misión de paz en Buenos Aires:

Quando salí para Buenos Aires, apenas había diputado que opinase por que se diese constitución en el estado en que se hallaba el país. Yo, aunque con mucha moderación y en silencio, participaba de esa opinión. Algunos eran furiosos por ella, como los señores del Carril, Gutiérrez, Gorostiaga, Huerguito y la mayoría de los diputados arrastrados por éstos en todo y para todo. Así los dejé en febrero. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

Acto seguido, Zuviría empieza a explicar el motivo de su célebre discurso en el que se opuso a la sanción de la Constitución en la sesión del 20 de abril de 1853:

Como todos conociesen el peso de mi sola opinión ante este Pueblo y los demás, aún cuando yo no buscase prosélitos ni hablase con nadie en favor de mi opinión y en contra de la de ellos; sin embargo, por cuantos medios les fue posible, trataron de disuadirme que exprese mi opinión dentro y fuera del Congreso. Se valieron de empeño, ruegos y hasta amenazas. Tocaron hasta el vil resorte de querer seducir a José María para que me haga desistir: le hicieron hasta temer por mi persona. Como el asunto me era de conciencia más que de política, insistí en que yo había de expresar mi opinión en el Congreso para salvar mi responsabilidad ante Dios y los hombres. Desengañados de hacerme desistir, aún cuando por medio de sus empeños e interlocutores, les protestaba limitarme a expresar mi opinión, sin insistir ni alegar sobre ella; no satisfechos con esto, tuvieron juntas y acuerdos horribles al objeto de estorbarme que yo tome la palabra y exprese mi opinión en el Congreso. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

Zuviría explica que, como no pudieron convencerlo ni impedirle el uso de la palabra, el grupo de convencionales que impulsaba a toda costa la Constitución se repartió la tarea de atacarlo personalmente. Las expresiones que tiene en relación con Benjamín Lavaysse son ilustrativas del grado de tensión y desconfianza que había entre ellos:

Al fin terminaron (porque mas no podían) en repartirse entre seis oradores la contestación y ataques a mi persona en el acto que yo expresase mi opinión contraria ‘a que en estas circunstancias se diese la Constitución’. Los oradores designados eran los siguientes: Gutiérrez, Zapata, Huergo, Zavalía, Seguí y el energúmeno Cura Labaisse, el Capuchino Chabot de la Convención francesa, encargado de la mashorca parlamentaria establecida en este oscuro Congreso, para ultimar las víctimas, heridas y atontadas por los golpes de los demás. ¡Pobre clérigo! ¡Qué papel tan horrible y degradante le han hecho jugar esos hombres en este Congreso ofreciéndole el obispado de Córdoba o de Salta! ¡Qué herejías religiosas, qué blasfemias políticas y morales le han hecho hablar a este pobre hombre, por otra parte, de muy regulares costumbres! ¡Qué odio, qué desprecio y qué burla en la que ha caído este infeliz, ante todo este Pueblo y ante los mismos que ya por jaleo lo tomaban de instrumento para sus perradas, dándole por el flaco de liberal de entusiasta y enérgico! Pero, dejemos a este incauto joven, verdadera víctima de su indiscreción.²⁰ (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

Más allá de la pintoresca comparación de Benjamín Lavaysse con el fraile François Chabot, un fanático que fue víctima del Tribunal Revolucionario francés que, en pleno auge del “Terror”, lo condenó a la guillotina por corrupción, lo cierto es que la animosidad entre ambos era grande y mutua. Basta ver lo que opinaba el propio Lavaysse sobre Zuviría en una carta dirigida al gobernador de Santiago del Estero, Manuel Taboada, fechada en Santa Fe, el 2 de octubre de 1853:

Hasta hoy me he abstenido de hablar a usted de este bicho y otros que usted creía patriotas, para no incidir en personalidades y porque sus miserias me causan un profundo desprecio. Esto será muy reservado. Este viejo boliviano, palangana y apologista de sí mismo nos ha hecho o procurado hacer más mal que Lorenzo Torres ¿Qué tienen amigos estos salteños que no conozco si no grandísimos maulas? Los que parecen mejores no han hecho otra cosa que usurpar una reputación que no la merecen. Pero vamos al caso. Este viejo ¿sabe usted cómo se portó en los Tratados del 9 de marzo? Luego la oposición y cruda guerra que hizo al Congreso unido a los litorales retrógrados y montoneros para oponerse a la sanción de la Constitución. Omito chismes y cuentos de consigna, pero llenos de malicia y envidia al gran general Urquiza para hacer caer a Carril de la gracia y confianza del Director, que jamás lo conseguirá, un odio exquisito a Gutiérrez, Gorostiaga, Huergo, a mí y a otros patriotas. Ahora después que con la mayor insolencia se ha opuesto a que el Congreso ratifique los tratados celebrados con las potencias extranjeras [se refiere a los tratados de libre navegación firmados

20 Subrayado en el original.

con Estados Unidos, Francia y Gran Bretaña] está atestando la prensa de Buenos Aires, con cartas para desacreditarnos y denigrarnos. Tenemos en nuestro poder, esto lo digo con muchísima reserva, una carta de tres pliegos y medio escritas por este viejo inmoral a su digno cuñado Lezama, ¡carta llena de perfidia y calumnias! El pícaro viejo fatuo desparrama estos escritos, pero nuestra moderación ha de tener límites y una vez para siempre lo hemos de poner en la picota, y se ha de sentar en el banco de los acusados a responder de todas sus maldades y fermentido patriotismo. (Taboada, 1929, pp. 117-118)

Volviendo a la carta de Zuviría del 17 de mayo de 1853, en la que describe la discusión del proyecto de constitución, hay una referencia que llama la atención. Denuncia que le habían ocultado el proyecto: “El 20 del pasado, día en que se presentaba el proyecto de constitución, que aún no había visto yo (porque me lo habían ocultado), introduje también mi discurso o exposición y el proyecto de ley que le era adjunto” (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853).

Esa denuncia de Zuviría tal vez se refiera a que el proyecto de constitución que introdujo la Comisión de Negocios Constitucionales en la sesión del 18 de abril de 1853 no fue presentado de forma manuscrita, sino impresa y en varios ejemplares. Eso sugiere que el proyecto estuvo listo durante mucho tiempo antes. El propio Lavaysse lo confirma en otra carta al gobernador Taboada, del 11 de enero de 1853:

Se me olvidaba decir a usted que el proyecto de constitución está ya entre manos. El pensamiento dominante en la mayoría del Congreso es, que pronto, cuanto antes se promulgue y fije la Constitución. Triunfaremos indudablemente, y en ello habremos respondido no sólo al clamor de los pueblos, sino también a las convicciones de nuestra conciencia. Con la Constitución obtendremos la paz de que tiene hambre y sed la Nación toda. Es preciso aprovechar tan preciosos momentos. La paz, la tranquilidad, la seguridad de la propiedad e individual, esto es la Constitución. Demos estos bienes a los pueblos que con ellos vendrán todos los demás. No hay necesidad de escribir un cuaderno de grueso el volumen. Para el hacendado la Constitución son sus vacas, para el comerciante sus mercaderías, para el labrador sus cosechas, para el propietario sus bienes, etc. etc. (Taboada, 1929, pp. 35-36)

La confirmación de que la discusión del proyecto de constitución se dio con uno o más ejemplares impresos (cosa que hasta hoy no se sabía) surge, en primer lugar, del informe que John Pendleton, representante diplomático norteamericano en las Provincias Unidas del Río de la Plata, le envió desde

Buenos Aires al Gobierno de los Estados Unidos con fecha 1° de junio de 1853. Ese envío diplomático fue acompañado del proyecto de constitución que José Benjamín Gorostiaga le había entregado a Pendleton. Este proyecto, que durante muchos años fue considerado por la doctrina como el primer original de nuestra Constitución, escrito de puño y letra por Gorostiaga, se encuentra en los National Archives en la ciudad Washington, D.C.²¹

En octubre de 2021, conseguí una copia completa con la ayuda del profesor Jerónimo Lau Alberdi, quien se encuentra haciendo el doctorado en la Universidad de Virginia. Lo que Pendleton envió el 1° de junio de 1853 es una impresión hecha por la Imprenta del Estado de Santa Fe, que incluye: (i) el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales; (ii) del proyecto de constitución; (iii) de un proyecto de declaración sobre la capital de la Confederación; y (iv) de un proyecto de ley sobre la constitución de la ciudad de Buenos Aires como capital de la Confederación. Los últimos tres están corregidos de puño y letra por Gorostiaga.²²

Esa impresión debió de haberse hecho en algún momento entre: (i) el 23 de febrero, sesión en la que, al igual que Lavaysse, el convencional Manuel Leiva volvió a confirmar que el proyecto estaba prácticamente listo;²³ y (ii) el 18 de abril de 1853, en el que se presentó efectivamente. De hecho, el listado de los integrantes de la Comisión de Negocios Constitucionales de esa impresión incluye a Martín Zapata, que se incorporó después de su ampliación a siete miembros en la sesión del 23 de febrero en cuestión. La alternativa es que ese documento se hubiera impreso después de presentado, en algún momento entre el 18 de abril y el 1° de junio de 1853 en que Pendleton lo despachó a los Estados Unidos. Pero si ese trabajo de imprenta se hubiera encarado entre esas fechas, Gorostiaga debería haberle entregado a Pendleton una impresión de la Constitución ya sancionada el 1° de mayo y no hizo eso: le entregó la impresión del proyecto y demás documentos, corregidos de su puño y letra. El propio Pendleton informa que

21 “John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State, (Buenos Aires, June 1, 1853)”, microform ed on *Despatches From the United States Ministers to Argentina, 1817-1906*, Microcopy No. 69, reel 9 (National Archives Microfilm Publications).

22 El informe completo, corregido por Gorostiaga, junto con la documentación adjunta se pueden descargar a través de este [link](https://drive.google.com/file/d/1HNsNByv_1d1KuRj85cWPPaDOaWhN4-EN/view?usp=share_link): https://drive.google.com/file/d/1HNsNByv_1d1KuRj85cWPPaDOaWhN4-EN/view?usp=share_link.

23 “El señor Leiva dijo: que tenía el honor de pertenecer a la Comisión de Negocios Constitucionales, como de estar de acuerdo con la urgencia de que esta ([fuera]) presenta([de])(se) cuanto antes a la sanción del Congreso el Proyecto de Constitución que se le había encargado: que en este propósito la Comisión había dividido sus trabajos en dos partes, que estaban ya p., [sic] terminarse” (Ravignani, 1937, p. 463).

El Congreso de Santa Fe ha acordado una constitución de la cual se me ha enviado una copia reimpresa por el comité y corregida en manuscrito cuando se hicieron modificaciones. Le enviaré esa copia con este despacho, a menos que la copia corregida finalmente adoptada sea publicada a tiempo –como se espera que sea– para ser enviada. Encontrará que es casi una copia exacta de la Constitución de los Estados Unidos. (John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State, 1853, pp. 1-2)²⁴

El Congreso Constituyente intentó hacer esa impresión apenas sancionada la Constitución, pero no fue autorizada de inmediato por el gobierno de Urquiza. Así lo confirma Facundo de Zuviría cuando les explica a sus hijos que

De orden del congreso se mandó imprimir en la Imprenta del Paraná la constitución y leyes orgánicas ya sancionadas. El Gob^o se ha negado o excusado esta impresión; parece que será hasta ver si la acepta o no el Director. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

Otra confirmación de que la discusión se dio con una o varias copias del proyecto de constitución impresas fue aportada en 1939, cuando –a instancias de Emilio Ravignani– se publicó el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales y el Proyecto de Constitución en el último tomo de *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Allí aclaró que se había usado el ejemplar impreso que había pertenecido al constituyente Juan del Campillo. Al igual que ocurría con la copia impresa perteneciente a Gorostiaga y entregada por éste a Pendleton con sus correcciones de puño y letra, Ravignani (1939) destaca que: “Este ejemplar [que había pertenecido a Del Campillo] se halla con correcciones provenientes de la discusión y reforma del despacho a medida que se iba aprobando la Constitución que nos rige con modificaciones” (p. 779, nota al pie 1).

La confirmación definitiva de que el proyecto de constitución se discutió sobre uno o más textos impresos surge de una carta del convencional Lavaysse al gobernador Taboada de fecha 15 de abril de 1853:

Siento que la salida del correo no se dilate para mandarle un ejemplar del proyecto de constitución que está para concluirse de imprimir, pero, en otra vez lo

24 “The Congress of Santa Fe has agreed upon a constitution a copy of which as reprinted by the committee, and corrected in manuscript when alterations were made has been sent to me. I shall send you that copy with this dispatch, unless the corrected copy as finally adopted be published in time –as expect it will be– to be sent. You will find it to be almost an exact copy of the Constitution of the United States”.

haré. Estoy cierto que con la lectura de esta pieza recibirá Ud. bálsamo y se abrirán grandes esperanzas para el porvenir –pero también tenga Ud. seguro que si la Constitución no impera y no se pone en práctica, volveremos a tiempos peores que los pasados-. En fin, mi amigo, Dios proveerá. (Taboada, 1933, p. 171)

Volviendo nuevamente a la carta confidencial de Zuviría, después de quejarse de que le habían ocultado el proyecto de la Comisión de Negocios Constitucionales, les cuenta a sus hijos el impacto que produjo en los demás convencionales constituyentes la lectura de su discurso, en el que se oponía a que se sancionara la Constitución: “entre estos el que me trató con más piedad como era natural, fue mi ahijado Huerquito que sólo me dijo, anarquista como hombre, traidor como argentino, perjuro como diputado, y payaso de Rosas” (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853).²⁵

Continúa el relato diciendo que después

me entregaron a la cortante cuchilla del cándido y energúmeno Clérigo Labaisse. Lo menos que a gritos descompasados y con las más impropias acciones me dijo este pobre hombre fue, que yo quería darles un Dictador, un segundo Rosas que anule en un día todos los sacrificios que él y sus compañeros habían hecho durante 42 años por la sacrosanta libertad: que no lo permitirían, e insistía sobre lo que a él le costaba la libertad, lo que había hecho por ella etc. etc. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

La frustración de Zuviría lo lleva a repetir su juicio lapidario sobre la Convención:

No he visto un Congreso, una Junta de Provincia, un cuerpo colegiado más escaso de luces, de probidad y decencia, que el que me ha cabido presidir y el que mi Patria me ha obligado a venir. Este sacrificio me faltaba que hacerle. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

Después de referirse a la “heroica oposición” de los convencionales Pérez, Centeno, Leiva y Ferré, a los capítulos de capitalización, rentas y religión (“no tanto en la sustancia”, dice Zuviría, “como en la forma u oportunidad de ellos”), el convencional por Salta critica la velocidad con la que se aprobaron los artículos del proyecto de constitución:

25 Subrayado en el original.

La mashorca había acordado, que presentado el Proyecto de Constitución, al primero que vertiese oposición a una sola coma, se le fuesen todos encima sin reparar en sarcasmo e insultos de todo género para expulsarlos o intimidarlos desde el principio. Lo cumplieron religiosamente: el primero al que insultaron fue a mí, me impusieron silencio; más como Presidente tenía que presidir, no la discusión pues no le había, si no la votación. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)²⁶

La aparente precipitación que tuvo la Convención a la hora de discutir y aprobar el proyecto de Constitución tiene una explicación, que el propio Zuviría sugiere cuando se queja de que se lo habían ocultado. Lo cierto es que el grupo de convencionales que elaboró y logró la aprobación de la Constitución no tenía dudas sobre su contenido. Además, las discusiones que pudo haber habido se dieron, evidentemente, antes de presentar el proyecto. Tal como afirma Dana Montaña (1953a) en un trabajo prácticamente desconocido,

Quando se pone en discusión pública [el proyecto de constitución], la discusión privada se había agotado. No hay disidencia escrita o formal sobre ninguna de sus cláusulas en el despacho respectivo. El debate público, en sesiones a la que concurría una barra nutrida, de la que tomaba parte el Gobernador de la Provincia [de Santa Fe], Sr. Domingo Crespo, se hacía para todo el país, a fin de que éste comprobase cómo se cumplían los solemnes compromisos contraídos en San Nicolás, respecto del sistema de gobierno adoptado, por voluntad y elección de las Provincias que lo componen. Existía una amplia coincidencia de ideas y de propósitos en cuanto a la organización del país, a su necesidad y hasta a la forma sustancial de hacerlo. (p. 41)

La comunidad de ideas del grupo dominante en la Convención a la que se refiere el profesor santafesino (y que Zuviría define reiteradamente como la “mashorca parlamentaria” y cuyos jefes eran “Carril, Gorostiaga y Gutiérrez”) había sido expuesta de forma clara y contundente por Benjamín Lavaysse al gobernador Taboada en carta de fecha 15 de marzo de 1853. Allí le explica:

Advierta Ud. que cuando le hablo de mayoría, es porque siempre la obtenemos, cuando se ofrece cualquier asunto. No se puede dar un cuerpo en que estén las opiniones más unidas y compactas, los sentimientos más uniformes y paternales, todos, todos, somos amigos, y estamos reunidos y juntos a excepción de dos o tres. Así es que por esto es más llevadera la vida de privaciones y sufrimientos que hacemos en Santa Fe. (Taboada, 1933, pp. 140-141)

26 Subrayado en el original.

Volviendo a la carta de Zuviría, el diputado salteño continúa su relato de la aprobación del proyecto de constitución, observando que

El 30 de abril terminó la sanción de todo para firmar la Constitución, el 1° de mayo, que ha sido su objeto para halagar al General Urquiza. Resolvieron hacerlo, sin que se hubiesen leído y aprobado las actas. Algunos diputados protestaron contra esto, diciendo que no firmarían la Constitución sin previa lectura y aprobación de las actas; que sería nula la Constitución, etc., etc. La mashorca tuvo que ceder a esta exigencia y se ordenó que reunidos temprano a las 9 o 10 de la mañana del día 1°, se procediese a la lectura y aprobación de todas las actas que contenían como 100 fojas. Podéis calcular cómo se hizo esta operación para salvar la fórmula de la lectura y aprobación. Concluida esta a las 4:30 de la tarde, sin que yo me hubiese movido de mi asiento en más de seis horas porque habría sido un crimen para esos S.S. y hubieran atribuido mi descanso a oposición o retardo de la Constitución, se empezó a firmar a esa hora. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

Termino mi revisión de una parte de la carta de Zuviría con la vívida descripción que hace sobre la firma de la Constitución en la tarde del 1° de mayo de 1853:

Apercibidos todos del disgusto del Pueblo, de la repugnancia de varios Diputados, de algunas hablillas de la barra sobre la Constitución sancionada en 9 sesiones; remordiéndoles quizá la conciencia al ver como habían fallado sobre la suerte de los Pueblos, y sabiendo finalmente que todo el pueblo de Santa Fe desde su gobernador hasta el último habitante protestaban no aceptarla, lo mismo que el Entreríos; apercibido de todo esto decía y quizás también de mi profundo silencio o solemnizado con una profunda resignación a hacer como Presidente cuánto disparate ellos sancionaban, constituyéndome como lo había hecho en humilde instrumento de sus caprichos soberanos; se amortiguaron o abatieron de tal modo, que cada uno iba mustio a poner su firma y se volvía taciturno a su asiento. Mientras firmaban y apurándome la orina contenida por tantas horas, salí por un momento y me siguieron los diputados Seguí y Labaisse a rogarme de por Dios que hable siquiera 4 palabras que alienten a esos hombres mustios; a ese pueblo taciturno y disgustado, con otras mil razones que eran otros tantos ruegos. Me resistí hasta que, abrazándome, me expusieron que mi solo silencio era un obstáculo a la aceptación de la Constitución; era un ataque a ella y traería males al país; que vea al fin que yo era el Presidente de ese Congreso y su obra iba bajo de mi firma, etc., etc. No pudiendo resistir a esas insinuaciones y no queriendo oponer por mi parte un grano de arena a lo que la mayoría había sancionado, me decidí a hablar 4 palabras en el acto de que terminasen las firmas. Entré al salón cuando éstas concluían y me afecté tanto del silencio y trascenden-

cia de ese acto, que sin haber combinado una sola idea, rompí en el Discurso del que os mando una copia sacada de la Acta. Lo pronuncié con tal vehemencia y en un tono tan patético, que jamás discurso alguno mío, ni estudiado, ha producido un efecto igual. El Pueblo, o la barra y los Diputados todos lloraron sin disfraz, ni disimulo; saltaron conmigo de sus asientos, y aún no vertí la última palabra, cuando sobre mí se lanzó todo el Congreso a abrazarme, aplaudirme, a darme las gracias, a reconocer la nobleza y pureza de mi patriotismo, etc., etc. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

La carta continúa con muchas otras impresiones interesantes que dejo para exponer en otra oportunidad. Dicho eso, ¿qué opinar acerca de las críticas de Zuviría por ese “furor por la Constitución” y a los convencionales que eran “furiosos por ella”?

Recurro nuevamente a las cartas de Benjamín Lavaysse al gobernador Taboada. El 20 de marzo de 1853, Lavaysse da cuenta en una carta del fracaso de la misión de paz a Buenos Aires, de un intento de derrocamiento del gobernador Juan Gregorio Pujol en Corrientes, del regreso de Celedonio Gutiérrez al poder en Tucumán y del estado desesperante en el que se encontraba el país. El remedio que Lavaysse ve en esas circunstancias era sancionar sin más trámite la Constitución:

Tenemos a toda la República ya ardiendo en la anarquía y en la guerra civil. ¿Qué haremos ahora nosotros? Dar en breve nuestra Constitución a ver si ella, este cuaderno sin apoyo de autoridad contiene tantas pasiones desencadenadas. Ya ve usted, mi amigo, que no puede ser peor nuestra situación: Corrientes también acaba de sofocar un movimiento que se hacía para deponer al gobernador Pujol a favor según se dice, de los Virasoros. Y todo esto se hace en presencia del Congreso, a sus barbas también y delante del Director, tal vez prestando él su aquiescencia, y tal vez su apoyo, como a [Celedonio] Gutiérrez. No demos la Constitución –dicen muchos de mis colegas–, démosla digo yo: es decir publiquemos el cuaderno, que con ello habremos conseguido siquiera dar un manifiesto a la Nación de la elevación de muchas miras; y que queremos dar una Constitución liberal e ilustrada. Nos quitaremos también el lodo, que quizás ya nos cae a la cara. Esta es nuestra verdadera situación, mi amigo, ¿A qué engañarnos? (Taboada, 1933, pp. 145-146)

Esa decisión de Lavaysse coincide con la expresada por Juan Bautista Alberdi en una carta inédita que figura en el archivo de Vicente Fidel López. Alberdi le escribe a Juan María Gutiérrez, desde Valparaíso, el 30 de marzo de 1853 y cuestiona al Congreso Constituyente por la demora en sancionar la Constitución:

¿Por qué retarda la Constitución? Esperar para darla a que haya paz, es esperar que pase la enfermedad para aplicar el remedio. La Constitución, que por nada debe postergarse, debe darnos el gobierno fuerte que ha de poner remedio a los disturbios locales. Le adjunto un artículo que he escrito sobre esto. El Congreso no debe distraerse en cuestiones locales. No es juez de paz llamado a componer rencillas domésticas. Su mandato se reduce a dar una Constitución y debe cumplirlo sin ocuparse de otra cosa ni hacer caso de las descargas de la guerra civil. El gobierno definitivo que ha de existir para la Constitución, será el que ponga remedio a los males que el Congreso no pudo remediar, sino dando la Constitución y estableciendo un gobierno poderoso por sus atribuciones y medios. Procuren ustedes no encadenar la cuestión argentina a la cuestión de Buenos Aires. El 3 de febrero no ha concluido la obra de Rosas, que todavía subiste allí porque es producto de 20 años, y en ella encontrará más de un tropiezo la organización general. Buenos Aires será salvada por las provincias más de una vez. Será el último punto que abandone el viejo virreinato colonial. Pobre Buenos Aires ¡tan benemérita y tan mal dispuesta para el gobierno de la libertad! (La carta se transcribe completa en Mitre, 1958, p. 108)

Ese pedido de Alberdi, que reflejaba la determinación previa del grupo mayoritario de convencionales que, como explicó Lavaysse, dominó la Convención, fue cumplido en las jornadas que van del 18 al 30 de abril de 1853. Fue el “furor por la Constitución”, que Zuviría denuncia en esta carta confidencial del 17 de mayo de 1853, el que, en definitiva, hizo posible hace 170 años la sanción de nuestra Constitución Nacional.

La historia, finalmente, les dio la razón a los convencionales que se oponían a Zuviría. Sin embargo, en esa misma carta del 17 de mayo de 1853, les confiesa a sus hijos que, a pesar de haberse opuesto a la Constitución impulsada por lo que él llamaba como “la mashorca parlamentaria”, la deseaba también con ganas:

Opuesto a que se dé Constitución en las circunstancias actuales de la República por las razones que expreso en el Discurso que os remito y por otras más fuertes y privadas que tengo. Opuesto a la que se ha dado, por contener muchos artículos de mi reprobación, aun cuando, como Presidente no he tomado parte alguna en su discusión. Opuesto a la misma por ser de difícil aceptación e imposible realización; opuesto porque veo en ella el estandarte de una nueva anarquía. Opuesto, en fin, por otros mil motivos; y en medio de esta convicción, forzado por otras mil consideraciones a desear con vehemencia su aceptación y observancia por todos los Pueblos, como la última y única tabla que nos puede salvar, por más frágil y carcomida que ella sea: interesado en su aceptación y observancia por el bien y honor de mi Patria, por mi propio honor y el vuestro, por mi firma como Presidente y la de mi hijo José María como Secretario. [...]

Su aceptación y observancia me es de eterno honor; su repulsa me deshonra o desaira. (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853)

A pesar de haber sido un verdadero hito en materia institucional, la sanción de la Constitución Nacional el 1º de mayo de 1853 fue apenas el primer paso de muchos más que habría que dar para poder alcanzar la tan deseada organización nacional. Los convencionales que, según denunciara Zuviría, impulsaron “furiosamente” la sanción de nuestra Constitución tuvieron que seguir trabajando denodadamente para que el general Urquiza la acepte y la promulgue el 25 de mayo de 1853, para que se lea y jure en plazas públicas de todo el país el 9 de julio de 1853, y, entre muchos otros obstáculos, para lidiar con la compleja situación en la que quedaba el país por la imposibilidad de arribar a una solución al problema que planteaba la resistencia de Buenos Aires. La cuestión tardaría más de siete años en resolverse y recién el 21 de octubre de 1860, luego de que la Constitución fuera nuevamente jurada en todas las provincias del país, incluyendo ahora sí a Buenos Aires, es que ese primer paso tan criticado por Zuviría quedaría definitivamente consolidado.

4. El debate sobre las fuentes de la Constitución de 1853

¿Cuáles fueron las fuentes intelectuales, modelos y autores que inspiraron a nuestros constituyentes en 1853 y que ayudaron a generar esa comunidad de ideas a la que se refiere el cura Benjamín Lavaysse para poder sancionar la Constitución prácticamente sin discusión? Si bien la cuestión referida a las fuentes de la Constitución de 1853 ha sido objeto de numerosos estudios en el pasado, aún no se ha dicho la última palabra sobre el tema.

En este trabajo quiero solamente esbozar tres puntos que merecen ser repensados en el futuro: (i) de qué forma se dio la influencia de la Constitución de los Estados Unidos en el proyecto de constitución de la Comisión de Negocios Constitucionales; (ii) cuál fue el rol que tuvo la obra de Alexis de Tocqueville en los constituyentes de 1853; y (iii) qué prevenciones hay que tener en cuenta a la hora de analizar la indudable influencia que tuvo el proyecto de constitución de Alberdi en la Convención de Santa Fe. En conjunto, esa revisión es indispensable para poder hacer una correcta interpretación no solo de la historia interna del Congreso General Constituyente de Santa Fe, sino también de la elaboración de la propia Constitución Nacional sancionada en 1853.

4.1. Influencia de la Constitución de los Estados Unidos

La Constitución sancionada el 1º de mayo de 1853 en Santa Fe fue llevada a Urquiza para su aprobación por una delegación del Congreso Constituyente integrada por Salvador María del Carril, José Benjamín Gorostiaga y Martín Zapata, a la que se sumó Juan María Gutiérrez. Un dato que no he visto citado hasta ahora es que los cuatro miembros del Congreso Constituyente se cruzaron en el cuartel general de Urquiza en San José de Flores con Thomas J. Page, el comandante de una expedición enviada por el Gobierno de los Estados Unidos en misión oficial a recorrer países de América del Sur. Page (1859) relata ese encuentro de esta forma:

Mientras lo esperábamos [a Urquiza], paseamos por los terrenos, donde se nos unieron otros cuatro señores, presentados como diputados del Congreso de Santa Fe, que habían llevado al Director Provisional la Constitución que había de ser sometida a las provincias para su adopción. Fue modelada, nos dijeron, sobre la de los Estados Unidos, excepto en algunos puntos, donde hubiera sido totalmente ineficaz. (pp. 39-40)²⁷

Esa referencia de Page a la influencia que tuvo el modelo norteamericano en la Constitución de 1853 es también repetida por Robert C. Schenck, representante diplomático de los Estados Unidos en el Brasil. Schenck estuvo en la Argentina junto con Page y Pendleton al momento en que se sancionó la Constitución de 1853 con la misión de negociar un tratado de libre navegación. Se trata de otra referencia que no suele ser citada en trabajos sobre las fuentes de la Constitución de Santa Fe:

Puedo añadir aquí que la Constitución (tan idéntica casi a la nuestra) que fue adoptada en Santa Fe, y sometida, a través del Director Provisional, al pueblo de las provincias para su aceptación, ha sido recibida con entusiasmo en todos lados fuera de Buenos Aires; y presumo que el siguiente paso del Congreso Constituyente que la sancionó, y que permanece en sesión hasta la completa organización bajo la misma, será la fijación de un día para la elección del Presidente y Vicepresidente. (Page, 1859, p. 577)²⁸

27 “While waiting for him, we sauntered through the grounds, where we were joined by four other gentlemen, introduced as deputies from the Congress of Santa Fe, who had brought to the Provisional Director the Constitution which was to be submitted to the provinces for their adoption. It was modeled, they told us, upon that of the United States, save in a few points, where it would have been totally inoperative”.

28 “I may here add that the Constitution (so identical almost with our own) which was adopted at Santa Fe, and submitted, through the Provisional Director, to the people of the provinces for their

Algo similar ocurre en el caso de Pendleton: además de la conocida referencia de su informe del 1º de junio de 1853 en cuanto a la similitud que veía entre nuestra Constitución y la de los Estados Unidos, existe otra referencia prácticamente desconocida en la que advierte que Urquiza era el que, en realidad, quería asimilar las instituciones norteamericanas a nuestro país en todo lo que fuera posible. Así lo hizo en un despacho al secretario de Estado Daniel Webster, enviado el 28 de abril de 1852 desde la ciudad de San Nicolás, en el que aclara que es el único extranjero invitado a la reunión de gobernadores que derivó en la sanción del Acuerdo de San Nicolás (Manning, 1932, p. 528).

Las referencias de Pendleton, Page y Schenck acerca de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos como modelo principal de la Constitución de 1853 no son casuales. Tampoco sorprenden. De hecho, son un reflejo de lo que el propio Congreso Constituyente expresó concretamente en varias oportunidades. En la sesión del 20 de abril, por ejemplo, en su carácter de miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales, el principal redactor de nuestra Constitución, el convencional José Benjamín Gorostiaga, afirmó que el proyecto de constitución “está vaciado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el mundo” (Ravignani, 1937, p. 468). Juan María Gutiérrez, el otro miembro informante de esa comisión, hizo una observación similar en esa misma sesión: “La Constitución es eminentemente federal; está vaciada en el molde de la de los Estados Unidos, única federación que existe en el mundo digna de ser copiada” (p. 479).

En la sesión del 26 de abril de 1853, Salustiano Zavalía, otro de los miembros de la Comisión de Negocios Constitucionales y que tuvo a su cargo la elaboración del proyecto de constitución finalmente aprobado, confirmó a su vez lo expuesto por Gutiérrez y Gorostiaga, cuando sostuvo que es “la misma carta de la Unión Americana, el gran modelo de las Confederaciones, donde la Comisión se ha inspirado en la concepción de su proyecto” (Ravignani, 1937, p. 520).

El propio Congreso Constituyente, en la minuta de declaración aprobada el 3 de mayo de 1853 como mensaje explicativo de la Constitución sancionada, expresó que “la federación será bien entendida si se comprende como en los

acceptance, has been received enthusiastically every where out of Buenos Ayres; and I presume that the next step of the Constituent Congress which framed it, and which remains in session until the complete organization under it, will be the appointment of a day for the election of President and Vice-President”.

Estados Unidos del Norte, única federación modelo que existe en el mundo civilizado” (Ravignani, 1937, p. 539).

Estas referencias son apenas una muestra de una verdad irrefutable: durante su actuación pública posterior, la gran mayoría de los convencionales constituyentes que lideraron el trabajo en la Convención, incluyendo, sin limitación a Gorostiaga, Gutiérrez, Zavallía, Del Carril, Zapata y Juan del Campillo, ratificaron esa influencia del modelo norteamericano en numerosas oportunidades y en los ámbitos más diversos (el Congreso, el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema, etc.).²⁹ Por supuesto, como es sabido, esa influencia del modelo constitucional estadounidense en nuestra Constitución se profundizó todavía más durante la reforma de 1860 al momento en que Buenos Aires ingresó finalmente a la Confederación Argentina.³⁰

No es mi propósito reeditar aquí la estéril discusión acerca de la innegable influencia que la Constitución de los Estados Unidos tuvo en la Constitución de 1853. Sin embargo, me siento obligado a insistir en este punto para rebatir de una vez una leyenda inventada por un conocido historiador, cuyo único propósito fue desprestigiar a los constituyentes y a la propia Constitución de 1853. Me refiero a José María Rosa y su absurdo planteo en cuanto a que nuestra Constitución tendría serios defectos de origen producto de haber copiado gran parte de sus artículos de una mala traducción de la Constitución norteamericana. Según Rosa, esa copia defectuosa se habría dado de forma directa y también indirecta a través del proyecto de constitución que Juan Bautista Alberdi incluye en la segunda edición de sus célebres “Bases”.

El planteo de Rosa tiene tres pasos. El primero, correcto, es que el principal redactor de la Constitución de 1853, José Benjamín Gorostiaga, habría elaborado el proyecto de constitución finalmente aprobado en Santa Fe. El segundo, incorrecto, es que Gorostiaga lo hizo a partir de una mala traducción de la Constitución de Filadelfia realizada en 1811 por el venezolano Manuel García de Sena. El tercero, también incorrecto, es que, además, esa mala traducción ya había contaminado el proyecto de constitución de Alberdi, que Gorostiaga habría usado como modelo adicional en su trabajo.³¹ Aunque Rosa no lo ex-

29 Al respecto, remito a García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, 2008).

30 El artículo 35 de nuestra Constitución todavía dispone que: “Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber: Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina, serán en adelante nombres oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose las palabras ‘Nación Argentina’ en la formación y sanción de las leyes”.

31 “Desde el día mismo en el que se creó la comisión de Negocios Constitucionales (24 de diciembre)

pública, esta tesis implica, necesariamente, que el resto de los convencionales constituyentes habrían sido víctimas de esa cadena de errores al aprobar algo que ni siquiera entendían o podían percatarse. Así, según Rosa, el error de García de Sena habría derivado en el error de Alberdi. Los errores de García de Sena y Alberdi habrían conducido, a su vez, al error de Gorostiaga. Finalmente, el error de Gorostiaga habría arrastrado fatalmente a toda la Convención. Esta tesis es, lisa y llanamente, un disparate.

La traducción de García de Sena, efectivamente, tuvo amplia circulación en el Río de la Plata durante el comienzo del período revolucionario, desde por lo menos 1812. Formaba parte de un libro cuyo título era *La independencia de la Costa Firme, justificada por Tomás Paine treinta años ha* (García de Sena, 1811).³² Según Rosa (1963), “Alberdi, que no sabía inglés, tomó el texto de la constitución federal de los Estados Unidos en la mala, pésima, traducción de Manuel García de Sena” (p. 347). A su vez, “con el texto norteamericano a la vista [Gorostiaga] fue depurando las ligerezas y no pocas exageraciones de Alberdi. Por desdicha la traducción que tenía a mano era la persistente de García de Sena” (p. 360). Para rematar su peculiar planteo, Rosa (1963) afirma que

Ni Alberdi ni Gorostiaga fueron originales: el primero en Valparaíso había adaptado, para una fervorosa desargentización de la Argentina, una mala traducción corriente de la Carta norteamericana; el otro en la alfajorería hizo una meritoria labor de corrección gramatical y jurídica del proyecto de Alberdi, que refundió con algunos artículos de la Constitución unitaria [de 1826] alcanzados por Carril. Ninguno de los dos, ni Alberdi ni Gorostiaga, tomaron nada de la realidad argentina. (p. 362)

La tesis de Rosa es insostenible. En primer lugar, al referirse exclusivamente a la traducción de García de Sena, este conocido historiador desconoce la cantidad de otras traducciones de diversa índole de la Constitución de los Estados Unidos que circularon profusamente antes, durante y después del período revolucionario. Esa circulación se dio a través de numerosas publicaciones, ya sea en inglés o en traducciones en otros idiomas, especialmente el francés y el castellano.³³ En segundo lugar, omite toda referencia al rol que tuvieron

[Gorostiaga] se puso a la tarea de enderezar el proyecto de Alberdi” (Rosa, 1963, p. 233).

32 Importantes hombres públicos, como José Gervasio Artigas o José de San Martín, no solo tenían copias de ese libro, sino que las repartían y difundían activamente (Simmons, 1977, pp. 35-39).

33 Ya en 1806 se había publicado en Filadelfia una colección oficial en inglés que contenía la Declaración de Independencia, los Artículos de Confederación, la Constitución federal y las consti-

los diplomáticos, viajeros, corsarios y contrabandistas norteamericanos que, de forma entusiasta, entregaban copias de la Constitución de los Estados Unidos y otros documentos públicos –como la Declaración de Independencia o el Discurso de Despedida de George Washington– tanto en su idioma original como traducidas al castellano.³⁴ En tercer lugar, su planteo es anacrónico: esa influencia innegable de García de Sena pudo haber sido dominante a comienzos del período revolucionario, pero no para el año 1853 en que se reunió el Congreso General Constituyente. La cantidad de traducciones en diversos idiomas, especialmente en castellano y en francés, y de ejemplares en su idioma original, así como de obras que analizaban en detalle la Constitución de los Estados Unidos (desde *El Federalista* hasta los comentarios de Joseph Story), era, para

tuciones estaduales (Seco Villalba, 1943, p. 31). En el Museo Mitre, por ejemplo, se puede consultar una edición oficial posterior, perteneciente a Bartolomé Mitre: *Constitution of the United States of America as proposed by the Convention held at Philadelphia, September 17, 1787 and since ratified by the several states; with the amendments thereto: to which are added, Standing Rules and Orders for conducting business in the House of Representatives of the United States* (1825). El texto de la Constitución de Filadelfia en idioma original se conoció en el Río de la Plata varios años antes de que naciera el propio Gorostiaga (nació el 26 de marzo de 1823): en 1817, por ejemplo, se citan textos de esta constitución directamente en inglés en diarios locales (ver *El Censor*, N° 91 del 12 de junio de 1817 en Senado de la Nación, 1960, p. 7097). Las traducciones al francés fueron también numerosas y circularon profusamente (ver González, 1962; Simmons, 1977). Menciono solamente dos: por un lado, la obra *Constitutions des Treize Etats-Unis de l’Amerique, nouvelle edition*, editada en París, en dos tomos, en 1792. Esta edición, que circuló en el Río de la Plata, contenía en el primer tomo las constituciones de los estados de New Hampshire, Massachussets, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware y Maryland. El segundo tomo incluía las constituciones de Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia. En este tomo, además, se incluyeron traducciones de la Declaración de Independencia, los Artículos de Confederación y la Constitución de los Estados Unidos con sus primeras diez enmiendas. Por el otro, el libro de John Adams, *Défense des Constitutions Américaines, ou de la nécessité d’une balance dans les pouvoirs d’un gouvernement libre*, de dos tomos y con una traducción de la Constitución de los Estados Unidos, fue publicado en París en 1792. Esta obra fue leída en el Río de la Plata a principios del siglo XIX. Aún sin saber otros idiomas, en nuestro país se conoció y se pudo estudiar la constitución norteamericana en castellano a través de diversas traducciones y no solamente la de García de Sena. Las traducciones de la Constitución de los Estados Unidos que se hicieron al castellano circularon muchas veces de mano en mano o fueron impresas en los medios más diversos. Prueba de ello, por ejemplo, son las dos traducciones que se le atribuyen erróneamente a Mariano Moreno (Bauso, 2022). Entre los papeles del archivo de Andrés Bello se halló una traducción manuscrita de la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras diez enmiendas (ver “Constitución Federativa asentada por la Convención de 17 de septiembre de 1787” en el Archivo y Colección Andrés Bello, Archivo General de la Nación, Sala VII, Legajo N° 2634), etc.

34 Cfr. Simmons (1977, pp. 29 y ss.). El propio Manuel Belgrano tradujo ese discurso de Washington no una, sino dos veces luego de que se prendieran fuego sus papeles después de la batalla de Tacuarí, el 9 de marzo de 1811. Belgrano reconoce que recibió ese documento de manos del conocido corsario norteamericano David Curtis DeForest (“Washington y Belgrano”..., 1871, pp. 100-101).

ese momento, sencillamente abrumadora.³⁵ En cuarto y último lugar, aunque muchos de los convencionales de Santa Fe no sabían inglés, no era el caso de Gorostiaga, Gutiérrez y Del Carril: según surge de testimonios de la época y de su propia actuación pública posterior, los tres lo entendían y dominaban,³⁶ y conocían así tanto la Constitución de Filadelfia como el derecho constitucional estadounidense.³⁷

En definitiva, sin perjuicio de que la filiación de nuestra Constitución responde indudablemente al constitucionalismo de estilo estadounidense –contrariamente a lo que pretende Rosa–, nuestros constituyentes no fueron víctimas de haber usado traducción alguna, sea buena o mala. Por el contrario, no solo conocían en detalle el sistema constitucional que usaron como modelo para elaborar nuestra Constitución, sino que lo perfeccionaron en algunos puntos. Tal como lo reconoce el propio José María Zuviría (1889), secretario del Congreso General Constituyente de Santa Fe,

Verdad es que los del 53 tuvieron por modelo la gran Carta fundamental de los Estados Unidos del Norte; pero no es menos cierto que la que impropia-mente se denominó copia, resultó ser mucho más perfecta que el modelo, como puede juzgarlo cualquiera que las ponga delante de sí y las estudié con ánimo tranquilo, imparcial y sereno. (p. 85)

¿A partir de qué ideas fue que nuestros constituyentes de 1853 pudieron mejorar el modelo estadounidense para adaptarlo a la realidad nacional? Si bien es cierto que para contestar esa pregunta en detalle habría que escribir, probablemente, uno o más libros, en el punto que sigue me refiero brevemente a una de las fuentes que permitieron esa mejora del sistema adoptado y que, hasta la fecha, no ha sido debidamente estudiada y analizada.

35 Cfr. Simmons (1977, pp. 29-77), García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, pp. 149-157), etc. A pesar de que esta realidad es indiscutible, Rosa no se hace cargo y ni siquiera se plantea la posibilidad de que nuestros constituyentes hubieran tenido acceso a otras traducciones. Basta ver lo que dice Simmons (1977) sobre las numerosas traducciones en francés, antes de 1830, para darse cuenta de lo absurdo del planteo de Rosa: “For any Spanish or Spanish American readers who could handle French –and of these there was a fair number among the intelligentsia–, the opportunities for obtaining information about the United States and its revolution were multiplied many times by numerous French translations of such North American papers as the Declaration of Independence, the Constitution of 1787, the constitutions of the various states, *The Federalist*, the works of Tom Paine, and similar writings that were published not only in France itself but in other countries as well during the latter part of the eighteenth century” (p. 76).

36 Cfr. Mansilla (1953, p. 36), Vanossi (1970, p. 27), etc.

37 Para ampliar el punto, ver García-Mansilla y Ramírez Calvo (2008, pp. 131-153).

4.2. La influencia de *La Democracia en América*

Parte de la explicación de cómo fue que nuestros constituyentes pudieron mejorar y adaptar el modelo norteamericano a nuestras necesidades radica, paradójicamente, en la influencia no de un autor estadounidense, sino de uno francés: Alexis de Tocqueville. En una conocida carta inédita a Juan Bautista Alberdi, de fecha 24 de febrero de 1860, Salustiano Zavalía, convencional por la provincia de Tucumán, responde un agradecimiento de Alberdi y allí reconoce expresamente la influencia de Tocqueville en la Convención de Santa Fe. Zavalía le dice a Alberdi, que:

Débesele a Ud. toda honra por los hombres de este país, que Ud. ilustró copiosamente en la época ardua y trascendental de la Constitución. Su libro de las “Bases” era el prontuario favorito de los miembros del Congreso, que dio la Carta de Mayo. Ud., Tocqueville y Story fueron nuestras lumbreras al producir aquella obra, que ha sido tan fecunda en grandes resultados, y ese servicio lo hizo Ud. cuando la añeja tiranía tenía envueltos aun todos los espíritus.³⁸

Aunque la influencia de la obra de Alexis de Tocqueville en nuestros constituyentes de 1853 fue decisiva en muchos puntos, no ha sido debidamente estudiada por nuestra doctrina. Esa influencia aparece de forma directa en otras cartas y testimonios, algunos inéditos, y se puede apreciar también de forma indirecta. Entre los papeles personales inéditos de José Benjamín Gorostiaga referidos al Congreso Constituyente, por ejemplo, se encuentran traducciones propias de extractos de quien fuera, según el ilustre santiagueño, “el inmortal autor *De la democracia en América*”.³⁹ Sin perjuicio de ello, dado que no es el objeto central de este trabajo, me limito a esbozar, a modo ilustrativo, esa influencia de Tocqueville en el Congreso General Constituyente de Santa Fe. Señalo solamente tres aspectos importantes (no son los únicos) en los que no siguieron al pie de la letra el modelo norteamericano, sino que lo modificaron o mejoraron para adaptarlo a nuestra realidad utilizando la célebre obra del francés: el federalismo, el juicio político y el régimen municipal.

En su famosa tesis doctoral, Alberto Padilla (1921, p. 80, nota al pie 1) cita un trabajo de Benjamín García Victorica en el que se afirma que la lectura de Tocqueville en el exilio convirtió a varios defensores del unitarismo al federalismo. Según García Victorica (1912),

38 Original en el Archivo Furt. Copia en poder del autor. Se puede bajar copia de la carta en este link: https://drive.google.com/file/d/1uWzCDzzPI1TmeVKKL7NHioOe9AoupEuH/view?usp=share_link.

39 Archivo General de la Nación, Sala VII, Legajo N° 707, Documento N° 14059.

Durante la permanencia de Rivadavia en la ciudad brasileña de Santa Catalina, en compañía de Salvador María del Carril, leyeron la obra de Tocqueville y comprendieron el error en que estaban respecto al régimen federal. El doctor B. Victorica en carta al doctor R. Rivarola publicada en *El Diario* el 30 de septiembre de 1908 cuenta en estos términos lo que podríamos llamar conversión política: “Recuerdo que el doctor Salvador María del Carril, cuando estreché íntima relación con él, hace cincuenta y cuatro años, siendo su secretario, como ministro de gobierno delegado nacional, viviendo en la misma casa, que era a la vez por el momento, nuestra única oficina que se transformaba en comedor –tan pobres estábamos, al empezar la obra de cimentar el gobierno que hoy juega con centenares de millones; allá en las largas veladas de la triste ciudad, entonces tan poco populosa, pero patriota si hasta la mayor abnegación de sus pocos habitantes el sabio Carril, porque lo era, habiéndose dedicado al estudio en el largo ostracismo de Santa Catalina, me decía: ‘Estábamos ciegos’ –el plural se refería a Rivadavia, con quien vivió en la ciudad brasileña;– ‘la bellísima obra de Tocqueville que llegó a nuestras manos, nos abrió los ojos; mucho hablamos y discutimos [con Rivadavia], y nos convertimos apasionados al federalismo’. (pp. 69-70, nota al pie 1)

Si bien Padilla dio crédito a esta referencia indirecta, creo que, como mínimo, merece ser estudiada, ya que podría ser una de las explicaciones a la sorprendente carta de Juan del Campillo a Del Carril, de fecha 4 de diciembre de 1865, en la que le dice: “Creo que la forma federal como la formuló Ud. el año 53, es la mejor posible para nuestra Patria” (Dana Montaña, 1945, pp. 17-18).⁴⁰

La influencia de *La Democracia en América* es notable también en materia de lo que conocemos como “juicio político”. De hecho, esa denominación es influencia directa del libro de Tocqueville. Obsérvese que la Constitución de 1853 no incluye la expresión “juicio político” en ninguno de sus artículos. Tan es así que el artículo 47 se refiere a un “juicio público” y no a un “juicio político”.⁴¹ La expresión “juicio político” tampoco surge de la Constitución de los Estados Unidos, cuyo mecanismo de remoción es, naturalmente, el *impeachment*. En las traducciones al castellano de la Constitución de Filadelfia que circularon profusamente por el Río de la Plata antes de la sanción de nuestra Constitución en 1853 (incluidas las atribuidas erróneamente a Mariano Moreno, la de José Manuel Villavicencio y la de García de Sena referida por Rosa),

40 Énfasis en el original.

41 “Al Senado corresponde juzgar en juicio público á los acusados por la Cámara de Diputados; debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el Presidente de la Confederacion; el Senado será presidido por el Presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable; sino á mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”.

la palabra *impeachment* es traducida al castellano como “el poder de acusación” o “el poder de acusar a los funcionarios públicos”.⁴²

No hay dudas de que los constituyentes de Santa Fe tomaron la Constitución de Filadelfia como modelo a la hora de regular todo lo referido al “juicio político”. Esa influencia del *impeachment* norteamericano en nuestro “juicio político” fue expresamente reconocida por el principal redactor de la Constitución Nacional. En su paso por la Cámara de Diputados de la Nación, en la sesión del 27 de mayo de 1863, José Benjamín Gorostiaga explicaba que:

por la Constitución se establece el juicio político, no para castigar ni para reparar el mal hecho sino solamente para separar al mal administrador, puesto que dada la acusación de la Cámara de Diputados ante el Senado, el único resultado que tendría la sentencia que pronunciara el Senado constituido en Corte de Justicia, sería el de separar al mal administrador [...]. El juicio político establecido por la Constitución de los Estados Unidos que es la que nos ha servido de modelo, no tiene más alcance que el de destituir al mal administrador. (*Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del año 1863*, 1865, p. 84)

La expresión “juicio político”, que usamos en nuestro país desde por lo menos 1853, fue influencia directa de *La Democracia en América*, cuya primera parte se publicó en 1835 y tuvo enorme difusión antes de la sanción de nuestra Constitución.⁴³ En el Capítulo VII de la Primera Parte de esa obra, Tocqueville se refiere al *impeachment* de la Constitución de los Estados Unidos y lo traduce al francés como “jugement politique”. La primera traducción al castellano fue hecha al año siguiente por Antonio Sánchez de Bustamante, un estudiante avanzado de la Facultad de Medicina de París, quien no cuestionó esa expresión en francés y la tradujo correctamente al castellano como “juicio político”.⁴⁴ A partir de entonces es que usamos la expresión “juicio político” como un sinónimo del *impeachment* norteamericano.⁴⁵

En esta misma materia, el carácter esencialmente judicial del juicio público al que se refiere nuestra Constitución fue destacado por el convencional Salus-

42 Ver, por ejemplo, la Constitución Federativa asentada por la Convención del 17 de septiembre de 1787 (Moreno, s.f., p. 4).

43 Para 1848, *La Democracia en América* ya tenía más de diez ediciones en francés.

44 Cfr. Tocqueville (1837, p. 201).

45 Debido a esta denominación peculiar que usamos por influencia de Tocqueville, se suele poner erróneamente el acento en la naturaleza política de este mecanismo de remoción de funcionarios públicos. Dada la evidente ambigüedad del término “político”, esto genera después distorsiones en cómo se interpreta el rol del Congreso a la hora de poner en marcha este procedimiento constitucional.

tiano Zavallía en la sesión del 26 de abril de 1853. Esa referencia es también producto de la influencia de la lectura de *La Democracia en América*. Al momento de discutir la incorporación de los gobernadores como sujetos pasibles de remoción, Zavallía explicó que el procedimiento previsto en la Constitución es administrativo en cuanto al resultado, que es la pérdida del empleo del funcionario acusado y removido, pero judicial en cuanto a sus formas.⁴⁶ Exactamente lo mismo que explica el autor francés en el capítulo VII de su célebre obra (Tocqueville, 1837, pp. 204-205).

La influencia de Tocqueville en materia de juicio político también se ve al final del artículo 41 de la Constitución de 1853 que requiere una mayoría especial para poder acusar a un funcionario público después de haber declarado “haber lugar á formacion de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes”.⁴⁷ Hace 170 años, nuestros constituyentes originarios se apartaron del modelo norteamericano y, siguiendo las advertencias que formulara el francés al final del Capítulo VII de *La Democracia en América*, se imaginaron situaciones de potenciales abusos a través del llamado “juicio político”. Por eso fue que, en lugar de copiar del modelo la exigencia de una mayoría simple para aprobar la acusación,⁴⁸ pusieron la vara más alta y requirieron en el artículo 41 (hoy artículo 53) de la Constitución de 1853 una mayoría calificada para poder avanzar en la acusación contra los funcionarios públicos a los que se pretende someter a un proceso de remoción.

Otro aspecto en el que se puede ver la influencia del autor francés en los constituyentes de Santa Fe es en el reconocimiento y la protección constitucional del régimen municipal, ausente tanto en la Constitución de Filadelfia como en el proyecto de Alberdi. Sin dudas, debemos a la importancia que *La Democracia en América* les asigna a los municipios en los Estados Unidos la protección que rige en nuestro país sobre el régimen municipal desde que los constituyentes aprobaron por unanimidad el artículo 5 de nuestra Constitución

46 Cfr. Ravignani (1937, p. 521).

47 “Solo ella ejerce el derecho de acusar ante el Senado al Presidente y Vice-Presidente de la Confederacion y á sus Ministros, á los miembros de ambas Cámaras, á los de la Côte Suprema de Justicia y á los Gobernadores de Provincia, por delitos de traicion conclusion, malversacion de fondos públicos, violacion de la Constitucion u otros que merezcan pena infamante ó de muerte; despues de haber conocido de ellos; á peticion de parte de alguno de sus miembros; y declarando haber lugar á formacion de causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes”.

48 El Artículo I, Sección 2ª, cláusula 5ª de la Constitución de Filadelfia le asigna a la Cámara de Representantes la facultad de acusar, por mayoría de votos, a ciertos funcionarios para que sean sometidos a *impeachment*.

en la sesión del 23 de abril de 1853.⁴⁹ Tal como sostiene Joaquín V. González, citando a Tocqueville,

Nuestra Constitución, aleccionada por los beneficios que las instituciones municipales realizaban en la Nación modelo, las impuso como una condición esencial de la organización política de las Provincias, porque reconocía que “esas asambleas locales son la fuerza de las naciones libres. Una nación puede fundar un sistema de gobierno libre; pero sin el espíritu de las instituciones municipales, no puede poseer el espíritu de libertad”. (González, 1897, p. 661)

Si bien existen referencias o menciones genéricas a Tocqueville en obras de derecho constitucional en nuestro país, lo cierto es que ni su influencia, ni la del *Justice* Joseph Story que menciona Zavalía en su carta a Alberdi, han sido estudiadas de forma profunda y sistemática por nuestra doctrina. La influencia de autores como Story y Tocqueville, así como la indelible de *El Federalista* de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, que tampoco ha sido estudiada suficientemente en nuestro país, demuestra que nuestros constituyentes tuvieron un profundo conocimiento de las instituciones del sistema constitucional de los Estados Unidos.⁵⁰ Por el contrario, la influencia de Alberdi no sólo ha sido analizada y discutida hasta el hartazgo por nuestra academia, sino que, en muchos casos, ha sido también claramente distorsionada. En especial, en todo lo que tiene que ver con la supuesta injerencia del pensamiento que el tucumano expresó en sus “Bases” en relación con la adopción de un modelo de “ejecutivo fuerte”. En el punto que sigue, rectificaré ese error común que contradice frontalmente lo que hicieron los constituyentes en Santa Fe en 1853.

4.3. Una breve reflexión sobre la influencia de Alberdi

La influencia de Alberdi en el Congreso General Constituyente de Santa Fe es indiscutible. Hay demasiados testimonios que la reconocen abiertamente y que no se pueden desconocer. Cito tres: uno del convencional por la provincia de Mendoza, Martín Zapata, y dos del ya referido Salustiano Zavalía.

En una carta inédita escrita en Santa Fe el 2 de octubre de 1853, Zapata felicita a Alberdi por la publicación de su libro *Derecho Público Provincial Argentino*

49 Cfr. Ravnani (1937, p. 506).

50 Tenía razón González Calderón (1929) cuando afirmaba que el conocimiento que tenían los constituyentes de 1853 sobre el sistema constitucional estadounidense, incluida la Constitución de 1787 y sus enmiendas, era “completo” (p. 63).

y le agradece los comentarios elogiosos que el tucumano le había expresado por escrito:

Le quedo sumamente reconocido por los conceptos honrosos y de afecto con que en ella me favorece. Pero amigo, Ud. no tiene que admirar ni envidiar a nadie en cuestiones de servicios a la Patria en esta época verdaderamente célebre. Ud. se presenta en esa como el primer campeón constitucional: sus escritos son toda una campaña en este sentido. (Archivo Furt)

Por su parte, Salustiano Zavalía, en una carta inédita escrita en Santa Fe el 19 de julio de 1853, le reconoce a Alberdi la importancia que tuvieron sus “Bases”: “Para la Constitución que dio el Congreso se tomaron muchos artículos de su libro” (Archivo Furt).

La admiración que muchos de los convencionales de Santa Fe tenían por Alberdi también es indiscutible. En una carta a Juan María Gutiérrez del 15 de enero de 1863, desde Tucumán, Zavalía le dice:

Nuestro amigo, aquél del libro inmortal. Pero ¿cuál es el libro? ¡Son tantos! Ayer, el de *Las condiciones para la unión de la nación Argentina*; hoy, *Las causas de la anarquía*. ¡Qué hombre aquel! ¡Qué lógica, qué maestría, qué talento demostrativo! Ese hombre es la luz que de 10 años a esta parte viene, como el sol, a alumbrar nuestro camino. Ha levantado a la verdad de nuestras cuestiones un templo de granito que resistirá para siempre los embates del error y de la injusticia. Las puertas del infierno no prevalecerán contra él. (Archivo del Doctor Juan María Gutiérrez, 1990, p. 188)

Sin embargo, pese a que esa influencia de Alberdi en el Congreso General Constituyente de Santa Fe es indesmentible, pese a que es indiscutible que tenía admiradores y amigos en esa Convención, no se puede desconocer que los constituyentes de 1853 se apartaron concretamente de algunas de las propuestas importantes del proyecto de constitución del tucumano. Al solo efecto de rectificar la idea distorsionada que se tiene sobre el tema, me voy a limitar a mostrar qué pasó con todo aquello referido a la propuesta alberdiana de adoptar un “ejecutivo fuerte”. Las diferencias entre el proyecto de Alberdi y la Constitución de 1853 en este punto son notorias y no han sido debidamente destacadas en general por la doctrina. Más bien ocurre lo contrario.

Contrariamente a lo que se suele sostener (a veces, hasta el hartazgo) en la Argentina, la Constitución de 1853 no siguió el modelo alberdiano de “ejecutivo fuerte”. Por eso, es un error muy común trasladar mecánicamente a nuestra

Constitución el pensamiento de Alberdi en este punto para interpretar su texto y el alcance de las facultades del presidente. Esa interpretación se hace sin reparar en las claras diferencias que existen entre el diseño propuesto en el proyecto de constitución de Alberdi, su modelo en este punto (la Constitución de Chile de 1833) y el que finalmente adoptaron los constituyentes en 1853 en Santa Fe y que, con algunas modificaciones, todavía sigue vigente.

A modo de ejemplo de las posturas erróneas que impugno, puede verse el conocido libro *La Sala de Máquinas de la Constitución* de Roberto Gargarella (2014). Este autor sostiene de forma contundente que la Constitución argentina tomó el modelo de “ejecutivo fuerte” siguiendo las ideas de Alberdi:

las nuevas Constituciones [de América Latina] incluyeron la figura de “desequilibrante” de un presidente con facultades relativamente expandidas, en relación con las que se reservaban a los demás poderes. Juan Bautista Alberdi propuso, en este sentido, alejarse del modelo norteamericano en este punto, para emular el ejemplo de Chile [...]. [L]os constituyentes [de 1853] siguieron los consejos de Alberdi en relación con la organización del Ejecutivo. Para Alberdi, en todo lo relativo a los poderes presidenciales, “nuestra Constitución hispano-argentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos” para emular en cambio el modelo chileno, que dotaba al “poder ejecutivo [de] los medios de hacerla respetar [a la Constitución] con la eficacia de que es capaz la dictadura misma”. (pp. 70-75)

No hay dudas de que, producto de su larga estadía en Valparaíso, Alberdi fue un admirador de la Constitución de Chile de 1833 en lo que hace al Poder Ejecutivo. El tucumano le asignaba a esa constitución el mérito de haber logrado la pacificación de ese país. Tan es así que Alberdi creía que la paz de Chile venía de su constitución:

La Constitución ha dado el orden y la paz [...]. Lo ha dado por medio de un poder ejecutivo vigoroso [...]. Este rasgo constituye la originalidad de la Constitución de Chile, que, a mi ver, es tan original a su modo como la de los Estados Unidos. (Alberdi, 1886, p. 492)

Por eso, en sus “Bases”, el tucumano afirmaba que

el tiempo ha demostrado que la solución de Chile es la única racional en repúblicas que poco antes fueron monarquías. Chile ha hecho ver que entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial hay un gobierno regular posible; y es el de un presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el

instante que la anarquía le desobedece como presidente republicano. (Alberdi, 1886, p. 489)⁵¹

A pesar de proponer en sus “Bases” que había que seguir el régimen general del modelo constitucional estadounidense, Alberdi (1886) advirtió que el Poder Ejecutivo era uno de los rasgos “en que nuestra Constitución hispano-argentina debe separarse del ejemplo de la Constitución federal de los Estados Unidos” (p. 488). Para plasmar esa fortaleza que Alberdi le reclamaba al Poder Ejecutivo en contraposición al modelo norteamericano, el tucumano hizo diversas propuestas en su proyecto de constitución, incluyendo las siguientes:

- I. Eliminó la figura del vicepresidente.
- II. Incluyó el artículo 28, que suspendía el imperio de la propia Constitución una vez declarado el estado de sitio.⁵² Cabe recordar que, conforme los artículos 44, 75, inc. 5 y 85, inc. 22 de su proyecto de constitución, el estado de sitio podía ser declarado por el Congreso, entre el 1° de agosto y el 31 de diciembre de cada año, o por el presidente, con acuerdo del Senado y por un tiempo limitado, en caso de ataque exterior, o directamente y por sí solo en caso de conmoción interior entre el 1° de enero y el 30 de septiembre de cada año, es decir, durante el receso legislativo.
- III. Sumó el artículo 67, inciso 7°, que le permitía al Congreso darle facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley “en los casos exigidos por la Constitución”.⁵³
- IV. Agregó el artículo 74, que establecía que si el presidente vetaba totalmente un proyecto de ley, éste sería diferido para la sesión del año venidero.⁵⁴
- V. Y, fundamentalmente, propuso el artículo 86, que garantizaba la inmunidad del presidente durante todo su mandato, ya que solamente permitía acusarlo recién al año siguiente de la finalización del periodo a su cargo
- VI. por todos los actos de su gobierno en que haya infringido intencionalmente la Constitución, o comprometido el progreso del país, retardando el au-

51 Énfasis agregado.

52 Alberdi (1886) señala que esta disposición está tomada del artículo 161 de la Constitución de Chile de 1833 y que “es una de las que forman su fisonomía distintiva y su sello especial, a que debe este país su larga tranquilidad” (p. 565, nota al pie 1). Bravo Lira (1993) explica que esta disposición significaba “nada menos que [la] suspensión de la vigencia de su propio texto. O sea, se trata de una ley fundamental que contemplaba su propia abrogación por determinado período sin golpe de Estado, sino por decisión del gobierno mismo” (p. 195).

53 Alberdi (1886, p. 570).

54 Alberdi (1886, p. 572).

mento de la población, omitiendo la construcción de vías, embarazando la libertad de comercio o exponiendo la tranquilidad del Estado (Alberdi, 1886, p. 577).⁵⁵

Tal como lo reconoce el propio Alberdi, la Constitución de Chile de 1833 es la fuente principal de todas estas disposiciones de su proyecto de constitución. Sin embargo, ninguna de ellas se plasmó en la Constitución de 1853. No solo eso: de forma consistente con lo que Benjamín Lavaysse le expresara a su hermano Pedro en su carta de fecha 21 de octubre de 1853 (Dana Montaña, 1953a, pp. 39-40), los constituyentes incluyeron un texto completamente original en el artículo 29 de la Constitución, que va a contramano de las propuestas del tucumano:

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Lejislaturas Provinciales á los Gobernadores de Provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones ó supremacías, por las que la vida, el honor ó las fortunas de los argentinos queden á merced de Gobiernos ó persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sugetaran á los que los formulen, consientan ó firmen, á la responsabilidad y pena de los infames traidores a la Patria.

Además, los constituyentes de 1853 que elaboraron el proyecto de constitución finalmente aprobado aclararon expresamente en el Informe de la Comisión de Negocios Constitucionales cuáles eran los alcances de los poderes del presidente. Al momento de explicar todo lo referido al Poder Ejecutivo, advirtieron, de forma contundente, que el presidente en ningún caso “puede asumir otras facultades que las que expresamente señala el proyecto [de Constitución]” (Ravignani, 1939, p. 779).

En consecuencia, a pesar de lo que se suele sostener en nuestro país en lo que hace a la extensión de las atribuciones del Poder Ejecutivo, es erróneo trasladar mecánicamente el pensamiento de Alberdi para interpretar lo que hicieron nuestros constituyentes en 1853. El motivo es obvio: estos se apartaron claramente de la Constitución de Chile de 1833 y también del proyecto de Alberdi en los aspectos en que el tucumano pretendía emularla. Las similitudes con el Poder Ejecutivo estadounidense, en cambio, son mucho más marcadas a

55 Esta disposición se inspiró en el artículo 83 de la Constitución de Chile de 1833, que implicaba la existencia de un “pequeño monarca temporal, absoluto e irresponsable”, conf. Campos Harriet (1992, p. 363).

pesar de que Alberdi haya abogado por lo contrario. Por ello tiene razón González Calderón (1929) cuando sostiene que:

si se confrontan el proyecto de Alberdi con la Constitución de 1853 en todo lo que se relaciona con la organización del Poder Ejecutivo descúbrese la influencia de la doctrina preconizada por aquél, pero a la vez se percibe nítidamente el afán de atenuarla y de no romper el equilibrio indispensable de los poderes con una preponderancia presidencial que repugna el sentido real de las instituciones republicanas. (p. 67)

Es por eso también que Sánchez Viamonte (1959) afirma, refiriéndose a Alberdi, que “son bien conocidas sus exageraciones doctrinarias en favor del Ejecutivo fuerte, y tenemos que agradecer a los constituyentes del 53 el haberlas morigerado” (p. 325). En consecuencia, aunque se insista tozudamente en que el diseño institucional originario utilizado por los constituyentes de 1853 para el Poder Ejecutivo haya sido la Constitución de Chile de 1833 o el proyecto de constitución de Alberdi, lo cierto es que el estudio comparativo de los textos constitucionales demuestra que ese modelo fue el de los Estados Unidos, con algunas adaptaciones y diferencias que no alteran su estructura central.⁵⁶

En definitiva, nada más alejado de la realidad que la idea de que los constituyentes de 1853 habrían adoptado un modelo de “ejecutivo fuerte”. Tan es así que el propio Facundo de Zuviría, en la referida carta confidencial a dos de sus hijos, se queja de que: “Las trabas al Ejecutivo [son] demasiadas, y solo conducentes a la anarquía o despotismo como siempre sucede. No la creo en fin realizable” (Carta confidencial de Facundo de Zuviría a sus hijos Julio y Fenelón, 17 de mayo de 1853).

5. Conclusión

Este trabajo tenía dos objetivos centrales. Por un lado, alertar acerca de la existencia de material todavía inédito sobre el Congreso Constituyente de Santa Fe que aún no ha sido estudiado y cuyo conocimiento es imprescindible para poder apreciar en toda su complejidad y extensión la labor de nuestros constituyentes originarios. Por el otro, destacar la importancia de la revisión de esos antecedentes y de otros publicados para poder comprender cabalmente qué fue lo que hicieron y lo que quisieron comunicar esos constituyentes, así como los

56 Cfr. García-Mansilla y Ramírez Calvo (2006, pp. 37-40 y 81-92).

resultados que se propusieron alcanzar al momento de sancionar la Constitución Nacional ese 1° de mayo de 1853.

En conjunto, ambos objetivos tenían la pretensión de ser un sentido homenaje a todos los convencionales de Santa Fe que hace 170 años lucharon, cada uno a su modo, por darnos el marco institucional que todavía nos rige. Creo que el mejor tributo que podemos rendirles es estudiar a fondo sus acciones y los nobles fines que los impulsaron. Ellos enfrentaron situaciones mucho más difíciles y con menos recursos que los que hoy tenemos, pero pudieron sobreponerse a sus diferencias y dar un orden constitucional definitivo para toda la República Argentina. Como afirmó Dana Montaña en 1953:

La historia ha dado su fallo inapelable: bajo el imperio de esta constitución venerable, la Nación Argentina se incorporó con paso firme, definitivamente, al concierto de las naciones más cultas y progresista del globo, absolviendo a sus autores, sin distinción de orientación o de adscripción ideológica o partidaria de las injustas y pequeñas inculpaciones de sus detractores, de su tiempo y de su propio círculo. Su precipitación por dar al país una constitución en aquellas tristes circunstancias por que atravesaba la Argentina, que estuvieron a punto de malograr la epopeya de Caseros, y hasta la parquedad en la discusión en particular del proyecto de constitución, elaborado al parecer apresuradamente, tenían su razón de ser: eran un reclamo de la hora y de los pueblos, y la constitución misma fue la obra de la intuición, quizás más que de la reflexión, de aquellos eminentes patriotas que deliberaron bajo las arcadas del viejo Cabildo santafecino, obra genuina de su inspiración y exclusiva de su patriotismo sin par, sin parangón en la historia constitucional del país. (1953a, p. 44)

Esa Constitución que nos legaron los constituyentes de Santa Fe, aun con todos sus defectos, no es como pretendía Leopoldo Lugones en 1928 “un instrumento caduco, un fetiche de papel que se invoca para todo, por lo mismo que no sirve para nada” (*Revisión constitucional*, 1928, p. 6).⁵⁷ Por el contrario,

57 Para Lugones (1928), la Constitución resultaba “una camiseta infantil” que debía ser reemplazada por “una coraza y una espada” (p. 6). Era particularmente crítico con el federalismo y el liberalismo de nuestra Constitución. Sobre el federalismo dijo: “Sancionada por hombres de tradición unitaria, estableció el sistema federal para garantizar la unidad de la Nación. Conseguida ésta en la forma irrevocable que hemos logrado ya, aquel instrumento resulta provisional de suyo. Las autonomías provinciales no responden ahora a nada práctico. Son, en puridad, catorce criaderos burocráticos, y, como todo lo inoficioso, estorban al gobierno nacional, además de su costo estéril. El progreso argentino es un proceso unificador, mientras el federalismo, fue una capitulación forzosa con el atraso” (p. 6). A su vez, sobre el liberalismo sentenció: “El liberalismo se ha vuelto perjudicial a la Nación. Lo que ésta requiere ahora es una concentración autoritaria capaz de imponer una severa disciplina” (p. 6).

aunque ha sido muchas veces olvidada y transgredida, es la Constitución que hasta hoy rige nuestros destinos como país independiente. Es la Constitución que los representantes de las provincias dieron para toda la Nación, y que, según destacó Justo José de Urquiza en una carta fechada el 8 de agosto de 1853 dirigida al gobernador de Corrientes, Juan Pujol, todavía “[es] la mejor Constitución de Sur América” (Bosch, 1953, p. 270).

Para terminar, quiero destacar la impactante vigencia del mensaje principal que nos dejaron nuestros constituyentes de 1853 en el Congreso General Constituyente de Santa Fe:

Nuestras instituciones y nuestros hábitos heredados no nos habían permitido comprender que no hay cosa más práctica que la libertad, y que para ser libres es necesario que los hombres se doblen sumisos al despotismo santo de la ley. El olvido de lo pasado, la fusión de los partidos no puede tener lugar [...], sino al amparo de una Constitución que subordine todos los intereses y pasiones al interés común de la República. La paz de la Patria, la verdadera libertad por que ansiamos, no nos han de bajar del cielo hasta que hallen el trono de la Constitución para imperar desde él. (*Contestación del Congreso General Constituyente...*, 1852, pp. 1-2)

Bibliografía

- Adams, J. (1792). *Défense des Constitutions Américaines, ou de la nécessité d'une balance dans les pouvoirs d'un gouvernement libre. Par M. John Adams, ci-devant Ministre Plénipotentiaire des Etats-Unis près la cour de Londres, et actuellement Vice-Président des Etats-Unis, et Président du Sénat.* Chez Buisson.
- Alberdi, J. B. (1886). Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina. En *Obras Completas* (Tomo III). La Tribuna.
- Archivo del Doctor Juan María Gutiérrez.* (1990). (Tomo VII). Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Arias López, M. E. (1959). Benjamín Lavaysse. Sacerdote – Constituyente. *Estudios*, (503), 180-188.
- Bauso, D. J. (2022). Sobre dos traducciones de la Constitución de los Estados Unidos atribuidas a Mariano Moreno. *Revista Jurídica Austral*, 3(1), 119-158. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0301.bau>.
- Biblioteca de Mayo. Colección de Obras y Documentos para la Historia Argentina. Periodismo.* (1960). (Tomo VIII). Senado de la Nación.
- Bosch, B. (1953). *Presencia de Urquiza. Con una selección documental.* Editorial Raigal.
- Bravo Lira, B. (1993). *Historia de las instituciones políticas de Chile e Hispanoamérica* (2ª ed.). Editorial Andrés Bello.

- Campobassi, J. S. (1975). *Sarmiento y su época* (Tomo I). Losada.
- Campos Harriet, F. (1992). *Historia Constitucional de Chile* (7ª ed.). Editorial Jurídica de Chile.
- Constitution of the United States of America as proposed by the Convention held at Philadelphia, September 17, 1787 and since ratified by the several states; with the amendments thereto: to which are added, Standing Rules and Orders for conducting business in the House of Representatives of the United States.* (1825). Gales & Seaton.
- Constitutions des Treize Etats-Unis de l'Amerique, nouvelle edition.* (1792). París.
- Contestación del Congreso General Constituyente al Excelentísimo Señor Director Provisorio de la Confederación Argentina, Brigadier General Don Justo José de Urquiza. (14 de diciembre de 1852). *El Nacional Argentino* de Paraná.
- Dana Montaña, S. M. (30 de abril de 1943). La exposición de manuscritos, impresos y recuerdos del Congreso General Constituyente de 1853 y de sus miembros. *El Litoral*, 1943.
- Dana Montaña, S. M. (1943). La Constitución de 1853 y sus autores e inspiradores. *Instituto Social*, 5-43.
- Dana Montaña, S. M. (1945). Las fuentes y la historia interna de la Constitución de 1853. *Instituto Social*, 11-34.
- Dana Montaña, S. M. (1953a). Elaboración de la Constitución de 1853 según el testimonio íntimo de sus autores. *Revista de la Academia Privada de la Historia*, I(5-6), 38-44.
- Dana Montaña, S. M. (1953b). La Constitución Nacional Argentina de 1853. *Revista de Estudios Políticos*, 71, 153-172.
- Dana Montaña, S. M. (26 de junio de 1956). Las memorias inéditas de Juan Francisco Seguí. *El Litoral*.
- Dana Montaña, S. M. (1960). Las Constituciones de Catamarca. *Primer Congreso de Historia de Catamarca* (Tomo I, pp. 163-256). Junta de Estudios Históricos de Catamarca.
- Dana Montaña, S. M. (1986). *Juan Francisco Seguí, el orador de la Constitución*. Emecé Editores.
- De la Peña, L. J. (1853). *El Tratado de Paz entre el Director Provisorio de la Confederación Argentina y el Gobierno de Buenos Aires en 9 de marzo de 1853*. Imprenta Calle de Santa Rosa.
- De Tocqueville, A. (1837). *De la Democracia en la América del Norte por Alejandro de Tocqueville, Abogado de la Real Audiencia de París* (Trad. A. Sánchez de Bustamante). Imprenta de A. Everat y Cía.
- Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados del año 1863.* (1865). (Tomo I). Imprenta del Siglo.
- Diario de Sesiones de la Sala de Representantes de la Provincia de Buenos Aires.* 1852. (1883). Imprenta Especial de Obras de la República.
- Entusiastamente, con la presencia del presidente de la República, finalizaron los actos conmemorativos del 90 aniversario de la Constitución.* (2 de mayo de 1943). *El Litoral*.
- García de Sena, M. (1811). *La independencia de la Costa Firme, justificada por Tomás Paine treinta años ha. Extracto de sus obras traducido del inglés al español por Don Manuel García de Sena*. Imprenta de T. y J. Palmer.
- García Victoria, B. (1912). *Orígenes de la Organización Nacional. Razón de la existencia de la frase "En cumplimiento de pactos preexistentes" en el Preámbulo de la Constitución Nacional*. Imprenta de Coni Hnos.
- García-Mansilla, M. J. (26 de abril de 2023). El profesor Dana Montaña y la Constitución de 1853. *El Litoral*.

- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del derecho público argentino*. Lexis Nexis.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2008). *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana*. Editorial Virtudes.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de Constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz.
- González, A. D. (1962). *Las primeras fórmulas constitucionales en los Países del Plata (1810-1814)*. Barreiro y Ramos S. A. Editores.
- González, J. V. (1897). *Manual de la Constitución Argentina*. Ángel Estrada y Cía. S.A.
- González Calderón, J. A. (1929). Cómo se hizo la Constitución Argentina en 1853. *Boletín de la Junta de Historia y Numismática Americana*, VI, 53-72.
- Gutiérrez, J. M. (1859). *Pensamientos, máximas, sentencias, etc. de escritores, oradores y hombres de estado de la República Argentina, con notas y biografías*. Imprenta de Mayo.
- La intervención a la Universidad Nacional del Litoral*. (3 de mayo de 1946). *El Litoral*.
- López Rosas, J. R. (1957). *Juan Francisco Seguí. El hombre de la Constitución*. Editorial Castellvi.
- Lugones, L. (10 de abril de 1928). Revisión constitucional. *La Nación*.
- Manning, W. R. (1932). *Diplomatic Correspondence of the United States. Inter-American Affairs. 1831-1860* (Tomo I, Argentina, Documents 1-387). Carnegie Endowment for International Peace.
- Mansilla, L. V. (1953). *Retratos y Recuerdos*. Editorial Borocaba.
- Mayer, J. M. (1953). *Cartas inéditas de Juan Bautista Alberdi a Juan María Gutiérrez y a Félix Frías*. Editorial Luz del Día.
- Mitre, J. A. (1958). *Espíritu y vida de la Constitución*. Emecé Editores.
- Moreno, M. (Trad.). (s.f.). *Constitución Federativa asentada por la Convención de 17 de sept. de 1787 [manuscrito] / [traducción atribuida a Moreno]*. Biblioteca Nacional. https://catalogo.bn.gov.ar/F/?func=direct&doc_number=001286864&local_base=GENER.
- Mota del Campillo, E. (1938). Ensayos para la biografía del doctor Juan del Campillo. *IIº Congreso Internacional de Historia de América* (Tomo II, pp. 376-385). Junta de Historia y Numismática Americana, Academia Nacional de la Historia.
- Padilla, A. (1921). *La Constitución de los Estados Unidos como precedente argentino*. Jesús Menéndez Librero Editor.
- Padilla, A. (1946). *El General Celedonio Gutiérrez y la política en la Confederación*. Imprenta y Casa Editora "Coni".
- Page, T. J. (1859). *La Plata, The Argentine Confederation and Paraguay. Being a narrative of the exploration of the tributaries of the river La Plata and adjacent countries during the years 1853, '54, '55, and '56, under the orders of the United States Government*. Harper & Brothers.
- Ravignani, E. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo IV). Peuser.
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo VI, segunda parte). Peuser.
- Rosa, J. M. (1963). *Nos, los representantes del pueblo. Historia del Congreso de Santa Fe y de la Constitución de 1853* (2ª ed.). Huemul.
- Sagarna, A. (1938). *Porqué No se consumó la Unión Nacional en 1853*. Trabajo leído en la Academia Nacional de la Historia el 21 de mayo de 1938. Talleres Gráficos de la Colonia Hogar "Ricardo Gutiérrez".

- Sánchez Viamonte, C. (1957). *El Constitucionalismo. Sus problemas*. Ed. Bibliográfica Argentina.
- Scobie, J. R. (1964). *La Lucha por la Consolidación de la Nacionalidad Argentina. 1852-62*. Hachette.
- Seco Villalba, J. A. (1943). *Fuentes de la Constitución Argentina*. Depalma.
- Senado de la Nación. (1960). El Censor. En *Biblioteca de Mayo. Periodismo* (Tomo VIII).
- Simmons, M. E. (1977). *U.S. Political Ideas in Spanish America Before 1830: A Bibliographical Study*. Indiana University Publications.
- Solari, J. A. (1951). *De la Tiranía a la Organización Nacional. Juan Francisco Seguí, Secretario de Urquiza en 1851*. Editorial Bases.
- Taboada, G. (1929). *Recuerdos históricos. "Los Taboada". Luchas de la Organización Nacional* (Tomo III). Imprenta López.
- Taboada, G. (1933). *Recuerdos históricos. "Los Taboada". Luchas de la Organización Nacional* (Tomo II). Imprenta López.
- Universitarias. Se aceptó la renuncia presentada por el doctor Dana Montaña*. (8 de noviembre de 1946). *El Litoral*.
- Vanossi, J. R. A. (1970). *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*. Ediciones Pannedille.
- "Washington y Belgrano". Despedida de Washington al Pueblo de los Estados-Unidos. Traducida de su original por D. Manuel Belgrano, del año 1813. (1871). *Revista del Río de la Plata*, I, 99-124.
- Zuviria, J. M. (1889). *Los Constituyentes de 1853*. Félix Lajouane, Editor.

Fuentes inéditas

- Carta de Facundo de Zuviria a sus hijos Julio y Fenelón, de fecha 25 de enero de 1853.
- Carta de Facundo de Zuviria a sus hijos Julio y Fenelón, de fecha 1° de febrero de 1853.
- Carta de Facundo de Zuviria a sus hijos Julio y Fenelón, de fecha 9 de abril de 1853.
- Carta confidencial de Facundo de Zuviria a sus hijos Julio y Fenelón, de fecha 17 de mayo de 1853.
- Carta de Martín Zapata a Juan Bautista Alberdi, de fecha 2 de octubre de 1853, Archivo Furt.
- Carta de Salustiano Zavalía a Juan Bautista Alberdi, de fecha 24 de febrero de 1860, Archivo Furt.
- "Constitución Federativa asentada por la Convención de 17 de septiembre de 1787", Archivo y Colección Andrés Lamas, Archivo General de la Nación, Sala VII, Legajo N° 2634.
- "John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State, (Buenos Aires, June 1, 1853)", microform ed on *Despatches From the United States Ministers to Argentina, 1817-1906*, Microcopy No. 69, reel 9 (National Archives Microfilm Publications).

Anexo

Epistolario inédito de Facundo de Zuviría⁵⁸

Sta Fe, En° 25 de 853.

Mis amados hijos Julio y Fenelón

Ya es insoportable, ya da asco la irregularidad de los medios de comunicación. Anoche a las 10 se me avisó o supe por casualidad la salida del correo para esa hoy a las 8 de la mañana. Son las 7[,] hora en que me levanto a poner 4 letras para vuestra madre, quedándome con inmensa y urgente correspondencia para el interior. Todo, todo va peor que los correos. Éste es un caos en todo y en todo; más es preciso reservar tan amarga verdad.

Voy a deciros rápidamente lo que ocurrió en aquella Moción que os mandé sobre mediación. Me entorpecieron presentarla, desde el 25 hasta el 30 de Noviembre. Esa noche la llevé al Congreso a presentarla. Noticiosos de mi resolución de presentarla los que esperaban o habían fraguado la sangrienta revolución de Lagos, con lo que creían concluido todo lo de Bs As; no pudiendo conseguir que yo desista de mi idea, pidieron sesión secreta, sedujeron a la mayoría del Congreso y en sesión secreta (que hoy ya es pública) me ordenaron que no la presente, mandaron a los Secretarios que no reciban cosa alguna, y prohibieron toda idea, toda expresión de paz. No leyeron mi moción ni fundación, y por consiguiente ni pude leerla a nadie hasta hoy en que es pública la sesión.

Les ha salido mal la revolución de Lagos, ya por no haber logrado su objeto, causado muertes y males inmensos, y por que en sustancia no reconoce sino en apariencia el Gob° Nac mientras obtiene su ayuda, etc. etc.

Hoy el Congreso, Pueblo, Directorio, etc., están pesarosísimos de que no se hubiese admitido y realizado mi Moción, que habría salvado al País de todos los horrores acaecidos desde el 1° de Diciembre hasta la fecha y que seguirán quién sabe hasta cuándo. Hoy ha pedido el Director una expresa autorización para mediar y terminar la guerra civil que ya horroriza aun a sus mismos autores. Hoy sale una comisión del Congreso llevándole al Director la ley que lo autoriza y le reclama la terminación de la guerra civil. Pero ya es tarde; al menos ya no se curan los males hechos, que son inmensos.

La Prov. de Bs As quedará como una patena.

Podéis contar si queréis que en la sesión secreta (que hoy ya es pública por sanción que arranqué del Congreso) se me prohibió presentar esa Moción y fundación que os mandé. En carta menos apurada os instruiré de su publicación por la prensa, con un posterior discurso pronunciado hace días sobre la necesidad de la paz con Bs As.

58 Las cartas que a continuación se transcriben completas fueron entregadas al autor por uno de sus descendientes directos, el Dr. Facundo Zuviría, a través de un correo electrónico de fecha 7 de diciembre de 2022. Copia en poder del autor.

Os incluyó una que me quedó el otro día.

De José María no sé sino hasta el 28 o 30 del pasado. Es inmenso el cuidado que tengo por él. Hay en el Progreso de últimos de Dicbre un decreto por el que consta que ha cesado en su destino. No dice si por renuncia o que lo hayan quitado. Le ordeno que salga de allí, aquí o a Montevideo.

Está aquí Dn Manuel Puch. Mañana pasa a ver al Director a su Hacienda que está a 70 u 80 leguas de aquí.

Esto está malo y pésimo. No hay un solo peso en todas las cajas; uno solo, uno solo. El Director en su Hacienda; su Ministro a las 70 u 80 leguas. El Congreso aquí de su cuenta: el Pueblo y Campaña de Bs As matándose como perros, arrasando cuanto encuentran. Los bárbaros del Norte de Europa no eran animados del espíritu que hoy domina a los sitiadores de Bs As y a Pedro Rosas enemigo de los sitiadores. No pasan de 8 las personas autores exclusivos de estos males.

La Plaza diz que se sostiene con heroísmo. Los extranjeros no la dejarán tomar y de esto ya están convencidos aquí. La cuestión terminará por intervención extranjera: quiera Dios que no sea por algo más.

A Dios hijos míos: no puedo más. Ramón y Carlos buenos. Expresiones a los amigos y amiguitas.

Reserva con mis cartas. Esto no es Nación ni esperanza que lo sea: esto no es Congreso ni Junta de Provincia. Esto no es Gobº, Directº, ni cosa que se le parezca: este es un caos y una farsa, y sin esperanza que deje de serlo.

Vtro amante Padre os bendice

F de Z

En este momento entra Puch y me dice que Campillo le ha dicho me prevenga que sea cauto con mis corresponsales a Córdoba, pues que publican mis cartas y mis noticias, todas ofensivas al actual orden y estado de las cosas aquí. Pues bien. Hasta hoy no he escrito una sola carta a Córdoba sino a vosotros. Entre las especies que corren y se citan como escritas por mí a Córdoba, es que el Congreso se ocupaba de tizar algodón. Con referiros los hechos, os hago toda reconvencción; triste cosa sería tener que cautelarse aún de los hijos.

* * *

Sta Fe, Febº 1º de 853.

Mis amados hijos Julio y Fenelón

Sin ninguna vtra. a que contestar, y habiéndoo escrito con cuantos me ha sido posible

hacerlo, quiero repetiros esta con la relación lacónica de un suceso, que habiendo tenido el carácter de secreto no podía hablaros sobre nada con franqueza porque todos los incidentes posteriores estaban ligados a él. Más hoy que ese suceso no es secreto puedo hablaros de él y de mis incidencias con la libertad de que he carecido. Lo haré lacónicamente por falta de tiempo para toda difusión.

Desde que llegué a esta ciudad todas mis ideas y programa eran de paz y mediación en los sucesos de Bs As. Mi primer acto en el Congreso debía ser una Moción para que dicho Congreso mande a Bs As la comisión a que se refiere la Moción y Proyecto de que estáis instruidos y os remitió Ramón.

La invasión de Bs As al Entreríos frustró mis deseos hasta el 23 o 24 de Noviembre en que vino la noticia de haber sido derrotadas las fuerzas invasoras. Entonces creí oportuno verificar dicha misión para aprovechar la debilidad y consternación que debía producir y produjo en Bs As la noticia de tal derrota. El 25 o 26 del mismo mes debí haber presentado mi Moción. Por razones de inútil referencia no pudo serlo hasta el 30 de Noviembre, en que de acuerdo con varios Diputados y oposición de otros me resolví a presentarla. Los que se oponían a que la presente, era pidiéndome únicamente que la demore tres o cuatro días en que vendría una noticia que la haga innecesaria o más oportuna. El caso había sido que sabían o tenían combinada la revolución de Lagos que tuvo lugar el 1º de Diciembre, y con la que creían que todo terminaría en Bs As y del modo que ellos lo querían.

Cabalmente yo quería que los sucesos de Bs As se desenlazasen por otros medios que el de sangrientas revoluciones, que dieron los amargos resultados que hemos visto. Yo tenía datos seguros que después de la derrota de las fuerzas invasoras al Entreríos, todo el Pueblo de Bs As, incluso su Gobº, ansiaban por una comisión del Congreso, que todo lo terminase de un modo pacífico, como después se ha sabido. Eh bien: el 30 de Noviembre llevo mi Moción al Congreso. Los Diputados de oposición o que la encabezaban, encabezando también al Congreso, eran los SS Gorostiaga, Gutiérrez, Huergo y un Delgado. Trabajaron mucho en hacerme desistir de que la presente: no escusaron arbitrio alguno legal y aún ilegal para conseguirlo. Todos fueron inútiles ante mi firme resolución de presentarla, por la evidencia que me acompañaba de que con solo ese paso ahorraría la sangre, desastres y calamidades que sin el han acaecido, y que hasta ahora se deploran.

Antes de entrar al Congreso ya conocí todo el complot que se formaba contra mi Moción y que debía ser tempestuoso: nada me arredró, sino antes bien me confirmó en mi idea, confirmandome en las resoluciones interiores y exteriores que promovían contra el Gobº de Bs As.

En los momentos antes de tocar la campanilla se me presenta el Diputado Delgado y me pide sesión secreta. Conocí que era con objeto relativo a mi Moción; pude cruzar aquella; más por decoro y dignidad propia no lo hice; y la concedí; más antes de acordarla yo, ya habían dado orden a los oficiales de Sala para que hagan retirar toda la gente que iba a la barra, cabalmente a oír mi Moción, porque era público que la presentaba esa noche y ansiaba oirla todo el Pueblo.

Llamo a la sesión secreta; aún no entramos en ella y cuando iba a decir al Congreso que el Diputado tal había pedido sesión secreta, que exponga el objeto de ella para que el Congreso

delibere sobre si había o no lugar a tal sesión, como es de Reglamento; pide la palabra el Sr. Gorostiaga y hace Moción para que durante tal tiempo (que importaba un mes) no se admita en Secretaría Moción de naturaleza alguna, ni asunto alguno de alguna clase, fuera de notas del Gob° Supremo. A esta Moción se levantan casi todos y gritan apoyo apoyo apoyo.

Con la calma y dignidad propia de mi puesto; declaré que estaba apoyada esa Moción, p° que previendo el Reglamento que toda Moción debía hacerse por escrito, para que en caso de ser apoyada, pase a Informe a la comisión respectiva, ya que el Sr. Diputado no lo había traído por escrito podía dictar la proposición para que sobre ella gire el Informe de la comisión, etc. A esto contestaron a gritos 20 voces, que se haga excepción al Reglamento y que se resuelva sobre tablas. Bien, dije yo, que así sea puesto que por aclamación lo sanciona el Congreso; más antes de procederse a votación sobre la Moción, debe preceder discusión según el Reglamento, salvo que también quiera excusarla el Soberano Congreso, derogando el artículo Reglamentario que previene la previa discusión, etc. Algunos gritaron sí sí sí; más la mayoría otorgó la discusión con la seguridad que no le habría.

Concedida la discusión, tomo la palabra ante el Vice Presidente y al empezar yo hablar, sin haber aun emitido una sola idea, saltan Gorostiaga y Gutiérrez, y gritan reclamo el orden al Sr. Presidente; y el Vice Presidente Leiva sin oírme, sin previa votación del Congreso, ni fórmula alguna, dice llamo al orden al Sr. Presidente.

Entonces yo dije, que me declaraba desairado, despojado de la Presidencia y privado de la libertad de Diputado: que dejaba ese puesto que ya no podía desempeñar. Venciendo algunas dificultades y resistencias y despreciando tardías satisfacciones, dejé mi puesto y me retiré a alguna distancia.

El Vice Presidente ocupó mi silla, y puso a votación la Moción de Gorostiaga para que no se admita por un mes asunto alguno sea Moción u otra cosa. Por supuesto que la mayoría a totalidad votó por la afirmativa, incluso los Diputados que más me habían apurado para que presente la Moción. Cuál sería su vileza o el terror que les habían inspirado los hombres de sangre.

Después que habían conseguido el que no pueda ya ser presentada mi Moción ni otra tendiente a paz, pedí la palabra, me la otorgaron y sin más objeto que el que se consigne en la acta, expuse lo que creí conveniente. Aunque la acta ha sido redactada en menos de una tercera parte de lo ocurrido, sin embargo, ella sólo revela la porción de crímenes y atentados cometidos esa noche.

La sesión quedó secreta hasta ahora días en que llevándose a leer y aprobar en otra sesión secreta habida con otro motivo, pedí yo una copia o testimonio de ella autorizado por el Secretario. Entonces el mismo Gorostiaga dijo que no siendo ya preciso el que se mantenga secreta por la naturaleza del asunto, pedía se repute pública y se inserta en el libro común de actas, sin advertir ni acordarse que con la publicación de esa sola acta podía yo disolver el Congreso, como he podido hacerlo cada día, y puedo hacerlo hasta hoy. Tengo testimonio de dicha acta de que en otra ocasión os mandaré una copia, para que por ella aunque diminuta, veáis los sacrificios que me cuesta esta Patria, y lo que he tenido que sufrir para evitar que se disuelva este Congreso.

Paso adelante.

Podéis calcular cuál sería mi resentimiento después del suceso del 30 [de noviembre]. Sus halagos, sus satisfacciones, mezcladas con perfidia en privado y desaires en el Congreso, han hecho para mí del mes de Diciembre un mes de tormento. Yo debía renunciar a la Presidencia y aún retirarme del Congreso; pero el menor de estos pasos bastaría para disolverlo, mucho más en el descrédito en que ha estado y está este cuerpo, y en el crédito que por fortuna disfruto yo ante este Pueblo, y todos los demás, ante el Director y el último hombre fuera de la mayoría de mis compañeros que en mi persona y en mis respetos ven un obstáculo a sus intereses y planes mezquinos sobre Bs As y sus enemigos personales.

Cúmplese el mes de la prohibición de toda Moción pacífica y el 30 de Diciembre o 1º de Enº el Diputado Gondra sin que nadie lo sepa ni para que no le suceda lo que a mí, presenta una Moción de paz coincidente aunque distinta de la mía. Hecha y apoyada por 2 o 3, no pudo menos que seguir el orden reglamentario.

No puedo daros idea ni del furor que ella excitó en los hombres de sangre, ni las medidas que tomaron para cruzarla, ni los escándalos cometidos para desecharla.

Cruzaron el que se considere y discuta oportunamente. Recién el 13 fue discutida. Él sabía desde que la hizo que sería rechazada, y le acarrearía la persecución e insultos de los hombres de sangre. Pero nada lo detuvo.

Yo no pensé ni tomar parte ni presidir el acto por delicadeza; más sabiendo que alguno o algunos de los hombres de sangre había dicho que acobardado con la del 30 de Noviembre no me había animado a reproducirla, y me había valido del Diputado Gondra, resolví tomar parte en ella y sostenerla, previa convicción de qué sería pérdida en la votación por 3 contra uno, como lo dije y se realizó.

Llegó el día de la discusión: no quedó un habitante decente del Pueblo que no concurriese a ella. Allí fue que pronuncié el Discurso de que os mandé copia. A cada período se conmovía la barra de entusiasmo, y los hombres de sangre rechinaban con los lanzasos que les daba. Por respeto o miedo al Pueblo no me cortaban; pero sí con chichisbeos, y levantándose procuraban interrumpirme. Entonces fue que de propósito y para que sobre ellos caiga la indignación pública, corté mi discurso. Sé que poco faltó para que la barra grite y pida la continuación de él. Sé que dicho discurso ha merecido mucha popularidad.

Suspendida la sesión y viendo el efecto que había producido mi discurso por la Paz, sé que en el 4º de intermedio, los hombres de sangre acordaron pedir que sin más discusión se vote el Proyecto. Así sucedió, y sin más discusión se votó rechazo. ¡Rara coincidencia! Esa misma noche el Director Supremo, a 70 u 80 leguas de distancia, escribía a su Ministro diciéndole que extrañaba que en el Congreso no apareciese alguna idea de paz que termine con la situación en que se hallaba la República; que desde el 1º de Diciembre él la había promovido en virtud de las facultades que le concedía el Acuerdo de San Nicolás; pº que se había escusado de hacerlo por no privar al Congreso de ese honor y del cumplimiento de ese deber. Que no habiéndolo hecho hasta entonces, el mueva algún Diputado para que haga tal Moción, o lo autoricen a él para promover una solución pacífica sobre todas las cuestiones de Bs As (ignoraba el Director mi Moción del 30 de Noviembre y la de Gondra del 30 de Diciembre).

El Sr. Ministro Peña mueve al Diputado Leiva a que haga dicha Moción; viene y habla con los Diputados de sangre. A su pesar los decide a admitirla. Mas llega el caso de que la presente Leiva, y la rechazan sustituyéndola con otra en que lo autorizaban para poner término a la guerra de Bs As, más suprimiéndole las palabras medios pacíficos, solución pacífica, y todo lo que huelva a paz, p° sin expresar guerra. Así se sancionó la ley de 22 de En°.

El Director contando y sin contar con tal autorización, ese mismo día nombraba ya la comisión pacificadora que debía marchar a Bs As y campo de Lagos. La comisión es compuesta de los siguientes: Facundo Zuviría, Gral D°. Pedro Ferré, Diputado por Corrientes y su Ministro Gral el Dr. Peña, quien me escribió que me aprontase para hoy, debiendo el venir por antes de ayer para que de aquí marchásemos por el Rosario.

Ante ayer me hizo decir que había suspendido su venida hasta ver lo que resolviese el Director después del triunfo de Lagos sobre Pedro Rosas. Mañana o pasado sabremos si se insiste o no en la comisión, para la que estoy pronto, 1° por que es de paz, 2° por que ha sido mi primera y tenaz idea, 3° porque en mi crédito en Bs As mi persona vale mucho este objeto, 4° por corresponder a la confianza del Director, y la de todos que me designan como exclusivo para esta misión, 5° y principal por librarme de asistir y presidir el Soberano Congreso.

Eh bien. Podéis calcular el crédito que me habrá dado ante todos mi previsión y anuncio de todos los males que ahora se deploran: la venganza de los hombres de sangre que casi me mataron porque hablé de paz y de evitar males, que en su venganza con algunos hombres de Bs As ellos no prevenían. Por que habéis de saber, que su cálculo había sido, que hecha la revolución por Lagos, al otro día dominaban Bs As y podían colgar a todos sus enemigos personales, disponer de todo el Pueblo, etc, etc; no calcularon en todo lo que ha sobrevenido.

También debéis saber que esos mismos hombres que tantas amarguras me han hecho sorber, hoy me halagan como una Dama; me manifiestan respetos para disimular la rabia que les causa el que mi sola persona callada y retirada les anule todas sus pretensiones y venganzas con sólo no segundarlos o encabezarlos.

Otra cosa. Mandada ya la publicidad de la acta que fue secreta, y de consiguiente mi Moción, exposición etc.; ya no hay inconveniente para que la hagáis imprimir, ya sea en uno de los periódicos de ese Pueblo, o en papel separado, como mejor os parezca; lo mismo que la parte del Discurso que pronuncié en la sesión del 12 de Diciembre. Ni la imprenta de este Pueblo ni la del Paraná pueden satisfacer a esta demanda por su escaso tipo y muchos materiales para los periódicos semanales que se publican. Si mandáis imprimir tales piezas lo que dejo a vtra voluntad repartiréis ejemplares a todos los Pueblos y me mandaréis algunos aquí en num° que no bajen de 100.

A Bs As he mandado una copia a vtro tío para que si gusta los haga imprimir.

No publico la acta del 30 de Noviembre que fue secreta y ya no lo es, porque su sola publicación desprestigiaría al Congreso, que conviene prestigiarlo mucho, por si en lo sucesivo puede hacer algún bien. Mas oportunamente la publicaré con una larga exposición sobre los males que ha traído al País el rechazo de tal Moción.

Desde el 1° de Diciembre voy al Congreso con mi renuncia en el bolsillo, para presentarla

en el momento en que se me agote el sufrimiento. Por fortuna en respeto a mi Patria, le he evitado un inmenso mal, no habiendo presentado aquella a pesar de cuánto he sufrido. En el estado de la opinión, sucesos e incidencias, mi retiro del Congreso, creo lo disolvería. Así lo creen casi todos.

José Ma renunció o le quitaron su destino. Lo quisieron obligar a tomar las armas; resistió a ellos; lo llevaron preso a la cuna. Salió, pidió un pasaporte para venir aquí a mi lado; se lo negaron, p^o no para Montevideo para dónde se embarcó el 15, según me lo escribió vtro tío. Los anteriores detalles los tengo por la Señorita de Huergo que ha llegado.

Calculad cómo estará mi espíritu. José Ma semidesterrado o emigrado sin destino ni ocupación. Ramón aquí ocioso por falta de ocupación y sin esperanzas de tenerla; vosotros allí, sin saber yo aquí el estado de vtros negocios. Yo gastando mucho, sin un medio de sueldo y no pagado mi viático, ni esperanzas de una y otra cosa por que no hay un medio para nada.

Si voy en comisión, es probable que tampoco me den un peso, por que no lo hay, ni lo habrá hasta que haya Bs As.

Os mando todas las gazetas que tengo.

Ya no puedo hacer más extenso.

Vtro amante Papá

F de Z

Somos 2. Mañana o pasado estará José Ma aquí. Está con el Director en su Hacienda; según carta del Paraná que acabo de ver.

Acabo de saber la revolución de Tucumán. Acabo también de saber que el Ejército de Entreríos está citado para el 5 en el Paraná adonde dice el Director que vendrá para ir sobre Bs As con la fuerza de Entreríos, Sta Fe y Lagos; no a atacar a Bs As sino a imponerlo para que trate, etc. Todos están convencidos que Bs As es indomable por la fuerza. Lo resisten los extranjeros como dueños que dice que son de más de la mitad de Bs As. No es muy segura la independencia de Bs As menos por voluntad de los extranjeros que de los mismos hijos de allí.

Ntra situación nacional es horrible.

Esperan a José Ma para nombrarlo Secretario del Congreso con 2 pesos de sueldo. El título es honroso, el sueldo nominal como el de los Diputados. No hay un medio para nada, ni lo habrá separado Bs As. Esta es la convicción general. Más queremos la unión de Bs As como los amantes a sus Damas, o fiel o muerta; o dominada y humillada por nosotros o arrasada. Para esto ya poco le falta.

No puedo más.

No se tiene confianza que tomando Lagos a Bs As obedezca el Director y Congreso; y cuando así sea, se cuenta con que no tiene cabeza ni hombres que lo rodeen.

* * *

Señores D. Julio y D. Fenelón Zuviría

Santa Fe, Abril 9 de 1853

Amados hijos.

En este momento acabo de saber que marcha un chasque para esa y no quiero privarles del consuelo de saber que gozo de salud, bienestar, etc. y que ayer recibí vuestras apreciables de Marzo 30 y Abril 2, a que me es imposible contestar, lo mismo que a las de Salta y otras partes por la pronta salida de dicho chasque. Aquí estamos a merced, para nuestras comunicaciones, de uno u otro conductor casual o chasque que se manda con más casual noticia de su salida. Por este desorden no sabemos lo que pasa fuera de esta isla estrecha en que vivimos. Fatal situación, que nos dará materia para largas memorias.

Tratados. No forméis juicios de ellos sin oírnos, y decid a todos esos Señores de Córdoba, que el Señor Ministro General Peña a quien el Director ha tenido por su único y exclusivo Ministro; Facundo Zuviría, Presidente del Congreso Constituyente, a quien ellos conocen, y el Vice Presidente del mismo Brigadier General D. Pedro Ferré que ha gobernado su patria en cinco diferentes períodos constitucionales; bien merecen la pena de ser oídos antes de ser juzgados y sentenciados. Que esperen un poco hasta oírlos y ver el resultado de nuestra misión. Que deben suponer que ni hayamos sido tan ignorantes para no saber que la comisión que llevábamos, ni tan pícaros para contrariar nuestras instrucciones: que hacer cualquiera de estas cosas, ni el mismo Director Supremo nos disculpara tanto en las notas mismas en que reprueba los tratados ni rogara tanto a su Ministro el Dr Peña para que continúe en el Ministerio que le ha renunciado irrevocablemente por tres veces. Que en vista de todo esto, y de mucho más que por ahora no me es posible decirles, deben creer que los predichos tratados y su no ratificación sean uno de aquellos misterios que envuelve la política: misterios que tienen su época de conservarse detalles, mas les llega las de ponerlos en plena luz. Basta de esto.

Debiendo regresar a Bs As con la ratificación de los tratados, a los seis días de nuestra salida, dejé allí a Ramón para que pasease esos días. No habiendo vuelto con la ratificación, ni querido volver a solicitar o negociar las muy pequeñas variaciones que quería el Director; le he dado orden que se venga a ésta, aun cuando allí lo pasara muy bien.

Aunque yo no veo al país en estado de darle Constitución ni creo que sea observada la que se le diere; sin embargo, la mayoría de los Diputados está resuelta a darla, sea cual fuere su éxito; ya sea por cumplir la misión que tiene de los pueblos o por librarse cuanto antes de este infierno y de cargar sobre sí la responsabilidad de la situación, en que ni tiene parte ni les es dado mejorarla.

No puedo ser más extenso.

Expresiones a los amigos. Recíbanlas de José María y Carlos.

Vuestro amante padre

F d Z

* * *

Santa Fe, Mayo 17 de 1853

Mis amados hijos Julio y Fenelón

Hace más de mes y medio que llegué a ésta Ciudad de regreso de Bs As, y ha sido tal la tarea que me esperaba, lo mismo que al pobre José María que creo que apenas os he escrito una ligera carta. A vuestra madre ni a Gualberto no he escrito una sola hasta hoy. Recién voy a hacerlo con el R.P. Perez conductor de ésta y de las inclusas para sus títulos. Anteayer salieron para esa los S.S. Campillo, Labaisse y Padilla, y ni con ellos ni con el Correo pude poner las letras porque aún me oprimía la tarea de despachar la comisión del Congreso que va para Bs As y que salió ayer.

Bien pues. Os haré relación del motivo de mis tareas. Cuando salí para Bs As, apenas había Diputado que opinase porque se diese Constitución en el estado en que se hallaba el País. Yo, aunque con mucha moderación y en silencio, participaba de esa opinión. Algunos eran furiosos por ella como los S.S. Carril, Gutiérrez, Gorostiaga, Huerguito y la mayoría de los Diputados arrastrados por éstos en todo y para todo. Así los dejé en Febrero.

Vuelvo de Bs As y me encuentro con que los mismos Diputados estaban decididos a darla, y pronto y muy pronto, en pocos días. Pregunto la causa de esta variación y se me da por contestación, razones tan especiosas y fútiles, que sospeché hubiese otras privadas y graves que los hubieran decidido a un cambio de opinión tan repentino y tan exigente. Trato de averiguar las causas privadas de este cambio, de este furor por la Constitución; y las descubro tan contrarias a mis principios políticos y morales, tan funestas al interés general del País, que no pude menos que resolverme en conciencia política, moral y religiosa a oponerme a que se diere tal Constitución en las circunstancias, aún cuando el mundo entero se viniese sobre mi. Así me lo decía mi conciencia. Como todos conociesen el peso de mi sola opinión ante éste Pueblo y los demás, aún cuando yo no buscase prosélitos ni hablase con nadie en favor de mi opinión y en contra de la de ellos; sin embargo, por cuantos medios les fue posible, trataron de disuadirme que exprese mi opinión dentro ni fuera del Congreso. Se valieron de empeño, ruegos y hasta amenazas. Tocaron hasta el vil resorte de querer seducir a José María para que me haga desistir: le hicieron hasta temer por mi persona. Como él asunto me era de conciencia más que de política, insistí en que yo había de expresar mi opinión en el Congreso para salvar mi responsabilidad ante Dios y los hombres.

Desengañados de hacerme desistir, aún cuando por medio de sus empeños e interlocutores, les protestaba limitarme a expresar mi opinión, sin insistir ni alegar sobre ella; no satisfechos con esto, tuvieron juntas y acuerdos horribles al objeto de estorbarme que yo tome la palabra y exprese mi opinión en el Congreso.

Al fin terminaron (porque más no podían) en repartirse entre seis oradores la contestación y ataques a mi persona en el acto que yo expresase mi opinión contraria “a que en esta circunstancia se diese la Constitución”. Los oradores designados eran los siguientes: Gutiérrez, Zapata, Huergo, Zabalía, Segui y el energúmeno Cura Labaisse, el Capuchino Chabot de la Convención francesa, encargado por la mashorca parlamentaria establecida en este oscuro Congresito, para ultimar las víctimas, heridas y atontadas por los golpes de los demás. ¡Pobre

Clérigo! ¡qué papel tan horrible y degradante le han hecho jugar esos hombres en este Congreso ofreciéndole el Obispado de Córdoba o de Salta: ¡qué herejías religiosas, que blasfemias políticas y morales le han hecho hablar a este pobre hombre, por otra parte, de muy regulares costumbres: ¡Qué odio, qué desprecio y qué burla en la que ha caído este infeliz ante todo este Pueblo y ante los mismos que ya por jaleo lo tomaban de instrumento para sus perradas, dándole por el flaco de liberal de entusiasta y enérgico! Pero, dejemos a este incauto joven, verdadera víctima de su indiscreción.

El 20 del pasado, día en que se presentaba el proyecto de Constitución, que aún no había visto yo (porque me lo habían ocultado) introduje también mi Discurso o Exposición y el Proyecto de Ley que le era adjunto.

A pesar de tener ganadas las $\frac{3}{4}$ partes del Congreso en favor de la Sanción de la Constitución, temblaron a la vista material de mi Moción y Exposición. Más temblaron, cuando al otro día, leyeron en privado el Proyecto de Ley, que debía leerse a la noche.

Todo ese día lo emplearon en empeños para que siquiera suspendiese o retirase la Moción y Proyecto de Ley hasta ver si había lugar a mi opinión sobre el aplazamiento de la Constitución contenido en mi Exposición o Discurso.

Decían, que supuesto que mi objeto era sólo el de salvar mi conciencia en la expresión de mi opinión, la expresase como me guste: que si ella era acogida, entonces podía presentar el Proyecto; pero que si no era acogida, era inútil la lectura del Proyecto. Convine en ello, porque mi conciencia quedaba satisfecha con lo que exponía en mi discurso.

Sesión del 20.

Fuimos a sesión: pedí dejar el puesto, para tomar la palabra; la tomé y expuse lo que en parte consta del acta publicada, es decir, pedí permiso para leer y consignar mi discurso en la Acta y Archivo, puesto que no había taquígrafos, y no consentía en que después se me calumniase sobre lo que yo dijese: que un discurso largo, no podría ser redactado al pie de la letra por la Secretaría, sino por taquígrafos o llevándolo escrito. Que a falta de aquellos, adoptaba este medio.

Es de advertir, que habiendo al principio de las Sesiones del Congreso opuestome a las bajezas que contenía la nota de contestación al Mensaje del Director con un pequeño discurso sobre la materia, y cambiadomelo criminalmente mi ahijado el Secretario Huergo, y que aún después de reclamada la adulteración y ordenada la reforma, no la verifiqué, dije yo entonces, “que en lo sucesivo, cuando llegase a tomar la palabra traería mi discursito escrito, sea corto o largo, para que se transcriba en la acta”. Luego que oyeron o supieron esto, se reunió la masorca instalada desde el principio, y acordó poner en el Reglamento de debates un artículo por el que se prohibía presentar ningún discurso escrito, ni leerlo, aún estando imposibilitado para pronunciarlo, sin previo permiso o votación del Congreso.

Eh bien pues: apoyados en este artículo iban a negarme el permiso para leer el mío. Mas no pudieron hacerlo, menos por la exigencia de muchos Diputados, que por temor a la barra que había ido numerosa para oír leer mi Discurso.

A pesar de esto, el señor Gutiérrez al consentir en que sea leído fue llenándome de insultos y sarcasmos, incluso el de qué mi Discurso tenía 14 pliegos de letra pequeña y metida, cuando no tenía seis de letra extendida de José María.

Sancionado que se lea, José María empezó su lectura, temblando, mascullando y saltando lo que creía que podía disgustarlos más. Terminó la lectura con aplauso general de la barra, porque habéis de saber, que el Pueblo de Sta Fe, en todas sus clases, me honra de un modo hasta depresivo de los demás Diputados, a quienes, con poquísimas excepciones, clasifica de vándalos, o borricos, y a fé que no se equivoca.

Enseguida y por un turno acordado tomaron la palabra los Oradores. Entre estos el que me trato con más piedad como era natural, fue mi ahijado Huerquito que sólo me dijo, anarquista como hombre, traidor como Argentino, perjuro como Diputado, y payaso de Rosas pues que repetía su frase vulgar: “aún no es tiempo de dar Constitución a la República Argentina”. El Sr. Zapata pidió rayos al Cielo sobre el que opinase por el aplazamiento de la Constitución que 15 días antes juraba a la par de los demás “que se haría cortar la mano antes que firmarla por inoportuna, atentas las circunstancias de la República, etc. etc.”.

Bien sobajado por todos los demás Oradores convenidos, aunque no atontado con los golpes que antes de hacerme una amarga impresión los recibía como una corona que me ponían para el porvenir; me entregaron a la cortante cuchilla del cándido y energúmeno Clérigo Labaisse. Lo menos que a gritos descompasados y con las más impropias acciones me dijo este pobre hombre fue, “que yo quería darles un Dictador, un segundo Rosas que anule en un día todos los sacrificios que él y sus compañeros habían hecho durante 42 años por la sacrosanta libertad: que no lo permitirían, e insistía sobre lo que a él le costaba la libertad, lo que había hecho por ella etc. etc.”

Habló tantos desatinos en este sentido y con ademanes y gritos tan furibundos, que a no estar el Gobernador en la Barra se le va ésta encima y lo silban cómo habían ido a silbarlo varias ocasiones, de lo que sabedor el Sr. Gobernador ha tenido que asistir casi todas las noches a evitar un desmán de los ciudadanos contra un Congreso que no ha sabido guardar la circunspección ni de una cofradía de negros.

Concluido el discurso de Labaisse, y uno o dos más, y no habiendo ya otro que me sobajee, pedí la palabra, que hubo de negármese, temiendo que los pulverice. Al fin se me otorgó para explicar una u otra equivocación que se había parecido al oír mi discurso. Con cuatro palabras, dichas en menos de cinco minutos, pulvericé los seis discursos preparados y estudiados con que contestaron el mío. Cuando veáis las actas o habléis con el R. Padre Peres, el primer hombre del Congreso, os persuadiereis de una verdad que a primera lectura os parecerá vana y exagerada. Hasta el último hombre del Pueblo salió diciendo lo mismo y honrándome más de lo que me herían mis honorables Codiputados.

Sorprendeos de lo siguiente. El Diputado Labaisse salió acompañándome del Congreso, me dio su brazo y hasta mi casa me fue protestando su amistad y respetos y dándome satisfacción de que me hubiese hablado en tono alto; que ese era su modo aún en el púlpito; y otras necedades por este orden.

Casi lo mismo hacen los demás Diputados, es decir la mashorca que se ha organizado desde el principio; me insultan en el Congreso en el acto que como Presidente no coadyuvo a sus perradas, o que como Diputado he opinado en contra de ellos en las cuatro veces únicas que he tomado la palabra. Salgo del Congreso, me visitan, me honran en mi presencia y charquean en ausencia. Exceptúo de esta infamia a los SS Rev Padre Peres, Sr. Ferré, Dr. Leiva, Dr. Zenteno, y unos 3 o 4 de esos Diputados nulos que votan con la mayoría sin saber su opinión, ni tenerla propia. Esto ha sido el Congreso desde el primer día; esto es ahora y esto será en lo sucesivo, si por desgracia continúa funcionando. No he visto un Congreso, una Junta de Provincia, un cuerpo colegiado más escaso de luces, de probidad y decencia, que el que me ha cabido presidir y el que mi Patria me ha obligado a venir. Este sacrificio me faltaba que hacerle.

Sancionada que se diese la Constitución, el 21 empezó a discutirse el Proyecto presentado y el 30 estuvo sancionada toda ella a pesar de la heroica oposición que los SS Peres, Centeno, Leiva y Ferré hicieron a los artículos sobre capitalización, rentas y Religión, no tanto en la sustancia como en la forma u oportunidad de ellos.

A pesar de esto en 9 sesiones estuvo sancionada una Constitución y federal de 100 y tantos artículos con más de 200 incisos. Ha habido noche que se han sancionado 50 y tantos o 60 y tantos entre artículos e incisos o atribuciones de los poderes. ¿Y por qué? Yo os lo diré para que lo sepáis y no extrañéis si la Constitución no es aceptada o encuentra tropiezos en su realización.

La mashorca había acordado, que presentado el Proyecto de Constitución, al primero que vertiese oposición a una sola coma, se le fuesen todos encima sin reparar en sarcasmo e insultos de todo género para expulsarlos o intimidarlos desde el principio. Lo cumplieron religiosamente: el primero al que insultaron fue a mí, me impusieron silencio; más como Presidente tenía que presidir, no la discusión pues no la había, sino la votación.

El primero a quien espantaron después de mí fue al Padre Peres, quien no volvió sino obligado a firmar la Constitución a cuya discusión no había asistido. La firmó, pero haciendo constar que era por mandato del Congreso. Ha pedido constancia de esto, y se la he dado por Secretaría.

El 2º fue el Sr. Leiva, a quien han insultado más que a nadie, principalmente Labaisse encargado hasta de vejarlo; y a fe que ha llenado su misión usque ad saturitatem.

El 3º, el Sr. Ferré, que también se retiró, y solo volvió exigido, a firmar la Constitución. Ha sido y es hombre de mucha importancia.

El 4º entre las víctimas ha sido el Sr. Zenteno: más este no abandonó el puesto. Tampoco se oponía ya a nada: más alguna vez que pedía la palabra para pedir alguna ligera explicación era insultado como no se insultan los borrachos en la pulpería. Al pido la palabra del Sr. Zenteno, le respondían con una docena de ajos y otras peores palabras que corrían por el círculo de los asientos. Yo no las he oído por la distancia de mi puesto, pero todos me aseguran que eran oídas por los Diputados y por la barra, que iba el Congreso, a un sainete.

Expulsados y oprimidos así los que les restaban de la oposición, empezó a sancionarse la Constitución, lo que se ha verificado en 9 sesiones, incluso la ley de capitalización y notas o

manifiestos adjuntos a tales piezas. Podéis calcular cómo habrá sido esa discusión. Ha habido sesión en que se han sancionado 50 y tantos o 60 y tantos, entre artículos incisivos o atribuciones, como he dicho antes; sin que se hubiese permitido con pretexto de no perder tiempo, que se lean ni aprueben las actas de la noche anterior. ¡Qué tal escándalo!

En la sanción de la Constitución no pedí la palabra sino para decir, que supuesta la absoluta libertad de cultos que se consignaba de tales o cuales artículos, siquiera se consigne en el 2º “Que la Religión Católica Apostólica Romana es la del Estado o mayoría de sus habitantes, y que el Gobº sostiene este culto”. Aún no empecé hablar cuando fui interrumpido por 4 Diputados, pero por fortuna, quedó en la acta consignada mi idea.

El 30 de Abril terminó la sanción de todo para firmar la Constitución, el 1º de Mayo, que ha sido su objeto para halagar al General Urquiza.

Resolvieron hacerlo, sin que se hubiesen leído y aprobado las actas. Algunos diputados protestaron contra esto, diciendo que no firmarían la Constitución sin previa lectura y aprobación de las actas; que sería nula la Constitución, etc., etc.

La mashorca tuvo que ceder a esta exigencia y se ordenó que reunidos temprano a las 9 o 10 de la mañana del día 1º, se procediese a la lectura y aprobación de todas las actas que contenían como 100 fojas. Podéis calcular cómo se hizo esta operación para salvar la fórmula de la lectura y aprobación.

Concluida esta a las 4 1/2 de la tarde, sin que yo me hubiese movido de mi asiento en más de 6 horas porque habría sido un crimen para esos S.S. y hubieran atribuido mi descanso a oposición o retardo de la Constitución, se empezó a firmar a esa hora.

De orden del Congreso hice concurrir a los SS. Peres Fray, Manuel Leiva y Ferré para que firmen la Constitución.

Apercibidos todos del disgusto del Pueblo, de la repugnancia de varios Diputados, de algunas hablillas de la barra sobre la Constitución sancionada en 9 sesiones; remordiéndoles quizá la conciencia al ver como habían fallado sobre la suerte de los Pueblos, y sabiendo finalmente que todo el pueblo de Santa Fe desde su Gobº hasta el ultº habitante protestaban no aceptarla, lo mismo que el Entreríos; apercibido de todo esto decía y quizás también de mi profundo silencio o solemnizado con una profunda resignación a hacer como Presidente cuánto disparate ellos sancionaban, constituyéndome como lo había hecho en humilde instrumento de sus caprichos soberanos; se amortiguaron o abatieron de tal modo, que cada uno iba mustio a poner su firma y se volvía taciturno a su asiento. Mientras firmaban y apurándome la orina contenida por tantas horas, salí por un momento y me siguieron los diputados Seguí y Labaisse a rogarme de por Dios que hable siquiera 4 palabras que alienten a esos hombres mustios; a ese pueblo taciturno y disgustado, con otras mil razones que eran otros tantos ruegos. Me resistí hasta que, abrazándome, me expusieron que mi solo silencio era un obstáculo a la aceptación de la Constitución; era un ataque a ella y traería males al país; que vea al fin que yo era el Presidente de ese Congreso y su obra iba bajo de mi firma, etc., etc. No pudiendo resistir a esas insinuaciones y no queriendo oponer por mi parte un grano de arena a lo que la mayoría había sancionado, me decidí a hablar 4 palabras en el acto de qué terminasen las firmas. Entré al salón cuando estás

concluían y me afecté tanto del silencio y trascendencia de ese acto, que sin haber combinado una sola idea, rompí en el Discurso del que os mando una copia sacada de la Acta.

Lo pronuncié con tal vehemencia y en un tono tan patético, que jamás discurso alguno mío, ni estudiado, ha producido un efecto igual. El Pueblo, o la barra y los Diputados todos lloraron sin disfraz, ni disimulo; saltaron conmigo de sus asientos, y aún no vertí la última palabra, cuando sobre mí se lanzó todo el Congreso a abrazarme, aplaudirme, a darme las gracias, a reconocer la nobleza y pureza de mi patriotismo, etc., etc.

Yo usé de mi triunfo con modestia y humildad porque no ví en él sino la mano de Dios que pasaba por sobre mis heridas curándolas y premiando mis sanas y puras intenciones.

Salí del Congreso y fui llevado a mi casa como en triunfo. Habían en ella dispuesto los Diputados una mesa en celebridad de la firma de la Constitución. Durante 3 horas, algo me indemnizaron esos S.S. y más que ellos, todo el Pueblo de Sta. Fe, de los disgustos que me habían hecho sorber aquellos durante 4 o 6 meses.

Pasada la impresión de mi discurso, los Santa Fecinos decían que él solo había valido más que toda la Constitución y leyes, dictadas por esos tales, etc.

El día 4 o 5 se fue a discutir la ley de Capitalización. Ya más confiados en mi lealtad, pureza de intenciones, patriotismo, etc. pude tomar la palabra y lleno de moderación decirles lo que contiene el Discurso del 5, de que también os incluyo una copia sacada de la acta. Como contenía verdades tan incontestables, y tan leales, me contestó Gorostiaga sin mayores desatenciones, como siempre lo había hecho. Más se, que ninguna exposición mía les ha hecho una impresión más desagradable que esa, por la naturaleza de las verdades que contenía y consecuencias que podía traerles su desprecio. Por supuesto que no tuvieron lugar, ni se adoptó, una sola de mis indicaciones. El tiempo las justificará y justificará mi previsión.

Sancionada la ley de capitalización pasaron a las de Aduana y Municipalidades constantes cada una de más de 100 artículos.

Para que el escándalo llegue a su colmo, se sancionó: primero, que por brevedad se excuse pasarlas a los Diputados en orden del día, dando por bastante el que allí se lean; 2º que se sancionen por Capítulos y no por artículos. Se leía pues un capítulo constante de 15, 20 y hasta 28 artículos, fuera de incisos, y se ponía en votación sin que nadie tome la palabra, porque ya no había quien la tome. En 2 noches se leyeron y despacharon ambas leyes constantes de más de 200 artículos. Esto ha causado mucho escándalo, pues que la historia parlamentaria no ofrece un ejemplo de que las leyes compuestas de muchos artículos se sancionen a granel, o como yo les dije, por aspersión o inmersión, como los bautismos a las hordas de infieles. Así terminó el Congreso sus vergonzosas tareas constituyentes. Pero aún faltaba un escándalo que dar.

Se nombra la comisión que debía ir a Bs As y al Director. Estaba acordado por la mashorca parlamentaria nombrar a los jefes de ella, Carril, Gorostiaga y Gutiérrez. Nómbrase casi canónicamente a los dos primeros. El 3º se divide en Gutiérrez, Zapata y Derqui. La división hace que casualmente salga por un voto más Zapata, y no Gutiérrez. Aquí empezaron las peleas entre la misma mashorca. Ya iban a partirse del botín.

A los 3 días se concilian y acuerdan que la comisión sea de 5 para que vayan Gutiérrez y

Derqui. En los momentos de hacer la moción verbal y la sanción, que todo ha sido lo mismo en este Congreso, no faltaron quienes los retrahigan con el desprecio y escarnio público que ya se hacia semejante porquería, la que yo no había suscripto, ni autorizado como Presidente.

No teniendo ya disparate que sancionar estos pobres hombres, ni pensado en dar por concluida su misión, en la sesión del 8 de que os mando copia, tuve que declararlos semi en receso. Sin contestar a lo que expuse de haber terminado su misión y sin resolver cosa alguna sobre esto, se ocuparon de autorizarme con la más poca decencia para el viático de la comisión y demás que consta en dicha acta. Sin duda que era puerca la cuestión de plata. Se ha realizado lo que les anuncié. Los Gobernadores de Santa Fe y Entre Ríos me han contestado, lo que debían y yo esperé. Más acaba de llegar orden del Director al Gob° de Santa Fe para que abone los 1.500 pesos que yo les designé en clase de viático.

La comisión salió de aquí el 15 o 16. Gutiérrez se fue con ella en clase de particular.

El Congreso en la última sesión acordó que el Presidente quede autorizado para licenciar a los Diputados por 25 días, que eran los que tardaría la comisión. En el acto de esta autorización di la licencia general. En virtud de ella se han retirado los más, al Entreríos, Rosario, etc. Campillo, Labaisse y Padilla a Córdoba.

De estudio no he querido escribir con estos S.S. – Debí hacerlos a los dos o 3 días con el R.P. Fray Manuel Perés: más el día anterior a su marcha, se dislocó un brazo en el hombro y la ha suspendido.

En este momento aun ignoro el día que salga: visitadlo por mí con confianza; él os hablará con la misma porque yo se lo prevendré. Es hombre de la primera importancia en sentido religioso, político y social.

Va para 20 días o más que el Congreso suspendió sus sesiones y aún no tenemos un solo momento de descanso, José María, Carlos y yo, tal ha sido la tarea que nos ha quedado: 1° para despachar la comisión con documentos y copias cuya sola escritura ha costado 7 onzas fuera de lo escrito por los oficiales de Secretaría. 2° en copiar y arreglar las Actas y demás de Secretaría; trabajo que durará mucho más de un mes; porque en la prisa de estos hombres, todo ha quedado en apuntes y borradores.

Aún no sabemos éxito de la Comisión: no tardaremos en saber el desenlace de ese Drama. Dios lo haga bueno. Si vuelve a reunirse el Congreso lo que dudo, en la primera sesión seré relevado de la maldita Presidencia cuyo término legal ha concluido. En la misma sesión pediré la licencia de un mes de que han disfrutado los demás. Concedanmela o no, es probable que no vuelva yo a esa pocilga moral, y que os vaya a visitar. El Doctor Campillo es de lo mejor que ha venido al Congreso. Sólo ha hablado una vez. Su conducta política no me ha parecido buena, ni en sí misma, ni conmigo. Sin embargo, nos hemos llevado bien o en buena armonía. Es muy am° de José María. La de Labaisse ha sido la de un loco o energúmeno. Ante los más, la de un fatuo, objeto de burla y desprecio.

La de Padilla; la de un nulo como más de la mitad del Congreso que ha estado de miedo y de pura nulidad a la merced de la osada mashorca del congreso compuesta de unos 6 u 8.

De orden del congreso se mandó imprimir en la Imprenta del Paraná la constitución y leyes

orgánicas ya sancionadas. El Gob^o se ha negado o excusado esta impresión; parece que será hasta ver si la acepta o no el Director.

Juzgad de mis combates interiores por solo las sigtes. ideas. Opuesto a que se dé Constitución en las circunstancias actuales de la República por las razones que expreso en el Discurso que os remito y por otras más fuertes y privadas que tengo. Opuesto a la que se ha dado, por contener muchos artículos de mi reprobación, aun cuando, como Presidente no he tomado parte alguna en su discusión. Opuesto a la misma por ser de difícil aceptación e imposible realización; opuesto porque veo en ella el estandarte de una nueva anarquía. Opuesto, en fin, por otros mil motivos; y en medio de esta convicción, forzado por otras mil consideraciones a desear con vehemencia su aceptación y observancia por todos los Pueblos, como la última y única tabla que nos puede salvar, por más frágil y carcomida que ella sea: interesado en su aceptación y observancia por el bien y honor de mi Patria, por mi propio honor y el vuestro, por mi firma como Presidente y la de mi hijo José María como Secretario. Porque si ella es rechazada y silbada, cómo voy a satisfacer a los Pueblos, que la firma de un Presidente y Secretario es de fórmula y no importa la aprobación o reprobación de los mismos que firman? Su aceptación y observancia me es de eterno honor; su repulsa me deshonorra y desaira.

Es profunda mi indignación con esos hombres, cuyo capricho no ha consentido en la reforma ni gramatical de algunos artículos, con lo cual se habrían salvado muchos obstáculos que encontrará dicha Constitución y ley orgánica de capitalización. Con la reforma de 4 o 6 artículos podía quedar aceptable y semi realizable la Constitución. En su estado actual temo mucho de su éxito. Vincular la capitalización de Bs. As. al todo de la Constitución es un error. Los artículos de libertad de cultos, pésimos por su forma y términos: la completa centralización de rentas, inaceptable e irrealizable: el n^o de empleados Nacionales id. Las trabas al Ejecutivo demasiadas, y solo conducentes a la anarquía o despotismo que siempre sucede. No la creo en fin realizable.

Ya os he instruido de todo lo relativo al Congreso y Constitución solo para vuestro gobierno y conocimiento y que teniendo en vuestra mano el hilo u origen de este asunto podais ir anudando los sucesos posteriores y usando de estos conocimientos o antecedentes con una prudencia que no me comprometa; porque estos hombres teniéndome por opuesto a la Constitución, no conciben que a pesar de esto, pueda yo desear su aceptación y observancia, ya que está dada. Temen de su obra, y temen de mi opinión contraria a ella, y que mi simple manifestación perjudique su éxito. Por esta razón y para alejar todo pretexto de que me atribuyan cualquier resistencia que encuentre la Constitución en los Pueblos, desde que he llegado de Bs. As. no he escrito sinó una carta a Dn. Tomás Arias, diciéndole que aunque como Presidente no he tenido parte en la confección de la Constitución y he sido opuesto a que se diere, sin embargo desearía que la Provincia de Salta fuera la primera en aceptarla por tales y cuales razones.

Tengo antecedentes para creer que algunas Provincias no la acepten porque ya dicen que no es federal sino unitaria, por el asunto de capitalización, religión, rentas y centralización del poder Provincial en el general. Más creo que aceptada por el Director, callaran todas por ahora: después no.

Tratados. Actualmente no podemos escribir sobre ellos sin comprometer al Director ante toda la Nación y la América, sin comprometernos gravemente ante él, sin perjudicar la causa Nacional y la República entera en las actuales circunstancias; sin causar en fin un escándalo de cuyas consecuencias se nos haría culpables. El señor Peña que está fuera de la República y que es quien hizo en substancia los tratados en virtud de instrucciones privadas del Director, o de autorización absoluta como que era su único Ministro, su confidente, su amigo, su Director, etc. parece que va a escribir por su cuenta. Por lo demás cada día justifica nuestros tratados el mismo Director. Sobre la base de ellos empezaron las nuevas negociaciones en Bs. As. y ya había convenido la comisión del Director en casi todo el tratado del 9, cuando el mismo Gob.º de Bs. As. las ha suspendido porque no cree en el Director. Empezaron las conferencias por el respeto a las instituciones de Bs. As. e integridad de su territorio convenido por el Director.

Concurrencia al Congreso con 4 Diputados id.

Revisión y libre aceptación de la Constitución id. Mucho más cuando ahora el mismo Congreso, y de su motivo le manda una comisión de su seno a presentarle a su libre aceptación la Constitución y demás leyes.

Sólo trepidaban en la renovación íntegra o por mitad de la Sala de Bs. As. El Director ya convino la propuesta del Ministro Benavente y del Brasil, que se renueve los Diputados de la Campaña y no los del Pueblo. Ni en esto convino Bs. As. ni aún después de la pérdida de toda su escuadra, de estar allí el Director con un ejército de doble fuerza material y moral del que tenía Lagos cuando nosotros hicimos los tratados y de ser cada día más crítica la situación de Bs. As.

A pesar que el armisticio celebrado por nosotros continuó como un mes después de no ratificados los tratados, sin embargo, de entonces, aquí van muertos más de 1500 hombres, y gastados y destruidos más de 5 millones de fuertes. Al desenlace de la cuestión sea cual fuere este, la Patria lamentaría no haberse ratificado estos tratados, como ya hoy se lamentan los más. Del 1º al 5 de Mayo habría estado resuelta la cuestión, sin más ventaja para Bs. As. que aceptar libremente la Constitución; ventaja que con menos decoro le ha reconocido y sancionado el Congreso.

No es posible hablar a medias sobre este asunto. Algo debe haber de grave y reservado en ese asunto, cuando hasta el mismo Director que rechazó los tratados hace honor a los comisionados de palabra y por escrito, en cartas y noticias oficiales a todos los Gobiernos y aún en el periódico de la línea se nos hace honor. Más honor nos harán cuando podamos escribir, y basta de esto. Si consigo el nº del 14 del Federal de la línea os lo mandaré. Allí veréis una nota importante del Director al Gobº de Bs. As, con motivo de haber suspendido éste las negociaciones; y a fe que son justificable motivo.

Veremos si la comisión del Congreso, la Constitución, etc. resuelven este problema de sangre. Yo no me lisonjeo con tal esperanza. Basta de política y pasemos a asuntos particulares, que irán sin orden y como me vayan ocurriendo.

.....

José María ha trabajado y padecido mucho en su malhadada Secretaría. A haber estado yo aquí, no le permito aceptar semejante destino en servicio de un Congreso compuesto de tales hombres. Ha agravado su tarea el ser solo, la falta de taquígrafos, de oficiales, de prensa, el apuro y desorden de las sesiones diarias, etc. etc. Si vuelve a reunirse Congreso, nos retiraremos yo y él.

Carlos Saravia ya está conmigo, ganando 50 ps mensuales de oficial de Secretaría. El joven Amancio Pardo que vino con Ramón de Bs. As. y vive en casa lo he colocado ganando 30 pesos.

Conocí a vtro tío y sentí haberlo conocido. Creyéndome caído de la gracia de Urquiza por la no ratificación de los tratados y de mi general aceptación por la misma causa no me ha escrito una sola carta, cuando antes eran diarias y de a pliegos. Daría un brazo cortado desde el hombro, por que mi Julio terminase toda relación mercantil con él, y todos nosotros nos olvidásemos a que por sus venas corre la sangre de vtra mamita. A pesar de sus alhagos me ha hecho horrible impresión al no descubrir en él un átomo de ser moral. Yo había calculado algo sobre mansión en Bs. As. por algún un tiempo y en obsequio vtro: mas me ha retraído de esto la sola idea de estar allí José Gregorio, y tener que vivir yo allí en paz o en guerra con él. ¡Horrible impresión la que me ha quedado! No le ha quedado igual ni aproximada a José Ma a pesar de las execrables maldades cometidas con él. A vuestros hermanos he privado que me lo nombren por que su solo nombre conmueve mi alma y mi espíritu.

Empiezo a releer y contestar vuestras por sus fechas.

De mi Julio, 2 de Abril.

Tratados. Aunque me es imposible reducir a una carta ni de 10 pliegos este malhadado asunto, que ya empieza a sernos de alto honor aun ante los mismos que al principio lo miraron con escándalo y que en breve será nuestro primer título de gloria; sin embargo, y sin entrar en el fondo de la cuestión, me contraeré al punto que aún a vosotros mismos os ha causado escándalo, “el artº que concede a Bs As el dro de revisar y aceptar o no la Constitución”. Pues bien, nosotros nos prestamos a él, por que el principal artº, el más preceptivo de nuestras instrucciones escritas y verbales, era el “de respetar las instituciones de Bs As”, entre las que era fundamental el derecho de revisar la Constitución que dictare todo Congreso, etc.

En nuestros tratados se miró eso con escándalo, por los Pueblos, no por el Director. Ahora bien; El Soberano Congreso Gral Constituyente por unanimidad de sufragios, sin exigencia de nadie, ha sancionado en la ley fundamental de capitalización “que una comisión de su seno le lleve la Constitución a ese mismo Pueblo de Bs As para que la examine y acepte, a la par de las demás leyes orgánicas. Y después de esto ¿que hay que decir en contra de lo acordado por la Comisión? Y cual será la razón por la que el Congreso ha descendido a llevar él mismo la Constitución para su examen y aceptación? La razón que ha tenido el Congreso ha sido, por qué no habiendo Bs As reconocido ni aceptado el Acuerdo de San Nicolás, no se le reconoce obligado a nada de lo que el contiene. Agregad a esto, que nuestra Comisión que iba sobre esta base reconocida por el Director, aún dejaba a la voluntad de éste y del Congreso la aprobación o no aprobación del tratado; y ahora el Congreso ha sancionado lo mismo en ley fundamental que no admite retroceso.

El reconocer a Bs As igual derecho de revisión en las demás Provincias no importaba el que el Congreso les reconozca igual derecho, sino el que Bs As no se crea exclusivo ni privilegiado por él. Yo fui, en obsequio de las Provincias y en honor de ellas es que exigí esa agregación al artº, con el plan posterior de hacerle renunciar a Bs As ese derecho al otro día que se incorporasen sus Diputados en el Congreso: cosa que yo la tenía por segura en virtud de razones que no es del momento aducir, y que así habría sucedido si se ratifica el tratado.

Otro de los artículos que ha causado escándalo es el nº de 4 Diputados con que Bs As debía concurrir al Congreso. Yo fui de esa exigencia. Bs As no quería mandar ninguno puesto que había de revisar la Constitución, luego convino en dos y yo exigí cuatro, y ojalá hubiera podido hacerle mandar 6 u 8. Cuantos más Diputados hubieran venido era más segura la renuncia de revisar la Constitución; era más segura la aceptación del Acuerdo de San Nicolás, que dirimía toda cuestión. Y sobre todo, así lo quería todo el Congreso, y sin expresar la razón se lo dijo al Director en la nota de autorización () de Febº, para negociar la Paz. Me remito a ella.

En las últimas conferencias habidas entre los comisionados de Bs As y los del Gral Urquiza, veréis acordado el respeto a las instituciones de Bs As, a su integridad territorial y a remisión de 4 Diputados, y casi todo lo demás de nuestro tratado.

Se han suspendido las conferencias o tratados por parte de Bs As y no del Gral Urquiza. La Comisión de éste pidió la íntegra renovación de la Sala, lo mismo que nosotros. A nosotros, se nos concedió sin tropiezo aún siendo contrario a su fundamental institución, más tuvimos que respetarla de nuestro motivo, por qué interín se hacía renovación íntegra incluso del Gobº, no quedaba ni fantasma de autoridad en Bs As para hacer cumplir los tratados, para invitar a nuevas elecciones, para el escrutinio de éstas, para el desarme de las fuerzas del Pueblo, etc. etc.

Pues bien; ahora ha convenido el Director o su comisión, el que se renueven todos los Diputados de la Campaña por haber sido ya anulados por actas Departamentales, y que queden o continúen todos los de la Ciudad, sin renovación, que en substancia, viene hacer la renovación de la Sala por mitad como lo acordó nuestro tratado. Pues ni aún en esto ha consentido ahora Bs As que exige la renovación por mitad y a la suerte, del modo que lo previene su ley. En este estado y ex abrupto ha cortado Bs As las conferencias.

La devolución de los buques fue instrucción secreta dada por el Director a Peña, por cuanto no tenía cómo sostenerlos, y quería que los sostuviese Bs As, pero teniéndolos a su disposición para cuando él los necesite. Yo me resistí a él como a dos arts mas, por que no constaban en nuestras instrucciones escritas, que Ferré y yo fuimos a ver a Bs As a los dos días de nuestra llegada. Más Peña, como Ministro, confidente amº del Director, depositº de su política, y confianzas etc. etc. nos dijo que eran instrucciones privadas del Director, que él aceptaba la responsabilidad el tratado etc. etc., y ni la ha negado, ni lo ha reconvenido el Director por que era cierto y de acuerdo con su opinión. El tratado no se ratificó por que no le gustó a Lagos y a gran parte de su gente que enriquecía con la continuación de la guerra y le oficio al Director, por medio de una comisión, diciéndole que si él lo aceptaba, su ejército no lo aceptaría etc. etc.

Sin perjuicio de la causa Nacional en su estado actual, sin mengua del Director, sin complicar mas y mas nuestra difícil posición, no podemos, al menos Ferré y yo, escribir nada sobre

tales tratados, instrucciones privadas del Director, intrigas encontradas que ha habido sobre ellos según los intereses de cada uno etc. etc. Algún día escribiremos; más antes de ello, todos nos están vindicando, empezando, por el Director mismo. Día nos llegará de escribir y de ceñirnos una corona, en reemplazo de la de espinas que hoy se nos pone y que soportamos por el bien de la Patria, y por que no tenemos libertad para escribir, ni donde imprimir lo que escribiésemos. Creo que el Sr Peña está escribiendo en la Colonia. Nosotros no podemos escribir en Sta Fe, y en la Rep^a.

El artº en orden al desarme de las milicias y del Pueblo y Campaña, lejos de poner a Lagos bajo el Gobº de Bs As que se iba a renovar el 2 de Mayo, colocaba al Gobº de Bs As bajo las ordenes de aquel que quedaba en el hecho dueño de toda la Campaña, y protesto que me pesa haber firmado un artículo por el que Lagos quedase con mas poder que el de mi Isidro.

Reservado. No; podéis decirlo a gritos a mi nombre. Llevamos orden e instrucción para proponer y convenir (a cambio de la Paz, reconocimiento del Congreso y misión de Diputados) en la renuncia del Director y hasta en su retiro de la República. Por esto, calculad de nuestras instrucciones verdaderas. Las que se han publicado se llevaron de ceremonia, para mostrarlas o publicarlas en un caso preciso, de aquellos que la Diplomacia suele valerse a su objeto. Esto nos lo dijo el Sr Peña.

Sabed también, ya que he entrado en la materia, que ni borrador de tales instrucciones había quedado en Secretaría por que las verdaderas instrucciones eran la persona del Sr Peña y las verbales que nos había dado el Director; y que cuando volvimos a San Nicolás con disimulo y a un objeto sencillo se le pidieron a Peña las instrucciones escritas que el mismo había redactado para usar de ellas o mostrarlas en caso preciso; y entonces sacaron una copia que es la que han publicado como si hubiéramos ido ligados a ellas.

Eh bien. ¿Podemos publicar por la prensa esta ni otras cosas aún más privadas que estas? Podremos revelar los secretos y pérfidos objetos con que se nos había mandado para ganarse tal y tal tiempo, para reunir tales y tales fuerzas, mientras se nos juraba amor a la Paz y se sobraba al hablarnos de la necesidad de ella etc. etc. ¡Oh hijos! Entre qué gente me ha mandado mi Patria. No me alcanzará la vida para escribir sobre los crímenes de qué he venido a ser testigo y víctima, en el Directorio, en el Congreso. Dударía de la Providencia si tanta corrupción pudiera dar algún resultado para el País.

Al escribir esto se me ocurre comunicarnos otra cosa; tal es que aún no se nos arrancó del Congreso a Ferré y a mí y del Ministº a Peña, cuando en notas reservadas se ocurrió al Congreso pidiendo la autorización para un empréstito de 500'') ps para la campaña del Director sobre Bs As. Se ha negociado el empréstito de un modo escandaloso, o ruinoso para la Nación.

Otra. Una de nuestras instrucciones era protestar que el Director no se movería del Diamante ni pisaría el territorio de la Provincia de Bs As hasta que vuelva a la Comisión con tratados o sin ellos. Pues bien, al día subsiguiente de nuestra marcha, pasó a San Nicolás con las fuerzas del Entrerios.

De San Nicolás nos oficia que había pasado por tal motivo especioso, pero que protestásemos que de allí no se movería ni reuniría un hombre etc. etc. Tras el oficio con que alucinamos a Bs

As empezó a reunir las fzas de Sta Fe, mandó por las de Corrientes, apuró las de Córdoba etc. etc. Cuando volvió la Comisión ya todas las fzas estaban en marcha sobre la Ciudad y el Director con su Galera cargada para salir ese día sobre Bs As. Demoró un día después de nuestra llegada.

Dejemos este asunto interminable. Mas antes de dejarlo os diré que es cierto que no vimos las instrucciones sinó en Bs As, que nombramos a Peña para redactar el tratado; que a pesar de todo, cuando me lo presentó redactado entre él y Torres, yo me opuse a mas de 2 o 3 artículos que no estaban expresos en las instrucciones; que él aceptó la responsabilidad de ellos ante el Director de cuya orden debía proceder; que cuando yo le recordé esto ante el Director el no lo negó, y aceptó la responsabilidad. Que cuando el Director se dirigió a Peña reprobando tales artículos, Peña se ríó con mucha zorna; le extrañó el Director esta risa, diciéndole ¿y por qué se ríe Ud.? a lo que Peña le contesto sonriéndose con más zorna “cómo no me he de reír Sr Gral! agregando – por lo que hace a mí he concluido”.

Pasado un rato de silencio tomé yo la palabra y creo que ya os dije lo que hablé; quedó al parecer todo allanado sin mas diferencias que en unas cuantas palabras; quedamos en nueva conferencia, que no se volvió a tener, etc. etc.

Negocio. No hay que pensar en negocio de sebo, grasa ni de ganados para acá ni en Bs As. De esa Provincia no se permite extraher una sola cabeza. Todo el ganado de Bs As no da abasto para el que consumen en el sitio y los Gefes venden a La Plaza y saladeros. Este es el principal objeto de la guerra y no, la política.

El Gob^o de Sta Fe no ha conseguido de Lagos que le permita comprar de la Campaña de Bs As 5000 cabezas de ganado para el sostén de sus fzas en esta Plaza y frontera. Yo he visto original la negativa de Lagos, y sé el disgusto que ha causado a éste Gob^o. Aquí no hay ganado. En el Entrerios muy poco.

No hay pues que pensar en este negocio con nada del Litoral.

Minas. Nada puedo decir sobre ellas, que no lo digan ellas mismas y sus resultados hasta aquí. De esperanza en esperanza frustrada ya corriendo el tiempo. Con el capital y trabajo en ellas invertido, serías ricos si hubierais empleado esos elementos de riqueza en sembrar trigo o abrojos. Habrían siquiera servido para combustible. Sin embargo, no quisiera que mi opinión y mis temores os retrahigan de ellas, si a vuestra vista ofrece otros resultados.

Imprenta. Muy buen negocio según las circunstancias políticas y otras peculiaridades del País en que haya de establecerse. Pero en el día, en que está obstruido el camino con Bs As, no hay que pensar en este negocio. Aquí mismo no ha tenido Imprenta el Congreso ni donde obtenerla. Tampoco el estado de la política hace bueno este negocio, que en circunstancias ordinarias es excelente.

Ramón se fue con Burela. Quien sabe si encuentren mulas o puedan extraerlas. Lleva mil recomendaciones. Gualberto me escribe que me ha abonado en cuenta 900 y tantos pesos de esta suma; no mas por que hasta ahora nada me han dicho de viático, y esto que todos, empezando por el Director, saben que no me han dado un medio, como tampoco para el viaje y comisión a Bs As, en que he ido a mi costa y gastado muchos ¢. Solo he recibido hasta hoy los dos auxilios de 25 ¢ dados a los demás Diputados. Esta es una porquería y hasta maldad. Hay

Diputados que casi han perecido y perecen. He tenido que suplir a algº 3 ¢ para que coma. La Presidencia me ha impuesto mayores gastos. Más llegado el caso, yo sabré reclamar lo que me corresponde. Podré servir a mi Patria con mi persona y luces mas no con dinero, que no lo tengo. Todo esto es una chanchería inmundada. El que no roba o es decente, se sacrifica.

.....

Somos 31 y aún nada sabemos de la comisión que hace 16 días que salió de aquí. Hace igual fecha que nada sabemos de la línea ni de Bs As. Así hemos vivido y vivimos aquí. Si hasta cerrar el correo llega alguna noticia de la comisión sobre Constitución etc. os lo diré en posdata.

Los cuadernos que os mando de mis Discursos son mandados a imprimir por otros que yo. Si he acertado en mis predicciones, ellas me inmortalizarán. Si he errado, el País se constituirá y gana más que acertando en mis predicciones.

La carta mía escrita de Tucumán y remitida al Gral Paz nada tenía que estorbase su remisión ni me trajese resultados desfavorables: al contrario.

Concluído el Congreso, tengo que publicar desde la primera hasta la última de mis palabras, por que todo lo tengo escrito y consta de las actas: todo me hará honor, como la publicación de las sesiones del Congreso especialmente las últimas, por mas que se han corregido serán de eterna mengua para ese cuerpo, sátira de todos los Congresos Americanos. Por solo las últimas actas se podían juzgar y condenar las 2/3 partes de sus miembros. Mi mérito está en no haber participado de sus desatinos; mi culpa en haber evitado se disuelva desde la primera semana.

.....

Llego a la última de Fenelón de Mayo 15. No contiene sinó extrañez de mi silencio en el que ha influido mi excesiva ocupación y el no saber que decirles sobre nuestro estado político que es un cahos, sobre el que no nos es dado ni calcular. Situación igual ni tan complicada no la he visto desde que tengo uso de razón. ¡Horrible cosa! Desórdenes y crímenes en Bs As, mayores afuera: no hay orden ni acuerdo en nada, ni en nadie. El Congreso, un foco de corrupción, intriga é ignorancia. Los mismos que han redactado la Constitución, que la han hecho sancionar, que la aplauden, etc. etc. se burlan de ella; ni les ocurre creer que se observe. Hay plan en se rechaze; plan si se admite; y todo plan a costa del País. Ven la Constitución como una factura de efectos.

Es casi imposible que la admitan el Director, Lagos y Bs As, y cualquiera que la rechaze traerá grandes males. Admitida por todos, no será observada por nadie, por que es inverificable. El tpo lo dirá. Sta Fe la resiste. Dicen que es lo mismo en Entrerios.

.....

No he visto el ataque de Sarmiento al Congreso. Sé que ha venido algún ejemplar que han ocultado los Diputados. Quizá sería menos por lo que dijese contra ellos, que por la excepción que en algo hiciese de mí; por que esto es cabalmente lo que ha irritado desde el principio a mis Codiputados. No han podido soportar que las prensas de todas partes, Montevideo, Chile, Bs As, y los hombres de aquí y de todas partes, de palabra y por escrito, les llamen pícaros o brutos y me exceptúen a mí expresamente y a algún otro genéricamente.

Separad de mis libros los que con mas urgencia necesitéis para vtro estudio del Derecho, remitiéndome los demás con concepto a que yo necesito algunos y José María necesitará otros al mismo objeto. Todo lo demás remitídmelo aquí o al Rosario, por que los necesito mucho.

Bueno y muy bueno es que os ocupéis de perfeccionaros en vtra carrera jurídica; pº como un recurso subsidiario del Comercio, que es el principal. Ni un momento defraudéis al Comº por la Abogacía, ni por las letras, so pena de ser pobres toda vtra vida, y cada día me convenzo más que vale más morir que ser pobre decente por su clase. Y ya os he dicho, que para progresar en el comº u otra carrera es necesario vivir pensando en ella como Newton en su sistema de atracción.

No perdiendo el tiempo en sonseras, ni ocupar su imaginación en amores imaginarios como la ocupan casi todos los jóvenes, el tiempo da para todo, para estudiar y para trabajar. Al estudio solo consagrad aquellas horas que no puedan consagrarse el trabajo que demande el Comercio. El día que por una lectura dejéis una ocupación mercantil, seréis ya perdidos para el comercio. “Qui duos lepores seguntur, neutrum capit”. Quien mucho abarca poco aprieta.

.....

Podéis calcular cuantos días habré empleado en esta carta, atentas mis tareas. Mas con esta he cancelado todas vtras anteriores.

Os autorizo para que solo al Sr Allende Dn Saturnino, podáis mostrar cuanto os escribo de política, incluso mis funestos cálculos sobre el provenir.

Hasta este momento no hay noticia alguna de la comisión ni de nada de dentro y fuera de Bs As.

Os mando 10 o 12 ejemplares del discurso mío que han publicado otros y no yo; y que de propósito no os lo he mandado manuscrito ni impreso, por que vaya también impresa a la acta que contiene todos los Discursos preparados en contestación y corregidos hasta muchos días después por sus mismos autores. En la corrección le han quitado o disminuído los insultos verbales. Quise reclamar que no me defrauden el honor de esos insultos, más me instaron que no lo haga, y cedi a mi pesar; por que no pienso sacar otro honor de este Congreso, que los insultos con que me han contestado las pocas veces que he tomado la palabra.

.....

Leed y leed esta carta en la parte política para que os penetréis de su espíritu y habléis sobre su contenido con discreción y oportunidad. Haced saber que sobre la Constitución, no he

hablado sino para pedir que siquiera se declare que la Religión C. Apos. Romº es la Religión del Estado; y que aún esta vez fui interrumpido 4 veces.

Ha concluido el Congreso, sin haber tenido el honor que una sola idea o palabra mía sea aceptada, ni sobre la cosa más sencilla. Las 5 veces que he hablado, se me ha contestado con insultos. Labaisse y Huergo se han distinguido en ellos.

Junio 1º, las 10 de la mañana. Aún no hay noticias de la comisión. Se cierra el correo.

Os mando algunos ejemplares del acta del 20 que he hecho imprimir a toda prisa para que vayan los discursos en contestación al mío, y no se quejen de que vaya el mío solo; cuando es verdad, resalta mas al lado de los de ellos, dispuestos de días antes, y compuestos días después, y suprimidos los principales insultos verbales.

Os incluyo abierta con sello volante esa para el Sr Fragueiro. La entregaréis en mano propia. Expresiones a los amigos y amigas. Vtro amante Padre que os bendice.

F d Z

* * *

EL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. LAS IDAS Y VUELTAS DE LOS ÚLTIMOS AÑOS (2007-2023)

Alberto B. Bianchi

Universidad Austral. Universidad Católica Argentina

ab@bgcv.com.ar

Recibido: 08/01/2023

Aprobado: 28/03/2023

Resumen

Estos últimos 15 años muestran un Congreso cada vez más equilibrado en sus fuerzas políticas, pero, al mismo tiempo, con partidos políticos mucho más radicalizados ideológicamente. Si bien republicanos y demócratas se han alternado regularmente en el control de ambas cámaras, en cada partido aparecen figuras que se inclinan a sus extremos. Aunque la madurez política del sistema político de los Estados Unidos permite una alternancia muy regular de sus partidos en el Congreso, donde los acontecimientos suelen repetirse –casi mecánicamente– con notoria previsibilidad, ello contrasta con el endurecimiento ideológico interno que se advierte tanto en los demócratas como en los republicanos.

Palabras clave: juicio político, Obamacare, COVID, clausura, elecciones, *Squad*, *Speaker*, Distrito de Columbia, Capitolio, comisión, *lobby*, ética en el Congreso, déficit, partidismo.

The United States Congress. Twists and Turns During the Last Years (2007-2023)

Abstract

These last 15 years show a Congress that is increasingly balanced in its political forces, but, at the same time, with much more ideologically radicalized political parties. While Republicans and Democrats have regularly alternated control of both chambers, in each party there are figures who lean to their extremes. Although the political maturity of the United States political system allows a very regular alternation of its parties in Congress, where events tend to repeat themselves, almost mechanically, with obvious predictability, this contrasts with the internal ideological hardening that is noticeable both in the democrats as in republicans.

Key words: impeachment, Obamacare, COVID, shutdowns, elections, *Squad*, *Speaker*, District Columbia, Capitol, committee, *lobby*, congressional ethics, deficit, partisan.

1. Mayorías y minorías muy equilibradas	89
2. Las elecciones legislativas de 2006. Los demócratas retoman el control de ambas cámaras	92
3. Líderes de este período	93
3.1. En el House	93
3.2. En el Senado	98
4. El Plan de las 110 Horas (100-Hour Plan)	103
5. Una nueva regulación del <i>lobby</i>	104
6. La creación de la Office of Congressional Ethics	105
7. Las elecciones de 2008. Una clara victoria demócrata	106
8. La reforma en el sistema de salud. El Obamacare	108
8.1. Antecedentes del sistema de salud	108
8.2. Las leyes de 2010	110
8.3. La cuestión en la Corte Suprema	112
8.4. La Tax Cuts and Jobs Act of 2017 y sus consecuencias judiciales	113
9. Planteos judiciales contra la Bipartisan Campaign Reform Act	114
10. Las elecciones de 2010, 2012 y 2014	115
10.1. Año 2010. Los republicanos recuperan posiciones	115
10.2. Año 2012. Una leve ventaja de los demócratas	116
10.3. Año 2014. Los republicanos vuelven a controlar las dos cámaras	116
11. La creación de la Comisión Conjunta de Reducción del Déficit	117
12. El papa en el Congreso	118
13. La oposición del senador McConnell a la candidatura de Merrick Garland	120
14. Las elecciones de 2016	121
15. El Trumpcare, o el intento por modificar el Obamacare	122
16. El Congressional baseball shooting de 2017	123
17. Las elecciones legislativas de 2018	123
18. El llamado Squad en el House	124
19. Los acuerdos para las designaciones efectuadas por Trump	127
20. Los <i>shutdowns</i> de 2018 y 2019	132
21. El primer juicio político contra Donald Trump	134
21.1. Los antecedentes	134
21.2. Los <i>articles of impeachment</i>	136
21.3. La acusación en el House y el juicio en el Senado	137
22. Las elecciones de 2020	138
23. El ataque al Capitolio	139
24. El segundo <i>impeachment</i> de Donald Trump	140
25. Las sesiones del Congreso durante el COVID-19	141
26. Un nuevo intento de convertir en estado al Distrito de Columbia	142
27. El acuerdo para designar a Ketanji Brown Jackson	143
28. El apoyo del Congreso a Ucrania	143
29. Las elecciones de 2022 y el 118º Congreso (2023-2025)	144
30. Una dilatada elección del <i>Speaker</i>	144
31. Conclusiones	145

1. Mayorías y minorías muy equilibradas

El último tramo de la historia del Congreso norteamericano comienza en el 110° Congreso (2007-2009) y concluye en el 117° Congreso (2021-2023). Es un período bastante similar al anterior, en tanto ambos partidos han estado equilibrados en el control de cada cámara, alternándose recíprocamente. Tal vez la diferencia –bien que muy sutil– es que la balanza en este caso se inclina levemente a favor de los demócratas en el Senado, donde han tenido mayoría en cinco congresos, contra tres de los republicanos. En el House, por el contrario, hay un empate: cada partido ha tenido la mayoría en cuatro congresos.

Otro dato para tener en cuenta es que hay dos momentos en los cuales cada partido ha tenido el control en las dos cámaras y ha ocupado, a la vez, la Casa Blanca. Los demócratas lo tuvieron en el 111° Congreso (2009-2011); y los republicanos, en el 115° Congreso (2017-2019). En efecto, luego del triunfo de Barack Obama en las elecciones presidenciales de 2008, los demócratas retuvieron, durante el 111° Congreso, el control de las dos cámaras que ya tenían en el anterior. A su vez, luego de que Donald Trump ganara las elecciones de 2016, los republicanos, en el 115° Congreso, retuvieron la mayoría en el Senado y en el House, que habían obtenido en el 114° Congreso.

Esto permite observar que, en un sistema político muy desarrollado, los acontecimientos suelen repetirse, casi mecánicamente, con notoria previsibilidad. Uno de ellos –que le permite a un partido tener la mayoría en ambas cámaras con la posibilidad de ganar luego la presidencia– es la elección legislativa, que tiene lugar el sexto año del presidente en ejercicio. Es la llamada *six-year itch*.¹ Estas *midterm elections* –desarrolladas en la mitad del segundo mandato presidencial– suelen ser desfavorables al partido en el Gobierno, el cual, inevitablemente, ya empieza a tener desgastes y suele perder las siguientes elecciones presidenciales. Así, durante el sexto año de la presidencia de George W. Bush, los republicanos perdieron las legislativas de 2006 y los demócratas consiguieron la mayoría en ambas cámaras para el 110° Congreso (2007-2009), ventaja que retuvieron ya con Barack Obama en la presidencia, en el 111° Congreso. De la misma manera, los republicanos triunfaron en las elecciones legislativas de 2014, cuando Obama estaba en su sexto año, y obtuvieron la mayoría en las

1 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, suele perderla el partido que está en el Gobierno. Así le sucedió a: Ulysses Grant en 1874, Woodrow Wilson en 1918, Franklin D. Roosevelt en 1938, Harry Truman en 1950, Dwight Eisenhower en 1958, Richard Nixon en 1974, George W. Bush en 2006 y Barack Obama en 2014.

dos cámaras para el 114º Congreso (2015-2017). Trump, a su vez, fue electo en 2016 y su partido retuvo la mayoría en el 115º Congreso.

En el cuadro siguiente puede verse, con más claridad, cómo se han repartido las mayorías entre demócratas y republicanos a lo largo de los ocho congresos que corren desde 2007 hasta 2023.

Congreso	Mayoría en el Senado	Mayoría en el House
110º (2007-2009)	Demócrata	Demócrata
111º (2009-2011)	Demócrata	Demócrata
112º (2011-2013)	Demócrata	Republicana
113º (2013-2015)	Demócrata	Republicana
114º (2015-2017)	Republicana	Republicana
115º (2017-2019)	Republicana	Republicana
116º (2019-2021)	Republicana	Demócrata
117º (2021-2023)	Demócrata ²	Demócrata
118º (2023-2025)	Demócrata	Republicana

A fin de ampliar un poco más esta información, en los dos cuadros siguientes muestro la cantidad de senadores y representantes que ha tenido cada partido, en cada cámara, durante estos ocho congresos.

- En el Senado:

Congreso	Demócratas	Republicanos
110º (2007-2009)	49	49 ³
111º (2009-2011)	55	41 ⁴

2 Ver, sin embargo, la nota 8, donde se aclara que la minoría demócrata finalmente se convierte en mayoría.

3 Si bien cada partido tenía 49 senadores, había dos senadores independientes, Joseph I. Lieberman, de Connecticut, y Bernard (Bernie) Sanders, de Vermont, que votan con los demócratas, dándoles a éstos la mayoría.

4 Si bien estas cifras se modificaron ligeramente a lo largo del 111º Congreso por las vacantes producidas y las nuevas incorporaciones, los demócratas mantuvieron siempre una clara mayoría. Conser- varon la banca, asimismo, los dos senadores independientes mencionados en la nota anterior.

112° (2011-2013)	51	47 ⁵
113° (2013-2015)	53	45 ⁶
114° (2015-2017)	44	54 ⁷
115° (2017-2019)	46	52
116° (2019-2021)	45	52
117° (2021-2023)	48	50 ⁸
118° (2023-2025)	49	49 ⁹

- En el House:¹⁰

Congreso	Demócratas	Republicanos
110° (2007-2009)	233/235	202/198
111° (2009-2011)	256/255	178/179
112° (2011-2013)	193/191	242/240
113° (2013-2015)	200/201	233/234
114° (2015-2017)	188/187	247/246
115° (2017-2019)	194/196	241/236
116° (2019-2021)	235/233	199/195
117° (2021-2023)	222/220	211/210
118° (2023-2025)	213	222

5 Las mismas aclaraciones del 111° Congreso son aplicables al 112° Congreso.

6 En este caso también hubo dos senadores independientes, pero con algún cambio. Lieberman concluyó su mandato y fue reemplazado por el demócrata Christopher Scott Murphy. A su vez, Olympia J. Snowe, senadora republicana de Maine, fue reemplazada por Angus S. King, independiente, que votaba con los demócratas.

7 A los 48 senadores republicanos y demócratas, deben sumarse Sanders y King, que se mantienen hasta el presente como senadores independientes por sus respectivos estados.

8 El 117° Congreso comenzó con una leve mayoría republicana en el Senado, pero, en las elecciones (ballotage) del 5 de enero de 2021 llevadas a cabo en Georgia, el demócrata Thomas Jonathan (Jon) Ossoff triunfó sobre el republicano David A. Perdue. Así, el Senado quedó técnicamente empatado 50-50, pues los dos senadores independientes votan con los demócratas, lo que le permite a Kamala Harris, la vicepresidenta, apelar al tie-breaking vote, que ya ha empleado, hasta la fecha, en 23 oportunidades. No ha superado todavía el récord de John C. Calhoun (1827-1932), que lo ejerció 31 veces, pero podría llegar a hacerlo.

9 Si bien ambos partidos están técnicamente empatados, los demócratas prevalecen gracias a los votos de los dos senadores independientes, Bernie Sanders (Vermont) y Angus S. King (Maine).

10 Puede verse que en cada caso se emplean dos cifras, pues la cantidad de representantes por partido ha ido variando –en más o en menos– a lo largo de cada Congreso. Las cifras mencionadas son las del inicio y el final de cada uno.

2. Las elecciones legislativas de 2006. Los demócratas retoman el control de ambas cámaras

Siguiendo una corriente que, como vimos, se repite, las *midterm elections* del 7 de noviembre de 2006 fueron desfavorables para los republicanos. Los demócratas ganaron 6 bancas en el Senado y 31 en el House. Después de un largo control republicano en ambas cámaras –casi sin interrupciones– que había comenzado en el 104º Congreso (1995-1997) luego de las elecciones legislativas de 1994, la mayoría volvía a manos de los demócratas, que triunfaron también en las elecciones estatales.¹¹

Sin hacer un análisis detallado de las razones de este resultado electoral, pueden mencionarse entre sus causales: la pérdida de popularidad de George W. Bush por el mal manejo de la emergencia producida por el huracán Katrina, cuyos efectos se hicieron sentir fuertemente en New Orleans,¹² la crisis financiera producida por el colapso del sistema hipotecario (*housing bubble*),¹³ las revelaciones sobre los abusos cometidos por las tropas norteamericanas en Irak¹⁴ y los escándalos de corrupción de cuatro representantes republicanos: Randall

11 Los demócratas ganaron las gobernaciones de New York, Massachusetts, Ohio, Arkansas Colorado y Maryland que estaban en poder de los republicanos. Como resultado de ellos, 28 estados quedaron en manos demócratas.

12 El huracán Katrina, desatado en agosto de 2005, alcanzó la categoría 5 (la más alta en la calificación) con vientos que llegaron a los 280 km por hora. Produjo un total de 1800 muertos y la ciudad más afectada fue New Orleans, donde muchos de sus habitantes tardaron varios días en ser rescatados de la inundación, viviendo en condiciones de absoluta precariedad. El Gobierno federal fue fuertemente criticado por la demora en acudir con ayuda a la zona afectada, lo que para el presidente Bush se convirtió en el “Katrinagate”.

13 Si bien el fenómeno es financieramente complejo, la crisis del sistema hipotecario se produjo por las extraordinarias facilidades otorgadas para adquirir viviendas con créditos hipotecarios accesibles, especulando con la suba en el valor de las propiedades. Como toda especulación financiera que desborda, una vez alcanzado su pico se desmorona y, como resultado de ello, el valor de las propiedades bajó sensiblemente, produciendo un colapso en el pago de los créditos. Una explicación bastante sencilla del caso puede verse en Roberts (2008).

14 Entre los más cruentos, figuran las torturas infligidas a los detenidos en la prisión de Abu Ghraib, que fueron sometidos a lo que eufemísticamente se llamó *enhanced interrogation techniques*, tales como la privación reiterada del sueño y el *waterboarding* (ahogamiento), entre otras, avalados legalmente por los *torture memos*, oficialmente denominados Memorandum Regarding Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside The United States, redactados por el entonces subsecretario de Justicia (*Deputy Assistant Attorney General*) John Choon Yoo. Ver Cole (2009).

Harold (Duke) Cunningham, de California,¹⁵ Thomas DeLay, de Texas,¹⁶ Mark A. Foley, de Florida,¹⁷ y Robert W. Ney, de Ohio.¹⁸

Estas elecciones trajeron también –por el Partido Demócrata– una oleada de multiculturalismo al House. En ellas fueron elegidos Keith Maurice Ellison, representante de Minnesota y primer musulmán en el House,¹⁹ Henry Calvin (Hank) Johnson, de Georgia y primer representante de religión budista, y Mazie Hirono, de Hawaii, budista también.²⁰

Como dato adicional, en estas elecciones fue elegida representante Nancy Pelosi, que luego fue *Speaker* del House, a quien me referiré en el punto siguiente.

3. Líderes de este período

3.1. En el House

De todos los líderes en el House durante este período, se destaca, en primer lugar, Nancy Patricia Pelosi, de California, primera *Speaker* femenina en la historia del Congreso.²¹ Nacida en Baltimore, Maryland, en 1940, pertenece a una familia católica de origen italiano.²² Luego de mudarse a San Francisco, comenzó su carrera política en el Partido Demócrata, llegando a presidir el California

15 Acusado de recibir sobornos de contratistas del Departamento de Defensa, se declaró culpable y fue condenado a ocho años de prisión.

16 *House Majority Leader* entre 2003 y 2005, fue acusado de lavar dinero de la campaña electoral. Condenado en 2010, su sentencia fue revocada en 2013 por falta de pruebas suficientes.

17 Fue acusado de enviar correos de contenido pornográfico a menores, pero resultó absuelto de los cargos por falta de pruebas. Paradójicamente, Foley era el líder del U. S. House Caucus on Missing and Exploited Children.

18 Quedó involucrado en el llamado *Jack Abramoff Indian lobbying scandal*, por medio el cual se pagaban sobornos para obtener licencias de casinos en las reservas indígenas. Fue condenado a treinta meses de prisión. Puede verse un relato del caso contado por su protagonista en Abramoff (2011).

19 En las elecciones de 2018 fue sucedido por Ilhan Abdullahi Omar, también musulmana, nacida en Somalia, que pertenece al Minnesota Democratic-Farmer-Labor Party. Forma parte del llamado *Squad*, surgido de dichas elecciones, al que me referiré más abajo en el apartado 18.

20 Hirono es actualmente senadora, cargo que obtuvo en las elecciones de 2012 para el 113° Congreso (2013-2015) y los dos sucesivos, y retuvo en las de 2018 para el 116° Congreso (2019-2021) y los dos sucesivos. Recordemos que el período de los senadores es de 6 años, de modo que abarca tres congresos.

21 Se han escrito numerosas biografías sobre Nancy Pelosi. Entre las más recientes, puede verse Page (2021).

22 Casada con Paul Francis Pelosi, su apellido de soltera es D'Alesandro. Es hija de Thomas D'Alesandro, político también de larga actuación, que fue representante de Maryland (1939-1947) y luego *Mayor* (intendente) de Baltimore (1947-1959). Pelosi pertenece a la National Organization of Italian American Women.

Democratic Party en 1981. En las elecciones de 2006, fue elegida representante para el 100º Congreso (2007-2009), cargo que ha retenido hasta el presente, a lo largo de 18 congresos consecutivos.²³ Su momento más culminante tuvo lugar en el inicio del 110º Congreso (2007-2009), cuando fue elegida *Speaker*,²⁴ cargo que retuvo durante el Congreso siguiente (2009-2011);²⁵ luego fue *House Minority Leader* (2011-2019) y con el triunfo demócrata de las elecciones de 2018, fue nuevamente elegida *Speaker* en el 116º Congreso (2019-2021), habiendo sido reelecta en el 117º Congreso (2021-2023).²⁶

Firme adherente al credo demócrata, Pelosi apoyó la sanción de la Civil Rights Restoration Act of 1987,²⁷ que sorteó una serie de obstáculos antes de ser sancionada,²⁸ dado el gasto que implicaba;²⁹ votó en contra de la Secure Fence Act of 2006,³⁰ que creaba una muralla de 700 millas en la frontera con México; fue una de las fundadoras del Congressional Progressive Caucus;³¹ ha apoyado a los grupos LGBT y votó en contra de la Defense of Marriage Act,³² que define al matrimonio como la unión entre hombre y mujer, luego declarada inconstitucional por la Corte Suprema en *United States v. Windsor*³³ y *Obergefell v. Hodges*;³⁴ removió del National Statuary Hall la estatua del general sureño Robert E. Lee, reemplazándola por la de Rosa Parks, una afroamericana activista de los

23 Por California, ha sido representante del 5º distrito (1987-1993), del 8º distrito (1993-2013) y del 12º distrito (2013 hasta el presente).

24 En esa elección venció a John Andrew Boehner, republicano de Ohio, por 233-202 votos.

25 Los republicanos ganaron la mayoría en el House en la *mid term elections* de 2010 para el 112º Congreso (2011-2013) y Pelosi fue reemplazada por Boehner, su contendiente anterior.

26 Venció al republicano Kevin McCarthy por 216-209 votos.

27 Public law 100-259; 102 Statutes at Large 28.

28 Aprobada inicialmente por el House en 1984, fue motivo de intensos debates hasta su sanción final en 1988. Reagan la vetó sosteniendo que incrementaba excesivamente los subsidios a la educación y ambas cámaras finalmente insistieron y fue sancionada.

29 Esta ley dispuso que las instituciones que reciben fondos federales deben cumplir con las disposiciones de las leyes de derechos civiles en todas sus operaciones. Con ello, se modificaba lo decidido en *Grove City College v. Bell*, 465 U.S. 555 (1984), donde la Corte Suprema había establecido que solamente debía cumplir con esas leyes el programa específico que recibiera los fondos, pero no toda la institución.

30 Public law 109-367; 120 Statutes at Large 2638-2640.

31 Presidido originalmente por Bernie Sanders, es uno de los caucus congresionales más inclinados hacia la izquierda del Partido Demócrata.

32 Public law 104-199; 110 Statutes at Large 2419.

33 570 U.S. 744 (2013).

34 576 U.S. 644 (2015).

derechos humanos;³⁵ votó a favor de la Fair Minimum Wage Act of 2007 (Ley de Salarios Mínimos)³⁶ y de la No Child Left Behind Act of 2001,³⁷ que auxilia la educación de niños pobres y discapacitados; ha apoyado decididamente el Obamacare, al que me referiré luego con más detalle;³⁸ se opuso a la guerra del Golfo y a la política de Obama de restablecer relación con Cuba, conocida como el *Cuban thaw* (deshielo cubano); es una decidida militante del aborto y, como tal, votó en contra de la Partial-Birth Abortion Ban Act of 2003,³⁹ que prohíbe los abortos de último término, luego declarada constitucional por la Corte Suprema en *Gonzales v. Carhart*;⁴⁰ recientemente ha criticado la derogación de *Roe v. Wade*⁴¹ en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*,⁴² lo que le ha traído algunos conflictos con la Iglesia católica, a la que pertenece.⁴³

Entre los líderes de este periodo, figura también John Andrew Boehner, de Ohio, que fue elegido *Speaker* en el 112° Congreso (2011-2013) cuando los republicanos recobraron la mayoría en el House, luego de las elecciones del 2 de noviembre de 2010.⁴⁴ Nacido en 1949, pertenece a una numerosa familia católica de origen alemán de muy bajos recursos económicos.⁴⁵ Fue miembro de la Cámara de Diputados de Ohio (Ohio House of Representatives) entre 1981 y 1985 y, en las elecciones de 1990, obtuvo su banca en el US House para el 102° Congreso (1991-1993). Desde entonces, fue reelegido 12 veces hasta su renuncia, en 2015.

35 La estatua de Lee fue emplazada en la cripta del Capitolio.

36 Public law 110-28; 121 Statutes at Large 112.

37 Public law 107-110; 30 Statutes at Large 750, 42 Statutes at Large 108, 48 Statutes at Large 986, 52 Statutes at Large 781, 73 Statutes at Large 4, 88 Statutes at Large 2213, 102 Statutes at Large 130 and 357, 107 Statutes at Large 1510, 108 Statutes at Large 154 and 223, 112 Statutes at Large 3076, 113 Statutes at Large 1323, 115 Statutes at Large 1425-2094.

38 Ver el apartado 8.

39 Public law 108-105; 117 Statutes at Large 1201.

40 550 U.S. 124 (2007).

41 410 U.S. 113 (1973).

42 597 U.S. ____ (2022).

43 En mayo de 2022, el arzobispo de San Francisco, Salvatore Cordileone, sostuvo que Pelosi no podía recibir la comunión dada su política de apoyo al aborto, pero, un mes más tarde, recibió el sacramento de manos del papa Francisco en la Iglesia de San Pedro en Roma.

44 En esta elección, los republicanos obtuvieron 63 bancas a expensas de los demócratas. Como resultado de ello, éstas quedaron distribuidas de la siguiente manera: 242 para los republicanos y 193 para los demócratas.

45 Son en total doce hermanos. Graduado en la Xavier University en 1977, fue el primer miembro de su familia en ir a la universidad.

Apenas ingresado en el House, siendo todavía un político desconocido en Washington, D.C., integró el *Gang of Seven* que investigó los escándalos del correo y del banco ocurridos en 1992, y fue uno de los redactores del *Contract with America*, que lideró Newt Gingrich.⁴⁶ Luego, entre 1995 y 1999, ocupó la presidencia del House Republican Conference⁴⁷ y, desde 2001 hasta 2006, presidió la Comisión de Educación y Trabajo (Committee on Education and Labor).⁴⁸ Desde 2007 hasta 2011, fue *House Minority Leader* y, en 2011, fue elegido *Speaker*, reemplazando a Nancy Pelosi, cargo para el cual fue reelegido en los dos congresos siguientes. Sin embargo, en octubre de 2015, durante el 114° Congreso (2015-2017), mucho antes de que terminara su mandato, Boehner renunció debido a una fuerte interna partidaria mantenida con los sectores republicanos más conservadores⁴⁹ y fue reemplazado por Paul D. Ryan.

La renuncia anticipada de Boehner produjo una fuerte contienda electoral,⁵⁰ que finalmente fue ganada por Paul Davis Ryan, de Wisconsin.⁵¹ Nacido en 1970, Ryan ha sido uno de los *Speakers* más jóvenes, con 45 años de edad al momento de ser elegido.⁵² Hijo de un padre alcohólico fallecido a temprana edad y nieto de un fiscal federal de Wisconsin, comenzó su carrera política como asistente del senador Robert W. Kasten, también de Wisconsin.⁵³ Su ingreso como miembro del House se produjo en 1999, en el 106° Congreso (1999-2001), y desde entonces fue reelegido hasta su renuncia en 2019, al cabo

46 Muy activo siempre, Boehmer estuvo también entre los legisladores que urgieron la renuncia de Gingrich cuando sus desaciertos políticos los convirtieron en un elemento negativo para el partido. Formaron parte de este grupo Leon William (Bill) Paxon, Richard Keith (Dick) Armey y Thomas Dale DeLay.

47 Desde ese cargo impulsó la sanción de la Federal Agriculture Improvement and Reform Act of 1996 (FAIR), una ley de amplias reformas para el sector agrícola.

48 Como presidente de esa Comisión, promovió la No Child Left Behind Act of 2001 (NCLB), cuyo propósito era mejorar la enseñanza primaria y secundaria dando apoyo a los niños de bajos recursos, tanto económicos como intelectuales.

49 Estos sectores estaban agrupados en el llamado *freedom caucus*. Algunos de sus miembros pertenecían al Tea Party, una de las agrupaciones más conservadores entre los republicanos.

50 Si bien la contienda se trabó finalmente entre Ryan y Pelosi, también se candidatearon, aunque luego no compitieron, Daniel Webster (Florida), Jason Chaffetz (Utah), William Hose Flores (Texas) y Kevin McCarthy (California).

51 Ryan obtuvo 236 votos contra 184 de Pelosi.

52 El récord lo tiene Robert M. T. Hunter, de Virginia, electo a los 30 años, en 1839. En otro extremo está Henry Thomas Rainey, de Illinois, que fue elegido a los 72 años, en 1933.

53 Antes de ello, había tenido varias ocupaciones que le permitieron obtener un *bachelor* en economía en la Miami University de Ohio, donde se interesó en los trabajos de Friedrich Hayek, Ludwig von Mises y Milton Friedman.

del 115° Congreso (2017-2019).⁵⁴ Interesado en cuestiones presupuestarias, en las cuales se define como un *deficit hawk*,⁵⁵ fue miembro de la Comisión de Presupuesto (Committee on Ways and Means) en 2007 y la presidió en 2011.⁵⁶ En las elecciones presidenciales de 2012, fue candidato a vicepresidente, integrando la fórmula republicana con Mitt Romney, que fue derrotada por la que integraron Barack Obama y Joseph Biden. En 2015, durante el 114° Congreso, sucedió a Boehner como *Speaker*, cargo para el cual fue reelegido en el siguiente Congreso (2017-2019).⁵⁷ Políticamente, Ryan es un conservador neto que ha impulsado la reducción de impuestos, se ha opuesto al Medicare, al aborto y al matrimonio gay. Sus ideas han sido expresadas en una obra de su autoría (Ryan, 2015).

Menciono, finalmente, a Eric Ivan Cantor, republicano de Virginia, que fue *House Majority Leader* desde enero de 2011, a comienzos del 112° Congreso, hasta agosto de 2014. Cuando se pensaba que podría llegar a ser *Speaker*, perdió sorpresivamente las elecciones primarias de su partido y tuvo que renunciar.⁵⁸ Abogado egresado de la William & Mary Law School, comenzó su carrera política como miembro del Virginia House of Delegates en 1992, donde se desempeñó hasta 2001, año en el que ingresó al U.S. House en el 107° Congreso.⁵⁹ Allí escaló rápidamente posiciones y, en 2002, luego de ser reelegido para un segundo término, fue designado *Chief Deputy Whip*. Luego, en 2008, fue elegido por unanimidad *Whip* republicano para el 111° Congreso (2009-2011). Judío de origen ruso, Cantor es miembro de la Republican Jewish Coalition, una entidad sin fines de lucro (*non profit organization*) destinada a promover a los judíos en el Partido Republicano.⁶⁰ Como tal, ha impulsado fuertemente las relaciones entre Estados Unidos e Israel y ha sido uno de los principales *fundraisers* del partido. Promovió también la sanción de la llamada STOCK Act,⁶¹

54 En las elecciones de 2018, decidió no volver a competir y se ha dedicado a la actividad privada.

55 Se entiende por tales a quienes se preocupan por el control presupuestario.

56 En 2010, integró la National Commission on Fiscal Responsibility and Reform, cuya misión era reducir el déficit fiscal. Votó en contra del dictamen final de la comisión, oponiéndose a los gastos militares.

57 En esta elección, volvió a derrotar a Pelosi por 239 votos contra 189.

58 Perdió estas elecciones con David A. Brat, político novato por entonces, un economista egresado de la American University, ubicado en el ala dura del partido republicano. Esta derrota fue llamativa, pues era la primera vez que un *House Majority Leader* perdía una elección primaria.

59 Sucedió a Thomas J. Bliley, su mentor, que había sido veinte años (1981-2001) diputado por Virginia.

60 Durante su mandato, fue el único judío republicano en el House.

61 Stop Trading on Congressional Knowledge Act of 2012, Public law 112-105; 126 Statutes at Large 291.

que les prohíbe a los miembros del Congreso utilizar la información financiera que poseen en razón de su cargo para beneficio personal y se opuso a la reforma del sistema de salud promovida por Barack Obama (el *Obamacare*), a la que me referiré más adelante.⁶²

3.2. En el Senado

De las figuras en el Senado, es inevitable señalar, en primer lugar, a Joseph Robinette (Joe) Biden, actual presidente de la República, que fue vicepresidente durante los ocho años de Barack Obama en la Casa Blanca (2009-2017) y, en tal carácter, presidió el Senado durante ese período. Venía precedido de una larga carrera política que, en la escala nacional,⁶³ comenzó en 1972, cuando fue electo senador por Delaware⁶⁴ con solo 29 años.⁶⁵ Nacido en 1942,⁶⁶ fue uno de los más jóvenes senadores y es el presidente de mayor edad.⁶⁷ Durante su prolongada carrera como senador –antes de ser vicepresidente–,⁶⁸ Biden presidió la Comisión de Asuntos Judiciales (Committee on the Judiciary) desde 1987 hasta 1995. Probablemente, su actuación más notable en ese cargo tuvo lugar durante las audiencias para otorgar el acuerdo a Robert Bork y Clarence Thomas como jueces de la Corte, propuestos por Ronald Reagan y George Bush (padre), respectivamente, donde se opuso con éxito al primero y no fue tan exigen-

62 Sus ideas políticas están expresadas en una obra en coautoría: Cantor et al. (2010).

63 Biden era consejero municipal en el condado de New Castle, desde donde preparó su campaña como senador.

64 Su victoria en esta elección fue sorpresiva. Competía con James Caleb Boggs, un experimentado republicano, y carecía de recursos económicos para la contienda. Con la ayuda de su hermana menor, Valerie, que luego lo ha acompañado en toda su carrera, hizo una campaña “puerta a puerta”, utilizando como principal argumento su oposición a la guerra de Vietnam, ya por entonces muy impopular. También apoyó durante la campaña la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971), sobre desegregación racial en los buses escolares, pero luego, en el Senado, se opuso a la desegregación porque sus *constituents* en Delaware no la apoyaban.

65 Cuando fue electo, no tenía todavía los 30 años que exige la Constitución (Artículo I, sección 3), edad que cumplió antes de asumir.

66 De familia católica irlandesa, Biden nació en Scranton, Pennsylvania, y sus padres se mudaron luego a Delaware. En 1969 se recibió de abogado en la Syracuse University College of Law (New York) y, antes de ingresar en carrera política, ejerció la profesión, sin mayores éxitos ni entusiasmo, en Wilmington, Delaware. En primeras nupcias se casó con Neilia Hunter, fallecida muy joven, en 1972, en un accidente de auto, y luego, en 1977, se casó con Jill Tracy Jacobs, su actual mujer.

67 Tenía 78 años cuando asumió, uno más que Ronald Reagan cuando concluyó sus dos períodos.

68 Biden fue senador por Delaware durante 36 años (1973–2009), es decir, fue reelecto seis veces consecutivas.

te con el segundo. Integró también, y fue presidente durante algún período, de la Comisión de Relaciones Internacionales (Foreign Relations Committee).⁶⁹ Allí desarrolló una política que podría ser calificada como “liberal internacionalista”.⁷⁰ Si bien se opuso a la guerra del Golfo, sostuvo que Estados Unidos debía involucrarse seriamente en el conflicto de la ex Yugoslavia y concluir con las atrocidades cometidas allí por Slobodan Milošević.⁷¹ También apoyó la intervención militar en Afganistán e Irak. En política interior, sus posiciones son moderadas. Siguiendo el habitual “manifiesto” demócrata, ha apoyado el aborto expresándose a favor de *Roe v. Wade*,⁷² pero no es un abortista extremo.⁷³ Apoyó también la pena de muerte, pero luego, en 2019, se opuso a ella, y en relación con la tenencia de armas, también ha tenido una posición moderada.⁷⁴ Señalo, por último, que, antes de llegar a la presidencia, Biden había competido dos veces sin éxito. La primera tuvo lugar en 1988 y concluyó abruptamente cuando se lo acusó de plagio en uno de sus discursos.⁷⁵ La segunda fue en 2008, cuando retiró su candidatura y se sumó a la fórmula con Obama.

La segunda mención corresponde a Kamala Davis Harris, actual vicepresidenta de la nación y, por ende, presidenta del Senado; primera mujer en ejercer ese cargo, sumado a que es de ascendencia afroamericana por su padre⁷⁶ e india

69 Ingresó a esta Comisión en 1997 y la presidió entre 2001 y 2003 y luego en 2006.

70 Por oposición a los “aislacionistas”, los sostenedores de esta tendencia propician las relaciones multilaterales entre los países y la creación de reglas de juego universales que puedan ejercer influencia en las políticas internas de cada país. Un ejemplo típico de ello en los Estados Unidos fue el presidente Woodrow Wilson.

71 Milošević fue juzgado y condenado por crímenes de guerra en el International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ubicado en La Haya.

72 410 U.S. 113 (1973).

73 Así, por ejemplo, votó a favor de la sanción de la Partial-Birth Abortion Ban Act de 2003 (Public law 108-105; 117 Statutes at Large 1201), que prohíbe los abortos de último término, y de la llamada Hyde Amendment, una ley propuesta por Henry John Hyde, representante republicano de Illinois, que prohíbe dar subsidios federales a las clínicas de abortos, salvo en casos de peligro para la salud de la madre.

74 Apoyó la sanción de la Firearm Owners Protection Act of 1986 (Public law 99-308; 100 Statutes at Large 449), que modificó en favor de los tenedores de armas la Gun Control Act of 1968 (Public law 90-618; 82 Statutes at Large 1213-2), pero también votó a favor de la Gun-Free School Zones Act of 1990 (Public law 101-647; 104 Statutes at Large 4789), que prohíbe la tenencia de armas en zonas próximas a las escuelas.

75 Sus oponentes advirtieron que empleaba, sin citar, frases de los discursos de Neil Kinnock, un dirigente laborista inglés. Este incidente llevó a revelar también que, siendo estudiante de derecho, había sido aplazado en una materia por plagiar un artículo periodístico en una monografía.

76 Donald Jasper Harris, economista educado en la Stanford University, nació en la Jamaica británica y llegó a los Estados Unidos en 1961.

por su madre,⁷⁷ siendo también la primera en esas dos condiciones. Nacida en Oakland, California, en 1964, Harris es abogada egresada de la University of California, Hastings College of the Law.

Comenzó su carrera en la fiscalía del condado de Alameda, luego fue *District Attorney* de San Francisco (2004-2011) y, finalmente, *Attorney General* de California entre 2011 y 2017. En ambos cargos se destacó por su lucha contra los llamados *hate crimes*, cometidos por odio racial o por la pertenencia a ciertos grupos, tales como los transexuales.⁷⁸ Si bien en los Estados Unidos ser fiscal es parte de la carrera política de un funcionario, la actuación de Harris alcanzó el orden nacional cuando se postuló como candidata a senadora para las elecciones de 2016 para suceder a Bárbara Boxer, también demócrata, que se retiraba luego de una larga carrera.⁷⁹ Harris ganó esta elección e ingresó como senadora en el 115º Congreso (2017-2019) y fue reelegida en el siguiente. Desde la banca, fue una firme opositora del presidente Donald Trump y, como tal, en 2018, siendo miembro de la Comisión de Asuntos Judiciales (Committee on the Judiciary), objetó la candidatura de Brett M. Kavanaugh para ser juez de la Corte Suprema.⁸⁰

A comienzos de 2019, Harris anunció su candidatura presidencial para las elecciones de 2020. Si bien las encuestas inicialmente le fueron muy favorables, poco a poco fue descendiendo en ellas hasta que, en marzo de 2020, anunció que apoyaría la candidatura de Joe Biden, a quien antes había criticado en los debates de las primarias. Sin perjuicio de eso, la popularidad de Harris y el apoyo que esta tiene en la comunidad afroamericana⁸¹ hicieron que Biden la considerara para integrar la fórmula como vicepresidenta. Los demócratas finalmente triunfaron en las elecciones presidenciales del 3 de noviembre de 2020 sobre la fórmula Trump/Pence y Harris juró como vicepresidenta el 20 de enero de 2021. Desde entonces, su actuación como presidenta del Senado ha

77 Shyamala Gopalan, biomédica especializada en cáncer de mama, nació en Chennai, estado de Tamil Nadu, en 1938 y llegó a los Estados Unidos en 1958.

78 Desde esa perspectiva, Harris se opuso a lo decidido en el referéndum llevado a cabo en California en 2008, dentro del cual, entre otras propuestas (la llamada Proposition 8), se prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo. En los tribunales federales, la propuesta fue declarada inconstitucional y la Corte Suprema avaló esta decisión, con argumentos procesales, en *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013).

79 Había sido senadora de California desde 1993.

80 En el apartado 19 analizaré con más detalle las vicisitudes de los acuerdos en el Senado para los candidatos nominados por Trump para la Corte Suprema.

81 Ya desde mayo de 2019, el Congressional Black Caucus apoyaba la fórmula Biden/Harris.

sido activa. Si bien, como regla, no vota⁸² y su papel principal es dirigir el debate, dado que en el 117° Congreso (2021-2023) ambos partidos están empatados en cincuenta senadores cada uno, Harris ha tenido que ejercer el *tie-breaking vote* en numerosas ocasiones, tal como ya he mencionado.⁸³

En tercer lugar, debe ser mencionado Harry Mason Reid, demócrata de Nevada, que fue senador por espacio de treinta años, desde 1987 hasta 2017. Nacido en Searchlight, un pequeño pueblo de Nevada, su padre era un minero alcohólico y su madre tuvo que dejar sus estudios y emplearse como lavandera para sostener a su familia, pero estos orígenes no impidieron que llegara a ser un político fuertemente influyente en Washington, D.C.⁸⁴ Abogado egresado de la George Washington University,⁸⁵ comenzó su carrera como fiscal en la ciudad de Henderson, en su estado natal, y luego fue miembro de la legislatura estatal entre 1968 y 1971.⁸⁶ En 1983, fue electo representante en el U.S. House y, cuatro años después, llegó a la senaduría. Tenía por entonces 38 años. Dentro de las cambiantes mayorías y minorías del Senado en las últimas dos décadas, Reid fue *Whip* de la mayoría demócrata (2001-2003) y luego de la minoría (2003-2005). Cuando los demócratas recuperaron la mayoría en el Senado luego de las elecciones de 2006, emergió como uno de los senadores más poderosos, siendo nuevamente líder de la mayoría y presidiendo el Democratic Caucus desde 2005 hasta su retiro en 2017. Pese a ser un experto legislador, sus opiniones –muchas veces imprudentes– le causaron problemas y, en varias oportunidades, tuvo que pedir disculpas.⁸⁷ Pese a ser demócrata, Reid, un

82 El Artículo II, sección 3, cláusula 4ª de la Constitución dice que “The Vice President of the United States shall be President of the Senate but shall have no Vote, unless they be equally divided”.

83 Ver nota 8.

84 Su autobiografía puede verse en Reid (2008).

85 Pagó sus estudios desempeñando todo tipo de tareas, entre ellas, la de boxeador amateur y policía.

86 En ella fue presidente de la Nevada Gaming Commission, donde hizo significativos esfuerzos en la lucha contra la corrupción en el otorgamiento de licencias de juegos de azar en Las Vegas. Años después, sin embargo, siendo senador, fue acusado de haber promovido la construcción de obras públicas en Nevada que valorizaban de sus propiedades.

87 En agosto de 2010, en un discurso ante el National Council of La Raza (NCLR), una de las mayores organizaciones prolatinas, dijo: “I don’t know how anyone of Hispanic heritage could be a Republican, OK. Do I need to say more?” (“No entiendo cómo alguien de origen hispánico puede ser republicano. ¿Necesito decir algo más?”), lo que fue muy criticado por Marco Rubio, senador republicano de Florida de origen cubano. Ese mismo año, había dicho que Barack Obama era “light skinned” “with no Negro dialect, unless he wanted to have one” (“de tez pálida”, “sin acento negro, salvo que quisiera tenerlo”). De George W. Bush dijo que era un “loser” (“perdedor”); del juez Clarence Thomas, que era un “embarrassment” (una “vergüenza”); y de Alan Greenspan, el presidente de la Reserva Federal, que era un “political hack”, un término equivalente a *hired gun*, es decir, que

mormón practicante, se opuso al aborto, salvo en casos de incesto, violación o peligro para la salud de la madre, y apoyó también la pena de muerte y el matrimonio heterosexual, votando a favor de la Defense of Marriage Act,⁸⁸ que –en el orden federal– define al matrimonio como la unión entre hombre y mujer.⁸⁹ Se opuso, sin embargo, a las nominaciones de los jueces Roberts y Alito en la Corte Suprema. También apoyó la política de salud de Obama votando en 2010 a favor de la Patient Protection and Affordable Care Act, a la que me referiré luego con mayor detalle.

De los líderes republicanos cabe citar a Addison Mitchell (Mitch) McConnell, senador por Kentucky y líder de la minoría en el 117º Congreso (2021-2023), que fue considerado en 2019 por la revista *Time* como una de las 100 personas más influyentes en el mundo.⁹⁰ Conservador moderado y pragmático en sus orígenes que luego se ha ido inclinando hacia la derecha,⁹¹ ingresó al Senado en 1985, donde ha sido *Majority Whip* (2003-2007), líder de la mayoría entre 2015 y 2021 y ha presidido el National Republican Senatorial Committee⁹² y el Committee on Rules and Administration (Comisión de Reglamento). Votó a favor del juicio político contra Clinton en 1999 y en contra de enjuiciar a Trump en los dos procesos que tuvieron lugar en 2019 y 2021. También colaboró eficazmente en asegurar los acuerdos para Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh y Amy Coney Barrett, usando la llamada *nuclear option*.⁹³ En la misma línea se opuso, con éxito, a la candidatura a juez de la Corte de Merrick Garland, propuesto por Obama en 2016.⁹⁴ Todo ello lo ha convertido en una figura muy desfavorecida en las encuestas populares, donde ha recibido todo tipo de apodos.⁹⁵ Está

apoyaba ideas por su propia conveniencia y no porque fueran éticamente correctas.

88 Public law 104-199; 110 Statutes at Large 2419.

89 Apoyó también, en 1993, la política del llamado *Don't ask, don't tell*, instrumentada por el Departamento de Defensa en la Directiva No. 1304, que prohibía discriminar en las Fuerzas Armadas a quienes fueran homosexuales o lesbianas en tanto no lo manifestaran abiertamente, pero excluía del servicio a quienes abiertamente reconocían serlo. En 2010, esta política fue revertida por la Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010 (Public Law 111-321; 124 Statutes at Large 3515-3517), también con apoyo de Reid, lo que muestra sus cambios en materia política.

90 Ver en: <https://time.com/collection/100-most-influential-people-2019/>.

91 Ver MacGillis (2014).

92 Es la comisión encargada de asegurar la elección de miembros del Partido Republicano como senadores.

93 Esta medida permite eliminar –entre otras mayorías– la de sesenta senadores exigida para la obtención de los acuerdos y terminar así con el *filibuster* de la oposición.

94 Ver el apartado 13.

95 Entre otros, se lo ha denominado “Darth Vader”, por el malvado personaje de *Star Wars*. Ver:

casado en segundas nupcias con Elaine Lan Chao, una influyente republicana nacida en Taiwan, que fue secretaria de Transporte con Trump (2017-2021) y secretaria de Trabajo con George W. Bush (2001-2009).

4. El Plan de las 110 Horas (100-Hour Plan)

Cuando los demócratas ganaron la elección de 2006 y recobraron la mayoría en el 110° Congreso (2007-2009), Nancy Pelosi elaboró en el House un plan de acción legislativa que debía desarrollarse en los primeros seis días a lo largo de cien horas de trabajo.⁹⁶ El plan, día por día, tuvo la siguiente secuencia:

- **Día 1:** fue aprobada la House Resolution No. 6,⁹⁷ que tenía dos objetivos: (a) quebrar la relación entre los lobistas y los legisladores; y (b) establecer el *pay as you go*, es decir, la política de no adoptar medidas legislativas que generaran endeudamiento, incrementaran el déficit o redujeran los excedentes financieros.⁹⁸
- **Día 2:** fue aprobada la House Resolution No. 1, que dispuso convertir en ley todas las recomendaciones efectuadas por la comisión investigadora de los ataques del 11 de septiembre de 2001. Luego, fue sancionada la Implementing Recommendations of the 9/11 Commission Act of 2007.⁹⁹
- **Día 3:** fue aprobada la House Resolution No. 2,¹⁰⁰ que establecía el salario mínimo en la suma de 7,25 dólares por hora, convertida luego en la Fair Minimum Wage Act of 2007.¹⁰¹
- **Día 4:** este día fueron aprobadas la House Resolution No. 3,¹⁰² que disponía

<https://www.politico.com/story/2019/05/19/mitch-mcconnell-senate-left-1331577>.

96 Se lo llamó el “Plan de las 110 Horas”, ya que tomó como referencia el Plan de los 100 Días que F. D. Roosevelt había elaborado en 1933 como medida de *shock* para combatir la crisis desatada luego del quiebre de la Bolsa de New York.

97 Ver: <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-resolution/6>.

98 La Section 405 de la Resolution 6 decía: “It shall not be in order to consider any bill, joint resolution, amendment, or conference report if the provisions of such measure affecting direct spending and revenues have the net effect of increasing the deficit or reducing the surplus for either the period comprising the current fiscal year and the five fiscal years beginning with the fiscal year that ends in the following calendar year or the period comprising the current fiscal year and the ten fiscal years beginning with the fiscal year that ends in the following calendar year”. Ver: <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/1>.

99 Public law 110-53; 121 Statutes at Large 266.

100 Ver: <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/2>.

101 Public Law 110-28; 121 Statutes at Large 112.

102 Ver: <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/3>.

profundizar la investigación de células madre (*stem cells*) –esta resolución luego fue sancionada como la Stem Cell Research Enhancement Act, pero fue vetada por el presidente Bush–;¹⁰³ y la House Resolution No. 4,¹⁰⁴ que autorizaba al Gobierno federal a negociar directamente con los laboratorios, es decir, con la industria farmacéutica.¹⁰⁵

- **Día 5:** fue aprobada la House Resolution No. 5,¹⁰⁶ que disminuía la tasa de interés para préstamos estudiantiles.¹⁰⁷
- **Día 6:** fue aprobada otra porción de la House Resolución No. 6, que disminuía los subsidios otorgados a las grandes compañías petroleras. Ello dio lugar a la sanción de la Energy Independence and Security Act of 2007.¹⁰⁸

5. Una nueva regulación del *lobby*

En 2007, el Congreso sancionó la Honest Leadership and Open Government Act,¹⁰⁹ una nueva regulación del *lobby* que reformó parcialmente las leyes de 1946¹¹⁰ y 1995.¹¹¹ Su *sponsor* fue el senador demócrata Harry Reid. Tal como lo habían hecho las dos anteriores, esta ley les prohíbe a los senadores y representantes ejercer actividades de *lobby* dentro de cierto tiempo luego de dejados sus cargos. El período fijado para los senadores es de dos años¹¹² y para los representantes es de un año.¹¹³ Entre otras muchas disposiciones, esta ley: (a) convierte

103 Bush ya había vetado la ley en 2005 y volvió a vetarla en 2009.

104 Ver: <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/4>.

105 Se intentaba con ello bajar el precio de los medicamentos, pero la resolución nunca fue convertida en ley.

106 Ver: <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/5>.

107 Luego, en el Senado no fue aprobada.

108 Public law 110-140; 121 Statutes at Large 1492.

109 Public law 110-81; 121 Statutes at Large 735.

110 Federal Regulation of Lobbying Act of 1946.

111 Lobbying Disclosure Act of 1995.

112 “Section 101(b)(1)(A) SENATORS.—Any person who is a Senator and who, within 2 years after that person leaves office, knowingly makes, with the intent to influence, any communication to or appearance before any Member, officer, or employee of either House of Congress or any employee of any other legislative office of the Congress, on behalf of any other person (except the United States) in connection with any matter on which such former Senator 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”.

113 “Section 101(b)(1)(B) MEMBERS AND OFFICERS OF THE HOUSE OF REPRESENTATIVES.—
(i) Any person who is a Member of the House of Representatives or an elected officer of the House of Representatives and who, within 1 year after that person leaves office, knowingly makes, with

en delito punible con hasta 15 años de prisión la práctica de ofrecer empleos en firmas de lobistas por la mera pertenencia a un partido,¹¹⁴ intentado con ello terminar con el llamado K Street Project, diseñado por Grover Norquist¹¹⁵ en 1995;¹¹⁶ (b) les prohíbe a los legisladores recibir regalos por parte de lobistas;¹¹⁷ y (c) en general, incrementa las exigencias de publicación y registro de las actividades de los lobistas ya existentes en las leyes anteriores.

6. La creación de la Office of Congressional Ethics

En otro esfuerzo por lograr una mayor transparencia en el House, Nancy Pelosi impulsó, en 2008, la creación de la Office of Congressional Ethics (OCE), una oficina independiente, no partisana, que tiene como misión investigar la conducta ética de los representantes y reportar sus informes al US House Committee on Ethics.¹¹⁸ Fue creada por la House Resolution No. 895 del 11 de marzo de 2008¹¹⁹ con el fin de asistir al House en el cumplimiento de la llamada “Cláusula de Disciplina” de la Constitución,¹²⁰ El *board* de esta oficina, que

the intent to influence, any communication to or appearance before any of the persons described in clause (ii) or (iii), 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”.

- 114 La sección 101 dispuso agregar a la sección 227 del Capítulo 11 del Título 18 del United States Code (Código de delitos federales) el siguiente párrafo: “Whoever, being a Senator or Representative in, or a Delegate or Resident Commissioner to, the Congress or an employee of either House of Congress, with the intent to influence, solely on the basis of partisan political affiliation, an employment decision or employment practice of any private entity (1) takes or withholds, or offers or threatens to take or withhold, an official act, or (2) influences, or offers or threatens to influence, the official act of another, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 15 years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States”.
- 115 Grover Glenn Norquist (2005) es un teórico de la reforma fiscal, cuya finalidad es simplificar el sistema impositivo y reducir la carga fiscal.
- 116 El K Street Project, así denominado porque las firmas de lobistas estaban principalmente ubicadas en la calle K de Washington, D.C., fue una estrategia consistente en el lograr que aquellas contrataran afiliados al partido republicano para poder influir luego en los proyectos legislativos que interesaban al partido.
- 117 La sección 541 dispuso agregar a la Regla XXXV del Reglamento del Senado el siguiente párrafo: “A Member, officer, or employee may not knowingly accept a gift from a registered lobbyist, an agent of a foreign principal, or a private entity that retains or employs a registered lobbyist or an agent of a foreign principal, except as provided in subparagraphs (c) and (d)”.
- 118 Hasta el 112º Congreso, esta Comisión se llamaba Committee on Standards of Official Conduct.
- 119 Su existencia ha sido renovada en los sucesivos congresos hasta el presente.
- 120 “(a) ESTABLISHMENT. For the purpose of assisting the House in carrying out its responsibilities

no se integra con legisladores en actividad,¹²¹ se compone de ocho miembros: tres de ellos son designados por el *Speaker* con el consentimiento del líder de la minoría, otros tres son designados por este último, con el consentimiento del *Speaker* y dos *alternate members*, que son designados de igual forma.¹²² La elección de todos ellos –al menos en teoría– no debe responder a su afiliación partidaria, sino a su capacidad para desarrollar las tareas.¹²³ Duran dos congresos en sus mandatos y no pueden integrarla lobistas ni funcionarios del Gobierno federal. La OCE no tiene facultades para recabar pruebas y su función primordial consiste en recibir denuncias, analizarlas y elevarlas al Committee on Ethics, todo lo cual se hace en una o dos etapas o pasos, según la seriedad o gravedad de la denuncia.¹²⁴ Las actividades de la OCE, desde su creación hasta el presente, pueden verse en su página web.¹²⁵

7. Las elecciones de 2008. Una clara victoria demócrata

El martes 4 de noviembre de 2008 se llevaron a cabo las elecciones presidenciales y legislativas para el 111º Congreso (2009-2011), que les dieron a los demócratas una amplia victoria.¹²⁶ En las fórmulas para presidente y vicepresidente

under article I, section 5, clause 2 of the Constitution (commonly referred to as the ‘Discipline Clause’) [...]’.

- 121 Pueden integrarla los representantes una vez pasado el año que han dejado el cargo. “(b)(4)(B)(ii) No individual who has been a Member, officer, or employee of the House may be appointed to the board sooner than one year after ceasing to be a Member, officer, or employee of the House”.
- 122 “(b) BOARD. (1) The Office shall be governed by a board consisting of six individuals of whom three shall be nominated by the Speaker subject to the concurrence of the minority leader and three shall be nominated by the minority leader subject to the concurrence of the Speaker”.
- 123 “(b)(4)(A) Selection and appointment of members of the board shall be without regard to political affiliation and solely on the basis of fitness to perform their duties”.
- 124 “(c) POWERS.—The board is authorized and directed to: (1)(A) [...] undertake a preliminary review of any alleged violation by a Member, officer, or employee of the House of any law, rule, regulation, or other standard of conduct [...] initiate a preliminary review and notify in writing (i) the Committee on Standards of Official Conduct of that preliminary review and provide a statement of the nature of the review; and (ii) any individual who is the subject of the preliminary review and provide such individual with a statement of the nature of the review. (C) Before the end of the applicable time period, vote on whether to commence a second-phase review of the matter under consideration. (2)(A)(i) [...] complete a second-phase review [...] (B) Transmit to the [Committee on Ethics] a recommendation that a matter requires further review only upon the affirmative vote of not less than 4 members of the board”.
- 125 Ver: <https://oce.house.gov/about>.
- 126 En contra de los republicanos obraron similares causales a las de las elecciones legislativas de 2006, ya mencionadas. Ver el apartado 2.

competían Barack Hussein Obama (senador por Illinois) y Joe Biden (senador por Delaware), por un lado, y John McCain (senador por Arizona) y Sarah Louise Palin (gobernadora de Alaska), por el otro.¹²⁷ Los primeros obtuvieron 365 votos en el colegio electoral, contra 173 de los republicanos. La diferencia en el voto popular fue amplia también.¹²⁸ Obama, que venía de disputar unas reñidas elecciones primarias con Hillary Clinton, donde ganó por escaso margen,¹²⁹ se convirtió así en el primer presidente afroamericano¹³⁰ y el tercero en ser electo siendo senador.¹³¹

Un resultado similar se produjo en ambas cámaras del Congreso. En el Senado, donde en el 110º Congreso (2007-2009) ambos partidos estaban empatados en 49 senadores,¹³² los demócratas obtuvieron 23 bancas sobre las 35 que estaban en disputa.¹³³ Como resultado de ello, éstos obtuvieron 8 nuevas bancas a expensas de sus opositores,¹³⁴ quedando el Senado, luego de la elección, con una mayoría demócrata de 57-41.¹³⁵ En el House, los demócratas expandieron la mayoría que habían logrado en las elecciones de 2006 y pasaron a tener 257 representantes contra 178 de los republicanos.¹³⁶ En el voto popular, la diferen-

127 Fue la primera vez en la historia de los Estados Unidos que dos senadores en actividad competían por la presidencia.

128 La fórmula demócrata se impuso a la republicana por 52,9% contra 45,7%, con una diferencia de 10 millones de votos.

129 Las elecciones primarias del Partido Demócrata se llevaron a cabo entre enero y junio de 2008. En el voto popular, Obama obtuvo una diferencia de apenas mil votos. Luego, en la Convención del partido, fue nominado por 2272,5 votos contra 1978 de Clinton. La fracción se debe a que los delegados de los territorios y los residentes en el exterior tienen medio voto.

130 Nacido en 1961 en Honolulu, Hawaii, Obama es abogado egresado de la Harvard University y había sido senador por Illinois desde 2005.

131 En ese *ranking* lo habían precedido Warren G. Harding (Ohio) y John F. Kennedy (Massachussets).

132 Recordemos, de todos modos, que la mayoría la tenían los demócratas, pues los dos senadores independientes (Lieberman, de Connecticut, y Sanders, de Vermont) votaban con ellos.

133 Recordemos que el Senado se renueva por tercios cada dos años.

134 Fueron las bancas de los senadores republicanos de Alaska, New Hampshire, North Carolina, Oregon, Minnesota, Colorado, New Mexico y Virginia.

135 A esta mayoría debían sumarse los dos senadores independientes que votaban con los demócratas y el cambio de bando de Arlen Specter, de Pennsylvania, que de republicano pasó a demócrata. Con ello, el partido gobernante tenía la supermayoría de sesenta senadores, que le permitía poner coto a cualquier intento de *filibuster*. Esta mayoría extraordinaria duró poco, pues, en 2010, falleció Ted Kennedy y su secular banca de Massachussets (había sucedido a su hermano John en 1962, cuando fue elegido presidente) fue ocupada por Scott P. Brown. Como veremos luego, ello tuvo una fuerte incidencia cuando se discutía el programa de salud impulsado por Obama (el llamado Obamacare).

136 Estos perdieron en total 21 bancas.

cia porcentual fue mayor al 10%,¹³⁷ un margen que no se lograba desde 1982, cuando los republicanos perdieron la *midterm election* en el primer mandato de Ronald Reagan.¹³⁸

8. La reforma en el sistema de salud. El Obamacare

Con un amplio triunfo en la mano, Obama se lanzó decididamente a cumplir con el viejo sueño demócrata de reformar el sistema de salud, algo que logró, no sin tropiezos y dificultades, en marzo de 2010, cuando finalmente pudo promulgar la llamada Patient Protection and Affordable Care Act¹³⁹ (Obamacare, como se la llamó en su momento), por medio de la cual el seguro de salud se extendió considerablemente a personas que carecían de este beneficio. Mencionaré seguidamente los antecedentes de esta ley y su arduo proceso legislativo.

8.1. Antecedentes del sistema de salud

La organización del sistema de salud en los Estados Unidos no ha tenido una historia simple y, como veremos, siempre ha ocasionado fuertes controversias.¹⁴⁰ De hecho, al día de hoy, Estados Unidos es el único país del mundo desarrollado que carece todavía de un sistema de salud, público o privado, que abarque a la totalidad de su población.¹⁴¹ No existen allí los hospitales públicos que, en teoría, cubren a toda la población sin requerir el pago de un seguro médico para ello.

Haciendo un breve recuento histórico, los orígenes remotos del sistema de salud pueden ubicarse en la una ley sancionada en 1798, durante el Gobierno de John Adams,¹⁴² producida por un brote de fiebre amarilla en Philadelphia, la cual habrían traído los marineros.¹⁴³ Esta ley establecía un derecho aduanero

137 Los demócratas obtuvieron el 53,2%; y los republicanos, el 42,6%.

138 En esa oportunidad, los republicanos perdieron 26 bancas. En porcentajes, la diferencia fue de 55,2% contra 43,4%.

139 Public law 111-148; 124 Statutes at Large 119.

140 Una historia de su desarrollo inicial puede ver en U.S. National Library of Medicine (s.f.).

141 Según datos del United States Census Bureau, en 2020 un 8,7% de la población no tenía seguro de salud. Ver: https://www.census.gov/search-results.html?q=Unsecured+health+population&page=1&stateGeo=none&searchtype=web&cssp=SERP&_charset_=UTF-8.

142 “An act for the relief of sick and disabled Seamen”.

143 Una vez desembarcados, los marinos eran una gran fuente de contagio de las enfermedades que contraían a bordo o en otros puertos, tales como la viruela, el cólera, la fiebre amarilla y la disentería.

destinado a la cura de marinos enfermos, lo que dio pie a la creación del Marine Hospital Service, ubicado originalmente en el Departamento del Tesoro y que funcionaba diseminado en varios hospitales sin una coordinación centralizada. El siglo XIX mostró muy pocos progresos en materia de salud pública. En sus últimas décadas, fue creado el Hygienic Laboratory, destinado a investigaciones bacteriológicas, que fue transformado luego en el National Institute of Health, en 1930, como parte del Bureau of the Public Health Service, dependiente del Departamento del Tesoro. En 1939, bajo el gobierno de F. D. Roosevelt, fue creado el Public Health Service, que operó en jurisdicción de la Federal Security Agency (FSA).¹⁴⁴ Más tarde, en 1953, fue creado el Department of Health, Education, and Welfare (HEW), que, en 1980, pasó a ser el actual Department of Health and Human Services (HHS).¹⁴⁵

Toda esta organización administrativa, sin embargo, no aseguraba un sistema general y organizado de salud pública. De hecho, cuando en agosto de 1935 –durante la presidencia de F. D. Roosevelt– fue sancionada la Social Security Act,¹⁴⁶ las disposiciones sobre seguros universales de salud fueron excluidas a raíz de la insistencia de la American Medical Association (AMA), que procuraba evitar la socialización de la medicina.¹⁴⁷ Aun así, la constitucionalidad de la ley fue aprobada por la Corte Suprema, con muy estrecho margen, en *Steward Machine Co. v. Davis*,¹⁴⁸ relativo al seguro de desempleo, y en *Helvering v. Davis* –con un mayor margen a favor de la ley– sobre seguros de retiro.¹⁴⁹

Fue recién en 1965, durante el Gobierno de Lyndon B. Johnson, que pudo organizarse por primera vez un sistema un poco más generalizado de seguros de salud, que, renovando la disputa anterior, generó grandes controversias por parte de quienes podían pagar estos seguros y no querían contribuir con sus impuestos a pagar los de quienes no podían hacerlo. Pese a esta oposición, fue sancionada la Social Security Amendments of 1965,¹⁵⁰ que creó dos grandes

144 En la FSA, además del Public Health Service, actuaban otros organismos, tales como el Civilian Conservation Corps, la National Youth Administration, el Office of Education, el Social Security Board y el U.S. Employment Service.

145 Ver: <https://www.hhs.gov/>.

146 Public Law 74-271; 49 Statutes at Large 620.

147 En contra de la AMA estaba la central sindical (AFL-CIO), la American Nurses Association, la National Association of Social Workers y el Socialist Party USA.

148 301 U.S. 548 (1937).

149 301 U.S. 619 (1937).

150 Health Insurance for the Aged Act Old-Age, Survivors, and Disability Insurance Amendments of 1965. Public law 89-97; 79 Statutes at Large 286.

programas de salud: el Medicare¹⁵¹ y el Medicaid. Básicamente, el primero de ellos¹⁵² provee seguros de salud a personas mayores de 65 años y a algunos menores con discapacidades. El segundo¹⁵³ otorga fondos federales a los estados para la asistencia de personas que carecen de seguro de salud.

8.2. Las leyes de 2010

A pesar de haber extendido el sistema de salud a favor de muchos que no tenían hasta entonces cobertura médica, el Medicare y el Medicaid no resultaron suficientes.¹⁵⁴ En los años siguientes, la cuestión siguió debatiéndose y numerosos legisladores presentaron proyectos de ampliación del sistema, tales como el de Martha Griffiths en 1970,¹⁵⁵ al que luego se sumó Edward Kennedy, y el de los senadores Russell B. Long¹⁵⁶ y Abraham Ribicoff,¹⁵⁷ presentado en 1973. Bill Clinton recogió el guante en su campaña presidencial de 1992 y la portavoz principal de esta iniciativa fue su mujer, Hillary, que tomó las riendas del proyecto. Ambos crearon la llamada Task Force on National Health Care Reform, que proponía extender universalmente el seguro de salud.¹⁵⁸ El ala más conservadora de los republicanos inmediatamente se movilizó en contra¹⁵⁹ y el triunfo de éstos en las elecciones legislativas de 1994, con Newt Gingrich a la cabeza, dio por tierra con la iniciativa.¹⁶⁰

Quince años después, Barack Obama volvió a plantear el tema en su campaña presidencial de 2008. Competía con el senador John McCain, de Arizona, que también propiciaba una reforma en el sistema de salud basada en los principios del libre mercado. Apenas iniciado su mandato, Obama comenzó a

151 Ver: <https://www.medicare.gov/>.

152 Su nombre resulta es una apócope de *medical care* (cuidados médicos).

153 Es una apócope de *medical aid* (ayuda médica).

154 Una crítica muy fuerte al sistema de salud en los Estados Unidos puede verse en Emanuel (2015).

155 Griffiths era representante demócrata de Michigan.

156 Demócrata de Louisiana.

157 Demócrata de Connecticut.

158 El extenso proyecto de ley denominada Health Security Act fue introducido en el 103º Congreso (1993-1995) por medio de la House Resolution No. 3600. Ver: <https://www.congress.gov/bill/103rd-congress/house-bill/3600/text>.

159 Uno de los soportes intelectuales de la oposición fue dado por The Heritage Foundation, un influyente *think tank* republicano.

160 Llegó incluso a presentarse una demanda judicial contra Hillary Clinton por su participación en las reuniones de la Task Force, que, se alegaba, violaban los procedimientos establecidos en la Federal Advisory Committee Act. La demanda, no obstante, fue rechazada por la US Court of Appeals for the District of Columbia Circuit.

diseñar su propuesta con la ayuda de un grupo de senadores de ambos partidos, integrantes del Senate Committee on Finance, evitando que fracasara por ser demasiado partisana, como había ocurrido con la del matrimonio Clinton.¹⁶¹ La discusión en ambas cámaras, no obstante, fue ardua.¹⁶²

Para mayor complicación, el Senado y el House trabajaban paralelamente en proyectos distintos.¹⁶³ Mientras el primero elaboraba el citado borrador, en el House, como cámara de origen de las leyes que tienen carga impositiva, tomaba cuerpo otro distinto, que fue aprobado en noviembre de 2009 y enviado al Senado.¹⁶⁴ Éste, por su lado, sancionó en diciembre el proyecto en el cual se venía trabajando, que finalmente se convirtió en la Patient Protection and Affordable Care Act, según veremos. Con estos dos proyectos en danza, los demócratas creían que podrían imponer el del House, pues tenían sesenta votos para quebrar el *filibuster* en el Senado por medio del *cloture rule*.

Lamentablemente para ellos, perdieron esta ventaja cuando Edward Kennedy falleció y fue reemplazado en enero de 2010 por Scott P. Brown, un republicano que se ocupó de dejar muy en claro que favorecería el *filibuster* cuando el Senado tuviera que tratar el proyecto del House.¹⁶⁵ Nancy Pelosi, la *Speaker*, comprendió que, de no aprobarse el proyecto sancionado en el Senado, la cuestión podía demorarse mucho. Convenció entonces a los legisladores demócratas de que lo aprobaron y, finalmente, el Patient Protection and Affordable Care Act (o Affordable Care Act, como se la conoce habitualmente) se convirtió en ley y fue promulgada por Obama en marzo de 2010. Como último paso, para armonizar las diferencias existentes entre el House y el Senado, los senadores demócratas acordaron usar el llamado *budget reconciliation process*¹⁶⁶ –para el cual basta una simple mayoría, sin que pueda haber *filibuster*–, del cual surgieron algunas enmiendas al texto de la ley.¹⁶⁷

161 Colaboraron en esta tarea los demócratas Maxwell S. Baucus, de Montana, Gaylord Kent Conrad, de North Dakota, y Jesse F. Bingaman, de New Mexico. Entre los republicanos participaron: Charles E. Grassley, de Iowa, Olympia J. Snowe, de Maine, y Michael B. Enzi, de Wyoming.

162 En su ánimo por impulsar la reforma, Obama pronunció un discurso ante ambas cámaras legislativas el 9 de septiembre de 2009 instando a sancionar la legislación correspondiente.

163 Este dato es curioso, pues en ambas cámaras los demócratas tenían mayoría.

164 Era la llamada Affordable Health Care for America Act.

165 Además de perder el emblemático senador por Massachusetts, este cambio era un auténtico *game changer* que le daba a los republicanos la posibilidad de dilatar el proceso de sanción de la ley, algo que estaban claramente predispuestos a hacer.

166 Este procedimiento se emplea solamente en leyes presupuestarias y tiende a conciliar las diferencias entre ambas cámaras, sin que el Senado emplee el *filibuster*.

167 La aprobación de estas enmiendas dio lugar a la Health Care and Education Reconciliation Act of 2010; Public law 111-152; 124 Statutes at Large 1029.

No es el objetivo de este trabajo analizar en detalle el contenido de la Affordable Care Act.¹⁶⁸ Basta con señalar que comenzó a aplicarse en 2014 y, dos años después, la cobertura médica se había extendido a unos 20 millones de personas adicionales a las que ya la tenían. Todo ello se hizo, básicamente, a fuerza de imponer mayores impuestos a los más ricos para asistir a los más pobres, una receta que usualmente funciona bien si no se la bastardea empleándola con fines populistas. Uno de los aspectos más controvertidos de la ley, como veremos enseguida, era el llamado *individual mandate*, que consistía en la obligación general de contratar el seguro de salud y la imposición de penalidades para quienes omitieran cumplirla.¹⁶⁹

8.3. La cuestión en la Corte Suprema

Como era inevitable, la Affordable Care Act fue objeto de impugnaciones judiciales que la Corte Suprema, finalmente, desestimó parcialmente en *National Federation of Independent Business v. Sebelius*,¹⁷⁰ revocando la sentencia que había dictado el US Court of Appeals for the Eleventh Circuit.¹⁷¹ Fue un caso bastante complejo planteado inicialmente ante la justicia federal de Florida,¹⁷² en el cual quedaron consolidados otros procesos. En él, una vez más, el Chief Justice Roberts hizo de mediador entre liberales y conservadores.¹⁷³ Lo que se discutía, fundamentalmente, era la constitucionalidad del *individual mandate* y las penalidades que su incumplimiento acarrearía. En este punto, Roberts votó a favor de la ley junto con Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan, sosteniendo que ello constituía una aplicación válida del *taxing power* del Congreso. La segunda cuestión en importancia del litigio era si los estados podían ser penalizados con la pérdida total de subsidios si no cumplían con la ley. Aquí, Roberts, junto con

168 Entre otras muchas publicaciones, una explicación bastante comprensible del Obamacare puede verse en Brooks (2016).

169 La idea básica que respalda el *individual mandate* es que la base poblacional de los asegurados se amplíe, lo que, en teoría, disminuye sus costos. Obviamente, esto era la base del *affordable care*, es decir, un seguro de salud “pagable” por parte de personas de bajos recursos, dados sus bajos costos.

170 567 U.S. 519 (2012).

171 *Florida et al. v. U.S. Department of Health and Human Services*, 648 F.3d 1235 (2011).

172 Florida, a la cual se unieron luego otros estados, junto con la National Federation of Independent Business y algunos particulares demandaron a Kathleen Sebelius, la secretaria de Salud (*Secretary of Health and Human Services*).

173 Las cuestiones que se planteaban eran varias y el fallo –muy dividido en cada una de ellas– muestra cómo Roberts hace mayoría, tanto con los liberales como con los conservadores, en una y otra.

Scalia, Kennedy, Thomas, Breyer, Alito y Kagan, entendieron que la ley era inconstitucional.

8.4. La Tax Cuts and Jobs Act of 2017 y sus consecuencias judiciales

En 2017, con mayoría republicana en ambas cámaras, el 115° Congreso sancionó la Tax Cuts and Jobs Act of 2017.¹⁷⁴ En lo que aquí interesa, esta ley eliminó la penalidad por no cumplir con el *individual mandate*. Ello le dio pie a Texas, junto con otros diecinueve estados, para sostener que tal eliminación había tornado inconstitucional el *individual mandate*, pues ya no se trataba de un impuesto. Este planteo fue acogido favorablemente en primera instancia,¹⁷⁵ donde se sostuvo, además, que esta inconstitucionalidad afectaba la validez de toda la ley, pues el *individual mandate* no era separable (*severable*) del resto. Esto implicaba, nada menos, la eliminación de todo el Obamacare.

Apelada esta decisión ante la U.S. Court of Appeals for the Fifth Circuit, ésta confirmó la inconstitucionalidad del *individual mandate*, pero –con más prudencia– sostuvo que la cuestión de la no separabilidad no estaba debidamente fundada y devolvió el expediente al *district court* a esos efectos.¹⁷⁶ Por su lado, California, junto con otros quince estados, habían tomado intervención en el proceso sosteniendo la constitucionalidad del *individual mandate*. Demás está señalar que la intervención de un elevado número de estados, a uno y otro lado del proceso, había convertido el litigio en una verdadera causa nacional.¹⁷⁷ Planteado el *certiorari* contra la sentencia del Fifth Circuit, la Corte Suprema, en *California v. Texas*¹⁷⁸ –por medio del voto del juez Breyer, en una decisión por mayoría de 7-2–,¹⁷⁹ optó por una solución procesal y sostuvo que los demandantes no tenían legitimación para plantear la inconstitucionalidad de la ley. El Obamacare sobrevivía una vez más a una batalla judicial.

174 Public law 115-97; 131 Statutes at Large 205.

175 *Texas v. United States*, 340 F. Supp. 3d 579 (ND Tex. 2018).

176 *Texas v. United States*, 945 F. 3d 355 (CA5 2019).

177 La situación general en todo el país, en relación con la adopción de la Affordable Care Act a julio de 2022, puede verse en <https://www.kff.org/medicaid/issue-brief/status-of-state-medicaid-expansion-decisions-interactive-map/>.

178 593 U.S. ____ (2021).

179 Votaron en disidencia Alito y Gorsuch.

9. Planteos judiciales contra la Bipartisan Campaign Reform Act

En un trabajo anterior, analicé la Bipartisan Campaign Reform Act (BCRA)¹⁸⁰ y los planteos judiciales que suscitó (Bianchi, 2022, p. 587). Una nueva impugnación judicial de esta ley tuvo lugar a raíz de que Citizens United¹⁸¹ quiso difundir por *video-on-demand*, dentro de los 30 días previos a las elecciones primarias del Partido Demócrata en 2008,¹⁸² un documental crítico sobre Hillary Clinton.¹⁸³ Dado que la BCRA prohibía la difusión de material de campaña dentro de ese plazo,¹⁸⁴ Citizens United pidió una medida cautelar (*declaratory and injunctive relief*) para que la Federal Elections Commission (FEC) no lo impidiera. En primera instancia intervino el District Court for the District of Columbia, integrado en este caso por tres jueces,¹⁸⁵ que denegó la petición.¹⁸⁶ Citizens United apeló ante la Corte Suprema y ésta, en *Citizens United v. FEC*¹⁸⁷ –una decisión con ajustada mayoría conservadora de 5-4–,¹⁸⁸ sostuvo que la restricción impuesta por la BCRA afectaba la libertad de expresión tutelada por la Primera Enmienda.¹⁸⁹ Luego de este caso, la Corte volvió a declarar la incons-

180 Public Law 107-155; 116 Statutes at Large 81.

181 Citizens United es una entidad sin fines de lucro (*non profit organization*) de tendencia conservadora, exenta del pago de impuestos bajo lo establecido en el Código Fiscal de los Estados Unidos; 26 U.S. Code § 501(c)(4).

182 En estas elecciones, Hillary Clinton compitió con Barack Obama, quien la venció al obtener mayoría de votos en 33 estados, contra 23 de Clinton.

183 El film se llamaba *Hillary: The Movie*.

184 La filmación había tenido ya una amplia difusión previa.

185 El Código Judicial de los Estados Unidos permite en algunos casos que, en primera instancia, se forme un *three-judge court* (28 U.S. Code § 2284), cuyas decisiones pueden ser apeladas directamente ante la Corte Suprema.

186 530 F. Supp. 2d 274 (DC 2008).

187 558 U.S. 310 (2010).

188 El voto mayoritario es de Kennedy, acompañado por Scalia, Thomas, Roberts y Alito, estos dos últimos con voto concurrente.

189 “Modern day movies, television comedies, or skits on Youtube.com might portray public officials or public policies in unflattering ways. Yet if a covered transmission during the blackout period creates the background for candidate endorsement or opposition, a felony occurs solely because a corporation, other than an exempt media corporation, has made the «purchase, payment, distribution, loan, advance, deposit, or gift of money or anything of value» in order to engage in political speech. 2 U. S. C. §431(9)(A)(i). Speech would be suppressed in the realm where its necessity is most evident: in the public dialogue preceding a real election. Governments are often hostile to speech, but under our law and our tradition it seems stranger than fiction for our Government to make this political speech a crime. Yet this is the statute’s purpose and design. Some members of the public might consider Hillary to be insightful and instructive; some might find it to be neither high art nor a fair discussion on how to set the Nation’s course; still others simply might suspend judgment on these points but decide to think more about issues and candidates. Those choices and assessments, however, are not for the Government to make. «The First Amendment underwrites the freedom

titucionalidad –parcial– de la BCRA en *McCutcheon v. FEC*,¹⁹⁰ en relación con los *aggregate contributions limits*, que les impedían a los individuos donar más de ciertas sumas de dinero a los partidos o sus candidatos.

10. Las elecciones de 2010, 2012 y 2014

Como parte de un período en el que la mayoría y la minoría cambian de partido en cada elección, las elecciones de 2010, 2012 y 2014, en el campo legislativo, le dieron el triunfo a cada uno de ellos en la forma que describiré seguidamente.

10.1. Año 2010. Los republicanos recuperan posiciones

Las elecciones del 2 de noviembre de 2010 para la renovación de legisladores en el 112° Congreso (2011-2013), llevadas a cabo en la mitad del primer mandato de Barack Obama, resultaron favorables a los republicanos. En el Senado, éstos recuperaron seis sitios, aunque no llegaron a la mayoría.¹⁹¹ Casi todos los senadores que disputaban esta elección pertenecían a la Clase III, según la división que establece el Artículo I, secc. 3, cl. 2 de la Constitución.¹⁹² Esta división en tres clases tiene como fin que, cada dos años, el Senado se renueve por tercios, coincidiendo esta elección con la de los representantes. En el House, la victoria fue mayor aún, pues obtuvieron 63 bancas y consiguieron la mayoría.¹⁹³ En lo que fue denominada la “ola republicana”, los demócratas sufrieron las consecuencias de la sanción del Obamacare y de la falta de recuperación económica luego de la recesión económica de los años anteriores.¹⁹⁴

to experiment and to create in the realm of thought and speech. Citizens must be free to use new forms, and new forums, for the expression of ideas» (558 U.S. en pp. 371-372).

190 572 U.S. 185 (2014).

191 Ver el cuadro que figura en el apartado I.

192 Esta norma dice: “Tan pronto como se hayan reunido a virtud de la elección inicial, se dividirán en tres grupos tan iguales como sea posible. Las actas de los senadores del primer grupo quedarán vacantes al terminar el segundo año; las del segundo grupo, al expirar el cuarto año y las del tercer grupo, al concluir el sexto año, de tal manera que sea factible elegir una tercera parte cada dos años” (“Immediately after they shall be assembled in Consequence of the first Election, they shall be divided as equally as may be into three Classes. The Seats of the Senators of the first Class shall be vacated at the Expiration of the second Year, of the second Class at the Expiration of the fourth Year, and of the third Class at the Expiration of the sixth Year, so that one third may be chosen every second Year”).

193 Fue el cambio de bancas más importante desde la elección de 1948, en la cual los republicanos perdieron 75.

194 Las elecciones para gobernadores también fueron favorables para los republicanos. Sobre 37 estados en disputa, obtuvieron 11 nuevas gobernaciones y perdieron 5.

10.2. Año 2012. Una leve ventaja de los demócratas

El 6 de noviembre de 2012, se llevaron a cabo las elecciones para presidente y vicepresidente y para la renovación de senadores y representantes en el 113º Congreso (2013-2015).¹⁹⁵ El resultado benefició a los demócratas, aunque en el campo legislativo el triunfo fue limitado. Barack Obama, acompañado otra vez en la fórmula por Joe Biden, renovó su mandato al ganarle a Mitt Romney¹⁹⁶ por un margen escaso. En el colegio electoral obtuvo 26 votos, es decir, uno solo para llegar a la mayoría, y en el voto popular, su ventaja fue ajustada también.¹⁹⁷ En el Senado, donde competían los senadores Clase I, los republicanos perdieron dos bancas: una en Indiana¹⁹⁸ y la otra en Massachusetts.¹⁹⁹ En el House, los demócratas recuperaron ocho bancas, pero los republicanos se mantuvieron en la mayoría con 234 contra 201 de los demócratas.²⁰⁰

10.3. Año 2014. Los republicanos vuelven a controlar las dos cámaras

En las elecciones legislativas del 4 de noviembre de 2014 para la renovación de bancas en el 114º Congreso (2015-2017), los republicanos obtuvieron un triunfo que no tenían desde 1980.²⁰¹ Recuperaron nueve bancas en el Senado,²⁰² lo que les permitió tener una diferencia de diez senadores (54-44).²⁰³ Esta ventaja, en la práctica, se reducía en dos votos, porque los senadores independientes Bernie Sanders (Vermont) y Angus King (Maine), que se mantienen actualmente en sus cargos, votan usualmente con los demócratas. Un resultado similar, aunque no tan contundente, se produjo en el House. Allí, los republicanos recuperaron –en promedio– trece bancas,²⁰⁴ con una diferencia porcentual de

195 Los 435 distritos electorales en el House fueron rediseñados en esta elección conforme a los resultados del Censo de 2010.

196 El candidato a vicepresidente por los republicanos era Paul Davis Ryan.

197 Obtuvo el 51,1% de los votos contra 47,2% de Romney.

198 Aquí, Joseph S. Donnelly se impuso a Richard E. Mourdock.

199 Elizabeth Ann Warren venció al *incumbent* Scott Philip Brown, que intentaba su reelección.

200 En votos populares, los demócratas obtuvieron el 48,8%; y los republicanos, el 47,60%.

201 En esta elección ocurrió una vez más lo que habitualmente sucede en aquellas que tienen lugar en el sexto año de mandato de un presidente (el llamado *six-year itch*): el partido en el gobierno pierde la elección.

202 En esta elección se cumplían 100 años de la primera aplicación de la Enmienda XVII, que dispuso la elección directa de los senadores.

203 En promedio, los republicanos tuvieron el 51,5% de los votos; y los demócratas, el 43,8%.

204 Ganaron dieciséis bancas en poder de los demócratas y perdieron tres.

votos de 51,5% contra 43,8%. Con 288 bancas contra 188 de los demócratas, los republicanos llegaron a una mayoría que no tenían desde 1928.

11. La creación de la Comisión Conjunta de Reducción del Déficit

Como sucede frecuentemente en los ámbitos legislativos, la existencia de un problema da lugar a la creación de una comisión, salvo que ya exista. Así ocurrió en 2011 con la llamada “crisis del techo” o “tope de endeudamiento” (*debt-ceiling crisis*), que dio lugar a la Comisión Conjunta de Reducción del Déficit (Joint Select Committee on Deficit Reduction), creada por la Budget Control Act of 2011.²⁰⁵

Como su nombre lo indica, la crisis –luego repetida en 2013–²⁰⁶ se produjo porque el Gobierno federal, para poder seguir funcionando, necesitaba más fondos que los previstos en el presupuesto. Esto se solucionaba reduciendo el déficit y, para ello, era necesario incrementar los impuestos o bien elevar el monto del endeudamiento. Dado que los republicanos se oponían a lo primero, era necesario aumentar la deuda, pero esto tropezaba con el problema de que el Congreso debía autorizar ese incremento.²⁰⁷ La cuestión fue resuelta, finalmente, con la sanción de la mencionada ley, que, además de autorizar el aumento del endeudamiento, creó dicha Comisión especial, cuya misión era elaborar un plan para reducir el déficit en los siguientes diez años. Estaba integrada por doce miembros,²⁰⁸ seis por cada cámara, con igual representación de ambos partidos.²⁰⁹ Luego de haberse reunido varias veces –en algunas ocasiones, en sesiones públicas– la “Supercomisión”, como se la llamaba, no pudo llegar a un acuerdo sobre las recomendaciones que debía formular.

205 Public law 112-25; 125 Statutes at Large 239.

206 Este nuevo caso dio lugar a la sanción de la Continuing Appropriations Act (Public Law 113-46; 127 Statutes at Large 558).

207 Hasta 1917, el Congreso autorizaba expresamente cada endeudamiento. A partir de ese año, debido a los gastos ocasionados por la Primera Guerra Mundial, el Congreso comenzó a autorizar, en forma general, un tope anual de endeudamiento (*debt ceiling*) que requiere de una ley en caso de tener que ser elevado. Actualmente, el *Public debt limit* está previsto en el Título 31 del U.S. Code, sección 3101.

208 Eran elegidos, respectivamente, por los líderes de cada cámara.

209 Por parte del Senado, la integraron los demócratas Patricia L. Murray (Washington), Maxwell S. Baucus (Montana) y John Kerry (Massachusetts) y los republicanos Jon Kyl (Arizona), Rob Portman (Ohio) y Patrick J. Toomey (Pennsylvania). Por el House, la integraron los demócratas Xavier Becerra (California), James E. Clyburn (South Carolina) y Christopher J. Van Hollen (Maryland) y los republicanos Thomas Jeb Hensarling (Texas), Frederick S. Upton y David L. Camp (ambos de Michigan).

12. El papa en el Congreso

El 24 de septiembre de 2015 fue un día singular para la Iglesia católica y para el Congreso de los Estados Unidos.²¹⁰ Ese día, el papa Francisco, con ocasión de una gira por varios países²¹¹ –entre ellos, los Estados Unidos–, pronunció un discurso en una sesión conjunta de ambas cámaras. Fue la primera vez en la historia que el sumo pontífice visitaba el Congreso.²¹²

Sus palabras estuvieron centradas en varios temas humanitarios y fueron bien recibidas, aun por los no católicos.²¹³ Recordó a cuatro personalidades de la historia norteamericana,²¹⁴ hizo mención a la libertad religiosa y a quienes son perseguidos por profesar su culto,²¹⁵ se refirió también al problema de los refugiados,²¹⁶ abogó por la abolición de la pena de muerte,²¹⁷ por la lucha

210 Ello tuvo lugar con ocasión del viaje del papa a los Estados Unidos entre el 22 y el 27 de septiembre. Además de Washington, D.C., estuvo también en New York y Philadelphia.

211 Durante ese viaje estuvo en Cuba, donde celebró misa y se entrevistó con Fidel Castro.

212 Antes de Francisco, otros tres papas habían ido a Estados Unidos y se habían reunido con el presidente: Pablo VI en 1965, Juan Pablo II en siete ocasiones (1979, 1981, 1984, 1987, 1993, 1995 y 1999) y Benedicto XVI en 2008.

213 El discurso completo puede verse en *Transcript: Pope Francis's speech to Congress* (s.f.).

214 "I would like to mention four of these Americans: Abraham Lincoln, Martin Luther King, Dorothy Day and Thomas Merton" (*Transcript: Pope Francis's speech to Congress*, s.f., párr. 7).

215 "All of us are quite aware of, and deeply worried by, the disturbing social and political situation of the world today. Our world is increasingly a place of violent conflict, hatred and brutal atrocities, committed even in the name of God and of religion. We know that no religion is immune from forms of individual delusion or ideological extremism. This means that we must be especially attentive to every type of fundamentalism, whether religious or of any other kind. A delicate balance is required to combat violence perpetrated in the name of a religion, an ideology or an economic system, while also safeguarding religious freedom, intellectual freedom and individual freedoms. But there is another temptation which we must especially guard against: the simplistic reductionism which sees only good or evil; or, if you will, the righteous and sinners. The contemporary world, with its open wounds which affect so many of our brothers and sisters, demands that we confront every form of polarization which would divide it into these two camps. We know that in the attempt to be freed of the enemy without, we can be tempted to feed the enemy within. To imitate the hatred and violence of tyrants and murderers is the best way to take their place. That is something which you, as a people, reject" (*Transcript: Pope Francis's speech to Congress*, s.f., párr. 9).

216 "Our world is facing a refugee crisis of a magnitude not seen since the Second World War. This presents us with great challenges and many hard decisions. On this continent, too, thousands of persons are led to travel north in search of a better life for themselves and for their loved ones, in search of greater opportunities. Is this not what we want for our own children? We must not be taken aback by their numbers, but rather view them as persons, seeing their faces and listening to their stories, trying to respond as best we can to their situation. To respond in a way which is always humane, just and fraternal. We need to avoid a common temptation nowadays: to discard whatever proves troublesome. Let us remember the Golden Rule: «Do unto others as you would have them do unto you» (Mt 7:12)" (*Transcript: Pope Francis's speech to Congress*, s.f., párr. 16).

217 "This conviction has led me, from the beginning of my ministry, to advocate at different levels for

contra la pobreza,²¹⁸ por la protección ambiental²¹⁹ y por los jóvenes y su vulnerabilidad.²²⁰

Junto con el papa Francisco, ese mismo año el Congreso recibió la visita de otras cuatro figuras: Benjamin Netanyahu, primer ministro de Israel, el 3 de marzo; Ashraf Ghani, presidente de Afganistán, el 25 de marzo; Shinzo Abe, primer ministro del Japón, el 29 de abril; y Narendra Modi, primer ministro de la India, el 8 de junio.²²¹

the global abolition of the death penalty. I am convinced that this way is the best, since every life is sacred, every human person is endowed with an inalienable dignity, and society can only benefit from the rehabilitation of those convicted of crimes. Recently my brother bishops here in the United States renewed their call for the abolition of the death penalty. Not only do I support them, but I also offer encouragement to all those who are convinced that a just and necessary punishment must never exclude the dimension of hope and the goal of rehabilitation” (*Transcript: Pope Francis’s speech to Congress*, s.f., párr. 18).

- 218 “How much progress has been made in this area in so many parts of the world! How much has been done in these first years of the third millennium to raise people out of extreme poverty! I know that you share my conviction that much more still needs to be done, and that in times of crisis and economic hardship a spirit of global solidarity must not be lost. At the same time I would encourage you to keep in mind all those people around us who are trapped in a cycle of poverty. They too need to be given hope. The fight against poverty and hunger must be fought constantly and on many fronts, especially in its causes. I know that many Americans today, as in the past, are working to deal with this problem” (*Transcript: Pope Francis’s speech to Congress*, s.f., párr. 20).
- 219 “In Laudato Si’, I call for a courageous and responsible effort to «redirect our steps» (ibid., 61), and to avert the most serious effects of the environmental deterioration caused by human activity. I am convinced that we can make a difference and I have no doubt that the United States – and this Congress – have an important role to play. Now is the time for courageous actions and strategies, aimed at implementing a «culture of care» (ibid., 231) and «an integrated approach to combating poverty, restoring dignity to the excluded, and at the same time protecting nature» (ibid., 139). «We have the freedom needed to limit and direct technology» (ibid., 112); «to devise intelligent ways of... developing and limiting our power» (ibid., 78); and to put technology “at the service of another type of progress, one which is healthier, more human, more social, more integral» (ibid., 112). In this regard, I am confident that America’s outstanding academic and research institutions can make a vital contribution in the years ahead” (*Transcript: Pope Francis’s speech to Congress*, s.f., párr. 22).
- 220 “In particular, I would like to call attention to those family members who are the most vulnerable, the young. For many of them, a future filled with countless possibilities beckons, yet so many others seem disoriented and aimless, trapped in a hopeless maze of violence, abuse and despair. Their problems are our problems. We cannot avoid them. We need to face them together, to talk about them and to seek effective solutions rather than getting bogged down in discussions. At the risk of oversimplifying, we might say that we live in a culture which pressures young people not to start a family, because they lack possibilities for the future. Yet this same culture presents others with so many options that they too are dissuaded from starting a family” (*Transcript: Pope Francis’s speech to Congress*, s.f., párr. 29).
- 221 Modi fue el quinto primer ministro de la India en visitar el Congreso. Los anteriores fueron: Manmohan Singh (2005), Atal Bihari Vajpayee (2000), Pamulaparthy Venkata Narasimha Rao (1994) y Rajiv Gandhi (1985).

13. La oposición del senador McConnell a la candidatura de Merrick Garland

El 13 de febrero de 2016 falleció en un rancho de Texas el juez Antonin Scalia, uno de los íconos republicanos más vehementes y coloridos que ha tenido la Corte Suprema.²²² Barack Obama estaba a comienzos del último año de sus dos mandatos y esto le daba la oportunidad de designar a un tercer juez²²³ y quebrar de esa manera la mayoría conservadora en el tribunal, algo que los demócratas no lograban desde la era de Reagan.²²⁴

Mitch McConnell, líder de la mayoría republicana en el Senado, considerando esto una verdadera amenaza al dominio conservador en la Corte, no tardó en reaccionar²²⁵ y no tuvo empacho alguno en decir abiertamente que el Senado no daría el acuerdo a ningún juez de la Corte hasta que se conociera el resultado de las elecciones de noviembre de ese año y, si éste era favorable a los republicanos, no se nombraría a ningún juez en la Corte hasta la asunción del nuevo presidente.

No obstante la contundencia de esta declaración, a instancias del senador Orrin Hatch, de Utah, Obama propuso como reemplazante de Scalia a Merrick Garland, por entonces juez del U.S. DC Circuit.²²⁶ Años después, fue nombrado *Attorney General* por Joe Biden, en marzo de 2021. Si bien Hatch era un senador influyente en asuntos judiciales,²²⁷ su propuesta no tuvo eco alguno. La mayoría republicana se abroqueló y los senadores ni siquiera llegaron a reunirse informalmente con Garland. Menos aún se llevaron a cabo las audiencias para el otorgamiento del acuerdo. Finalmente, Trump cubrió la vacante de Scalia con Neil Gorsuch en abril de 2017.

222 Su interpretación textualista y originalista de la Constitución, opuesta a la doctrina de la “Constitución viviente” (*living Constitution*), ha generado arduas polémicas académicas con los constitucionalistas del ala liberal. Ver, por ejemplo, los ensayos recopilados en *A Matter of Interpretation* (Scalia, 1997), donde las ideas de Scalia son comentadas y refutadas por Gordon S. Wood, Laurence Tribe, Mary Ann Glendon y Ronald Dworkin.

223 En 2009, había designado a Sonia Sotomayor; y en 2010, a Elena Kagan.

224 Hasta ese momento, la Corte estaba dividida entre cuatro demócratas (Breyer, Ginsburg, Sotomayor y Kagan) y cuatro republicanos (Scalia, Thomas, Alito y Roberts), a los que se les sumaba Kennedy, un conservador muy moderado que, con sus habituales *swing votes*, se alienaba en un ala o en la otra.

225 Según cuenta Lucas Powe (2021, p. 389), McConnell estaba de vacaciones en las Islas Vírgenes.

226 Hatch ya había propuesto a Garland en 2010, cuando se retiró Stevens, pero la vacante en esa oportunidad fue cubierta por Elena Kagan.

227 Durante la presidencia de Clinton, como miembro de la Comisión de Asuntos judiciales (Senate Committee on the Judiciary), Hatch había propuesto, con éxito, las designaciones de Breyer y Ginsburg.

14. Las elecciones de 2016

Como ocurre cada cuatro años, las elecciones de 2016, llevadas a cabo el 8 de noviembre, fueron a la vez presidenciales y legislativas. En las presidenciales, luego de una intensa campaña –no exenta de serias controversias–,²²⁸ triunfó la fórmula republicana integrada por Donald Trump, un conocido empresario hasta ese momento ajeno al mundo político de Washington, D.C., y Michael R. (Mike) Pence, gobernador de Indiana.²²⁹ En la fórmula demócrata competían Hillary Clinton, esposa del expresidente,²³⁰ y Timothy M. Kaine, senador de Virginia.²³¹ Si bien en los votos populares habían triunfado Clinton-Kaine,²³² en el colegio electoral la decisión favoreció a Trump-Pence.²³³

Equilibrando la balanza política, en las elecciones legislativas triunfaron los demócratas y ello les permitió, en el 115° Congreso (2017-2019), achicar un poco las diferencias que los republicanos tenían en ambas cámaras. En el House recuperaron 6 bancas y pasaron de 188 a 194; los republicanos, por su lado, descendieron de 247 a 241, pese a que habían tenido una leve diferencia a su favor en los votos populares.²³⁴ En el Senado, los demócratas ganaron 2 bancas, subiendo de 44 a 46 bancas, mientras que los republicanos bajaron de 54 a 52.²³⁵ Los líderes de cada partido en el 115° Congreso fueron: en el House, Paul Ryan y Nancy Pelosi, y en el Senado, Mitch McConnell y Harry Reid.

228 Recordemos que la campaña electoral estuvo teñida de la acusación de que el Gobierno ruso, a cargo de Vladimir Putin, había interferido en favor de Trump *hackeando*, entre otros, el sitio del Democratic National Committee y distribuyendo información falsa. Con tal motivo, el FBI ordenó llevar a cabo una investigación y fue puesto al frente de ella Robert Swan Mueller, exdirector del organismo. El proceso concluyó tres años después, en 2019, con el llamado Mueller Report, en el cual si bien no se lo acusa a Trump de haber cometido algún delito, tampoco se lo exonera de haber conocido estas interferencias y de haberse beneficiado con ellas.

229 Pence había sido antes representante de su estado en el U.S. House entre 2001 y 2013.

230 Hillary Clinton había sido anteriormente senadora por New York (2001-2009) y secretaria de Estado (2009-2013).

231 Clinton había derrotado en las elecciones primarias a Bernie Sanders, senador por Vermont y candidato de la izquierda del Partido Demócrata.

232 La fórmula demócrata tuvo 65.853.514 votos (48,2%) y la republicana 62.984.828 (46,1%).

233 En el colegio electoral, el resultado fue de 304-227.

234 Obtuvieron 63.182.073 votos contra 61.765.832 de los demócratas. Esta es una de las características del sistema de circunscripción uninominal vigente en Estados Unidos.

235 En votos populares, la victoria fue mayor para los demócratas, con más de 10 millones de votos de diferencia (51.315.969 contra 40.841.717) y una diferencia porcentual de casi 11 puntos (53% contra 42,2%).

15. El Trumpcare, o el intento por modificar el Obamacare

Habiendo recuperado el mando en la Casa Blanca y con mayoría en ambas cámaras,²³⁶ los republicanos se lanzaron en 2017, en el comienzo del 115º Congreso, a modificar el Obamacare,²³⁷ intentando reducir sensiblemente las prestaciones de salud establecidas en la Patient Protection and Affordable Care Act por medio de varios proyectos de ley que no llegaron a ser sancionados.²³⁸

En el House fue aprobada, en mayo de 2017, la llamada American Health Care Act of 2017 (AHCA) por una escasa mayoría,²³⁹ con numerosas críticas²⁴⁰ y el disenso de algunos grupos republicanos en ambos extremos del partido,²⁴¹ pero no alcanzó los votos suficientes en el Senado. En la cámara alta, a su vez, fueron introducidos tres proyectos que no prosperaron: el Better Care Reconciliation Act of 2017 (BCRA),²⁴² el Obamacare Repeal Reconciliation Act of 2017 (ORRA)²⁴³ y el Health Care Freedom Act of 2017 (HCFA), que era el más moderado de todos estos proyectos,²⁴⁴ pero tampoco pudo ser sancionado.²⁴⁵ Ante el fracaso de estos proyectos legislativos, durante su presidencia, Trump intentó de varias maneras sabotear el Obamacare, sin lograr mayores éxitos.²⁴⁶

236 En el lenguaje político, este fenómeno es conocido como *government trifecta*, una denominación tomada de las carreras de caballos, donde se apuesta a quiénes resultarán ganadores en los tres primeros puestos en el exacto orden indicado.

237 Durante la campaña electoral, Trump había anunciado que derogaría el Obamacare.

238 Antes de ello, en el 114º Congreso (2015-2017), luego del amplio triunfo republicano en las elecciones de 2014, había sido sancionada una ley en ese mismo sentido (ObamaCare Repeal Act), que fue vetada por Obama y en el House no alcanzó los dos tercios de votos necesarios para la insistencia que exige el Artículo I, sección 7.

239 Fue aprobada por 217 votos a favor y 213 en contra. El proyecto había obtenido una rápida aprobación en las comisiones de Presupuesto (Committee on Ways and Means) y de Energía y Comercio (Committee on Energy and Commerce).

240 Algunos líderes demócratas como Nancy Pelosi y Richard Neal, que presidía la Comisión de Presupuesto, criticaron la iniciativa y señalaron que no podía ser aprobada sin haberse obtenido previamente un informe de la Congressional Budget Office (CBO).

241 En la extrema derecha se oponía el Freedom Caucus porque, a su juicio, el proyecto mantenía los elementos esenciales del Obamacare. En el centro-derecha, el llamado Tuesday Group –más moderado– entendía que el recorte en los beneficios de salud era muy severo.

242 Fue rechazado por 43-57 votos.

243 Fue rechazado por 45-55 votos.

244 Se lo denominó *skinny repeal*, implicando que era una derogación superficial o “en la piel”, pues solo derogaba el *individual mandate*, es decir, la obligación de los empleadores de contratar el seguro de salud.

245 Fue rechazado por una muy ajustada mayoría 49-51 votos.

246 Ver:<https://www.brookings.edu/blog/fixgov/2020/10/09/six-ways-trump-has-sabotaged-the-affordable-care-act/>.

16. El Congressional baseball shooting de 2017

Si bien reconozco que es un hecho menor en la historia que estoy describiendo, vale la pena mencionar que uno de los eventos anuales del Congreso es el Congressional Baseball Game for Charity, celebrado desde 1909²⁴⁷ para recaudar fondos a beneficio de varias entidades de caridad,²⁴⁸ al cual asiste una gran cantidad de personas, entre ellas, los miembros de ambas cámaras (legisladores y empleados con sus familias), otros funcionarios y, en algunos casos, hasta el propio presidente de la nación. Si bien por su naturaleza es un encuentro pacífico, el 14 de junio de 2017, durante una de las prácticas previas, se produjo una serie de disparos que hirieron a varios de los participantes. Uno de ellos fue Stephen J. Scalise, representante republicano de Louisiana, por entonces *House Majority Whip*, que resultó herido de gravedad. El agresor fue James Thomas Hodgkinson, de 66 años de edad, residente de Bellville, Illinois, que había participado como voluntario en la campaña presidencial de Bernie Sanders en 2016, un furibundo antirrepublicano que consideraba a Trump un traidor y un destructor del sistema democrático.²⁴⁹ Como resultado de ello, cuando se realizó el Baseball Game, al día siguiente, la cantidad de público se duplicó en relación con los años anteriores.²⁵⁰

17. Las elecciones legislativas de 2018

A mediados del mandato presidencial de Donald Trump, tuvieron lugar las elecciones legislativas del 6 de noviembre de 2018 para la renovación de senadores y diputados en el 116° Congreso (2019-2021).

El resultado fue muy desfavorable en el House para los republicanos, donde los demócratas recobraron la mayoría y eligieron nuevamente a Nancy Pelosi como *Speaker*.²⁵¹ La diferencia de votos fue de casi 10 millones,²⁵² lo que les per-

247 Su inspirador fue John K. Tener, representante republicano de Pennsylvania (1909-1911), luego gobernador de su estado (1911-1915), jugador profesional de *baseball* y ejecutivo de la Major League Baseball (MLB).

248 Ente ellas, el Boys & Girls Clubs of America, una organización nacional dividida en *chapters* ubicados en diferentes ciudades, dedicada a promover la mejora en la educación de los jóvenes.

249 Esa misma tarde, en el Senado, Sanders se disculpó por lo ocurrido, condenó el hecho como *despicable* (despreciable) y se pronunció en contra de toda forma de violencia.

250 Concurrieron unas 20.000 personas, cuando la asistencia usual era de 10.000 aproximadamente.

251 En las filas republicanas, Paul Ryan se retiró a comienzos del 116° Congreso y Kevin Owen McCarthy, de California, fue elegido *Minority Leader*.

252 Los demócratas obtuvieron 60.572.245 votos contra 50.861.970 de los republicanos.

mitió recuperar 41 bancas.²⁵³ Fue la mayor victoria que obtuvieron desde la elección de 1974, en la cual, a causa del escándalo Watergate, habían obtenido 49.

En el Senado, en cambio, los republicanos conservaron y aseguraron la mayoría que ya tenían. Si bien en el voto popular los demócratas obtuvieron una amplia ventaja,²⁵⁴ dado que el Senado se renueva cada dos años por tercios, 26 de las 33 bancas en disputa las ocupaban senadores demócratas y tan solo 9 de ellas los republicanos,²⁵⁵ esto les daba a los republicanos una gran ventaja, pues ponían muchas menos bancas en riesgo. Además, 10 de las que los demócratas tenían en disputa correspondían a estados donde Trump había ganado en las elecciones de 2016. Por el contrario, solo una banca republicana correspondía a un estado en donde Hillary Clinton había ganado esa elección. En definitiva, de las 33 bancas que estaban en juego, los republicanos obtuvieron 9; y los demócratas, 24. Ello les permitió a los primeros subir de 52 a 54 senadores, mientras que los segundos descendieron de 47 a 45.²⁵⁶ Pese a este resultado, era indudable que los dos primeros años de Trump en el poder habían erosionado la popularidad de su partido.

18. El llamado Squad en el House

Con el amplio triunfo de los demócratas en las elecciones de 2018 en el House, ingresaron en ella cuatro representantes mujeres, jóvenes y ultraprogresistas, autodenominadas The Squad,²⁵⁷ que representan el ala más radicalizada del partido. Ellas son Alexandria Ocasio-Cortez, de New York,²⁵⁸ Ilhan Abdullahi Omar, de Minnesota, Ayanna Soyini Pressley, de Massachusetts, y Rashida Harbi Tlaib, de Michigan. El grupo se amplió en las elecciones de 2020 con el ingreso de Jamaal Anthony Bowman, de New York, y Cori Anika Bush, de Missouri. Todas ellas, como veremos, provienen de distritos mayoritariamente

253 En definitiva, los demócratas quedaron con 235 bancas; y los republicanos, con 199.

254 34.687.875 votos (38,7%) contra 52.224.867 (58,2%).

255 A estas debían sumarse las de los dos senadores independientes, que votan siempre a favor de los demócratas.

256 Puede verse así que, debido a las rarezas del sistema electoral, no siempre logra el triunfo aquel que tiene más votos.

257 La palabra *squad* proviene de la música popular *hip hop* o *rap*, originada en el Bronx, New York, en la década de 1970. Es una abreviatura de *squadron* y significa “un grupo o unidad pequeña entrenada para llevar a cabo una tarea en particular”.

258 Fue Ocasio Cortez quien, luego de haber sido elegidas, publicó en Instagram una foto de las cuatro legisladoras bajo el título “The Squad”.

demócratas, donde la elección primaria del partido es la que realmente cuenta y define quién ocupará finalmente la banca, pues en ellos los candidatos republicanos tienen muy pocas chances de ganar.

Alexandria Ocasio Cortez, nacida en el Bronx²⁵⁹ en 1989,²⁶⁰ había participado en la campaña electoral de Bernie Sanders en 2016 y adquirió notoriedad cuando derrotó en las elecciones primarias del 14° distrito electoral de New York a Joseph Crowley, un veterano legislador.²⁶¹ Luego, en las elecciones generales, obtuvo una fácil victoria contra Anthony Papas, el candidato republicano, ya que el 14° distrito de New York es ampliamente demócrata.²⁶²

De ascendencia somalí, Ilhan Abdullahi Omar es musulmana,²⁶³ nacida en 1982; representa al 5° distrito electoral de Minnesota²⁶⁴ y pertenece al Minnesota Democratic-Farmer-Labor Party, dominante en ese estado.²⁶⁵ Forma parte del Congressional Progressive Caucus y ganó la banca cuando derrotó en las elecciones generales a Jennifer Zielinski por un margen abrumador (78%).²⁶⁶ Renovó su mandato en las elecciones de 2020²⁶⁷ y ha ganado las primarias de agosto 2022.²⁶⁸ En 2021, lideró el grupo de trece representantes que introdujeron los *articles of impeachment* para acusar a Donald Trump en su segundo juicio político.

Ayanna Soyini Pressley, por su lado, es representante del 7° distrito de Massachusetts.²⁶⁹ Su primer cargo legislativo lo obtuvo en 2009, cuando fue elegida

259 Su familia es oriunda de Puerto Rico.

260 Ingresó en el House a los 29 años, convirtiéndose en la legisladora mujer más joven hasta ese momento.

261 Crowley había ingresado en el House en 1999, había sido reelegido nueve veces y presidía el House Democratic Caucus.

262 El 14° distrito comprende el este del Bronx, norte de Queens y la isla de Rikers. Tradicionalmente, es el distrito más demócrata de todo New York, donde los republicanos son superados 6 a 1.

263 Es la primera mujer en usar el *hiyab* en las sesiones del House. Hasta 2018, existía una antigua resolución de 1837 (*ban on head covering*) que prohibía el uso de galeras o sombreros en las sesiones, originada para diferenciarse de los ingleses, que los usaban en el House of Commons. Esta resolución fue abolida a fin de permitir que se cubran la cabeza quienes lo hacen por motivos religiosos.

264 Es el distrito más demócrata de Minnesota.

265 Fue legisladora estatal entre 2017 y 2019.

266 Era la banca que había ocupado Keith Maurice Ellison desde 2007, que decidió no competir en las elecciones de 2018, pues fue designado *Attorney General* de Minnesota.

267 De sus cuatro oponentes, el más fuerte era Antone Melton-Meaux, que tenía el apoyo del *Star Tribune*, el diario más importante de Minnesota. Sin embargo, obtuvo una ventaja del 57,4% contra el 39,2% de Melton-Meaux.

268 Compitió en esta ocasión con Don Samuels, ganándole por un margen ajustado (50,3% - 48,2%).

269 Al igual que en los casos anteriores, el 7° distrito de Massachusetts es mayoritariamente demócrata,

para integrar la legislatura municipal de Boston (Boston City Council).²⁷⁰ En 2018, compitió en la interna demócrata con Michael E. Capuano, que ocupaba esa banca desde 1999, derrotándolo por una amplia mayoría.²⁷¹ En las elecciones generales no tuvo oponentes. Junto con Jahana Flemming Hayes, demócrata también y elegida representante del 5º distrito de Connecticut en las elecciones de 2018, son las dos primeras legisladoras afroamericanas de New England. Nacida en 1974 en Ohio y criada en Illinois, Pressley es la de mayor edad y más experiencia política del Squad, de quien es usualmente su vocera.²⁷² A lo largo de su carrera política, trabajó con Joseph Kennedy II, representante de Massachusetts, y con el senador John Kerry.

La cuarta integrante del Squad, Rashida Harbi Tlaib, representa al 13º distrito de Michigan, que abarca la ciudad de Detroit y algunos de sus suburbios.²⁷³ Integra con Ocasio Cortez el Democratic Socialists of America²⁷⁴ y aboga por la eliminación del U.S. Immigration and Customs Enforcement, del sistema tradicional de policía de seguridad²⁷⁵ y del sistema carcelario.²⁷⁶ Antes de ingresar al U.S. House, había sido electa en 2010 para integrar la Michigan House por una abrumadora mayoría, tanto en la elección primaria²⁷⁷ como en la general.²⁷⁸ Fue reelecta en 2012 y, en 2014 –cuando ya no podía ser reelegida–, compitió por una banca en el Senado local, pero perdió en la elección primaria

con una población muy equilibrada entre sus diferentes componentes raciales, pues tiene un 34% de blancos, un 26% de afroamericanos y un 21% de latinos.

270 Allí se destacó al propiciar la sanción de numerosas ordenanzas propias de su ideario político. Entre ellas, fue coautora, junto con Michelle Wu, de una que prohíbe a la ciudad de Boston contratar a quienes no reconocen la ideología de identidad de género (*gender identity*), la cual les permite a las personas identificarse como pertenecientes a otro sexo.

271 Pressley obtuvo el 58,5% de los votos; y Capuano, el 41,3%.

272 Está casada con Conan Harris, que cumplió una condena de prisión de 10 años por tráfico de drogas.

273 Es la mayor de catorce hermanos, hijos de inmigrantes palestinos en Detroit. Junto con Omar, es la segunda legisladora musulmana del House.

274 Integra también los Justice Democrats, un grupo de izquierda formado por militantes de la campaña presidencial de Bernie Sanders.

275 Adhiere al llamado *police abolition movement*, que propone el empleo de sistemas de seguridad alternativos. La idea básica de este movimiento es que el sistema tradicional de policía de seguridad es una herramienta de opresión política sobre ciertas clases y grupos de personas y, por ende, no debe ser reformado, sino abolido.

276 Por las mismas razones, el *prison abolition movement* sostiene la necesidad de reformar íntegramente el sistema de prisiones, eliminando prácticamente la encarcelación de las personas o reduciendo la pena de prisión a una expresión mínima.

277 En ella derrotó a Jim Czachorowski por 85% a 15%.

278 En este caso, obtuvo el 92% de los votos contra su oponente republicano, Darrin Daigle.

con Virgil Smith, Jr. Debido a su origen palestino,²⁷⁹ es una oponente manifiesta a la ayuda del Gobierno de los Estados Unidos a Israel.

En las elecciones de 2020, como veremos luego, los republicanos equilibraron la ventaja que los demócratas habían obtenido en las de 2018, pero, aun así, el Squad se amplió con el ingreso de dos nuevos miembros: Jamaal Anthony Bowman y Cori Anika Bush, ambos afroamericanos. El primero representa el 16° distrito de New York, ubicado al norte del Bronx –otro bastión de los demócratas–,²⁸⁰ lo que le permitió vencer a su oponente republicano por un amplísimo margen.²⁸¹ Bowman es *Bachelor of Arts* egresado de la University of New Haven y se ha dedicado a la educación escolar.²⁸² Cori Bush representa al 1° distrito de Missouri, ubicado al este del estado.²⁸³ Es enfermera diplomada,²⁸⁴ pastora e integra el grupo denominado Black Lives Matter, dedicado a luchar contra la discriminación racial. Es la primera legisladora afroamericana de Missouri. Al igual que sus colegas, en la elección de 2020 obtuvo la banca por un amplio margen de votos.²⁸⁵

19. Los acuerdos para las designaciones efectuadas por Trump

Como era de esperar, las designaciones de los jueces de la Corte y de los miembros del gabinete ministerial efectuadas por Trump recayeron en republicanos muy conservadores, provocando en el Senado un gran debate. Tal fue el caso de Elisabeth Dee DeVos (Betsy DeVos),²⁸⁶ nominada como secretaria de Educación, cuyo acuerdo quedó empatado y obligó al vicepresidente, Mike Pence, a ejercer el *tie-breaking vote*.²⁸⁷ Nacida en Michigan, en 1958, DeVos es nieta de

279 Al ingresar en el House, juró por el Corán vestida con una *thuab*, que es una ropa tradicional.

280 El último representante republicano de este distrito fue Ellsworth B. Buck (1945-1949).

281 Competió en las elecciones generales con Patrick McManus, quien obtuvo apenas un 15% de los votos.

282 En 2009 fundó la Cornerstone Academy for Social Action, en el Bronx, y se ha opuesto a los *standardized tests*, que establecen un examen único o estándar para los alumnos de todo el país. Este sistema es criticado por algunos, pues les impone un mismo grado de exigencia a quienes no reciben el mismo nivel de enseñanza.

283 La mitad de su población es afroamericana y es otro distrito fuertemente demócrata.

284 Se graduó en la Lutheran School of Nursing.

285 Su adversario republicano fue Anthony Rogers, que no llegó al 20% de los votos.

286 Su apellido de soltera es Prince y está casada con Richard Marvin DeVos.

287 Recordemos que la Constitución de Estados Unidos (Artículo II, sección 2, cláusula 2) exige el acuerdo del Senado para las designaciones de los secretarios de Estado (ministros del Poder Ejecutivo).

un chofer de camiones, hija de un multimillonario²⁸⁸ y se ha destacado por su apoyo a la enseñanza privada, promoviendo las llamadas *charter schools*.²⁸⁹

Apenas elegido, Trump la propuso en noviembre de 2016 y el debate por el acuerdo para su designación, iniciado en enero de 2017, rápidamente se convirtió en un enfrentamiento partisano de alcances nacionales. Se le imputó su preferencia por las escuelas privadas y la Oficina de Ética (Office of Government Ethics) hizo un severo escrutinio de su situación financiera. Prestó un largo testimonio ante la Comisión de Salud Educación y Trabajo (Committee on Health, Education, Labor and Pensions), que votó a favor de aprobar su designación por un escaso 12 a 11. En el recinto, la votación quedó empatada 50-50²⁹⁰ el 7 de febrero, luego de un debate que se prolongó por más de 30 horas. Pence, finalmente, desempató ejerciendo el *tie breaking vote*.

También fueron controvertidas las designaciones de los jueces de la Corte Suprema, donde Trump, pese a que ejerció un solo mandato (2017-2021), tuvo la oportunidad de cubrir tres vacantes, inclinando el tribunal mucho más a la derecha.

La primera de ellas estaba disponible desde comienzos de 2016, cuando falleció Antonin Scalia. Había sido celosamente reservada, como vimos,²⁹¹ por Mitch McConnell, líder de la mayoría republicana en el Senado, previendo que Trump resultaría electo. Para cubrirla, fue elegido Neil McGill Gorsuch, de 49 años de edad,²⁹² cuyas impecables credenciales republicanas habían sido chequeadas por la Federalist Society.²⁹³ Nacido y criado en Denver, Colorado,

288 Su padre, Edgar Prince, fundó la Prince Corporation, dedicada a la fabricación de máquinas de fundición a presión (*die-cast machines*) y autopartes; hacia 1970 se convirtió en uno de los empresarios más ricos de Michigan.

289 Las *charter schools* son escuelas privadas que reciben subsidios estatales, pero operan fuera del sistema de enseñanza pública y gratuita.

290 Dos senadoras republicanas, Susan Collins, de Maine, y Lisa Murkowski, de Alaska, votaron en contra, pese a que lo habían hecho a favor en comisión.

291 Ver el apartado 13.

292 Poco después de la muerte de Scalia, mientras estaba todavía en campaña presidencial, Trump comenzó a elaborar una lista de los candidatos potenciales a la Corte Suprema. De una nómina inicial de once, finalmente quedaron cuatro: Thomas Hardiman, juez de la Corte del Tercer Circuito, William H. Pryor, juez del Décimo Primer Circuito, Amul Roger Thapar, por entonces juez de distrito en Kentucky y actualmente juez del Sexto Circuito, y Neil Gorsuch.

293 La Federalist Society es una organización creada en 1982 por estudiantes de derecho de las universidades de Yale, Harvard y Chicago. Abogan por la interpretación textualista y originalista de la Constitución, sosteniendo que las leyes deben ser interpretadas según lo que dicen y no según lo que deberían decir. Su sitio web proclama como principio: "The Federalist Society for Law and Public Policy Studies is a group of conservatives and libertarians interested in the current state of the legal

Gorsuch era por entonces juez de la Corte de Apelaciones del Décimo Circuito desde 2006.²⁹⁴ Graduado en Harvard y doctorado en Oxford,²⁹⁵ el candidato de Trump había sido *law clerk* de los jueces Byron White y Anthony Kennedy²⁹⁶ en 1993 y 1994, antes de ejercer como abogado corporativo en Washington, D.C. durante los 10 años previos a su designación en el Décimo Circuito.

Trump anunció la nominación de Gorsuch el 31 de enero de 2017 y el Senado recibió el pliego poco después, el 17 de febrero. La propuesta fue enviada inmediatamente a la comisión de Asuntos Judiciales (Senate Committee on the Judiciary), integrada en ese entonces por once republicanos y nueve demócratas y presidida por Charles E. (Chuck) Grassley.²⁹⁷ Las audiencias de confirmación comenzaron el 20 de marzo y duraron cuatro días. En ellas, Gorsuch respondió a las preguntas con gran economía de palabras para evitar que los senadores demócratas tuvieran oportunidad de encontrar en sus respuestas motivos para descalificarlo. Se revisaron con bastante detalle sus votos como juez del Décimo Circuito,²⁹⁸ se le imputó haber plagiado párrafos en su tesis²⁹⁹ y fueron solicitados una gran cantidad de documentos al Ministerio de Justicia. Al cabo de estas audiencias, el 3 de abril de 2017, la Comisión votó muy dividida (11-9) en forma totalmente partisana.

En el recinto, la discusión sobre el acuerdo requería de una mayoría de 51 senadores. Los demócratas intentaron detenerla con un *filibuster* el 6 de abril; para ponerle fin mediante un *cloture*, se requería la supermayoría de 60 votos,

order. It is founded on the principles that the state exists to preserve freedom, that the separation of governmental powers is central to our Constitution, and that it is emphatically the province and duty of the judiciary to say what the law is, not what it should be. The Society seeks both to promote an awareness of these principles and to further their application through its activities" (The Federalist Society for Law and Public Policy Studies, s.f., párr. 2).

294 El Décimo Circuito es la cámara de apelaciones de los tribunales de distrito de seis estados: Colorado, Kansas, Oklahoma, Utah, Wyoming y New Mexico.

295 El tema de sus tesis, dirigida por John Finnis, fue la moralidad del suicidio asistido y la eutanasia, con el título "The Future of Assisted Suicide and Euthanasia", luego publicada por Princeton University Press en 2009.

296 Tuvo lugar así la rara circunstancia de que un *ex clerk* sirviera en la Corte junto con el juez (Kennedy), para quien había trabajado previamente.

297 Grassley es un veterano legislador republicano de Iowa que fue electo senador en 1981. Antes había sido representante desde 1975.

298 Fueron particularmente incisivos en sus preguntas y observaciones Richard J. Durbin, de Illinois, Charles Ellis Schumer, de New York, y Dianne Feinstein, de California.

299 En este punto, John Finnis, director de la tesis, testificó a favor de Gorsuch sosteniendo que la omisión de fuentes secundarias era irrelevante.

pero el senador Mitch McConnell ejerció la llamada *nuclear option*,³⁰⁰ que permite terminar con el *filibuster* sin esa mayoría. Finalmente, el 7 de abril, el Senado otorgó el acuerdo con una mayoría de 54-45.³⁰¹ Tres días después, Gorsuch juró como juez de la Corte Suprema.

Al año siguiente, en junio, Anthony Kennedy anunció que se retiraría de la Corte luego de 30 años de servicio (1988-2018).³⁰² Para reemplazarlo, Trump eligió a Brett Michael Kavanaugh, otro jurista todavía joven,³⁰³ por entonces juez de la U.S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, cargo que ocupaba desde 2006. Católico y de ascendencia irlandesa por padre y madre, se graduó en Yale y, junto con Gorsuch, había sido *law clerk* del Justice Kennedy, cuya vacante ocuparía.³⁰⁴ Como integrante de la Federalist Society, su ideario en la interpretación de la Constitución es muy similar al de Gorsuch y al de Scalia, principal inspirador de la tendencia “originalista” en su versión actual. Trump envió la propuesta al Senado en julio de 2018 e, inmediatamente, se levantó una ola de protestas de los grupos liberales opositores.³⁰⁵

Las audiencias de confirmación comenzaron en septiembre,³⁰⁶ en medio de un ambiente muy tenso en el cual la senadora Kamala Harris, actual vicepresidenta, interrumpió la presentación inicial del presidente de la Comisión de Asuntos Judiciales, Charles Grassley.³⁰⁷ Durante los primeros cuatro días (desde el 4 al 7 de septiembre), los senadores demócratas lo interrogaron sobre sus

300 Ver nota 93.

301 Estaban presentes todos los senadores republicanos, con excepción de John H. Isakson, de Georgia, que estaba convaliente de una cirugía. A favor de Gorsuch también votaron los senadores demócratas Joseph Manchin (West Virginia), Mary Kathryn Heitkamp (North Dakota) y Joseph S. Donnelly (Indiana).

302 La noticia fue buena para los republicanos y mala para los demócratas. Kennedy era un conservador muy moderado que se había colocado en una posición equidistante en los típicos conflictos que separan a las posiciones extremas de cada partido. Sin lugar a dudas, su vacante sería ocupada por un conservador mucho más rígido.

303 Nació en 1965 en Washington, D.C.

304 Kavanaugh también había ejercido la profesión en una firma legal internacional y había colaborado con Kenneth Starr en la preparación del informe que dio lugar al pedido de juicio político contra el presidente Clinton.

305 No era para menos. Con el retiro de Kennedy y el eventual nombramiento de Kavanaugh, los republicanos consolidaban una mayoría segura en la Corte, ya integrada por Roberts, Thomas, Alito y Gorsuch.

306 Durante los meses previos, el Senado había ido recopilando una gran cantidad de antecedentes profesionales de Kavanaugh, entre ellos, los 307 casos en los cuales había votado como juez del DC Circuit.

307 Las protestas afuera del edificio en el cual se estaban llevando a cabo las audiencias por momentos se tornaron violentas y resultaron en el arresto de numerosas personas. Entre ellas, fue detenida Linda Sarsour, una conocida activista integrante de la Arab American Association of New York.

convicciones en materias cruciales, entre los cuales figuró, inevitablemente, el aborto. El candidato respondió brevemente a todas las preguntas y no resultó muy convincente. Aun así, salvo por los incidentes en la calle producidos por las protestas contra su designación, estas audiencias no habían diferido demasiado de las que tuvieron lugar con la confirmación de Gorsuch. Sin embargo, cuando ya habían concluido, se produjo un hecho que trajo a la memoria lo ocurrido durante las audiencias de Clarence Thomas, casi 30 años antes, con la denuncia de Anita Hill.³⁰⁸ A mediados de septiembre, días antes de que la Comisión votara si enviaba el pliego al recinto, los medios difundieron que Kavanaugh había asaltado sexualmente a Christine Blasey Ford cuando eran estudiantes secundarios.³⁰⁹ Inmediatamente se sumaron otras dos acusaciones similares, formuladas por Deborah Ramirez y Julie Swetnick.³¹⁰ El FBI inició entonces una investigación que no produjo resultados y Ford, reticentemente, tuvo que prestar declaración ante la Comisión.³¹¹ Todo el asunto se volvió muy confuso y, en opinión de algunos, hasta se tornó en favor de Kavanaugh.³¹²

Con un resultado aún más ajustado que el obtenido en la confirmación de Gorsuch, el 28 de septiembre la Comisión votó 11-10 por mandar el pliego al recinto. Allí, el 6 de octubre, la votación también fue muy dividida, pero aun así resultó favorable a los republicanos por 50-48.³¹³ El único senador demócrata que votó a favor fue Joseph Manchin, quien también había votado en igual sentido en la confirmación de Gorsuch. Entre los republicanos solo se oponía Lisa Murkowski, de Alaska, pero había acordado con Steven D. Daines, de Montana –que estaba ausente con previa licencia y habría votado a favor–, que ambos votos se emparejarían recíprocamente.³¹⁴ Sin perder el tiempo, Kavanaugh juró al día siguiente en una ceremonia pública.³¹⁵

308 Ver Bianchi (2022, pp. 551-554).

309 Ford le había contado el episodio a la senadora de California Dianne Feinstein en una carta fechada en julio de 2018, que ella evidentemente retuvo hasta último momento.

310 Swetnick estaba representada por Michael Avenatti, un conocido abogado muy mediático y de dudosa reputación, lo que colaboró para minar su credibilidad.

311 Su testimonio fue respondido con una airada declaración de Kavanaugh, quien negó todos los hechos y se mostró muy ofendido por las acusaciones.

312 El abogado jefe de la Comisión de Asuntos judiciales dijo que la denuncia de Swetnick, patrocinada por Avenatti, era “maná que había caído del cielo” (Powe, 2021, p. 397).

313 En términos porcentuales, esto daba apenas un 51,02 % de los votos.

314 Este tipo de acuerdos informales que evitan la abstención están permitidos en el procedimiento parlamentario y se los denomina *pairing*.

315 Pocas horas después de la confirmación, ya lo había hecho en una ceremonia privada.

Faltaban pocos meses para que expirara el mandato de Trump cuando, en septiembre de 2020, falleció Ruth Bader Ginsburg, una figura emblemática del feminismo y de la lucha por los ideales demócratas más radicalizados. Urgido por las circunstancias, el presidente rápidamente nominó a Amy Vivian Coney Barrett, de 48 años,³¹⁶ una católica devota designada en 2017 por el propio Trump como jueza de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. Era profesora en la Notre Dame Law School y, en 1998 y 1999, había sido *law clerk* del *Justice* Scalia, cuya doctrina sobre la interpretación de la Constitución sigue fielmente.

Tal como había ocurrido en los dos casos anteriores, tanto la audiencia de confirmación en la Comisión de Asuntos Judiciales, celebrada el 22 de octubre de 2020, como el debate en el recinto para otorgar el acuerdo, que tuvo lugar al día siguiente, se convirtieron en actos partisanos con demócratas y republicanos enfrentados en dos bandos claramente opuestos. Luego de celebrada la audiencia, la Comisión votó 12-0³¹⁷ y en el recinto Barrett fue confirmada por 52-48, el 26 de octubre,³¹⁸ exactamente un mes después de haber sido nominada, convirtiéndose en la quinta mujer en ocupar un sillón de la Corte Suprema.³¹⁹

20. Los *shutdowns* de 2018 y 2019

Tal como había ocurrido en ocasiones anteriores, en 2018 y 2019 los desacuerdos en el Congreso para la sanción de leyes de empleo de fondos públicos provocaron el cierre de algunas oficinas federales.³²⁰

El primero de ellos fue muy breve y tuvo lugar entre el 20 y el 22 de enero de 2018, con motivo de la aprobación de los fondos necesarios para implementar la política inmigratoria conocida como Deferred Action for Childhood Arrivals (DACA).³²¹ Según este programa migratorio formulado por Obama

316 Nació en 1972 en New Orleans, Louisiana.

317 Votaron todos los senadores republicanos y no asistieron los demócratas.

318 Con excepción de Susan Margaret Collins, de Maine, votaron a favor todos los senadores republicanos. Los demócratas y los dos independientes se opusieron.

319 La precedieron Sandra Day O'Connor, Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor y Elena Kagan. Posteriormente, en 2022, fue nombrada Ketanji Brown Jackson.

320 Algo similar había ocurrido en 1995 y 1996 bajo la presidencia de Bill Clinton. Ver Bianchi (2022, p. 566).

321 También existían controversias sobre los fondos para ser aplicados a la construcción del muro divisorio en la frontera con México.

en 2012,³²² se permite permanecer en los Estados Unidos, por un espacio adicional de dos años, a quienes fueron introducidos ilegalmente en el país siendo todavía niños y pueden obtener legalmente un empleo.³²³ A comienzos de 2018, el Congreso había aprobado varias extensiones temporales del programa por medio de *continuing resolutions*³²⁴ que se extendían hasta el 19 de enero de 2018, pero faltaba todavía una decisión definitiva. Al momento de expirar la última de ellas, como medio de presión, los demócratas iniciaron un *filibuster* impidiendo otorgar una extensión, provocando el cierre de algunas oficinas federales, que concluyó cuando los republicanos acordaron dar tratamiento al proyecto de ley denominado Development, Relief, and Education for Alien Minors Act (DREAM Act), propuesto inicialmente en 2001, que hasta ahora no ha sido aprobado.³²⁵

Casi un año después, entre el 22 de diciembre de 2018 y el 25 de enero de 2019 –durante la presidencia de Trump–, se produjo el segundo *shutdown*. Duró 35 días y ha sido, hasta ahora, el más largo en la historia de los Estados Unidos. Esta vez, el problema involucraba específicamente la construcción del muro entre los Estados Unidos y México, emprendimiento para el cual la administración de Trump requería una partida adicional de unos 5700 millones de dólares. En diciembre de 2018, el Senado había aprobado una ley que no contenía esta partida, que se esperaba fuera aprobada por el House, el cual todavía estaba controlado por los republicanos. Sin embargo, el ala derecha de los republicanos levantó una fuerte protesta y Trump se vio obligado a anunciar que vetaría cualquier ley que no contuviera esos fondos. Como resultado de ello, el House dio media sanción a una nueva ley que los preveía, cuyo tratamiento en el Senado fue demorado por un *filibuster* demócrata. La situación empeoró para el Gobierno a comienzos de 2019, cuando los demócratas recobraron la mayoría en la cámara luego de las elecciones de 2018. Con esta nueva

322 No está instrumentado por ley, sino por medio de un memorándum del presidente.

323 Posteriormente, en 2014, la DACA fue ampliada por medio de otra decisión ejecutiva denominada Deferred Action for Parents of Americans (DAPA), que extendió el programa a quienes habían ingresado ilegalmente desde 2010 y tenían hijos que eran ciudadanos norteamericanos o residentes permanentes. Esta segunda parte del programa fue cuestionada judicialmente por Texas en un caso que no tiene por el momento una decisión definitiva. Para impedir su ejecución, Texas obtuvo una *preliminary injunction* en un tribunal de distrito. Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito y, al resolver el *certiorari*, la Corte Suprema, con ocho jueces luego de la muerte de Scalia, quedó dividida 4-4 sin poder resolver la cuestión. *United States v. Texas*, 579 U.S. ____ (2016).

324 Son resoluciones provisionales basadas en el presupuesto del año anterior.

325 La iniciativa fue introducida por Luis Gutiérrez, representante demócrata de Illinois.

composición en el House, fue aprobada la ley anteriormente sancionada por el Senado, pero Mitch McConnell, líder de la mayoría republicana, bloqueó el tratamiento de cualquier ley que no incluyera los fondos en cuestión, incluso el de la ley que antes había sido sancionada por el propio Senado. Como resultado de ello, el *shutdown* se extendió hasta el 25 de enero de 2019, afectando a unos 800.000 empleados del Gobierno y con consecuencias muy negativas para la imagen pública del presidente, que descendió fuertemente en las encuestas. Se acordó entonces, con el apoyo de Trump, una resolución temporaria que permitía levantar el *shutdown* hasta el 15 de febrero y ordenaba el pago de los salarios de los empleados públicos. El 11 de febrero, ambos partidos acordaron, también en forma previsional, que se dispondría de unos 1.375 millones de dólares para hacer reparaciones en el muro y Trump anunció que aprobaría esta medida para evitar un nuevo cierre del Gobierno federal.

21. El primer juicio político contra Donald Trump

Donald Trump es el tercer presidente de los Estados Unidos en haber sido sometido a juicio político³²⁶ y el primero en enfrentar dos veces esa instancia,³²⁷ de las cuales emergió indemne gracias a la mayoría republicana en el Senado.³²⁸

21.1. Los antecedentes

Poco después de jurar como presidente en enero de 2017, Trump comenzó a trabajar en su proyecto para ser reelegido en las elecciones siguientes, que tendrían lugar en noviembre de 2020.³²⁹ Entre los hechos que empañaron esta temprana campaña y precipitaron su primer juicio político, figura el notorio escándalo producido con Ucrania (*Trump-Ukraine scandal*), según el cual Trump le habría solicitado al presidente ucraniano, Volodymyr Zelensky, que, sobre la base de hechos no debidamente comprobados, construyera una narrativa tendiente a desprestigiar a su oponente Joe Biden.³³⁰ Todo ello salió a la luz a raíz

326 Los anteriores fueron Andrew Johnson, en 1868, y William Clinton, en 1998-1999.

327 La primera tuvo lugar en 2019, durante el 116º Congreso; y la segunda, en 2021, durante el 117º Congreso.

328 Sobre los juicios políticos a Trump, pueden verse Mueller et al. (2019) y Nourse (2021).

329 Ya en los primeros meses de 2017 llevó a cabo numerosos actos políticos tendientes a recaudar fondos para su campaña.

330 Los hechos con los cuales Trump intentaba desprestigiar a Biden estaban relacionados con su hijo,

de una denuncia anónima³³¹ efectuada en agosto de 2019, según la cual Trump habría presionado a Zelensky para obtener su ayuda, reteniendo el envío de un paquete de ayuda militar y económica a Ucrania de unos 400 millones de dólares.³³² Trump diría luego que esta demora tuvo lugar por la corrupción existente en Ucrania.

A mediados de septiembre de 2019, cuando la denuncia tomó estado público, comenzaron en el House los preparativos para determinar si existían motivos suficientes para acusar a Trump en un juicio político. Nancy Pelosi anunció entonces que seis comisiones de la cámara llevarían a cabo esta investigación preliminar,³³³ tendiente a determinar si Trump había incurrido en violación a su juramento presidencial afectando así la seguridad nacional y la transparencia del sistema electoral.

Luego de un mes en el cual tres de esas comisiones tomaron diversos testimonios,³³⁴ James P. McGovern, representante de Massachusetts, introdujo en el House Rules Committee un proyecto de resolución autorizando formalmente el comienzo de la investigación, que fue aprobada en el recinto –por una mayoría de 232-196– el 31 de octubre.³³⁵ Durante el mes de noviembre, el House Intelligence Committee tomó numerosas declaraciones en audiencia pública,³³⁶ y

Robert Hunter Biden, abogado y director de Burisma Holdings Limited, una compañía de gas ucraniana cuyo propietario, Mykola Zlochevsky, estaba acusado de lavado de dinero.

- 331 En los Estados Unidos, la actividad de los denunciantes anónimos (*whistleblowers*) cuando se trata de hechos de corrupción económica, está regulada legalmente por medio de las llamadas *Qui Tam Actions*, que prevén una recompensa económica cuando se recuperan fondos como resultado de la denuncia. Ver Bianchi (2001/2002, p. 589).
- 332 Según el denunciante, esta maniobra involucraba al abogado personal de Trump, Rudolph (Rudy) Giuliani, exintendente de New York, y al *Attorney General* William Barr, que habrían sido quienes se comunicaron con el Gobierno de Zelensky.
- 333 Intervinieron las siguientes comisiones: Committee on Financial Services, Committee on the Judiciary, Permanent Select Committee on Intelligence, Committee on Foreign Affairs, Committee on Oversight and Reform y Committee on Ways and Means (Comisión de Presupuesto).
- 334 Declararon, entre otras personas, Laura Cooper, funcionaria del Departamento de Defensa en el área de asuntos ucranianos, rusos y euroasiáticos (*Deputy Assistant Secretary of Defense for Russia, Ukraine, Eurasia*), Fiona Hill, directora para Europa y Rusia del *National Security Council*, y William B. Taylor, embajador de los Estados Unidos en Ucrania.
- 335 Hasta ese momento, la Casa Blanca se había negado a prestar colaboración con la investigación preliminar. Pasquale (Pat) Cipollone, el *White House Counsel*, sostenía que la investigación no contaba todavía con una aprobación del House y las declaraciones se tomaban a puertas cerradas.
- 336 Declararon, entre otras personas, Marie Yovanovitch, exembajadora ante Ucrania (2016-2019), Alexander Vindman, director para asuntos europeos del *National Security Council*, Jennifer Williams, asesora del vicepresidente Pence en asuntos rusos y europeos, Timothy A. Morrison, asesor presidencial en esos mismos asuntos, y Kurt Volker, exembajador ante la NATO y representante del Gobierno norteamericano en las negociaciones con Ucrania.

el 3 de diciembre –por un voto de 13-9, dividido partisanamente– propició un informe que señalaba que Trump se había valido de la ayuda de un Gobierno extranjero para interferir la campaña electoral,³³⁷ por lo cual decidió enviar las actuaciones al House Judiciary Committee. Al día siguiente, se llevaron a cabo las audiencias para laborar los *articles of impeachment*³³⁸ y, el 5 de diciembre, la *Speaker* Nancy Pelosi autorizó al Judiciary Committee a redactarlos.

21.2. Los *articles of impeachment*

El 10 de diciembre, la Comisión de Asuntos Judiciales anunció que los *articles of impeachment* serían dos: abuso de poder y obstrucción del Congreso. El texto de estos fue conocido ese mismo día, junto con el borrador del extenso informe que los fundamentaba constitucionalmente. El 13 de diciembre, la Comisión los aprobó por una mayoría de 23-17³³⁹ y fueron introducidos en el House por medio de la Resolución No. 755, fechada el 18 de diciembre, en la cual se detalla la acusación fundada en el abuso de poder³⁴⁰ y la obstrucción del Congreso.³⁴¹ Un día antes, el 17 de diciembre, fueron discutidas en la Comisión de Re-

337 El ala republicana de la Comisión produjo, a su vez, un documento que señalaba que no existía evidencia de que Trump hubiera provocado tal interferencia y que la investigación tenía fines puramente políticos.

338 En estas audiencias fueron consultados especialistas en derecho constitucional de ambos partidos. Los demócratas presentaron a Noah R. Feldman, profesor de la Harvard University, Pamela S. Karlan, asistente del *Attorney General* en la División de Derechos Civiles del Departamento de Justicia y profesora en la Stanford Law School, y Michael J. Gerhardt, profesor en North Carolina University School of Law. Los republicanos contaron con la asistencia de Jonathan Turley, profesor en la George Washington University Law School.

339 Votaron todos los representantes demócratas que la integraban, con excepción de Ted W. Lieu, de California, que estaba enfermo ese día.

340 En su parte relevante, este artículo dice: “Using the powers of his high office, President Trump solicited the interference of a foreign government, Ukraine, in the 2020 United States Presidential election. He did so through a scheme or course of conduct that included soliciting the Government of Ukraine to publicly announce investigations that would benefit his reelection, harm the election prospects of a political opponent, and influence the 2020 United States Presidential election to his advantage. President Trump also sought to pressure the Government of Ukraine to take these steps by conditioning official United States Government acts of significant value to Ukraine on its public announcement of the investigations. President Trump engaged in this scheme or course of conduct for corrupt purposes in pursuit of personal political benefit. In so doing, President Trump used the powers of the Presidency in a manner that compromised the national security of the United States and undermined the integrity of the United States democratic process. He thus ignored and injured the interests of the Nation”.

341 En su parte relevante, este Artículo dice: “[...] President Trump has abused the powers of the Presidency in a manner offensive to, and subversive of, the Constitution, in that: The House of Representatives has engaged in an impeachment inquiry focused on President Trump’s corrupt

glamento (House Committee on Rules), en medio de un acalorado debate,³⁴² las reglas de procedimiento que fueron aprobadas por una mayoría de 228-197.

21.3. La acusación en el House y el juicio en el Senado

En el House, la acusación no se demoró. El mismo día en el que fue introducida la Resolución No. 755, se votaron favorablemente los dos *articles of impeachment*. El primero fue aprobado por 230 votos contra 197;³⁴³ y el segundo, por 229 contra 198.³⁴⁴ En el Senado, el equipo de representantes demócratas encargados de llevar adelante la acusación³⁴⁵ hizo su alegato de inicio (*opening statement*) entre el 22 y el 24 de enero de 2021, y la defensa³⁴⁶ presentó sus argumentos entre el 25 y el 28 de enero. El debate se llevó a cabo entre el 29 y el 31 y, ese mismo día, 51 senadores (todos republicanos) votaron en contra de citar a testigos y requerir documentos. La votación tuvo lugar el 5 de febrero. Para destituir al presidente, era necesaria una mayoría de dos tercios que no se

solicitation of the Government of Ukraine to interfere in the 2020 United States Presidential election. As part of this impeachment inquiry, the Committees undertaking the investigation served subpoenas seeking documents and testimony deemed vital to the inquiry from various Executive Branch agencies and offices, and current and former officials. In response, without lawful cause or excuse, President Trump directed Executive Branch agencies, offices, and officials not to comply with those subpoenas. President Trump thus interposed the powers of the Presidency against the lawful subpoenas of the House of Representatives, and assumed to himself functions and judgments necessary to the exercise of the «sole Power of Impeachment» vested by the Constitution in the House of Representatives”.

- 342 Barry Loudermilk, representante de Georgia, llegó a decir que el juicio a Trump se parecía al de Jesucristo.
- 343 Todos los republicanos votaron en contra y todos los demócratas a favor, con excepción de Collin C. Peterson, de Minnesota, Jefferson H. Van Drew, de New Jersey, y Tulsi Gabbard, de Hawaii. Peterson es un demócrata moderado y uno de los fundadores de la llamada Blue Dog Coalition, un caucus del House que nuclea a los que militan en la línea conservadora de su partido. Van Drew, otro demócrata moderado, se ha pasado a las filas republicanas en 2020. Gabbard, por su lado, emitió un voto neutro señalando tan solo “presente”. A los demócratas se sumó Justin Amash, representante independiente de Michigan.
- 344 En este caso, la votación fue muy similar también. Además votaron en contra Peterson, Van Drew y se sumó a ellos Jared Golden, de Maine. Como en el caso del primer artículo, también votó a favor Justin Amash.
- 345 Estaba integrado por siete representantes: Adam Schiff (California), Jerrold L. Nadler (New York), Susan E. Lofgren (California), Hakeem Sekou Jeffries (New York), Valdez Venita Demings (Florida), Jason Crow (Colorado) y Sylvia Rodriguez Garcia (Texas).
- 346 El equipo de la defensa estaba liderado por Pasquale A. Cipollone, el abogado de la Casa Blanca, y lo integraba también Alan Dershowitz, conocido profesor de Harvard que se ha hecho célebre, entre otras razones, por tomar casos penales de personalidades conocidas y controvertidas, como Claus von Bülow y O. J. Simpson.

alcanzó. Fuertemente abroquelados, los senadores republicanos votaron todos en contra del primer cargo, y respecto al segundo, solo votó a favor Mitt Romney, de Utah.

22. Las elecciones de 2020

Como parte de los equilibrios de este período, las elecciones del 3 de noviembre de 2020 les devolvieron la Casa Blanca a los demócratas, les hicieron perder catorce bancas en el House y les permitieron recobraron tres en el Senado, donde, con la ayuda de los senadores independientes, quedaron empatados 50-50.

En las elecciones presidenciales compitieron los *incumbents* Trump y Pence contra Joe Biden y Kamala Harris, que triunfaron en el voto popular³⁴⁷ y en el colegio electoral.³⁴⁸ Los primeros ganaron en los estados del centro y sur del país, donde –salvo Texas, que tiene 38 electores, y Florida, que tiene 29– los restantes tienen cantidades inferiores. Biden y Harris, en cambio, resultaron victoriosos en ambas costas: California tiene 55 electores y New York tiene 29.³⁴⁹ Era la primera vez desde las elecciones 1992, cuando Clinton venció a Bush (padre), que un presidente no renovaba su mandato.³⁵⁰ Fiel a su estilo, Trump alegó que las elecciones habían sido fraudulentas y desencadenó los hechos de violencia en el Capitolio que mencionaré más abajo, precipitando, además, su segundo *impeachment*.

El triunfo en las elecciones presidenciales no acompañó a los demócratas en las del House, pese a todas las expectativas en contrario. Si bien en el 117º Congreso (2021-2023) retuvieron la mayoría, perdieron 14 bancas y quedaron a una distancia de tan solo 10/11 de los republicanos.³⁵¹ En el Senado, en cambio, el resultado los favoreció. Se disputaban 33 bancas de la Clase 2, de las cuales 21 estaban ocupadas por republicanos, lo que colocaba de su lado el riesgo de perderlas.³⁵² Con la pérdida de 3 bancas, los republicanos descendieron a 50 y los

347 La fórmula Biden-Harris obtuvo, aproximadamente, 81.300.000 votos (51,3%); y Trump-Pence, unos 74.250.000 (46,9%).

348 Sobre un total de 538, Biden-Harris obtuvo 306; y Trump-Pence, 232. Los votos necesarios para ganar eran 270.

349 También resultaron ganadores en Illinois y Pennsylvania, con veinte electores cada uno.

350 Ciertamente Bush venía de ser ocho años vicepresidente de Ronald Reagan, mientras que a Trump lo precedían los dos mandatos de Barack Obama.

351 Tal como mencioné antes (ver nota 10), las cifras varían un poco a lo largo de los dos años del 117º Congreso.

352 A ellas se les sumaban una banca de Arizona, vacante por la muerte de John McCain, y otra de

demócratas ascendieron a 48, a las cuales se les sumaron las 2 de los senadores independientes, produciendo el empate 50-50.

En síntesis, aun habiendo perdido en el House, la elección de 2020 fue claramente favorable a los demócratas y Joe Biden pudo sentarse en la Casa Blanca, en enero de 2021, con la tranquilidad de tener mayoría en ambas cámaras, pues en el Senado contaba con el *tie breaking vote* de Kamala Harris, quien, como vimos, lo ha usado en reiteradas ocasiones.

23. El ataque al Capitolio

Luego de su derrota en las elecciones de noviembre de 2020, Trump inició una furibunda campaña alegando que los comicios habían sido fraudulentos, sin haber obtenido otro resultado que enturbiar las aguas.

Mientras se desarrollaban estos acontecimientos, el 6 de enero de 2021 tenía que reunirse el Congreso para certificar los resultados del colegio electoral, una ceremonia que es usualmente formal y pacífica. Ese día, sin embargo, el Capitolio fue objeto de un acto de vandalismo de una magnitud no registrada desde que los ingleses lo incendiaron en 1814 durante la guerra de 1812.³⁵³ Un grupo numeroso de fanáticos exaltados³⁵⁴ marchó hacia el Congreso temprano esa tarde, intentado detener el recuento de votos; forzaron el perímetro policial, ingresaron al edificio y causaron una serie importante de destrozos,³⁵⁵ obligando a suspender las sesiones en ambas cámaras.³⁵⁶

Trump se resistió a mandar la Guardia Nacional para detenerlos y tan solo envió un *tweet* exhortándolos a que regresaran a sus casas.³⁵⁷ Los incidentes fueron controlados hacia las 6 pm. Pocas horas después, ambas cámaras se reu-

Georgia, donde había renunciado John H. Isakson, ambos republicanos.

353 En el pasado se habían producido otros incidentes, pero fueron menores. Entre ellos, en 1971, el llamado Weather Underground, un grupo radicalizado de izquierda, había hecho estallar una bomba en un baño debajo del recinto del Senado, y en 1954, nacionalistas de Puerto Rico dispararon contra los legisladores desde la galería del House.

354 Se estima que fueron unas 2.000 personas. Ver: <https://www.npr.org/2021/02/09/965472049/the-capitol-siege-the-arrested-and-their-stories>.

355 Emplazaron una horca en la calle y dentro del edificio vandalizaron las oficinas de Nancy Pelosi.

356 Ese mismo día, en ciudades de California, Georgia, Oklahoma, Kansas y Oregon, se produjeron manifestaciones similares, aunque no fueron tan violentas.

357 Durante los incidentes, hubo varios heridos y un policía disparó sobre Ashli Babbitt –una exmilitar de la Fuerza Aérea que había servido en Afganistán e Irak– cuando intentaba entrar por una ventana, hiriéndola de muerte. También murió, dos días después de un ataque al corazón, Brian Sicknick, un oficial de la policía que fue rociado con espray de pimienta.

nieron nuevamente y Biden fue declarado presidente en la madrugada siguiente.³⁵⁸ Una semana después, el presidente enfrentó su segundo juicio político y en el House se formó una comisión investigadora, que no ha concluido aún su tarea.³⁵⁹

24. El segundo *impeachment* de Donald Trump

Un año después del primer juicio político, Trump enfrentó por segunda vez esa misma instancia. Se lo acusó, en este caso, de haber incitado al ataque al Congreso ocurrido el 6 de enero de 2021, mencionado en el punto anterior.

Pocas horas después de este hecho, varios representantes demócratas comenzaron a pedir un nuevo juicio político contra Trump.³⁶⁰ Entre ellos, Ilhan Omar, de Minnesota, redactó los *articles of impeachment*.³⁶¹ También emprendieron similar tarea David Cicilline, de Rhode Island, Ted Lieu, de California, y Jamin Ben Raskin, de Maryland. En esta oportunidad, el único cargo formulado fue el de *incitement of insurrection*. La acusación fue aprobada por medio de la Resolución No. 24³⁶² el 13 de enero por una mayoría de 222-197 votos.

358 Como resultado de estos incidentes en Washington, D.C. y en otras ciudades, fueron arrestadas unas 700 personas y se iniciaron numerosos juicios penales, en los cuales muchos de los acusados se declararon culpables. Ver: <https://www.justice.gov/usao-dc/one-year-jan-6-attack-capitol>.

359 Ver: <https://january6th.house.gov/>.

360 Se discutió también si Trump debía ser removido por aplicación de la Enmienda 25, pero finalmente se optó por la promoción del juicio político. Esta Enmienda, ratificada en 1967, permite la remoción del presidente cuando se lo considera inapto para desempeñar el cargo. Según establece su Sección 4, “cuando el Vicepresidente y la mayoría de los principales funcionarios de los departamentos ejecutivos o de cualquier otro cuerpo que el Congreso autorizara por ley transmitieran al Presidente pro tempore del Senado y al Presidente de Debates de la Cámara de Diputados su declaración escrita de que el Presidente está imposibilitado de ejercer los derechos y deberes de su cargo, el Vicepresidente inmediatamente asumirá los derechos y deberes del cargo como Presidente en funciones”.

361 Recordemos que Omar es una de las integrantes del grupo ultraliberal autodenominado Squad. Ver el apartado 18.

362 En su parte pertinente, esta Resolución dice: “[...] President Trump’s conduct on January 6, 2021, followed his prior efforts to subvert and obstruct the certification of the results of the 2020 Presidential election. Those prior efforts included a phone call on January 2, 2021, during which President Trump urged the secretary of state of Georgia, Brad Raffensperger, to «find» enough votes to overturn the Georgia Presidential election results and threatened Secretary Raffensperger if he failed to do so.

In all this, President Trump gravely endangered the security of the United States and its institutions of Government. He threatened the integrity of the democratic system, interfered with the peaceful transition of power, and imperiled a coequal branch of Government. He thereby betrayed his trust as President, to the manifest injury of the people of the United States.

Wherefore, Donald John Trump, by such conduct, has demonstrated that he will remain a threat

Nancy Pelosi designó, entonces, al equipo de representantes que llevaría a cabo la acusación en el Senado.³⁶³ La defensa fue liderada por Michael van der Veen, un abogado que ejerce en Philadelphia.

El juicio comenzó el 9 de febrero y concluyó tres días después, el 12 de febrero, con la absolución (*acquittal*) de Trump por un voto de 57 senadores a favor de la destitución³⁶⁴ y 43 en contra.³⁶⁵ La particularidad de este proceso era que Trump, por entonces, ya era prácticamente un expresidente,³⁶⁶ de modo tal que el senador Rand H. Paul, de Kentucky, pidió que el juicio fuera desestimado, pero su moción fue rechazada por 55-45 votos.

25. Las sesiones del Congreso durante el COVID-19

Como ocurrió en todas las legislaturas, el Congreso de los Estados Unidos tuvo que decidir cómo resolvería la cuestión de la presencialidad de las sesiones mientras durara la pandemia del COVID-19. Si bien las sesiones no fueron formalmente suspendidas ni se llevaron a cabo en forma remota, cada cámara resolvió la cuestión en forma diferente.³⁶⁷ El House, donde el *proxy vote*³⁶⁸ no está permitido ni en el recinto ni en las comisiones,³⁶⁹ lo autorizó temporal-

to national security, democracy, and the Constitution if allowed to remain in office, and has acted in a manner grossly incompatible with self-governance and the rule of law. Donald John Trump thus warrants impeachment and trial, removal from office, and disqualification to hold and enjoy any office of honor, trust, or profit under the United States". Ver: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-resolution/24/text>.

363 Junto con Raskin, Lieu y Cicilline, este equipo estuvo integrado por Diana DeGette (Colorado), Joaquin Castro (Texas), Eric M. Swalwell (California), Joseph D. Neguse (Colorado), Madeleine D. Cunnane (Pennsylvania) y Stacey E. Plaskett (U.S. Virgin Islands).

364 Votaron por la acusación los 48 senadores demócratas, los 2 independientes y 7 republicanos. Estos últimos fueron: Richard M. Burr (North Carolina), William M. Cassidy (Louisiana), Susan M. Collins (Maine), Lisa A. Murkowski (Alaska), Mitt Romney (Utah), Benjamin E. Sasse (Nebraska) y Patrick Joseph Toomey (Pennsylvania).

365 Se necesitaban 67 votos para declararlo culpable.

366 Su mandato concluyó formalmente el 20 de enero de 2021, cuando le entregó el poder a Joe Biden.

367 Dos representantes republicanos murieron a causa del COVID-19: Ronald Wright, de Texas, y Luke Letlow, de Louisiana. Este último había sido elegido para el 117° Congreso (2021-2023), pero falleció pocos días antes de asumir.

368 Tomado del Parlamento inglés, es un sistema por medio del cual un legislador le encomienda a otro que vote en su nombre.

369 La Regla XI(2)(f) del Reglamento del House lo prohíbe expresamente para el voto en comisiones: "Vote by a member of a committee or subcommittee with respect to any measure or matter may not be cast by proxy".

mente, incluso para el voto en el recinto, durante los 116° y 117° Congresos.³⁷⁰ Con ello se permitía la asistencia de menos legisladores, lo cual favorecía el distanciamiento entre cada uno.³⁷¹ En el Senado, en cambio, el *proxy vote* no está permitido en el recinto, pero en las comisiones, si bien no rige como regla general, tampoco está expresamente prohibido y puede ser utilizado si se lo reglamenta específicamente para algunas ocasiones.³⁷² Pese a esta autorización, el Senado no empleó el *proxy vote*.

26. Un nuevo intento de convertir en estado al Distrito de Columbia

Ya vimos que el Distrito de Columbia, pese a ser la capital de la nación, tiene en el Congreso una representación limitada.³⁷³ En 2021, durante el 117° Congreso, se hizo un nuevo intento por convertirlo en estado, lo cual, hasta ahora, no ha prosperado. El proyecto de ley fue presentado el 4 de enero de 2021 por Eleanor Holmes Norton, delegada del Distrito en el Congreso, con el apoyo de casi toda la bancada demócrata,³⁷⁴ y fue aprobado poco después, el 22 de abril, con una mayoría muy dividida de 216-208 votos. Luego de ello, fue enviado al Senado el 26 de enero de 2022, donde fue remitido al Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, sin que hasta el momento haya tenido otro movimiento.³⁷⁵ Si bien la oposición republicana a que el Distrito de Columbia sea un estado es tradicionalmente muy fuerte, en esta oportunidad, la leve mayoría demócrata en el Senado –luego de la elección de noviembre de 2022–³⁷⁶ y el apoyo de Biden al proyecto podrían cambiar el curso de los acontecimientos.

370 Estas autorizaciones fueron otorgadas, respectivamente, por medio de la H. Resolution No. 965, del 15 de mayo de 2020, y la H. Resolution No. 8, del 4 de enero de 2021.

371 La primera Resolución fue impugnada judicialmente por Kevin McCarthy, representante de California y líder de la minoría republicana en el House. Rechazada la demanda en las instancias anteriores, la Corte denegó, a su vez, el *certiorari*. *McCarthy v. Pelosi*, decisión del 24 de enero de 2022.

372 Así lo dispone la Regla XXVI(7)(a)(3): “The vote of any committee to report a measure or matter shall require the concurrence of a majority of the members of the committee who are present. No vote of any member of any committee to report a measure or matter may be cast by proxy if rules adopted by such committee forbid the casting of votes for that purpose by proxy [...]”.

373 Ver Bianchi (2022, p. 557).

374 House Resolution No. 51 - Washington, D.C. Admission Act. Ver el texto completo del proyecto y su trámite parlamentario en <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/house-bill/51/titles>. Ya había sido introducido, sin éxito, en enero de 2019 durante el 116° Congreso (2019-2021).

375 Ver: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/51?r=41&s=8>.

376 Ver el apartado 29.

27. El acuerdo para designar a Ketanji Brown Jackson

El 27 de enero de 2022, Stephen Breyer anunció que se retiraría de la Corte, luego de 28 años de servicio en el tribunal.³⁷⁷ Si bien ello les permitía a los demócratas cubrir la vacante con un nuevo juez de su partido, mucho más joven, la renuncia de Breyer no alteraba la mayoría de 6-3 que ya tenían por entonces los republicanos. Para sucederlo, fue elegida fue Ketanji Onyika Brown Jackson, de 52 años, jueza de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia.³⁷⁸ Egresada de la Harvard University, Jackson es afroamericana y descende de esclavos oriundos de Georgia por padre y madre.³⁷⁹

Biden hizo pública la candidatura casi un mes después, el 25 de febrero, cumpliendo con ello su promesa –hecha en la campaña presidencial de 2020– de que nombraría en la Corte a una jueza afroamericana. No cabe duda alguna de que Jackson es de tendencia política liberal, pero su breve carrera como jueza de cámara no permitía, al momento de ser nombrada, identificarla con un criterio preciso sobre su modo de interpretar la Constitución.

Su confirmación en el Senado no fue traumática y estuvo partisanamente dividida, tal como era previsible. El pliego fue enviado al Senado el 28 de febrero y las audiencias de confirmación comenzaron el 21 de marzo. La Comisión de Asuntos Judiciales (Senate Judiciary Committee) empató 11-11, pero luego, en el recinto, el acuerdo fue otorgado el 4 de abril por una mayoría de 53-47 votos.³⁸⁰ El 23 de junio, su antecesor, Stephen Breyer, le tomó juramento.

28. El apoyo del Congreso a Ucrania

Poco después de que Rusia invadiera Ucrania, en febrero de 2022, el Congreso sancionó la llamada Ukraine Democracy Defense Lend-Lease Act of 2022,³⁸¹ mediante la cual el Gobierno del presidente Volodímir Zelenski ha recibido préstamos por medio del sistema *lend lease*, similar al que fue empleado durante la Segunda Guerra Mundial para financiar al Reino Unido antes de que los Estados Unidos ingresaran directamente en el conflicto.

377 Había sido designado por Bill Clinton en 1994.

378 Su experiencia como jueza en este tribunal fue muy breve, pues había sido nombrada por Biden apenas seis meses antes, en junio de 2021. Antes de ello, había sido jueza del Tribunal de distrito del Distrito de Columbia (U.S. District Court for the District of Columbia), donde había sido designada en 2013 por Barak Obama.

379 Junto con Clarence Thomas, es la segunda jueza de la Corte que posee estos antecedentes familiares.

380 Los senadores republicanos Mitt Romney, Lisa Murkowski y Susan Collins, que habían votado por la destitución de Trump en el segundo juicio político, le dieron su aprobación.

381 Public Law 117-118; 136 Statutes at Large 1184.

29. Las elecciones de 2022 y el 118° Congreso (2023-2025)

El 8 de noviembre de 2022 tuvieron lugar las elecciones legislativas para renovar representantes y diputados para el 118° Congreso (2023-2025). En el Senado, se disputaban 34 bancas de la Clase 3, de las cuales 14 les correspondían a los demócratas y veinte a los republicanos. La renovación en el House era completa, como siempre,³⁸² y también hubo elecciones en 39 estados y en los dominios. Se esperaba una *red wave* (marea roja), es decir, un amplio triunfo republicano,³⁸³ pero no fue así.³⁸⁴ Los demócratas ganaron una banca a expensas de los republicanos³⁸⁵ y equilibraron la balanza en 49-49, pero el voto de los senadores independientes³⁸⁶ les otorga la mayoría. Con ello, el liderazgo del Senado ha pasado de Mitch McConnell a Charles (Chuck) Schumer.

En el House les fue mejor a los republicanos, aunque tampoco tuvieron un triunfo amplio. Obtuvieron 9 bancas que perdieron los demócratas y, como resultado de ello, pasaron a ser mayoría con 222 a 213, lo que le ha costado a Nancy Pelosi perder la presidencia del House. En las elecciones estatales, los demócratas obtuvieron un mejor resultado. Si bien en la mayoría de los estados los *incumbents* retuvieron su sitio, los demócratas ganaron las gobernaciones de Arizona, Maryland y Massachusetts, mientras que los republicanos solo obtuvieron la de Nevada. Como resultado de ello, luego de las elecciones de 2022, hay 24 gobernadores demócratas y 26 republicanos.

30. Una dilatada elección del *Speaker*

Con mayoría republicana en el House, Nancy Pelosi perdió su posición de *Speaker* y fue necesario elegir al reemplazante. La elección no fue fácil. El candidato era Kevin McCarthy, de California, pero contaba con la oposición de

382 En esta elección, la redistribución distrital (*reapportionment*) se hizo conforme al Censo llevado a cabo en 2020.

383 Recordemos que ambos partidos, además de estar representados por el burro (demócratas) y el elefante (republicanos), están identificados también por colores: azul los demócratas y rojo los republicanos.

384 Uno de los factores que desfavoreció a los republicanos fue la decisión de la Corte Suprema en el caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 U.S. ____ (2022) que, al revocar lo decidido en *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), declaró que no existe en la Constitución un derecho a abortar y dispuso que esta materia debería ser regulada, en particular, por cada estado.

385 Es la banca que obtuvo John Karl Fetterman, de Pennsylvania, ubicado en el sector progresista de los demócratas.

386 Bernie Sanders (Vermont) y Angus S. King (Maine).

los *hardliners* de su propio partido. Finalmente, luego de 15 votaciones³⁸⁷ y habiendo hecho numerosas concesiones, McCarthy fue elegido el 7 de enero de 2023 por 216 votos.

31. Conclusiones

Estos últimos 15 años muestran un Congreso cada vez más equilibrado en sus fuerzas políticas, pero, al mismo tiempo, con partidos políticos mucho más radicalizados ideológicamente. Si bien republicanos y demócratas se han alternado regularmente en el control de ambas cámaras, en cada partido aparecen figuras que tienden a sus extremos. Por poner tan solo dos ejemplos menciono al senador McConnell, que obstruyó a toda costa la candidatura de Merrick Garland para juez de la Corte Suprema, y la formación del llamado Squad en el House, donde militan los demócratas más liberales. Esta tendencia ha producido, incluso, hechos de violencia, como el asalto al Capitolio del 6 de enero de 2021 por parte de un grupo de republicanos exaltados, lo cual dio lugar al segundo *impeachment* de Donald Trump, otro hecho singular, pues nunca antes en la historia de los Estados Unidos un presidente había sido enjuiciado políticamente dos veces en un mismo mandato. Esta polarización ideológica también se refleja en las designaciones de jueces en la Corte Suprema.

En síntesis, si bien la madurez política del sistema político de los Estados Unidos permite una alternancia muy regular de sus partidos en el Congreso, ello contrasta con el endurecimiento ideológico interno que se advierte en ambos.

Bibliografía

- Abramoff, J. (2011). *Capitol Punishment: The Hard Truth About Washington Corruption From America's Most Notorious Lobbyist*. WND Books.
- Bianchi, A. B. (2022). El Congreso de los Estados Unidos. Un cuarto de siglo de equilibrio partidario: 1981-2007. *Revista Jurídica Austral*, 3(2), 531-590. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.bia>.
- Bianchi, A. B. (2001-2002). Las Acciones Qui Tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos. *El Derecho Administrativo*, 2001/2002, p. 589-595.
- Brooks, R. G. (2016). *Understanding the Affordable Care Act*. Edición del autor.

387 Hacia 164 años que la elección del *Speaker* no era tan reñida.

- Cantor, E., McCarthy, K. y Ryan, P. (2010). *Young Guns: A New Generation of Conservative Leaders*. Threshold Editions.
- Cole, D. (2009). *The Torture Memos. Rationalizing the Unthinkable*. The New Press.
- Emanuel, E. J. (2015). *Reinventing American Health Care*. Public Affairs.
- Gorsuch, N. (2009). *The Future of Assisted Suicide and Euthanasia*. Princeton University Press.
- MacGillis, A. (2014). *The Cynic: The Political Education of Mitch McConnell*. Simon & Schuster.
- Mueller, R. S., Bazán, E. B. y Nourse, V. F. (2019). *The Impeachments of Donald Trump: An Introduction to Constitutional Interpretation*. West Academic Publishing.
- Norquist, G. G. (2015). *End the IRS Before It Ends Us. How to Restore a Low Tax, High Growth, Wealthy America*. Center Street.
- Nourse, V. F. (2021). *The Impeachments of Donald Trump: An Introduction to Constitutional Interpretation*. West Academic Publishing.
- Page, S. (2021). *Madam Speaker: Nancy Pelosi and the Lessons of Power*. Twelve-Hachette Book Group.
- Powe, L. A. (2021). *The Supreme Court and the American Elite* (2ª ed.). University Press of Kansas.
- Reid, H. (2008). *The Good Fight. Hard Lessons from Searchlight to Washington*. Penguin Group.
- Roberts, L. (2008). *The Great Housing Bubble: Why Did House Prices Fall?* Monterey Cypress Publishing.
- Ryan, P. (2015). *The Way Forward: Renewing the American Idea*. Twelve, Hachette Group Book.
- Scalia, A. (1997). *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press.
- The Federalist Society for Law and Public Policy Studies. (s.f.). *About us*. <https://fedsoc.org/about-us>.
- Transcript: Pope Francis's speech to Congress*. (s.f.). The Washington Post. https://www.washingtonpost.com/local/social-issues/transcript-pope-franciss-speech-to-congress/2015/09/24/6d7d7ac8-62bf-11e5-8e9e-dce8a2a2a679_story.html.
- U.S. National Library of Medicine. (s.f.). *Origins of the National Institutes of Health*. https://wayback.archive-it.org/org-350/20160831195413/https://www.nlm.nih.gov/exhibition/nih_origins/independent.html.

EL DISIDENTE: A SEIS AÑOS DE LA LLEGADA DE CARLOS ROSENKRANTZ A LA CORTE SUPREMA

Jerónimo Lau Alberdi¹

Facultad de Derecho, Universidad Austral

JLauAlberdi@austral.edu.ar

Recibido: 07/04/2023

Aceptado: 08/05/2023

Resumen

Este trabajo presenta una investigación empírica cuantitativa y cualitativa de los votos en disidencia del juez Carlos Rosenkrantz en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y explora el efecto que sus votos en minoría tienen en el concepto de legitimidad del tribunal.

Palabras clave: Carlos Rosenkrantz, Corte Suprema, disidencia, comportamiento judicial, Schiffrin, Muiña, Batalla, Fernández de Kirchner, COVID-19, legitimidad, judicialización de la política.

Carlos Rosenkrantz, the Dissenting Justice, Six Years after his Becoming a Supreme Court Justice

Abstract

This article undertakes a thorough analysis of Justice Carlos Rosenkrantz's dissenting opinions in the Argentine Supreme Court, employing both qualitative and quantitative empirical methods. The primary aim is to investigate how these dissents influence the Court's perceived legitimacy.

1 Agradezco a Alfonso Santiago (h.), Manuel José García-Mansilla, Martín Oyhanarte (h.), Pablo Hirschmann, Estela B. Sacristán, Josh Chafetz, David S. Law, Craig Hoffman, Michelle Ueland, Ignacio Boulín-Victoria, Verónica Nolazco e Ignacio Díaz Solimine por sus críticas, comentarios y sugerencias. El borrador inicial de este trabajo fue escrito en inglés durante mi estadia en Washington, D.C.; la versión en español fue presentada como trabajo final de investigación para optar por el título de magíster (LL.M.) en Derecho Constitucional en la Universidad Austral. El tribunal examinador estuvo integrado por los profesores Manuel José García-Mansilla, Estela B. Sacristán y Martín Oyhanarte (h.). Cualquier error o infelicidad son, por supuesto, míos.

Key words: Carlos Rosenkrantz, Supreme Court, dissenting opinion, judicial behavior, Schiffrin, Muiña, Batalla, Fernández de Kirchner, COVID-19, legitimacy, judicial politics.

1. Introducción

En los últimos años, los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos se han convertido en celebridades con seguidores y fanáticos (Lerner y Lund, 2010; Sherry, 2020).² Dedicar e invierten una cantidad significativa de tiempo a escribir autobiografías y memorias, presentar libros, dar conferencias, actuar como jueces en simulación de audiencias, enseñar en universidades, hablar ante estudiantes en actos de graduación y aparecer en la radio o en la televisión.³

La seducción de la fama cambia indirectamente la visión que el público tiene de la Corte. Crea incentivos para que los jueces mantengan y mejoren su posición con sus seguidores y adoradores (ideológicamente polarizados) y crean un legado duradero con y más allá de sus opiniones judiciales. En otras palabras, juegan para sus fanáticos. Esta búsqueda de atención los lleva a redactar opiniones separadas y escribir con mayor desmesura, aumentando tanto el número de opiniones como la imagen de polarización. Escriben para su base polarizada, no para abogados ni para el público en general. (Sherry, 2020, p. 188)⁴

Este interés en los más altos magistrados del país estadounidense surgió, en parte, debido a la importancia que la sociedad le asigna a la Corte Suprema como ámbito en el cual se dirimen los asuntos más importantes y trascendentes para la vida en sociedad, como el aborto,⁵ el matrimonio igualitario,⁶ casos so-

2 Algunos jueces de la Corte tienen cuentas no oficiales en Twitter, donde publican extractos de sus opiniones y videos de sus entrevistas (por ejemplo, @JusticeThomas); otros, como Ruth Bader Ginsburg, tienen películas (*On the basis of Sex*) y hasta “funkos” (figuras coleccionables de vinilo en forma de muñecos cabezones).

3 Véase, por ejemplo, Epstein et al. (2013, pp. 37-38).

4 En inglés se lee: “The seductiveness of fame indirectly changes the public’s view of the Court. It creates incentives for Justices to maintain and enhance their standing with their adoring (and ideologically polarized) followers and to create a lasting legacy both with and beyond their judicial opinions. In other words, they play to their fans. This attention-seeking leads them to author more separate opinions and write more intemperately, increasing both the number of opinions and at least the appearance of polarization. They write for their polarized base, not for lawyers or even the general public”.

5 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), y, más recientemente, *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).

6 *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

bre libertad de expresión y libertad religiosa⁷ o incluso la portación de armas,⁸ en parte, debido a la notable personalidad de algunos de sus miembros.

Vivimos en una época en la que los jueces de la Corte Suprema no parecen dispuestos a leer recursos extensos, pero sí a escribir votos individuales que, en ocasiones, parecen soliloquios. Las decisiones que se toman por mayoría suelen atraer la mayor parte, sino toda, de la atención. Los votos concurrentes logran una curiosidad significativamente menor (Bennett et al., 2018),⁹ y algunos incluso incentivan a los jueces a que dejen de escribirlos (Ledebur, 2009; Penrose, 2020; Stewart, 1991). Sin embargo, las opiniones en disidencia siempre adquieren notoriedad; tienen sus admiradores no sólo porque argumentan el caso contra la mayoría, sino también porque hay algo romántico en la idea del juez que disiente y se dirige no ya a las partes del proceso, sino que habla hacia el futuro.¹⁰

Lograr que la Corte Suprema alcance una decisión unánime, especialmente en casos difíciles de interpretación constitucional, parece ser algo imposible de lograr. Sin embargo, lo que sucede puertas adentro del tribunal no es ajeno a lo que sucede afuera, donde resulta arduo lograr un consenso unánime en casi cualquier debate. La sociedad está polarizada o fragmentada en una multiplicidad de opiniones, y lo mismo se evidencia en casi cualquier tribunal colegiado. No obstante, alguien podría argumentar que los jueces deberían colaborar y llegar a un consenso en lugar de escribir opiniones separadas inútiles que nunca se convertirían en *lex terrae*. Aunque también es cierto que la unanimidad no siempre fortalece la autoridad de un tribunal. Hay ocasiones en las cuales las opiniones disidentes pueden contribuir a que las decisiones judiciales sean me-

7 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006); *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010); *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania*, 591 U.S. ____ (2020); *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021); *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022); y, más recientemente y aún pendiente de resolución, el caso *303 Creative LLC v. Elenis* (2022-2023).

8 *District of Columbia v. Heller*, 554 U. S. 570 (2008); *McDonald v. Chicago*, 561 U. S. 742 (2010); y, más recientemente, *New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen*, 597 U.S. ____ (2022).

9 Quizá, la concurrencia más famosa en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sea el voto del juez Robert Jackson en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952), la cual es estudiada en el primer año de la carrera de Abogacía.

10 Ver Hughes(1936) (quien señala que “[a] dissent in a court of last resort is an appeal...to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed” (p. 68).

por aceptadas por aquellos que perdieron el caso (Bentsen, 2019),¹¹ particularmente en un entorno político y social altamente polarizado (Salamone, 2018).

En Teoría Política, la disidencia ha sido estudiada principalmente en relación con el poder gubernamental, indagando cómo y en qué medida debe ser promovida, tolerada y controlada por el Estado (Leppänen, 2016). La disidencia¹² a menudo se relaciona con otros tres conceptos: el pensamiento crítico, la tolerancia y el autoexamen. En una sociedad democrática, la disidencia judicial puede ser valiosa para que los tribunales expresen los valores de la democracia deliberativa, participando y contribuyendo a los debates públicos más relevantes sobre los resultados constitucionales y legales (Rasmussen y Rasmussen, 2013).

A seis años de que el juez Carlos Rosenkrantz asumiera en el máximo tribunal del país, considero que es un buen momento para evaluar su desempeño. Y es ahí donde surge un primer dato curioso: una de cada diez resoluciones que firmó lo hizo en disidencia. Este dato podría resultar baladí o poco significativo, pero, en comparación con otros jueces que junto con él integraron el tribunal de manera concomitante, Rosenkrantz tiene el porcentaje más alto de votos en disidencia. Si bien es cierto que se unió a la mayoría en muchos casos trascendentes¹³ y que escribió opiniones concurrentes sumamente interesantes que invitan a la reflexión,¹⁴ este trabajo se centrará exclusivamente en su rol como juez disidente, para lo cual analizaré tres de sus más notables votos en soledad: *Schiffirin*,¹⁵ *Fernández de Kirchner*¹⁶ y *Batalla*.¹⁷ Intentaré argumentar que, en un ambiente de polarización social y política como el que se vive en la República Argentina, el ejercicio razonable del disenso judicial realizado por el juez Rosenkrantz en la Corte Suprema ha sido saludable, amén de deseable,

11 Bentsen (2019) argumenta, después de estudiar la Corte Suprema de Noruega, que cuando el público está muy polarizado sobre un tema, es de esperarse que los jueces también estén polarizados sobre la cuestión que deben resolver.

12 Según el *Black's Law Dictionary* (Garner, 2019), el término “disidencia” significa: “[a] disagreement with a majority opinion, esp. among judges”; cuya traducción sería: “desacuerdo con la opinión de la mayoría, especialmente entre jueces”.

13 Puedo mencionar, entre mucho otros, los siguientes casos, *Abarca*; *Milagro Sala*; *Sindicato Policial Buenos Aires*; *Acuerdo para el Bicentenario c. Provincia de Tucumán*; *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina'*; y *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional*.

14 Véase, por ejemplo, el caso *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Córdoba*.

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffirin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017).

16 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020).

17 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Batalla, Rufino*, Fallos: 341:1768 (2018).

en la medida en que ha contribuido a un efecto positivo en la legitimidad del tribunal.

La primera parte de este trabajo comienza con la historia, el punto de partida lógico y natural para explicar casi todos los debates contemporáneos. Después de profundizar en la aceptación final de opiniones disidentes en la Corte Suprema y explicar el valor de comparar los sistemas legales inglés, estadounidense y argentino, este apartado analiza las teorías tradicionales tanto del derecho como de las ciencias políticas para explicar por qué y cuándo los jueces escriben opiniones disidentes, concluyendo que los aspectos positivos de los votos en disidencia superan con creces a los negativos.

La segunda parte expone un análisis empírico a partir de datos y estadísticas, a la vez que contextualiza esos números que se obtienen del desempeño de los jueces en la Corte Suprema. Luego, el tercer apartado profundiza en tres opiniones disidentes emitidas por el juez Rosenkrantz, explica los antecedentes de cada caso y compara la opinión de la mayoría con la solución alternativa a la cuestión legal que es juzgada.

Finalmente, la cuarta parte tiene como objetivo, por un lado, desentrañar el rol que desempeñó Rosenkrantz en la Corte Suprema y, por el otro, valorar sus opiniones disidentes y analizar el efecto que estas tienen en la sociedad, en el rol del tribunal y en la interpretación del derecho. Para ello, adelanto que se partirá de la premisa de que si bien los debates que se dan en la Corte Suprema son acerca de la interpretación jurídica de la Constitución, al resolver una disputa entre los distintos poderes del Estado o entre el Estado y actores particulares, el máximo tribunal no actúa como un árbitro neutral, sino que interviene en la arena política con igual intensidad, vehemencia y astucia que lo hace el resto de los poderes constituidos electos de manera directa por el pueblo. Por ello, es muy importante visualizar y no confundir, a veces adrede, el deber ser con lo que realmente es. Esta es una tentación muy frecuente en el ámbito académico, en la magistratura judicial y también en la política.

2. Punto de partida. El contexto histórico como herramienta para entender el debate actual

Las opiniones disidentes han crecido en uso y popularidad, pero no siempre ha sido así. Para entender cabalmente la relevancia del tema en Argentina, es necesario primero hacer un acercamiento histórico y comparado al sistema del *common law*. Esto permitirá una comprensión profunda del valor actual del disenso judicial.

2.1. El desarrollo histórico de las opiniones en disidencia

Las opiniones separadas son un obsequio de la práctica del derecho consuetudinario angloamericano. De hecho, la génesis y el crecimiento de la disidencia judicial¹⁸ se encuentran en el derecho medieval de Inglaterra. Cuando se sometían a consideración los conflictos ante un panel de jueces, cada uno tomaba su propia decisión de manera separada. Esta práctica de deliberación y resolución judicial *seriatim* (separada) no era más que una evolución natural del procedimiento oral inglés.

Esta práctica de opiniones en *seriatim* fue ejercida únicamente por los tribunales de última instancia, pues los jueces de primer orden no decidían de manera colegiada. En el sistema judicial inglés, el Judicial Committee of the Privy Council (JCPC o Consejo Privado), la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema (antes denominada Appellate Committee of the House of Lords)¹⁹ resolvían los casos en paneles.

La última apelación disponible de las decisiones de los tribunales coloniales estadounidenses, así como del resto de los países de la Commonwealth y territorios dependientes de la Corona británica, era el Consejo Privado de Inglaterra, que prohibió las opiniones separadas (Simpson, 1923).²⁰ El Consejo vetó expresamente la posibilidad de enunciar una disidencia mediante una orden dictada por sí mismo en 1627, la cual fue reafirmada por la Order in Council el 4 de febrero de 1878 (O.C. 593), manteniéndose hasta 1966 (SI 1966/1100), cuando finalmente se abandonó la ficción de que los jueces sólo daban un consejo a la Corona.²¹ Desde ese año, es posible para los miembros del JCPC escribir una opinión en disidencia.

Una vez determinada la decisión del Consejo, se anunciaba como decisión del pleno, independientemente de las opiniones personales de sus miembros (McWhinney, 1953). La razón de esta aparente unanimidad se basa en el he-

18 “Disenso”, “voto en disidencia” y “opinión disidente”, salvo que aparezcan en un contexto que indique lo contrario, se utilizarán en adelante como términos genéricos que engloban cualquier desacuerdo de uno o varios jueces con el resultado o con el razonamiento suscripto por la mayoría.

19 La Corte Suprema del Reino Unido fue establecida en la Constitutional Reform Act de 2005 y comenzó a funcionar en octubre de 2009.

20 Simpson (1923) señala que esta tradición consagrada por el Parlamento inglés en el siglo XIX se daba “[w]hen the business is to be carried by the most voices, no publication is afterwards to be made by any man, how the particular voices and opinions went” (“es decir, ninguna publicación debe ser realizada posteriormente respecto a cómo resultaron las voces individuales y las opiniones de cada uno”) (p. 207).

21 En los primeros cinco años posteriores a la reforma de 1966, sólo aparecieron 14 casos con votos en disidencia (Kelemen, 2018, pp. 52-56).

cho de que una “decisión” del Consejo constituía solo una recomendación o sugerencia a la Corona, por lo tanto, solo se presentaba esa recomendación de manera unánime. Además, los decretos y resoluciones del Consejo no tenían efecto hasta que fueran confirmados por el rey, y no se concebía que el rey pudiera hablar simultáneamente con dos voces divergentes (ZoBell, 1959). Curiosamente, este mismo enfoque se afianzó en Pensilvania y en Luisiana, donde las opiniones disidentes en las cortes supremas de ambos estados estaban legalmente prohibidas. En Pensilvania, la prohibición podía eludirse sólo cuando el juez disidente pagaba individualmente para publicar la opinión separada.²²

A diferencia de las decisiones del Consejo Privado, el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores (Appellate Committee of the House of Lords, o comúnmente conocido como *Law Lords*) publicaba libremente la opinión de cada miembro, lo que permitía que las “opiniones antagónicas” se ventilaran públicamente. Si bien la decisión era más transparente, exigía un esfuerzo adicional para entender lo que la institución quería decir.

La Corte Suprema de los Estados Unidos siguió la práctica inglesa de escribir opiniones separadas y en serie de los lores (Kelsh, 1999, pp. 139-141), convirtiéndose en una tarea adicional para los abogados discernir el principio legal o *holding* de la decisión. El máximo tribunal federal se reunió por primera vez el 1 de febrero de 1790 en el Exchange Building de la ciudad de Nueva York. Sin embargo, el presidente (*Chief Justice*) de la Corte, John Jay, se vio obligado a posponer la reunión inicial hasta el día siguiente, pues algunos de los jueces no pudieron llegar a tiempo. Las primeras reuniones de la Corte se dedicaron a asuntos administrativos y de organización interna. Los primeros casos llegaron a la Corte Suprema durante su segundo año de funcionamiento y los jueces emitieron su primera decisión el 3 de agosto de 1791 en el caso de *West v. Barnes*.²³ Las primeras opiniones *seriatim* se hallan en los casos *Chisholm v. Georgia*,²⁴ *Penhallow v. Doane's Administrators*,²⁵ *Talbot v. Janson*,²⁶ *Hylton v. United States*,²⁷

22 La Pennsylvania Act de 1845 ordenó que no se pudiera publicar “ninguna opinión minoritaria” de la Corte Suprema de Pensilvania. Véase Simpson (1923, pp. 206-208).

23 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).

24 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).

25 3 U.S. (3 Dall.) 54 (1795).

26 3 U.S. (3 Dall.) 133 (1795).

27 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

Wiscart v. D'Auchy,²⁸ *Fenemore v. United States*,²⁹ *Calder v. Bull*,³⁰ *Fowler v. Lindsey*³¹ y *Cooper v. Telfair*.³²

La tradición cambió en 1801 con el nombramiento de John Marshall como *Chief Justice* de la Corte Suprema. Aunque no prohibió las opiniones separadas, determinó que debía haber una sola opinión “de la Corte”, de conformidad con el mandato constitucional del Artículo III, § 1 que establece que habrá “una Corte Suprema”; en definitiva, su deseo era ampliar el poder institucional y consolidar la legitimidad del tribunal.

Sin embargo, la forma en que la Corte de Marshall desempeñó sus deberes decepcionó al presidente Thomas Jefferson, quien escribió en una carta a Thomas Ritchie, un reconocido periodista de Virginia, lo siguiente:

Una sentencia se pergeña en cónclave, tal vez por una mayoría de uno solo, se presenta como si fuera unánime y con la silenciosa aquiescencia de jueces perezosos o tímidos, por un astuto Presidente de la Corte, que sofistica la ley a su voluntad, por el giro de su propio razonamiento.³³ (Carta a Thomas Ritchie, 25 de diciembre de 1820, citada en Ford, 1905, p. 175)

Jefferson defendió un regreso a “la sana práctica de la corte primitiva” de emitir opiniones en serie o *seriatim*.³⁴ Propuso que se obligara a cada juez a anunciar sus puntos de vista personales en cada caso que se presentara ante la Corte, que el Congreso evalúe formalmente sus opiniones y que si posteriormente el juez no ajustaba sus opiniones publicadas a las conclusiones del Congreso, debería procederse a un juicio político.³⁵ En una carta que escribió el 27 de octubre de 1822 al juez William Johnson, nombrado por él y considerado el primer disidente en la Corte, expresó lo siguiente:

28 3 U.S. (3 Dall.) 321 (1796).

29 3 U.S. (3 Dall.) 357 (1797).

30 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

31 3 U.S. (3 Dall.) 411 (1799).

32 4 U.S. (4 DaUt.) 14 (1800).

33 En el idioma original se lee: “An opinion is huddled up in conclave, perhaps by a majority of one, delivered as if unanimous, and with the silent acquiescence of lazy or timid associates, by a crafty chief judge, who sophisticates the law to his mind, by the turn of his own reasoning”.

34 Carta al juez Johnson, citada por Levin (1944, p. 518).

35 Véase Warren (1932, p. 655).

La práctica [de evitar escribir opiniones separadas] es ciertamente conveniente para los perezosos, los modestos y los incompetentes. Les ahorra la molestia de desarrollar su opinión metódicamente e incluso de dar su opinión al respecto. El argumento del *seriatim* demuestra que cada juez se ha tomado la molestia de comprender el caso, de investigarlo minuciosamente y de formarse una opinión por sí mismo, en lugar de clavársela en la manga a otro.³⁶ (Carta de Thomas Jefferson a William Johnson, 27 de octubre de 1822, citada en Morgan, 1954, p. 169)

Sin embargo, a pesar de la frustración de Jefferson, prevaleció la práctica de una voz única.³⁷ En los años siguientes, hubo algunos ejemplos de disidencias notables, como la del juez Benjamin Curtis en *Dred Scott v. Sandford*,³⁸ donde la mayoría de la Corte sostuvo que las personas afrodescendientes cuyos antepasados fueron traídos a los Estados Unidos como esclavos nunca podrían convertirse en ciudadanos. El juez Curtis, en cambio, escribió que, en la fundación del país, los afroamericanos eran “ciudadanos de al menos cinco estados y, por lo tanto, parte del pueblo de los Estados Unidos”, y agregó “entre aquellos para quienes y cuya posteridad se ordenó y sancionó la Constitución”. Otro ejemplo es la disidencia del juez Harlan en *Civil Rights Cases*.³⁹ El tribunal invalidó una ley federal que otorgaba derecho a “ciudadanos de todas las razas y colores” al “disfrute pleno e igualitario” de cualquier tipo de transporte y lugares de alojamiento público. Si las enmiendas decimotercera y decimocuarta se hacen cumplir “según la intención con la que [...] fueron adoptadas”, escribió el juez Harlan, “no puede haber, en esta república, ninguna clase de seres humanos sujetos prácticamente a otra clase”.

Una voz relativamente unánime en la Corte se mantuvo en calma hasta que el juez Felix Frankfurter abrió la puerta del voto separado de la mayoría al escribir una opinión concurrente en 1939. En *Graves v. New York*,⁴⁰ el juez escribió:

Me uno a la opinión del Tribunal, pero estimo oportuno añadir algunas observaciones. El volumen de los asuntos de la Corte hace mucho tiempo que ha hecho

36 Esta carta fue escrita por Jefferson desde su residencia en Monticello, Charlottesville, Virginia, un lugar declarado patrimonio cultural por la UNESCO.

37 Véase Smyth y Narayan (2006) (“[F]or most of the first two decades of his period on the Court, Johnson acquiesced in Marshall’s unanimity rule. At the urging of Jefferson to resist Marshall’s centralization of power in Washington though, during his last 10 years on the Court, Johnson became more vocal in speaking out, issuing nine concurring and 18 dissenting opinions”) (p. 84).

38 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

39 109 U.S. 3 (1883).

40 306 U.S. 466 (1939).

imposible la saludable práctica temprana por la cual los jueces expresaban opiniones individuales. Pero la vieja tradición aún tiene relevancia cuando se anuncia un cambio importante en la doctrina constitucional tras una reconstrucción en la composición de la Corte. Tales cambios de opinión no deben derivar de un mero juicio privado. Deben ser debidamente conscientes de las exigencias necesarias de continuidad en la sociedad civilizada.⁴¹

El recorrido desde el pasado que aquí se resume de manera muy breve es útil para ofrecer un contexto que sirva a las discusiones de hoy y para subrayar los debates contemporáneos sobre el papel de las opiniones disidentes y concurrentes que son parte integral de la historia constitucional estadounidense y argentina, como también del desarrollo del orden político e institucional. A partir de aquí, la historia jurisprudencial se fue escribiendo con un número creciente de jueces que optaron por votar en soledad.

2.2. La influencia de la Constitución norteamericana y de la Corte Suprema de los Estados Unidos en Argentina

El derecho constitucional estadounidense influyó profundamente en el diseño de la Constitución argentina de 1853 y en la práctica institucional.⁴² Esta influencia está íntimamente relacionada con Juan Bautista Alberdi, considerado uno de los más brillantes y destacados juristas argentinos del siglo XIX,⁴³ como también de José Benjamín Gorostiaga, quizá el principal redactor de la Constitución Nacional.⁴⁴ Alberdi estudió una gran cantidad de constituciones, in-

41 Ibidem, p. 487. En el idioma original se lee: “I join in the Court’s opinion, but deem it appropriate to add a few remarks. The volume of the Court’s business has long since made impossible the early healthy practice whereby the Justices gave expression to individual opinions. But the old tradition still has relevance when an important shift in constitutional doctrine is announced after a reconstruction in the membership of the Court. Such shifts of opinion should not derive from mere private judgment. They must be duly mindful of the necessary demands of continuity in civilized society”.

42 Cfr. Ravignani (1939, p. 468), quien señala que la Constitución argentina fue diseñada en el molde de la Constitución de los Estados Unidos. La Constitución argentina fue reformada en cinco oportunidades (1860, 1866, 1898, 1957 y 1994); la reforma peronista realizada en 1949 fue abolida por la dictadura militar en 1956 y se reinstaló el texto original de 1853). Ver también Bianchi (2019, cap. VI) y Rivarola (1944), quien critica la opinión de que la Constitución argentina es meramente una copia de la estadounidense y que puede ser interpretada justamente aplicando precedentes estadounidenses.

43 Cfr. Verdu (1998) y Santiago (2014b).

44 Véase John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State (1853). Agradezco la ayuda de David A. Langbart, Reference, Research Rooms and Augmented Processing Branch National Archives at

cluida la de los Estados Unidos, y explicó por qué la Argentina debía seguir la estructura gubernamental norteamericana adaptando sus instituciones a las necesidades de nuestro país.

Miller (1997) explicó la influencia de la obra del jurista tucumano señalando que las *Bases...* “probablemente sea el libro de mayor influencia política en la historia argentina. La visión de Alberdi fue fundamental en la Convención Constituyente de 1853 y posteriormente se convirtió en la realidad política y jurídica del país” (pp. 1501-1502).⁴⁵ Su erudición mostró una innegable admiración por el sistema legal estadounidense, al cual atribuyó el progreso de los Estados Unidos,⁴⁶ y creía, además, que los problemas que enfrentó la fundación de la Argentina entre 1810 y 1853 podían resolverse si seguía el desarrollo constitucional estadounidense.⁴⁷

Luego de la Convención Constituyente de 1853, la República Argentina tuvo su primera constitución, siguiendo el modelo de separación de poderes y la cláusula de la supremacía⁴⁸ formulada en la Constitución de los Estados Unidos. Por su parte, al remitirse expresamente al célebre caso *Marbury v. Madison*,⁴⁹ la Corte Suprema de Argentina defendió un modelo de control de constitucionalidad y revisión judicial vehemente, tal como lo ejerce su contraparte en los Estados Unidos.⁵⁰ La letra y el diseño de la estructura fundamental de ambas constituciones son casi idénticos; en particular, la organización de la Corte Suprema argentina, explicándose que “el poder judicial federal bajo la Constitución argentina [es] sorprendentemente similar al de la Constitución de los Estados Unidos”.⁵¹

College Park, MD (Washington, D.C., Estados Unidos), por ubicar el despacho microfilmado del representante diplomático de los Estados Unidos en las Provincias Unidas del Río de la Plata. Véase García-Mansilla (2023).

45 En la versión en inglés se lee lo siguiente: “In 1852, Alberdi provided the single most important statement of the “Generation of 37’s” political vision in “Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina” (Bases and Points of Departure for the Political Organization of the Argentine Republic), probably the most politically influential book in Argentine history. Alberdi’s vision was fundamental at the Constitutional Convention of 1853 and subsequently became the country’s political and legal reality” (Miller, 1997, pp. 1501-1502).

46 Alberdi (1998, pp. 157-159).

47 Ver García Mansilla y Ramírez Calvo (2006), García-Mansilla (2004, p. 311) y Alberdi (1998, ac. XXII, p. 115).

48 Artículo VI, § 2, Constitución de EE. UU. y artículo 31, Constitución Nacional.

49 5 U.S. 137 (1803).

50 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sojo c. Cámara de Diputados*, Fallos: 32:120 (1887).

51 Garay (2019, p. 262); véase también Rosenkrantz (2003, p. 270).

La Corte Suprema de Argentina interviene tanto a través de su competencia originaria como por vía del recurso extraordinario en última instancia en la competencia federal de manera muy similar a lo establecido en el Artículo III, Sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos. Sirve comparar los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional con el texto de la Constitución norteamericana, como también la Judiciary Act de 1789 y el artículo 14 de la Ley 48. Además, al igual que la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema argentina emite: (a) opiniones unánimes; (b) opiniones mayoritarias; (c) pluralidad de opiniones; (d) opiniones concurrentes; y (e) opiniones disidentes.⁵²

A pesar de que la Argentina adoptó un sistema jurídico de corte civilista con derecho codificado, existen elementos constitutivos fundamentales comunes entre ambos países. Considerando que la Corte Suprema de Justicia de nuestro país ha estado fuertemente influenciada por su par estadounidense, resulta pertinente realizar una comparación del rol del disenso judicial en ambos sistemas legales, siendo fundamental la indagación en las lecciones que se pueden extraer de un sistema para considerar en el otro.⁵³

La Corte Suprema de Justicia de Argentina comenzó a conocer y resolver los casos traídos ante sus estrados en 1863. El primer voto separado publicado data de 1871, firmado por el presidente del tribunal, Salvador María del Carril, y el juez Marcelino Ugarte en el caso *Chanfreau & Co. v. Provincia de Corrientes*.⁵⁴ Desde entonces, la publicación de las disidencias se convirtió en una práctica habitual, aunque con un inconveniente lingüístico que persiste hasta el día de hoy en nuestro país.⁵⁵

En la historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha habido grandes disidentes. Sólo por citar algunos, es justo recordar a los *Justices* Johnson

52 Para una explicación de cómo se distribuyen los casos para decisión entre los magistrados de la Corte Suprema de Argentina, ver Carrió (1989).

53 Véase Oyhanarte (2015, p. 451); también Hirschl (2014, p. 211), quien critica la falta de estudios comparados en el hemisferio sur.

54 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *D. José M. Chanfreau y Cía. contra la Provincia de Corrientes por cobro de pesos*, Fallos: 10:59 (1871). Posteriormente, en 1877, el juez Saturnino M. Laspiur escribió un voto en disidencia en el caso *D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus*, Fallos: 19:241 (1877).

55 Véase Vitetta (2022), quien argumenta que las disidencias en la Corte Suprema argentina usan lenguaje performativo como si en realidad fueran a decidir un caso, confundiendo al lector. Me consta que ha habido esfuerzos aislados de modificar esta práctica desde la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema; sin embargo, la modificación de prácticas arraigadas es muy difícil, y más si se intenta en el ámbito tribunalicio, donde es sabido que cualquier cambio lleva mucho tiempo.

(1804-1834), Daniel (1841-1860),⁵⁶ Curtis (1851-1857), Holmes (1902-1932) y Brandeis (1916-1939), quienes allanaron el camino para sus sucesores, como Scalia (1986-2016) y Ginsburg (1993-2020). Lo cierto es que el epíteto de “primer disidente” se aplica al *Justice* William Johnson, designado por el presidente Jefferson en 1804. Unas décadas más tarde, durante la presidencia de la Corte del juez Roger Brooke Taney (1836-1864), el juez Benjamin Robbins Curtis se ganó el título de “Gran disidente” gracias a su opinión en el infame caso *Dred Scott* en 1856. Su disidencia fue apoyada por la sociedad y traducida en una enmienda constitucional sólo nueve años después.⁵⁷

Quizá el disidente más memorable fue el juez John Marshall Harlan, quien, en su carrera judicial de más de 30 años (1877-1911), resolvió un total de 7649 casos y escribió por separado 416 veces (100 concurrencias y 316 disidencias; 107 de sus votos en disidencia fueron suscriptos también por otros colegas).⁵⁸ Su disidencia más renombrada y célebre fue en el histórico caso *Plessy v. Ferguson* (1896)⁵⁹ sobre la segregación racial en el transporte público, en la cual señaló que la Constitución es ciega al color de piel. Su opinión fue defendida y compartida por unanimidad de la Corte Suprema medio siglo después en los casos de segregación racial.⁶⁰ Los sucesores del *Justice* Harlan fueron Oliver Wendell Holmes y Louis Dembitz Brandeis, quienes se ganaron el mote de “dúo de disidentes” (Sunstein, 2007, párr. 3).

Tal como expliqué anteriormente, el presidente de la Corte Marshall descartó la práctica de anunciar las opiniones en *seriatim* (siguiendo la práctica inglesa predominante) y prefirió el sistema de anunciar la sentencia de la Corte en una sola opinión. Durante su presidencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió 1244 sentencias con apenas 70 disidencias. La primera ruptura en la unanimidad se produjo en 1804, cuando el juez Chase emitió un voto concurrente en solo una oración en *Head & Armory v. Providence Insurance Co.*⁶¹ Dos

56 Disintió en muchas más ocasiones que el juez Curtis, sin embargo, sus opiniones no se recuerdan hoy, ya que no contribuyeron al desarrollo del derecho constitucional. Solía escribir por separado para defender la esclavitud y los poderes de los estados.

57 La decimotercera enmienda establece: “Sección 1. Ni en los Estados Unidos ni en ningún lugar sujeto a su jurisdicción habrá esclavitud ni trabajo forzado, excepto como castigo de un delito del que el responsable haya quedado debidamente convicto. Sección 2. El Congreso estará facultado para hacer cumplir este artículo por medio de leyes apropiadas”.

58 ZoBell (1959, p. 199).

59 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

60 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) y *Bolling v. Sharp*, 347 U.S. 497 (1954).

61 6 U.S. (2 Cranch) 127, 169 (1804).

años más tarde, el juez federalista William Paterson firmó la primera disidencia en *Simms & Wise v. Slacum*.⁶²

En el período anterior a Marshall, el juez James Iredell escribió elocuentes opiniones disidentes. En *Georgia v. Brailsford*⁶³ escribió: “Es mi desgracia disentir de la opinión alcanzada por el resto de la Corte en la presente ocasión; pero estoy obligado a decidir de acuerdo con los dictados de mi propio juicio”.⁶⁴ Siguió el juez Blair, que dijo: “Mis sentimientos han coincidido hasta este momento con los sentimientos de la mayoría de la Corte, pero acaba de surgir una duda que creo que es mi deber declarar”.⁶⁵ En ese mismo caso, el presidente de la Corte Jay escribió para “toda la corte, excepto los jueces que acaban de expresar sus sentimientos”.⁶⁶

2.3. El debate actual y las disidencias en la balanza

Hoy en día, las opiniones separadas están de moda en la Corte Suprema. La actitud fracturada es una tendencia, a pesar de que el presidente del máximo tribunal estadounidense, John Roberts, mostró públicamente su preocupación por los riesgos institucionales asociados con las opiniones separadas.⁶⁷ Riesgo que pareciera no preocuparle demasiado cuando él escribe sus propias disidencias. Ahora bien, ¿la crisis de legitimidad del máximo tribunal federal es una preocupación justa y razonable para el presidente del órgano judicial colegiado

62 7 U.S. (3 Cranch) 300, 309-11 (1806), disidencia del juez federalista William Paterson.

63 2 U.S. (2 Dall.) 415 (1793).

64 Ídem. En el idioma original se lee: “It is my misfortune to dissent from the opinion entertained by the rest of the court upon the present occasion; but I am bound to decide according to the dictates of my own judgment”.

65 En inglés se lee: “My sentiments have coincided ‘till this moment, with the sentiments entertained by the majority of the Court, but a doubt has just occurred which I think it my duty to declare” (Ibidem, pp. 417-418).

66 Dijo: “[to] all the court, except the judges who have just delivered their sentiments (...)”. Respecto a las últimas tres citas, ver Jackson (1969, p. 20).

67 “‘If the Court in Marshall’s era had issued decisions in important cases the way this Court has over the past thirty years, we would not have a Supreme Court today of the sort that we have,’ he said. ‘That suggests that what the Court’s been doing over the past thirty years has been eroding, to some extent, the capital that Marshall built up.’ Roberts added, ‘I think the Court is also ripe for a similar refocus on functioning as an institution, because if it doesn’t it’s going to lose its credibility and legitimacy as an institution.’ In particular, Roberts declared, he would make it his priority, as Marshall did, to discourage his colleagues from issuing separate opinions. ‘I think that every justice should be worried about the Court acting as a Court and functioning as a Court, and they should all be worried, when they’re writing separately, about the effect on the Court as an institution’” (Rosen, 2007, párr. 9).

más importante del país? Sin duda lo es. Y no sólo para el presidente de la Corte, sino para todos los jueces que la integran. Se ha llegado a señalar que las instituciones, en el orden constitucional estadounidense, ganan poder con el tiempo en función del éxito que consigan a partir del apoyo del público.⁶⁸

Para contrarrestar el miedo del *Chief Justice* Roberts a la posibilidad de escribir y publicar los votos en disidencia, presentaré a continuación los numerosos beneficios que surgen de la disidencia judicial e intentaré explicar cuán significativas han sido para los jueces en los tribunales de última instancia, concluyendo que los aspectos positivos de votar en disidencia superan con creces a los negativos.⁶⁹

Algunos estudios empíricos aclaran cuándo y por qué los jueces escriben opiniones separadas (Pritchett, 1941, p. 890).⁷⁰ En general, los magistrados tienden a emitir opiniones separadas con más frecuencia cuando existe una mayor diversidad ideológica en el tribunal (Epstein et al., 2011, pp. 106-107),⁷¹ o cuando existe una norma que favorece la autoría de opiniones separadas (Hettinger et al., 2004, p. 134), o cuando deben resolver casos trascendentes y jurídicamente complejos (Epstein et al., 2011, pp. 106-107; Hettinger et al., 2004, p. 134) o de mucha notoriedad pública donde la presión social y mediática se siente puertas adentro del tribunal. Por el contrario, los jueces emiten menos opiniones separadas cuando el trabajo los agobia y la cantidad de casos que tiene el tribunal resulta abrumadora (Epstein et al., 2011, pp. 106-107).⁷²

Las opiniones disidentes cumplen diferentes funciones positivas. Existe un acuerdo casi unánime entre jueces y académicos de que los votos en disidencia tienen fines prácticos; en otras palabras, una disidencia mejora la decisión de la mayoría, guía la interpretación futura de la ley y expresa la voz de los grupos y minorías desfavorecidos.⁷³ También las disidencias pueden proporcionar una guía práctica para los litigantes, otros tribunales inferiores y para el Congreso (Brennan, 1986, p. 430).⁷⁴ Asimismo, si la disidencia está bien escrita y ha lo-

68 Véase Chafetz (2017, pp. 15-26).

69 Cfr. Kolsky Lewis (1995, pp. 2082-2093).

70 Un estudio similar respecto a la Corte Constitucional de Chile, véase en Tiede (2016, p. 377).

71 Los autores encontraron que, entre 1990 y 2007, el 62% de los fallos de la Corte Suprema contenían una disidencia en comparación con el 2,6% de las cortes federales de apelaciones. Véase también Hettinger et al. (2004, p. 134).

72 Sin embargo, en Hettinger et al. (2004) no se encontró evidencia de que la cantidad de casos afecte la probabilidad de que los jueces de los tribunales de circuito escriban opiniones separadas.

73 Kolsky Lewis (1995, p. 2082).

74 Véase también Sur (2006, p. 1319), quien señala que los disidentes del panel de circuito a menudo

grado confrontar a la mayoría, es probable que haya logrado que el resto de los jueces consideraran resultados o análisis alternativos. De ahí que el disenso mejora la decisión final y el razonamiento judicial del voto de la mayoría (Kolsky Lewis, 1995, p. 2083). Por consiguiente, las fallas en el análisis de la mayoría son aprovechadas por los litigantes y los tribunales en casos posteriores y permiten corregir los errores que se hayan fijado como precedente en la jurisprudencia.⁷⁵

En la Tercera Conferencia Anual en Memoria de Matthew O. Tobriner, el juez Brennan pronunció una ponencia en Hastings College of Law el 18 de noviembre de 1985. Allí dijo:

Somos un pueblo libre y vital porque no solo permitimos, sino que también fomentamos el debate, y porque no cortamos la comunicación tan pronto como se toma una decisión. Como respetuosos de la ley, aceptamos las conclusiones de nuestros órganos de toma de decisiones como vinculantes, pero también sabemos que nuestro derecho a continuar cuestionando la sabiduría de ese resultado debe ser aceptado por aquellos que no están de acuerdo con nosotros. Así que debatimos, argumentamos y discutimos. Si tenemos razón, generalmente prevalecemos. El proceso nos enriquece a todos, y está disponible y es utilizado por individuos y grupos que representan todos los puntos de vista y perspectivas.⁷⁶ (Brennan, 1986, p. 437)

Además, un voto en disidencia puede proporcionarles tanto a las partes del proceso como al público en general una visión diferente de la interpretación legal o constitucional y de la jurisprudencia que puede guiar futuros cambios en esa interpretación jurídica. El juez William Brennan describió las disidencias no como un deber para hacer ruido de manera individualista, sino como una herramienta necesaria para mostrarle al público que la mayoría ha adoptado una interpretación incorrecta de la ley y “para exponer el punto de partida y

“telegrafian” a otros tribunales, litigantes y a la legislatura para expresarles que la decisión de la mayoría es incorrecta.

75 Cfr. Brennan (1986, p. 430).

76 En el idioma original se lee: “[w]e are a free and vital people because we not only allow, we encourage debate, and because we do not shut down communication as soon as a decision is reached. As law-abiders, we accept the conclusions of our decision-making bodies as binding, but we also know that our right to continue to challenge the wisdom of that result must be accepted by those who disagree with us. So we debate and discuss and contend and always we argue. If we are right, we generally prevail. The process enriches all of us, and it is available to, and employed by, individuals and groups representing all viewpoints and perspectives”.

señalar hacia un camino diferente”.⁷⁷ Disidentes de este tipo, dijo el juez Scalia (1998), “argumentan en lugar de disminuir el prestigio de la Corte” (p. 19), y agregó:

[c]uando la historia demuestra que una de las decisiones de la Corte ha sido un error verdaderamente horrendo, es reconfortante [...] mirar atrás, y darse cuenta de que al menos algunos de los jueces vieron claramente el peligro y dieron voz, a menudo elocuente, a su preocupación. (p. 19)⁷⁸

De ahí que la jueza Ruth Bader Ginsburg (2010) afirmara que un voto en disidencia “apela a la inteligencia de un día futuro” (p. 6), convirtiendo al juez que disiente en una suerte de vidente que mira hacia el más allá (Barth, 1974, p. 3)

Por lo tanto, los jueces y magistrados pueden utilizar las opiniones disidentes como un medio para debatir, influir y persuadir a sus colegas para que cambien sus votos. Como cuestión de principio, el juez Brandeis hacía circular regularmente los borradores de sus votos en disidencia con la esperanza de influir en los votos o alterar la opinión de la mayoría (Kolsky Lewis, 1995, p. 2083). Sin embargo, a menudo se abstenía de publicar sus disidencias junto con la decisión final si creía que la opinión de la mayoría solo causaría un daño insignificante (McGlynn Gaffney, 1994, pp. 608-609).⁷⁹ Podría afirmarse que practicaba algo así como un *dissenting restraint*.

Suponiendo que una ley sea indeterminada, vaga o poco precisa, en un futuro los tribunales podrán referirse tanto a la mayoría como a las opiniones disidentes para determinar el mejor enfoque que deba dársele a cada expediente. De manera que esta referencia les permitirá a los magistrados expresar su disidencia como un indicador más preciso de las posibles interpretaciones constitucionales disponibles y mejorar la comprensión de los diferentes enfoques de interpretación de un tema legal determinado (Kolsky Lewis, 1995, p. 2082).

Si bien son muchos los académicos que reconocen el valor de las disiden-

77 Ibidem, p. 437. En inglés se lee “to expose the departure and point toward a different path”.

78 En inglés se lee: “argument rather than diminish the prestige of the Court”; “[w]hen history demonstrates that one of the Court’s decisions have been a truly horrendous mistake, it is comforting...to look back and realize that at least some of the justices saw the danger clearly and gave voice, often eloquent voice, to their concern”.

79 Véanse también Ginsburg (1990, pp. 142-143) y Frank (1958, p. 403) al explicar que, en el libro de Bickel sobre los votos no publicados del Justice Brandeis, el juez de la Corte Suprema decidió no publicar algunas de sus disidencias al principio para no exteriorizar sus diferencias, y luego por el temor de maximizar sus pérdidas dramatizándolas o cuando involucrara temas de interpretación jurídica que no le parecían dignos de levantar el punto en un voto separado.

cias,⁸⁰ algunos no las ven como un signo de apertura y transparencia deliberativa, sino que sostienen un efecto pernicioso sobre la legitimidad y la autoridad de la Corte,⁸¹ así como una actividad que consume mucho tiempo para los jueces y que solo crea más fricción entre el escritor de la opinión separada y el resto de los miembros del tribunal. El juez que vota en disidencia debe ser consciente de no promover ni velar por intereses personales, especialmente sus propios intereses políticos, ideológicos o partidarios para no menoscabar la imagen de los jueces como árbitros neutrales, independientes e imparciales. Los jueces nunca deben utilizar la herramienta de la disidencia como una plataforma para atacar constantemente las acciones del partido político contrario al que los nominó (Bricker, 2020, p. 1590), como tampoco utilizarla para promover su propia agenda política desde la minoría en el tribunal.

Ha habido casos en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense de opiniones disidentes que finalmente se convirtieron en mayoría. Por mencionar algunos, la disidencia del juez Harlan en *Plessy v. Ferguson*,⁸² que luego en *Brown v. Board of Education*⁸³ aparece distinguiendo e implícitamente derogando, pero no invalidando formalmente, *Plessy*; las opiniones separadas de los jueces Holmes y Brandeis en distintos casos como *Abrams v. United States*⁸⁴ o *Whitney v. California*,⁸⁵ dejado sin efecto en *Brandenburg v. Ohio*,⁸⁶ o la disidencia del juez Holmes en *Lochner*,⁸⁷ dejado sin efecto en *West Coast Hotel Co. v. Parrish*⁸⁸ (revocación reconocida en *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*⁸⁹); también la disidencia del juez Stone en *Gobitis*,⁹⁰ precedente anulado por *W. Virginia Bd. de*

80 De hecho, en la dedicatoria del libro *Constitución y Derechos Humanos* (1991), Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso escriben lo siguiente: “Este libro está dedicado a la memoria de Luis Varela, Antonio Sagarna, Tomás Casares, Luis M. Boffi Boggero, quienes con sus disidencias sagaces señalaron el camino futuro” (p. IX). Agradezco la referencia al profesor Alfonso Santiago (h.).

81 Ver, en general, Salamone (2014).

82 163 U.S. 537, 552-64 (1896).

83 347 U.S. 483, 494-96 (1954).

84 250 U.S. 616, 624 (1919) (Holmes, J., voto en disidencia).

85 274 U.S. 357, 372-75 (1927) (Brandeis, J., voto concurrente).

86 395 U.S. 444, 449 (1969).

87 198 U.S. 45, 74-76 (1905) (Holmes, J., voto en disidencia).

88 300 U.S. 379 (1937).

89 505 U.S. 833, 861 (1992).

90 *Minersville Sch. Dist. v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 601-07 (1940) (Stone, J., voto en disidencia).

Educ. v. Barnette;⁹¹ y la disidencia del juez Jackson en *Korematsu*,⁹² caso que fue anulado por *Trump v. Hawaii*.⁹³ En estos casos, dejar sin efecto el precedente (o desacreditarlo) llevó décadas.

Ahora bien, es honesto reconocer que las disidencias son rara vez citadas por las mayorías en casos posteriores o incluso por los tribunales inferiores,⁹⁴ y muy rara vez se convierten en opiniones mayoritarias;⁹⁵ sin embargo, es sorprendente que los poderes judiciales de los Estados Unidos y de Argentina puedan tolerar muestras abiertas de desacuerdo sobre la interpretación del derecho.

Incluso si uno está de acuerdo con todas las críticas que se le hacen al sistema de disidencias en la Corte Suprema, es interesante apreciar que los sistemas judiciales de algunos países europeos como Francia, Italia, Grecia, Dinamarca, Rusia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Suecia y Finlandia tienen un enfoque más restrictivo de la libertad de los jueces para disentir.⁹⁶ El derecho a disentir a menudo se da por sentado. Sin embargo, esto no es así en todos lados ni en todos los sistemas jurídicos, de allí que resulta fundamental discutir de qué manera y con qué frecuencia resulta más apropiado el uso de los votos en disidencia.

Después de recorrer el desarrollo histórico del disenso judicial en la última instancia judicial y el valor y la importancia de las disidencias en el sistema del *common law*, es momento de profundizar en tres de las disidencias más notables del juez Rosenkrantz en la Corte Suprema. La elección metodológica de los casos *Schiffirin*, *Fernández de Kirchner* y *Batalla* se justifica en tanto han despertado la opinión y susceptibilidad de toda la comunidad jurídica y política, como también de los propios jueces, que se han visto personalmente afectados, provocando que medios de comunicación hicieran interpretaciones políticas a favor y en contra de los magistrados de la Corte y de las partes involucradas. Por su relevancia institucional, trascendencia casuística e impacto en la interpretación del derecho, como también porque la opinión de Rosenkrantz es la solución antagónica de la mayoría, dedicaré el siguiente apartado a analizar cada uno de estos tres casos.

91 319 U.S. 624, 642 (1943).

92 323 U.S. 214, 242-48 (1944) (Jackson, J., voto en disidencia).

93 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018).

94 Véase Epstein et al. (2011, pp. 126-27).

95 Véase Bennett et al. (2018, p. 837).

96 Véase Verdugo (2011, p. 218, nota al pie 2) y también la obra de Kelemen (2018), que pone el foco en Europa.

3. Rosenkrantz en soledad

En el último tramo de la presidencia de Ricardo Luis Lorenzetti (2007-2018), la Corte se redujo de siete a tres jueces. Los jueces Argibay y Petracchi fallecieron en 2014, y los jueces Zaffaroni y Fayt renunciaron en 2014 y 2015, respectivamente; así, la Corte quedaba integrada únicamente por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda. En ese entonces, el juez de la ciudad de Rafaela, Santa Fe, había logrado en gran medida ocultar cualquier indicio de desacuerdo detrás de una fachada de unidad en una Corte de solo tres miembros.

El 14 de diciembre de 2015, el presidente Mauricio Macri dictó el Decreto 83/2015, mediante el cual designó en comisión a Rosenkrantz y a Rosatti. La Constitución Nacional habilitaba al titular del Poder Ejecutivo a ejercer la potestad de “llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura” (art. 99, inc. 19 de la CN). Sin embargo, como consecuencia del fuerte rechazo a la designación por decreto, los dos jueces decidieron esperar el procedimiento de audiencias establecido por el decreto 222/2003 y el acuerdo del Senado previsto en la Constitución Nacional.

El pliego de Rosenkrantz fue convalidado en la Cámara de Senadores por 58 votos afirmativos, 12 negativos y 2 ausentes. Los rechazos pertenecieron a 10 senadores que integraban el bloque por entonces llamado PJ-Frente para la Victoria: Hilda Clelia Aguirre (La Rioja), Ana Almirón (Corrientes), Anabel Fernández Sagasti (Mendoza), Marcelo Fuentes (Neuquén), Virginia García (Santa Cruz), Nancy González (Chubut), María Ester Labado (Santa Cruz), María Inés Pilatti Vergara (Chaco), María de los Ángeles Sacnun (Santa Fe) y Marina Ríofrío (San Juan). También votaron negativamente los recientemente fallecidos senadores Carlos Menem y Fernando “Pino” Solanas, que eran opositores al Gobierno de Cambiemos y tenían sendos monobloques, por fuera del bloque PJ-Frente para la Victoria, que entonces presidía Miguel Pichetto, quien votó a favor de ambos pliegos.

Finalmente, Rosenkrantz, nacido en la ciudad de Buenos Aires en octubre de 1958, asumió el cargo de juez de la Corte Suprema el 22 de agosto de 2016. Luego de dos años en el tribunal, accedió a la presidencia por el voto de sus colegas el 1 de octubre de 2018, cargo que ocupó hasta el 30 de octubre de

2021.⁹⁷ Actualmente, y tras una elección que generó polémica puertas adentro de la Corte,⁹⁸ ocupa el cargo de vicepresidente.⁹⁹

3.1. Investigación empírica a partir de la observación de datos

Aunque todos los jueces tienen bajos niveles de disidencia, Rosenkrantz es, sin lugar a duda, el juez con la mayor cantidad de disidencias. Durante sus primeros seis años en la Corte Suprema, 2629 de sus votos fueron emitidos como opiniones disidentes. Su primera firma que aparece en *Fallos* como juez en la Corte fue el 6 de septiembre de 2016, cuando se unió a la mayoría en un fallo unánime en el caso *Abarca*¹⁰⁰ y, desde que asumió el cargo hasta el 1 de noviembre de 2022, firmó un total de 28122 sentencias.

En comparación con los otros jueces y tomando el período respectivo a cada uno, que va desde que asumieron su cargo en la Corte hasta que completaron sus primeros seis años, Rosenkrantz tiene la tasa más alta de disidencias, seguido por Rosatti con 1026 y luego, por una abultada diferencia, lo siguen Highton de Nolasco con 25 votos en disidencia, Lorenzetti con 16 y Maqueda con apenas 14. Tal como se exhibe en el Gráfico 1, los tres jueces más antiguos tuvieron una tasa muy baja de votos en minoría en sus primeros años.

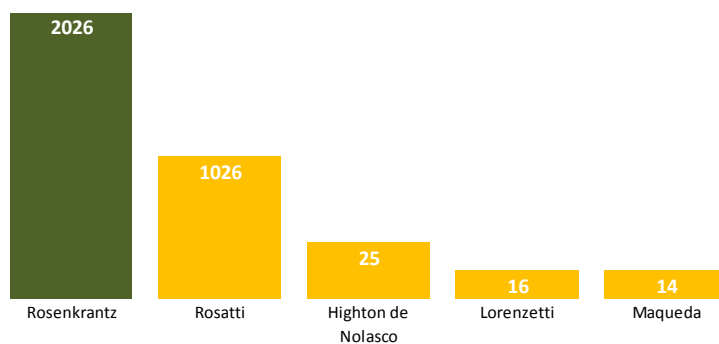


Gráfico 1. Cantidad de votos en disidencia durante sus respectivos primeros seis años en la Corte Suprema. (Fuente: elaboración propia).

97 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Acordada 29/2018* (11 de septiembre de 2018).

98 Cfr. *Horacio Rosatti es el nuevo presidente...* (2022).

99 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Acordada 18/2021* (23 de septiembre de 2021). Del texto de la *Acordada* surge la ausencia de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

100 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Abarca*, Fallos: 339:1223 (2017).

De esa investigación surge, como segundo dato interesante, que durante los primeros seis años en la Corte Suprema, Rosenkrantz votó en 1070 oportunidades en disidencia junto con Highton de Nolasco, o bien ambos en disidencia, pero con votos separados. Lo mismo sucedió en 47 casos con Rosatti, 26 con Maqueda y 21 con Lorenzetti. En el siguiente gráfico se exponen los números de coincidencia entre Rosenkrantz y sus colegas del tribunal al votar en disidencia.

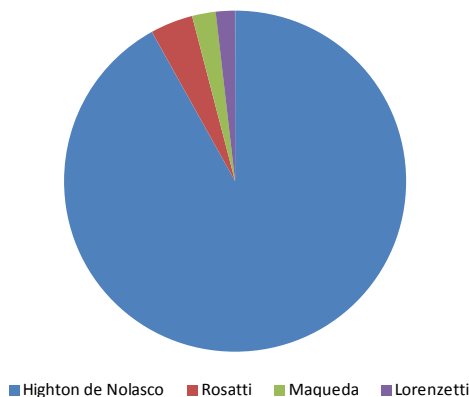


Gráfico 2. Coincidencia de votos en disidencia del juez Rosenkrantz con sus colegas de la Corte Suprema. (Fuente: elaboración propia).

El tercer dato curioso surge cuando se observa que Rosenkrantz votó en absoluta soledad en 671 casos frente a una mayoría integrada por Rosatti, Lorenzetti, Maqueda y Highton de Nolasco. Es decir, del total de 2629 resoluciones que decidió apartarse de la solución de la mayoría, en 1 de cada 4 expedientes votó en soledad.

3.2. Consideraciones necesarias para el análisis de los datos

Considero que es importante advertir que un gran porcentaje de las disidencias de los jueces de la Corte Suprema argentina se corresponden a lo que puertas adentro del tribunal se conoce como la aplicación de “fórmulas”, es decir, la utilización de latiguillos o frases preestablecidas que forman parte de la tradición judicial y forense. Entre ellas se encuentran las siguientes: “El recurso no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal”; “[e]l recurso no se dirige contra la sentencia dictada por el tribunal superior”; “[n]o se rebaten to-

dos los argumentos”; “[c]arece de fundamentación autónoma”; “[e]l recurso no cumple con la Acordada 4/2007”; “[q]ue el recurso extraordinario es inadmisibile (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación [CPCCN])”; “[q]ue en el caso planteado en el recurso extraordinario no media resolución contraria en los términos del art. 14, inc. 2, de la Ley 48”; “[q]ue la cuestión federal alegada en el recurso extraordinario no ha sido introducida o mantenida oportunamente en el proceso”, entre otras.

A veces, la disidencia se basa en los distintos alcances de las fórmulas. Por ejemplo, se supone que primero debe existir una sentencia definitiva y que el recurso extraordinario interpuesto contra esa sentencia cumple con todos los requisitos de la Acordada 4/2007 para luego analizar si la causa suscita una cuestión federal suficiente o si se rechaza aplicando el art. 280 del CPCCN. Dado que la utilización de las distintas fórmulas es útil para los litigantes, quienes merecen conocer el fundamento por el cual fue rechazado su recurso extraordinario, los jueces de la Corte suelen prestar especial atención a ese tema. Es probable que por esta razón exista una diferencia muy grande entre la cantidad de disidencias que firmaron los jueces Rosenkrantz y Rosatti en comparación con Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda cuando la Acordada 4/2007 todavía no existía.

Por otra parte, respecto al funcionamiento interno de la Corte, es interesante notar lo que sucede con la “no firma” por parte de los jueces de la Corte. Esta herramienta es comúnmente utilizada por aquellos jueces que no quieren expedirse en una causa, pero tampoco quieren excusarse, es decir, optan por el silencio. Se trata de una práctica lamentable, muy habitual y arraigada en nuestro máximo tribunal, por medio de la cual los jueces echan mano alegando cuestiones de decoro, pero que no quieren exteriorizar. Si se lo mira desde una perspectiva de eficiencia en el trámite de las causas y el dictado de las sentencias, quizá podría encontrarse un argumento en el pasado cuando la Corte funcionaba con nueve integrantes.

Rosenkrantz, por distintos motivos, es el juez que menos sentencias firmó en los últimos años en comparación con el resto de sus colegas. En el siguiente gráfico se muestra comparativamente la cantidad de resoluciones que firmó cada juez desde el día que asumió Rosenkrantz hasta el 1 de noviembre de 2022.

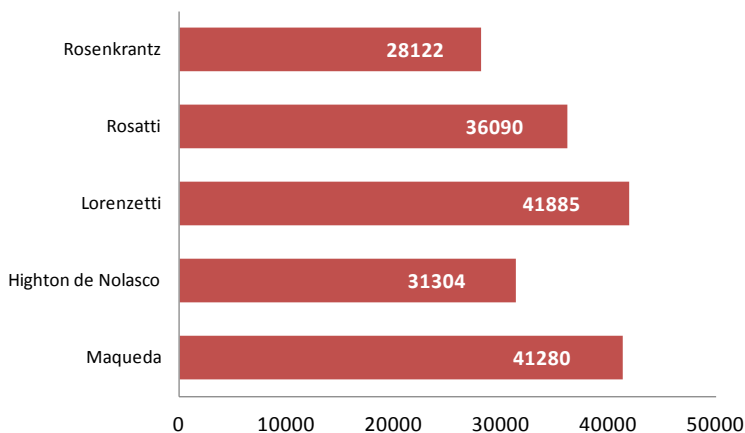


Gráfico 3. Cantidad de resoluciones firmadas entre el 22 de agosto de 2016 y el 1 de noviembre de 2022. (Fuente: elaboración propia).

Entre las razones que explican la “no firma” del juez Rosenkrantz, entiendo que es posible examinar las siguientes:

- a. El modelo de ronda corta o de circulación abreviada como sistema de gestión en la tarea de la Corte¹⁰¹ le ha evitado tener que pronunciarse en aquellos expedientes donde la mayoría ya se había alcanzado. Dado que los expedientes circulan sucesivamente entre los miembros del tribunal hasta que se logra la mayoría de las opiniones coincidentes o concordantes para la resolución del caso, una vez reunida la mayoría de tres firmas necesarias, se apura la publicación de la sentencia. Esto se da, principalmente, en aquellas causas que se desestiman por aplicación del art. 280 del CPCCN en asuntos que carecen de trascendencia, como la gran mayoría de las previsionales, o en las cuestiones de competencia que no alcanzan a circular por todas las vocalías. Vale aclarar que lo que en la jerga tribunalicia se conoce como “la plancha del 280”, (i.e., el rechazo fundado en el art. 280 del CPCCN) está habilitado constitucionalmente por el art. 117, en tanto establece que “... la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”.
- b. Previo a ocupar la función de juez de la Corte Suprema, Rosenkrantz integró el estudio jurídico Bouzat, Rosenkrantz y Asociados, de manera que, al haber ejercido la profesión, representó a varios clientes que tenían expe-

101 Cfr. Rosatti (2018).

dientes pendientes de resolución en la Corte. Más allá de una cuestión de decoro o delicadeza y de lo establecido en los artículos 17 y 30 del CPCCN, Rosenkrantz se autolimitó a intervenir en el juzgamiento de casos que involucraran a exclientes o socios. Eso implicó que no haya firmado muchas sentencias,¹⁰² entre las que cabe recordar los casos *Castillo*¹⁰³ (pues había intervenido como abogado de la Asociación por los Derechos Civiles al promover la demanda) o *Farmacity*¹⁰⁴ (donde había sido abogado de la parte actora).

- c. En algunas circunstancias, los jueces de la Corte pueden considerar que ciertos casos no requieren una disidencia o no logran expresarla por falta de tiempo. Asimismo, pueden existir situaciones donde hay acuerdo en la solución, pero, por la premura en tomar una decisión, no se logra redactar un voto separado. No firmar el fallo puede interpretarse, de cierto modo, como una insatisfacción no explicitada con la sentencia. Esto se evidencia al estudiar qué jueces participaron en el acuerdo y quiénes decidieron no firmar posteriormente. Los efectos de esta práctica en la legitimidad de la Corte pueden ser estudiados en el futuro en comparación con la incidencia de votos concurrentes y disidencias.

A veces, el desacuerdo surge en relación con las fuentes jurídicas que los jueces emplean para fundamentar sus sentencias, las referencias a fallos anteriores o las remisiones a otros veredictos del mismo tribunal. Hay jueces, como Lorenzetti, que, en casos ambientales, laborales o relacionados con pueblos indígenas, suelen hacer referencia a normas o instrumentos de *soft law*, las cuales no serían aceptables para un juez como Rosenkrantz.¹⁰⁵ En estos casos, la alternativa para aquellos que no desean unirse al voto mayoritario es emitir un voto concurrente (eliminando cualquier párrafo en el que la mayoría haya incluido justificaciones basadas en *soft law*) o una disidencia. Sin embargo, en la Corte, al igual que en casi todos los contextos donde se toman decisiones colegiadas, el consenso requiere renunciamentos y concesiones. Un ejemplo único en la jurisprudencia de Rosenkrantz es el caso

102 Cfr. *Carlos Rosenkrantz se excusó de votar...* (2023).

103 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Castillo*, Fallos: 340:1795 (2017).

104 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Farmacity*, Fallos: 344:1557 (2021).

105 Cfr. Rosenkrantz (2003). Recientemente, el juez Rosenkrantz ha sido medio laxo con la postura de no firmar nada que tenga menciones a instrumentos de *soft law*, aunque la regla sigue siendo que no pueden ser autoritativas. Es decir, se aceptan al efecto de hacer mayoría cuando aparecen como ejemplos de cómo fue interpretada una norma o cuando pueden leerse como aseveraciones de hecho (*Denegri*).

*Denegri*¹⁰⁶ sobre el derecho al olvido digital, del 28 de junio de 2022, en el cual el consenso permitió la inclusión de una cita a las directrices de un grupo creado por la Comisión Europea como aseveración de hecho.¹⁰⁷

En definitiva, tal como se expuso, el empleo de la “no firma” puede obedecer a una multiplicidad de razones, algunas de las cuales pertenecen al fuero íntimo de cada juez. Lo interesante es destacar que esa posible disconformidad con la solución de la mayoría de aquel que decide deliberadamente no firmar la sentencia jamás quedará plasmada en la sentencia. Esta circunstancia priva a las partes, futuros litigantes, tribunales inferiores, los poderes constituidos y a la sociedad en su conjunto, de conocer las razones de su no intervención.

4. Tres casos bajo la lupa y una única voz disidente

Luego de exponer un análisis cuantitativo y empírico de las disidencias del juez Rosenkrantz y de explicar la manera en que esos datos numéricos pueden interpretarse, es momento de realizar un análisis descriptivo. Para ello, he seleccionado tres votos en disidencia que considero trascendentales en la jurisprudencia durante esta etapa: *Schiffrin*, *Fernández de Kirchner* y *Batalla*.

Intentaré argumentar que, además de ser casos especiales y difíciles en el tribunal, Rosenkrantz se preocupó por promover el Estado de derecho, juzgar y sopesar el rol del precedente y justificar con una argumentación sólida una solución alternativa a la mayoría. Tal como se explicará seguidamente, se evidencia en sus votos una fuerte defensa de la noción de *stare decisis* en un país como Argentina, con una tradición jurídica distinta al *common law*,¹⁰⁸ además de un compromiso y respeto por una aplicación fiel del texto de la Constitución, aun cuando el resultado no convenía a sus propios intereses personales y esa postura acarrea un costo para su reputación judicial.¹⁰⁹

106 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Dengeri*, Fallos: 345:482 (2022).

107 En el considerando 23 del fallo unánime suscripto por los jueces Rosatti, Rosenkrantz, Lorenzetti y Maqueda se incluye una remisión a las “Directrices Éticas para una IA fiable”, Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial creado por la Comisión Europea en junio de 2018.

108 Rosenkrantz realizó sus estudios de posgrado (LL.M. y J.S.D.) en la Universidad de Yale, Estados Unidos, donde recibió una fuerte influencia del *common law*.

109 La diputada del Frente de Todos Vanesa Siley presentó en septiembre de 2020 una solicitud de juicio político al juez Rosenkrantz por “mal desempeño y eventuales delitos en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo que dispone el artículo 53 y concordantes de la Constitución

Luego de que quedara vacante la vocalía a cargo del juez Carlos S. Fayt, llegó Rosenkrantz como el nuevo titular. A seis años de su arribo, esa misma vocalía continúa siendo una “cátedra de civismo”,¹¹⁰ que se ha nutrido además de la profundidad y del rigor que aporta el conocimiento filosófico.

4.1. La Constitución anulada y los límites al poder constituyente reformador en Fayt y Schiffrin

El texto constitucional originario establecía que los jueces podían permanecer en sus cargos mientras durara su buena conducta. Sin embargo, en 1994 se reformó la Constitución argentina, se dejó a un lado el *life tenure* del derecho estadounidense¹¹¹ y se impuso un límite de edad para que los jueces de la Corte Suprema se jubilaran o pidieran un nuevo nombramiento por cinco años más y de manera indefinida.

En el llamado “Pacto de Olivos”, que sentó las bases político-jurídicas de la reforma constitucional de 1994, el entonces presidente Carlos Menem y el ex-presidente Raúl Alfonsín, líder del partido Unión Cívica Radical (UCR), acordaron que tres jueces de la Corte Suprema debían renunciar para que la UCR tuviera la oportunidad de nominar candidatos para la Corte. Dos de los jueces, Rodolfo Barra y Augusto Cavagna-Martínez, renunciaron rápidamente, pero la tercera renuncia se demoró. Esta situación llevó a la inclusión de la cláusula de

Nacional”. Rosenkrantz descartó el pedido de juicio político como una “campaña de desprestigio” basada en acusaciones “completamente infundadas” y “motivada por intereses políticos”. Ver *Rosenkrantz dismisses impeachment...* (2020) y Tarricone (2021). El texto del pedido de juicio político puede leerse completo en: <https://www4.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/5039-D-2020.pdf>.

110 Esta denominación no me pertenece, sino que es obra de la genialidad del profesor Pablo Hirschmann. A partir de la lectura de un borrador de este trabajo en inglés, me explicó que, luego de colaborar durante muchos años con el juez Fayt, pudo ver cómo uno de los jueces más importantes en la historia de la Corte Suprema redactó y pensó detenidamente en sus disidencias. Sin dudas que 32 años en la Corte dan innumerables ocasiones para hacer votos en disidencia, algunas de las cuales no sólo pasaron a formar parte de la doctrina del tribunal, sino también de las ideas que predominaron en la sociedad (por ejemplo, las relativas a la democracia y sus instituciones esenciales como el sufragio, la representación y los partidos políticos, o incluso los derechos personalísimos, libertad de expresión, etc.). En ese largo tiempo de trabajo en el tribunal, se puede apreciar que Fayt, si tuvo que disentir, lo hizo por la exclusiva razón de que sus actos no contrariasen su pensamiento. Agregó también que su pensamiento, sobre todo en temas institucionales, iba mucho más allá que el de la mayoría de sus colegas. Más de una vez, cuando cambió de criterio sobre una cuestión jurídica, se preocupó –como buen científico– de explicar en qué consistía el cambio y en fundar los motivos por los cuales cambiaba de parecer.

111 Cfr. Carrió (2008, pp. 254-255) y Levinson (2006, pp. 123-139).

edad durante la Convención Constituyente en curso y resultó en la renuncia forzada del entonces presidente de la Corte, Ricardo Levene, que tenía 80 años.

Una vez aprobado el nuevo texto constitucional, se exigió que los jueces que lleguen a los 75 años sean confirmados nuevamente para continuar en sus puestos mediante el consentimiento de dos tercios de los miembros presentes del Senado. Los jueces reconfirmados a esta edad tienen un mandato de cinco años, pero pueden ser reelegidos indefinidamente mediante el mismo procedimiento.¹¹²

Carlos Santiago Fayt, juez de la Corte Suprema de Justicia que al momento de aprobarse la reforma constitucional tenía 75 años de edad, interpuso una pretensión meramente declarativa ante la justicia, pues entendía que la Convención reformadora no estaba autorizada por la Ley 24309 para introducir un límite etario al ejercicio vitalicio de la magistratura.

Luego de que el caso transitara por las instancias de apelación ordinaria de la justicia contencioso-administrativo federal, la mayoría de la Corte Suprema resolvió que la modificación de la duración del mandato de los jueces había violado el procedimiento de reforma estatuido por la Constitución Nacional, pues no se hallaba habilitada ni por el artículo 2° “Núcleo de Coincidencias Básicas” ni aún en su interpretación más expansiva por el artículo 3°, que incorporaba un listado de “Temas habilitados por el Congreso de la Nación para su Debate por la Convención Constituyente” de la Ley 24309.¹¹³ En otras palabras, la Corte encontró una violación al procedimiento de reforma constitucional lo suficientemente burdo como para aplicar las consecuencias establecidas en el artículo 6 de la Ley 24309, es decir, la nulidad de esa reforma. Dado que la declaración de nulidad e inaplicabilidad de la cláusula constitucional sólo beneficiaba a Fayt, el resto de los magistrados que se encontraba en la misma situación debían iniciar sus reclamos individuales y obtener por parte de sus propios colegas jueces una declaración idéntica siguiendo lo resuelto por la Corte en aquel fallo institucional. El corporativismo judicial defendió sus propios intereses, y los jueces y juezas que quisieron seguir ejerciendo el cargo pudieron hacerlo luego de obtener una resolución judicial que los habilitara.

112 Cfr. art. 99, § 4 de la Constitución Nacional. La Disposición Transitoria Undécima estableció que “[l]a caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99, inc. 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”. Ver, además, Badeni (2010, pp. 556, 740-742) y García-Mansilla (2014).

113 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt, Carlos Santiago v. Estado Nacional*, Fallos: 322:1616 (1999). La opinión mayoritaria fue firmada por los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, Boggiano y López; el juez Vásquez votó de manera separada, pero concurrente con la mayoría, mientras que el juez Bossert disintió y confirmó la decisión de la Cámara de Apelaciones.

Sin embargo, casi 20 años después y con una integración completamente distinta, la Corte Suprema decidió dejar sin efecto el caso *Fayt*. El juez federal Leopoldo Héctor Schifffrin interpuso una demanda para mantenerse en el cargo más allá de los 75 años, argumentando que había ingresado a trabajar al Poder Judicial mucho antes de que la reforma constitucional de 1994 estableciera el límite a la inamovilidad. La Corte Suprema emitió una resolución mayoritaria firmada por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti –aunque al estilo *seriatim*– en *Schifffrin*¹¹⁴ el 28 de marzo de 2017.

La jueza Elena Highton de Nolasco no se sumó a la mayoría. A petición suya, el 10 de febrero de 2017 (es decir, unas semanas antes de que la Corte decidiera este caso), un juez federal le permitió permanecer en la Corte Suprema más allá del límite de edad.¹¹⁵ La jueza Highton de Nolasco utilizó la misma táctica que muchos otros jueces federales de todo el país después de que el alto tribunal resolviera el caso *Fayt*. Quizá, hubiera sido deseable que siguiera el ejemplo del juez Belluscio, quien, unos días antes de celebrar su cumpleaños número 75, renunció a su cargo. En su carta de renuncia del 7 de junio de 2005, explicó que si permanecía en el cargo luego de firmar la opinión mayoritaria en el caso *Fayt*, estaría aprovechándose de su propia decisión, incurriendo en una conducta antiética. Es cierto que la jueza Highton de Nolasco no participó del acuerdo del caso *Fayt*, pero resulta al menos llamativo que, encontrándose el expediente del juez Schifffrin a estudio en su propio tribunal, decidiera seguir por el camino de obtener la declaración de inaplicabilidad de la cláusula constitucional declarada nula veinte años atrás.

Al abandonar lo decidido en el caso *Fayt*, la Corte Suprema en el caso *Schifffrin* devolvió la validez a la única norma de la Constitución Nacional que fue declarada nula en toda la historia constitucional argentina. Este fallo de alto interés e impacto institucional restableció entonces la potestad del Congreso y del presidente de la nación –como poderes políticos reconocidos por la Constitución– de ejercer las funciones que el constituyente reformador les otorgó para decidir como representantes del pueblo si un juez puede continuar ejerciendo su función después de los 75 años.

114 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schifffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017). A pesar de que la decisión se decidió en “modo *seriatim*”, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti escribieron, al final de sus opiniones, nueve conclusiones compartidas (véanse los considerandos 27 en el voto del juez Lorenzetti; el juez Maqueda, considerando 47; y el juez Rosatti, considerando 25).

115 Véase Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6, *Highton de Nolasco, Elena Inés c. Estado Nacional*, Expte. Nº 83.656/2016.

Por medio de tres votos individuales y concurrentes, los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti dejaron expresamente en claro que concordaban con respecto a que:

- a. La Convención reformadora actúa como poder constituyente derivado, reuniéndose con la finalidad de modificar, o no, sólo aquellas cláusulas constitucionales que el Congreso declaró que podían ser reformadas.
- b. Dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.
- c. El control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Convención Constituyente. En caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de esa Convención.
- d. La Ley 24309 (artículo 3º, tema e), al habilitar a la Asamblea reformadora de 1994 a actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional, incluyó los diversos componentes del proceso de designación de los jueces federales que impera en nuestro país.
- e. Esa habilitación sostiene la conclusión de que la necesaria intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo –cuando los jueces federales alcanzan la edad de 75 años– aparece razonablemente como una de las modalidades posibles reservadas a la Convención Constituyente.
- f. La única vez en la historia argentina en que la máxima autoridad del Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso *Fayt*, sentencia en la cual la Corte había puesto en ejercicio un control restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que limita severamente la competencia del órgano reformador.
- g. La doctrina utilizada en el caso *Fayt* debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo.
- h. La aplicación de la nueva doctrina lleva a concluir que la Convención Constituyente de 1994 no ha excedido los límites de su competencia al incorporar la cláusula del art. 99, inc. 4º, tercer párrafo de la Constitución Nacional. Tampoco ha vulnerado el principio de independencia judicial, que hace a la esencia de la forma republicana de gobierno; ello así, en tanto el límite de edad modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad de los jueces.

No es ocioso recordar, en este contexto, que los jueces Rosatti y Maqueda habían sido miembros de la Convención Constituyente en 1994 y votaron a favor de eliminar la permanencia vitalicia de los magistrados.¹¹⁶ En otras palabras, los propios autores de la cláusula constitucional en jaque recurrieron a consultar la intención de los *framers*, convirtiéndose en auténticos intérpretes judiciales unas décadas más tarde cuando fueron nombrados jueces y así lograron restablecer la vigencia de una norma que había sido declarada nula.

El juez Rosenkrantz se resistió a adoptar el enfoque de la mayoría y disintió. Esta fue su primera disidencia significativa desde que asumió el cargo y su primer voto en minoría publicado en *Fallos*.¹¹⁷ Entendió que lo que estaba en discusión en este caso no era la razonabilidad de la limitación del mandato de los jueces, sino la validez constitucional del proceso por el cual se introdujo esa reforma.¹¹⁸ Sostuvo que la Convención modificó un artículo que no estaba habilitado por el Congreso nacional para ser reformado y que, por ello, al establecer un límite temporal al mandato de los jueces, violó la Constitución Nacional.

También sostuvo que las normas que rigen el proceso de reforma constitucional son de crucial importancia para la efectiva vigencia del sistema de derechos y libertades consagradas en la Constitución, pues hacen a la estabilidad misma de dichas garantías. Entendió que el estricto apego a la declaración que efectúa el Congreso de la Nación respecto a la necesidad de la reforma es el único mecanismo existente para evitar que las convenciones constituyentes se conviertan en “Cajas de Pandora”¹¹⁹ e introduzcan temas no sometidos al debate público en forma previa a la elección de convencionales constituyentes. Este modo de entender las cuestiones en juego, por consiguiente, es el único que asegura la efectiva soberanía del pueblo de la nación.

116 Ver Convención Nacional Constituyente (1994, pp. 4598-5494).

117 Antes del caso *Schiffirin* del 28 de marzo de 2017, el juez Rosenkrantz firmó tres disidencias por cuestiones procedimentales que no se encuentran publicadas en *Fallos*: a) Expte. CIV 6404/201S/1/RH1, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Duhalde, Eduardo Alberto y otro c/D’Elía, Luis Ángel s/medidas precautorias*, 22 de noviembre de 2016; b) Expte. CSJ 4143/2015/RH1, *Hagen, Damián Fernando s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 25.053*, 29 de noviembre de 2016; y c) Expte. CNT 28048/2011/1/RR1, *Sánchez, Javier Armando e/Cristem S.A. s/juicio sumarisimo*, 7 de marzo de 2017.

118 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffirin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017) (juez Rosenkrantz, disidencia, considerando 7).

119 En realidad, Pandora recibió una jarra de Zeus y no una caja. En el siglo XVI, las obras de Hesíodo fueron traducidas al latín por Erasmo de Róterdam, quien tradujo erróneamente la antigua palabra griega *pythos* (que significa “jarra”) a la palabra latina *pyxis* (que significa “caja”). Hoy en día, abrir la Caja de Pandora generalmente significa realizar una acción que puede parecer pequeña o inocua, pero que deviene en consecuencias graves y de gran alcance y que, a menudo, puede conducir a disputas que ninguna de las partes imaginó ni pretendió. Ver West (1966, pp. 535-70).

Finalmente, el juez Rosenkrantz se refirió al precedente *Fayt*, destacando que la sentencia de 1999 había tenido un pacífico cumplimiento por parte de todas las autoridades constituidas, independientemente de su signo político, durante más de 20 años. Afirmó que en casos como el de Schiffrin, donde se juzga la validez de una reforma constitucional, es preciso ser especialmente consistentes a lo largo del tiempo y ello demanda un respeto más riguroso hacia los precedentes de la Corte Suprema. Por ello insistió en la idea del *stare decisis*.¹²⁰

En definitiva, la idea que subyace en su voto es una que trasciende la discusión sobre si los jueces deben ocupar sus cargos de manera vitalicia o no, dado que también trata sobre

el compromiso que tienen los jueces a aplicar los mismos principios en casos futuros, aunque el resultado sea impopular o antipático. Significa que, como Ulises, somos capaces de atarnos al mástil de la legalidad. Como yo lo veo, este es el punto central para recuperar confianza y legitimidad. (Rosenkrantz, 2010, párr. 26)

4.2. La Corte Suprema actúa como el Consejo de Estado francés¹²¹ durante la pandemia

El 31 de diciembre de 2019 se informó por primera vez a la Organización Mundial de la Salud (OMS) de un nuevo virus detectado en Wuhan, China. A principios de marzo de 2020, el nuevo virus se había extendido por todo el mundo y la OMS declaró oficialmente que el nuevo coronavirus de 2019, conocido como COVID-19, era efectivamente una pandemia.

El brote de COVID-19 alteró por completo el ritmo de vida a nivel mundial, y la agenda de la Corte Suprema argentina no fue la excepción. En respuesta a la pandemia, la mayoría de los países tomaron medidas para frenar la propagación del virus, lo que incluyó el cierre de negocios no esenciales, además de órdenes muy restrictivas a la libertad ambulatoria y de circulación. En este contexto, las instituciones gubernamentales se vieron obligadas a repensar cómo operar y funcionar. En lo que respecta al órgano legisferante, era necesario pensar en procedimientos que permitieran el voto remoto a fin de garantizar que pudieran aprobar la legislación necesaria para responder a la pandemia en curso.¹²²

120 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Ejecutivo Nacional*, Fallos: 340:257 (2017) (juez Rosenkrantz, disidencia, considerando 28).

121 La denominación corresponde al profesor Alberto Bianchi (2020, p. 36).

122 Ver House of Representatives (2020), que señala que “[m]any other countries have also implemented remote voting in their legislatures, including Argentina, Azerbaijan, Brazil, China, Mexico, Nor-

Durante el año 2020, la Corte Suprema se sumergió voluntariamente –y, al mismo tiempo, forzada– en la arena política. El Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, que ordenó el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”, incidió directamente en el funcionamiento de ambas cámaras del Congreso de la Nación mientras estaba en curso el período ordinario de sesiones legislativas, que había comenzado pocos días antes conforme dispone el artículo 63 de la Constitución.

Cristina Fernández de Kirchner, expresidenta argentina (2007-2015), actual vicepresidenta de la nación y presidenta de la Cámara de Senadores, le pidió directamente a la Corte Suprema que despeje la incertidumbre que el artículo 30 del Reglamento del Senado creaba sobre la validez de las audiencias remotas del Congreso a través de plataformas virtuales. Esta norma establece que los senadores deben estar, salvo en casos de “gravedad institucional”, presentes físicamente (i.e., en persona) durante las sesiones.

La Corte Suprema emitió su dictamen *in audita parte* en tiempo récord. El 24 de abril de 2020, los jueces firmaron una sentencia que abordó varios temas importantes.¹²³ El voto de la mayoría estuvo integrado por los jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Maqueda; el juez Rosatti votó de manera concurrente y, en soledad, el juez Rosenkrantz emitió su voto en disidencia.

La mayoría entendió que, pese a la ausencia de “caso”, las circunstancias extraordinarias en las cuales se formuló la consulta le exigían al máximo tribunal responderla, sin que ello agravara la separación de poderes o importara una intromisión del Poder Judicial en la esfera de los otros poderes. La mayoría comienza diciendo que “[c]omo tribunal de justicia y Poder del Estado, las decisiones de la Corte Suprema custodian la Constitución siempre insertas en una realidad histórica”.¹²⁴ Así, tres jueces de la Corte admiten que la “realidad histórica” tiene fuerza fáctica suficiente para requerirle que asuma el rol de órgano asesor del Senado (Bianchi, 2020, p. 36).

Señala luego que

dudoso favor haría este Tribunal a la República si, en circunstancias de extrema incertidumbre como las actuales, dejase de lado su antiguo y consolidado crite-

way, Philippines, Portugal, Romania, Spain, Taiwan, and the European Union Parliament. In addition, the legislatures of France and New Zealand have utilized remote voting by proxy during this pandemic” (párr. 10).

123 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020).

124 *Ibidem*, considerando 2 del voto de la mayoría.

rio según el cual desconocer los elementos fácticos de un planteo no se compadece con la función de administrar justicia [...] para hacer primar –en vez– un criterio formal que puede desdibujar un planteo referido a la subsistencia de las reglas más esenciales de funcionamiento del sistema representativo, republicano y democrático que establece nuestra Constitución Nacional.¹²⁵

En cuanto a la cuestión de fondo, la mayoría explica que ambas Cámaras tienen la facultad de dictar su propio reglamento y que, por tanto, cada una de ellas tiene la autonomía necesaria para regular su propio funcionamiento.¹²⁶

Sin embargo, lo más llamativo es que la mayoría no dice nada respecto a la falta de competencia originaria¹²⁷ de la Corte Suprema para resolver una duda como la que trajo la presidenta del Senado. De hecho, la parte dispositiva pone de resalto que se trata de un verdadero dictamen al decir:

[...] se resuelve que el Senado de la Nación tiene todas las atribuciones constitucionales para interpretar su propio reglamento en cuanto a la manera virtual o remota de sesionar, sin recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación; por lo cual se rechaza la acción incoada.¹²⁸

Rosatti, por su parte, firmó un voto concurrente con unas inusuales “consideraciones colaborativas”¹²⁹ que, según la intención del juez, buscaban promover el diálogo cooperativo con uno de los poderes políticos.¹³⁰ De esta manera, afirma que el Senado “no solo puede, sino que debe sesionar para poder cum-

125 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020), considerando 7 del voto de la mayoría.

126 *Ibidem*, considerando 16 del voto de la mayoría.

127 El artículo 117 de la Constitución Nacional establece que procede la competencia originaria cuando: (a) una provincia es parte; o (b) la causa “conciene” a un embajador o cónsul extranjero. Sin embargo, como se lee del texto constitucional, la presidencia del Senado no está entre los sujetos aforados a la Corte Suprema.

128 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020), parte dispositiva o final del voto de la mayoría.

129 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosatti, voto concurrente, considerando 10). Allí explica que las consideraciones colaborativas tienen base constitucional, como su propio nombre lo indica, en el principio de colaboración entre los poderes del Estado que surge de la separación de poderes.

130 Véase, por ejemplo, Yap (2015), quien argumenta que la revisión dialógica trata a los tribunales y a los poderes políticos como “participantes en un coloquio constitucional duradero” que permite “un diálogo constitucional entre poderes co-iguales del gobierno” (p. 11). Véase también Delaney (2016), que describe cómo “los tribunales de todo el mundo parecen depender de las posibilidades y los beneficios del diálogo político extrajudicial como un bálsamo curativo para sus déficits democráticos” (p. 4).

plir con su rol constitucional. Debe hacerlo con las modalidades que el propio Senado establezca, y con el temario que el propio Senado determine, porque está en período de sesiones ordinarias” en tanto “[l]a Constitución Argentina tiene todas las respuestas a las posibles incertidumbres jurídicas, aun (o con mayor razón aún) en momentos de crisis. Solo hay que empeñarse en encontrarlas”.¹³¹

Rosenkrantz expresó su opinión en un voto disidente proponiendo rechazar la demanda *in limine litis* no sólo por la falta de competencia debido a lo prescripto en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, sino también debido al “carácter puramente consultivo de la solicitud y la inexistencia de un “caso” o “controversia”. Luego dice:

[...] no puede haber caso sin contraparte y más allá de la mención nominal del Estado Nacional en el escrito que da inicio a las presentes actuaciones no se identifica ninguna contraparte concreta respecto de la cual exista una controversia actual que deba ser saldada para resolver una colisión de intereses o derechos. Es de destacar que la presentación tampoco identifica cuál sería la actuación del Estado Nacional –ni de ninguna otra contraparte– que obstaculizaría que el Senado de la Nación sesionara del modo pretendido o que la señora Vicepresidenta de la Nación ejerciera las funciones que en su carácter de Presidente del Senado le corresponden en virtud del reglamento de dicha cámara. Tampoco se identifica cuál sería la relación jurídica sustancial que une a la presentante con el Estado Nacional y que requeriría de un pronunciamiento judicial para dotarla de certeza.¹³²

Es evidente que la Constitución argentina les otorga explícitamente a la Cámara de Diputados y al Senado la autoridad para elaborar sus propias “Reglas de Procedimiento”. De hecho, si se recurre a su fuente directa –i.e., la Constitución de los Estados Unidos en el Artículo 2, Sección 5, párrafo segundo–, y a la interpretación que ha hecho la Corte Suprema de ese país, es claro que el establecimiento de reglas de votación remota por parte de la Cámara es consistente con su autoridad constitucional.

La Corte Suprema estadounidense ha resuelto dos veces, en casos de la década de 1890, opiniones que brindan bases sólidas para creer que el establecimiento de reglas de votación remota por parte de la Cámara es consistente con

131 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosatti, voto concurrente, considerando 15, puntos 4 y 7).

132 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández de Kirchner, Cristina*, Fallos: 343:218 (2020) (juez Rosenkrantz, voto en disidencia, considerando 3).

su autoridad constitucional. En *Field v. Clark*,¹³³ resolvió que las impugnaciones del funcionamiento interno del Congreso no son justiciables en los tribunales federales. En *United States v. Ballin*,¹³⁴ la Corte encontró que, mientras que la Constitución requiere la presencia de una mayoría –o quórum– de la Cámara para hacer negocios, la Constitución también deja que la Cámara determine su decisión conforme a sus propias reglas. En este último caso, la Corte expresó:

[Congress] may not by its rules ignore constitutional restraints or violate fundamental rights, and there should be a reasonable relation between the mode or method of proceeding established by the rule and the result which is sought to be attained. But within these limitations, all matters of method are open to the determination of the house, and it is no impeachment of the rule to say that some other way would be better, more accurate, or even more just. It is no objection to the validity of a rule that a different one has been prescribed and in force for a length of time. The power to make rules is not one which once exercised is exhausted. It is a continuous power, always subject to be exercised by the house, and, within the limitations suggested, absolute and beyond the challenge of any other body or tribunal.¹³⁵

En otras palabras, dentro de la autoridad que le otorga la Constitución, el Senado está facultado para establecer procedimientos que permitan que los representantes del pueblo sancionen la legislación que consideren pertinente y ejerzan el control de los decretos de necesidad y urgencia que sean dictados durante el contexto de emergencia.¹³⁶

Aunque la demanda fue finalmente desestimada, la disidencia del juez Rosenkrantz es la respuesta jurídicamente correcta. No tengo dudas de que el voto de los otros cuatro jueces de la Corte Suprema difícilmente abrirá en un futuro la puerta a una jurisdicción consultiva con sujetos especiales aforados; sin em-

133 143 U.S. 649 (1892).

134 144 U.S. 1 (1892).

135 La traducción sería: “[El Congreso] no puede por sus reglas ignorar las restricciones constitucionales o violar los derechos fundamentales, y debe haber una relación razonable entre el modo o método de proceder establecido por la regla y el resultado que se pretende alcanzar. Pero dentro de estas limitaciones, todas las cuestiones de método están abiertas a la determinación de la cámara, y no es un reproche a la regla decir que alguna otra manera sería mejor, más precisa o incluso más justa. No es objeción a la validez de una regla que otra diferente haya sido prescrita y en vigor por un período de tiempo. El poder de hacer reglas no es uno que una vez ejercido se agote. Es un poder continuo, siempre sujeto a ser ejercido por la casa y, dentro de las limitaciones sugeridas, absoluto y más allá del desafío de cualquier otro cuerpo o tribunal” (144 U.S. 1, 5 (1892)).

136 Cfr. Castro Videla (2020).

bargo, si el fin último es erigirse en un tribunal de la Constitución, que aplica el texto constitucional para resolver casos y no consultas, resulta evidente que no debe prestarse al juego del titular de uno de los poderes constituidos para ejercer una suerte de control de constitucionalidad abstracto ajeno al diseño institucional propio de nuestra Constitución. La solución estaba prístina en los artículos 116 y 117 de la ley fundamental y no había que empeñarse demasiado en buscarla en ningún otro lado. Afirmar lo contrario implica ignorar el texto expreso de la Constitución, borrar más de 150 años de historia institucional y transformar a la Corte en un consejero de la política.

4.3. La retroactividad de la ley penal en los delitos de lesa humanidad: análisis del caso *Batalla*

Tras el fallo del caso *Muiña*¹³⁷ por la Corte Suprema el 3 de mayo de 2017, se generó una intensa controversia respecto a la aplicación del beneficio del “2 x 1” en situaciones en las que se están juzgando crímenes de lesa humanidad. La mayoría, integrada por Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti, decidió que la Ley 24390, aunque ya derogada, podía ser aplicada para reducir el cómputo de la prisión, ya que consideraron que era la ley más benigna. En el caso de Rosenkrantz, contó con la colaboración del secretario letrado de la Corte Suprema, Federico Morgenstern, quien trabajó en el estudio y análisis de los antecedentes del caso. Los jueces Lorenzetti y Maqueda discreparon y disintieron, argumentando que dicha reducción no debería ser aplicable a los crímenes de lesa humanidad.

Por la aplicación del artículo 2 del Código Penal que contiene el principio de la ley penal más benigna, tres de los jueces de la Corte Suprema resolvieron que el artículo 7 de la Ley 24390 en su redacción original –que estuvo vigente entre 1994 y 2001– es aplicable a quienes cometieron delitos de lesa humanidad. La ley del “2 x 1” establecía que al computar el tiempo de privación de la libertad de una persona condenada cada día de prisión preventiva que hubiera excedido el plazo legal de dos años equivalía al cumplimiento de dos días de la condena. El fundamento no es otro que desalentar las prisiones preventivas largas.

La sociedad civil reaccionó masiva, instantánea e inmediatamente contra la decisión de la Corte en el caso *Muiña* y, específicamente, contra los jueces Highton de Nolasco, Rosenkrantz y Rosatti. El Congreso de la Nación recogió

137 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio*, Fallos: 340:569 (2017).

el reclamo y aprobó rápidamente la Ley 27362 el 10 de mayo de 2017 en una sesión especial –con el voto de todos los diputados presentes menos uno y de todos los senadores presentes–,¹³⁸ disponiendo la inaplicabilidad del cómputo del “2 x 1” a los crímenes de lesa humanidad y estableciendo que esa sería la única interpretación auténtica.

Esta ley, que supuestamente “aclaraba” o “interpretaba” el texto de la Ley 24390, creó mayor incertidumbre respecto a la forma en la que la Corte debía decidir casos posteriores similares a *Muiña*. Esa duda se disipó el 4 de diciembre de 2018, cuando el tribunal resolvió el caso *Batalla*.¹³⁹ Los jueces Highton de Nolasco y Rosatti cambiaron su criterio sostenido en *Muiña* y coincidieron en su voto, mientras que Maqueda y Lorenzetti hicieron lo propio en un voto por separado. Carlos Rosenkrantz, en tanto, votó en disidencia.

Los jueces Highton de Nolasco y Rosatti cambiaron su parecer respecto al debate sobre la aplicación del beneficio del “2 x 1” para los delitos de lesa humanidad y explicaron que se necesitaba la sanción de una “ley interpretativa” por parte del Congreso de la Nación. Rosatti explicó en el caso *Muiña* que si el legislador no previó un régimen diferenciado que excluyera la aplicación de la ley penal más benigna a los delitos de lesa humanidad, no lo puede hacer el juez, en tanto ello violentaría el principio constitucional de separación de poderes.¹⁴⁰

En este marco, Highton de Nolasco y Rosatti concluyeron que la Ley 27362 encuadraba dentro del marco ‘interpretativo’ porque no modificó retroactivamente la legislación penal en materia de tipificación delictual o de asignación de la pena, sino que aclaró cómo debía interpretarse la ley aplicable al caso. Según entendieron, una vez determinado el carácter “interpretativo” de la Ley

138 El artículo primero de esta ley estableció que “de conformidad con lo previsto en la ley 27.156, el artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– no es aplicable a conductas delictivas que encuadren en la categoría de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra, según el derecho interno o internacional”.

El artículo segundo dice que “[e]l cómputo de las penas establecido en su oportunidad por el artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– será aplicable solamente a aquellos casos en los que el condenado hubiere estado privado de su libertad en forma preventiva durante el período comprendido entre la entrada en vigencia y la derogación de aquella ley”.

Por último, el artículo tercero fija que lo dispuesto en los dos anteriores artículos “es la interpretación auténtica del artículo 7° de la ley 24.390 –derogada por ley 25.430– y será aplicable aún a las causas en trámite”.

139 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Rufino Batalla en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor*, Fallos: 341:1784 (2018).

140 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio*, Fallos: 340:569 (2017) (juez Rosatti, considerando 11).

27362 en relación con la Ley 24390, la ley interpretativa y la ley interpretada se aplican de manera conjunta, entendiéndose que la norma interpretada ha regido siempre.

En su voto, Maqueda y Lorenzetti mantuvieron la misma postura adoptada en *Muiña*, no ingresaron a analizar si la ley interpretativa podía o no implicar una violación al principio de irretroactividad de la ley penal, sino que refirieron que el cómputo del “2 x 1” no era aplicable a delitos de lesa humanidad por su carácter de imprescriptibles, su imposibilidad de amnistía o indulto. Además, pusieron de resalto que el derecho internacional le impone a la Argentina el deber de perseguir los delitos de lesa humanidad y establecer penas adecuadas y proporcionadas a su gravedad para impedir una forma de impunidad “de facto”. Resaltaron que se trataba de una política de Estado, promovida por los tres poderes de gobierno, siendo parte del contrato social de los argentinos.

Rosenkrantz votó en disidencia, se mantuvo con el mismo criterio que falló en el caso *Muiña* y, por tanto, entendió que la Ley 27362 era inconstitucional. Según justificó en su voto, esta no era una ley genuinamente interpretativa y, aun si lo fuera, entendió que sería inaplicable por violar el principio de irretroactividad de la penal consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En su voto, Rosenkrantz consideró que una ley interpretativa es aquella que se limita a despejar dudas sobre conceptos equívocos, oscuros o dudosos de la ley interpretada. En este caso, la ley supuestamente interpretada (es decir, la Ley 24390 del “2 x 1”) no recurre a ningún concepto equívoco, oscuro o dudoso. Por su parte, en su visión, la sanción de la Ley 27362 (es decir, la ley supuestamente interpretativa) presupone que la Ley 24390 (la ley interpretada) es perfectamente clara. La ley interpretativa sostuvo que la ley interpretada no se aplica a ciertos casos, lo que presupone que se entendió claramente que la ley interpretada es aplicable a ellos.

El voto en disidencia es claro. Incluso si la Ley 27362 fuera genuinamente interpretativa, no son admisibles en materia penal leyes interpretativas que empeoren la situación del imputado porque ello constituye una violación del principio de irretroactividad de la ley penal. Al pronunciarse sobre leyes interpretativas no penales, la Corte Suprema ha tenido el cuidado de recalcar que, en materia penal, el artículo 18 de la Constitución Nacional impide la aplicación retroactiva de la ley más gravosa.¹⁴¹ Dado que el principio de irretroactividad de la ley penal es uno de los principios fundamentales que hace posible una

141 Véase, por ejemplo, Fallos: 184:620; 287:104.

democracia constitucional y republicana y que ese principio está violado por la Ley 27362, dicha ley es manifiestamente inconstitucional.

Rosenkrantz, al igual que el resto de los jueces de la Corte, lee los periódicos y ve la televisión. Por ello, era plenamente consciente de que necesitaba explicar en su disidencia los motivos por los cuales consideraba que el beneficio del “2 x 1” no podía aplicarse al imputado. Luego de destacar que si bien la reacción social que motivó el dictado de la Ley 27362 expresaba el legado del “nunca más” y el objetivo social de no claudicar en la persecución de delitos de lesa humanidad, no cualquier modo de poner en práctica ese compromiso es respetuoso de la Constitución. En virtud de ello, dijo que “debemos resistir la tentación, comprensible, pero en definitiva injustificada, de juzgar a los crímenes cometidos por el recurrente con normas incompatibles con las que la Constitución prevé”. Expresó, finalmente, que la Constitución exige extender las garantías a todos por igual y que apartarnos de sus mandatos “pone en peligro el mejor, pero a la vez el más frágil, arreglo institucional que se ha inventado para que gente que está en desacuerdo acerca de muchas cuestiones pueda aspirar a convivir”.

Por tanto, Rosenkrantz adoptó un enfoque jurídico que se concentra en el derecho aplicable al caso. En su visión, no cree que la jurisdicción sea una ocasión para que los jueces den rienda suelta a sus creencias morales y políticas, sino que el razonamiento judicial tiene autonomía normativa precisamente para que los jueces cumplan con su tarea jurisdiccional, la cual consiste en aplicar la decisión tomada por los representantes del pueblo, tal como figura en la Constitución Nacional y en las disposiciones que emanan de ella. Después de todo, la tarea de los jueces consiste en aplicar el derecho vigente –en este caso, la Constitución– a un caso particular, sin modificarlo o desobedecerlo mediante una supuesta interpretación jurídica (Rosler, 2022, p. 84). Esta coherencia institucional, jurisdiccional y funcional al cargo que ocupa de juez en la Corte Suprema es interesante de resaltar.

Luego de realizar un análisis descriptivo de tres de las opiniones disidentes más significativas del juez Rosenkrantz emitidas en los últimos años en la Corte Suprema y a fin de comprender cabalmente la filosofía que subyace su pensamiento y análisis jurídico y político, es necesario ampliar el alcance y analizar qué rol juega el disenso judicial en relación con el concepto de legitimidad del tribunal.

5. El rol de las disidencias del juez Rosenkrantz como garante de la legitimidad de la Corte Suprema

Considerar a la Corte Suprema como una institución dedicada a la resolución de conflictos y simplemente distinguible de otros tribunales por su jerarquía es no comprender su rol. En casi todos los sistemas legales, las cortes supremas o los tribunales constitucionales son mucho más. No sólo son, en general, el más alto tribunal del país dedicado a resolver los casos y controversias que surjan al amparo del derecho federal o de la constitución, sino que también son el árbitro final, aunque rara vez neutral, en los conflictos que involucran cuestiones de separación de poderes. La Corte tiene objetivos institucionales y una agenda política más o menos explícita.¹⁴²

Desde incluso antes de *Marbury v. Madison*,¹⁴³ el *judicial review* ha sido reconocido como parte integrante de lo que el juez Marshall llamó el “deber” judicial.¹⁴⁴ Actuando de acuerdo con esta responsabilidad, los tribunales se inmiscuyen frecuentemente en debates sociales muy sensibles y variados (O’Scanlain, 2015, p. 32). La Corte, que se ubica en la cúspide del Poder Judicial, tiene la autoridad para invalidar leyes del congreso o reglamentos del Poder Ejecutivo que estén en conflicto con la constitución. Las normas juzgadas incongruentes con el texto constitucional son declaradas inconstitucionales y, por tanto, inaplicables para el caso concreto. Este poder, que también tienen todos los jueces en Argentina, les permite a quienes tienen el rol de juzgar casos contenciosos ejercer lo que comúnmente se conoce como “denunciantes” (*whistleblower*) o “alarma de incendio” (*fire alarm*), es decir, advertir a la sociedad cuando el Gobierno se hubiera excedido en los límites de su poder delegado.

142 Cfr. Chafetz (2015), quien explica que “the courts both govern and play a crucial role in deciding who governs” (pp. 90-110), y Chafetz (2021, p. 150); ver también Kagan et al. (2018, p. 142), quien señala que las cortes supremas se han convertido en actores importantes en la gobernanza constitucional.

143 5 U.S. (1 Cranch) 137, 178 (1803).

144 Véase Treanor (2005, pp. 455-562), quien argumenta que la jurisprudencia inicial refleja un enfoque estructural de la revisión judicial en el que el nivel de escrutinio estaba estrechamente relacionado con la naturaleza de la ley impugnada, además de que los tribunales defendían su propio poder; en el mismo sentido, ver García-Mansilla (2020).

5.1. Una aproximación al concepto de legitimidad judicial

En Argentina, el papel de la Corte Suprema es complejo,¹⁴⁵ por lo tanto, lo que se intentará aquí es no sólo comprender el comportamiento del juez Carlos Rosenkrantz en la Corte Suprema (es decir, su *judicial behavior*¹⁴⁶), sino también indagar en las consecuencias de sus votos en disidencia relacionadas con la preocupación razonable que tiene cualquier Corte Suprema respecto a su propia legitimidad.

La legitimidad judicial es un concepto difícil de definir, además de muy discutido y arduo de medir. Lo problemático radica en que distintas personas utilicen el mismo término con significados distintos para referirse a aspectos diferentes y no se tenga en claro a qué sentido o acepción se refieren. Por ello, el escollo más grande es utilizar un concepto como el de la legitimidad en un proyecto empírico, pues está claro que un concepto no se puede utilizar realmente en el análisis empírico a menos que se pueda definir y medir en la realidad sin ambigüedades.

¿Cuándo una decisión de la Corte Suprema es legítima? ¿Qué criterios se pueden utilizar para juzgar un fallo legítimo o ilegítimo? ¿Se puede estudiar y entender a los tribunales únicamente leyendo sus sentencias? Para responder estas preguntas, es necesario hacer un acercamiento desde las perspectivas del derecho, la filosofía y la ciencia política; sus puntos de vista se entrecruzan, divergen y superponen de muchas maneras interesantes. De ahí que el concepto de legitimidad aplicado a los tribunales tenga un significado distinto para los abogados, los filósofos y los politólogos.

Con claridad analítica, Richard Fallon (2018) disecciona el término y propone distinguir la faz sociológica, moral y legal o jurídica del concepto de legitimidad. La legitimidad sociológica es, esencialmente, la opinión o percepción pública, es decir, el sentir que tiene la sociedad del sistema legal y de sus instituciones como merecedoras de respeto y obediencia. La legitimidad sociológica, por tanto, depende de una perspectiva externa. La legitimidad moral, por su parte, es un concepto inherentemente normativo, que se centra en si las personas “deben” tratar a un determinado régimen legal o a sus instituciones como dignos de respeto y obediencia. Se suele poner de ejemplo al régimen nazi en Alemania, el cual, si bien era un Gobierno con apoyo popular (i.e., contaba con legitimidad sociológica), no era moralmente legítimo. Finalmente, la le-

145 Véanse, por ejemplo, las obras de Fayt (1995), Carrió y Garay (1996), Bianchi (1997), Santiago y Álvarez (2000) y Santiago (2014a), entre otros.

146 Para una explicación del concepto y su estudio, puede verse, entre muchos otros, Epstein et al. (2013).

gitimidad legal depende de una perspectiva interna. Una decisión de la Corte Suprema es legalmente legítima si los jueces utilizan métodos interpretativos generalmente aceptados en la cultura jurídica, aunque lo cierto es que cada juez debería aplicar su filosofía interpretativa preferida de manera consistente a través de todos los casos que resuelve con franqueza y de buena fe. Ese juez debe apegarse a su método de interpretación, incluso cuando lo conduzca a resultados en los que no coincida. Tal consistencia hará que las decisiones del tribunal sean más aceptables, al menos dentro de la comunidad jurídica.

5.2. La función de la Corte y el rol del juez Rosenkrantz en el tribunal

Hace más de sesenta años, Robert Dahl (1957) observó que:

[L]a Corte no puede actuar estrictamente como una institución legal. Es decir, debe elegir entre alternativas controvertidas de política pública apelando al menos a algunos criterios de aceptabilidad sobre cuestiones de hecho y valor que no pueden encontrarse o deducirse de precedentes, leyes y la Constitución. (p. 281)¹⁴⁷

En otras palabras, si bien es cierto que los miembros del Poder Judicial son servidores públicos cuya función es decidir los conflictos de los ciudadanos y aplicar el derecho vigente para la resolución de esos conflictos prescindiendo de toda interpretación (Kavanagh, 2010), nadie negará que las predisposiciones políticas, consciente o inconscientemente, forman los cimientos de las teorías jurídicas que los jueces adoptan en última instancia. Tal es la naturaleza del razonamiento humano, el análisis y la toma de decisiones (Joondeph, 2008).

Cada juez tiene un conjunto de ideas políticas que se mezclan con sus ideas “jurídicas”, lo que hace muy difícil separar unas de otras. Los jueces de la Corte Suprema suelen ser personas que, antes de su nombramiento, han participado en la vida pública, han escrito libros o artículos jurídicos en los que han expresado sus opiniones y pensamientos o han participado al menos una vez en un debate público u opinado sobre temas controvertidos. Suelen ser, en general, parte de una elite social y económica que los distingue del resto de la sociedad. Como señala Robert Dahl (1957), “[n]o han sido los jueces –ciertamente no los grandes jueces– hombres tímidos con pasión por el anonimato” (p. 285). De

147 En el idioma original se lee: “[T]he Court cannot act strictly as a legal institution. It must, that is to say, choose among controversial alternatives of public policy by appealing to at least some criteria of acceptability on questions of fact and value that cannot be found in or deduced from precedent, statute, and Constitution” (la traducción me pertenece).

modo que tienden a preocuparse por su reputación individual entre quienes integran su misma elite, incluyendo a académicos, periodistas, otros jueces, abogados, miembros de grupos de interés y sus propios círculos íntimos.

Las decisiones judiciales que estos jueces firman son igualmente jurídicas y políticas, significativamente restringidas por las normas del análisis legal, pero simultáneamente influenciadas por una variedad de fuerzas políticas (Joondeph, 2008, p. 376). En ocasiones, la Corte Suprema actúa, más allá de la ley, promoviendo o defendiendo un aparente interés superior del pueblo. En algunos casos, los jueces dejan de lado su visión sincera de la ley para dictar sentencias que, en apariencia, buscan preservar o realzar el prestigio institucional del Poder Judicial (Joondeph, 2008, p. 359). En otros casos, los jueces prefieren darle jerarquía a la valoración interpretativa, que termina por derrotar a las leyes. En estos casos, la letra de la ley es dejada de lado por los valores. Es el intérprete el que, sin necesidad de reformar las leyes, les cambia el sentido.

No creo que la opinión pública tenga un efecto directo significativo en las decisiones de la Corte Suprema. Si bien podría suceder que un fallo de la Corte coincida con la opinión mayoritaria de la sociedad, ello no significa que se haya tomado en cuenta a la opinión general del público para resolver un caso. Me atrevería a decir, coincidiendo con Baum y Devins (2010, p. 1520), que es más probable que la opinión de las elites afecte de manera directa el proceso de deliberación y decisión de la Corte Suprema.

Lo descrito anteriormente ocurrió en los casos *Schiffirin* y *Batalla*. La decisión de la mayoría de la Corte pasó por alto el hecho de que la confianza del público en el sistema judicial es de importancia crítica para el buen funcionamiento del sistema legal y, de hecho, para la observancia del Estado de derecho.¹⁴⁸ Ambas resoluciones judiciales ponderaron la simpatía social (i.e., se evidencia una preocupación por la legitimidad sociológica) al restaurar, por un lado, la cláusula constitucional de límite de edad de los jueces declarada nula en 1999 y, por el otro, la inaplicabilidad del beneficio del “2 x 1” a los condenados por delitos de lesa humanidad. No prestaron atención a las consecuencias de sus sentencias ni a la razonabilidad de su propia interpretación, ni siquiera a su concordancia con el ordenamiento jurídico y casos anteriores. En cambio, los jueces que se unieron a la mayoría buscaron la aceptación de la sociedad y se olvidaron de que su rol es aplicar el derecho vigente, aunque la solución sea incómoda e inconveniente.

148 Véase Woolf (2008).

Que la Corte Suprema haya reaccionado y modificado abruptamente su criterio interpretativo se explica por la preocupación que tiene respecto a la opinión pública. Cuando los jueces que integran el máximo tribunal responden a una visión de la sociedad y resuelven un caso de conformidad con el clamor popular es porque tienen una preocupación con su propia eficacia como hacedores de política judicial. El poder de la Corte reside en el respeto y acatamiento que los otros poderes constituidos y la sociedad le tienen. Por ello, una legitimidad insuficiente sólo acarrearía consecuencias negativas, incluida una pobre ejecución de las sentencias de la Corte, además de ataques a sus jueces por parte de miembros del Gobierno y del Congreso.

¿Es demasiado pedir a los jueces de la Corte Suprema que respeten los precedentes establecidos por sus predecesores aunque no estén personalmente de acuerdo con ellos? En 1765, el jurista inglés William Blackstone (1962, pp. 69-70) explicó que los precedentes y las reglas deben ser seguidos, salvo que sean groseramente absurdos e injustos, pues los jueces se encuentran comprometidos con las leyes y las costumbres y no con sus juicios individuales. La Corte Suprema complementó esta explicación al decir que el principio de *stare decisis* “promueve el desarrollo imparcial, predecible y consistente de los principios legales”.¹⁴⁹ Mantiene una estabilidad que les permite a las personas ordenar su vida bajo el imperio del derecho (Hart y Sacks, 1994, pp. 568-569) y reduce los incentivos para cuestionar precedentes consolidados, evitándoles a las partes y a los tribunales el costo de litigar las mismas cuestiones constantemente.¹⁵⁰

El juez Alito, en el reciente caso *Dobbs*,¹⁵¹ analizó la doctrina del precedente [*stare decisis*]. Si bien reconoce la importancia de esta doctrina, admite, sin embargo, que no entraña un mandato inexorable, pues lo importante no es decidir una cuestión, sino decidirla bien. Cita en su apoyo tres casos centrales de la jurisprudencia de la Corte, en los cuales esta cambió drásticamente el rumbo de los casos anteriores. Señala luego las cinco razones en virtud de las cuales *Roe* y *Casey* deben ser “derogados” [*overruled*]. Ellas son: (a) la naturaleza de su error; (b) la calidad de su razonamiento; (c) la viabilidad [*workability*] de las reglas que imponen; (d) el efecto disruptivo que produce en otras áreas del derecho; y (e) que la derogación del precedente no afecte o revierta *reliance interests*. Por su parte, la Corte Suprema argentina señaló que las causas que autorizan

149 *Payne*, 501 U. S., at 827.

150 *Kimble*, 576 U.S., at 455.

151 *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).

a dejar sin efecto un precedente son: (i) el carácter erróneo de la decisión en cuestión; (ii) las lecciones de la experiencia; y (iii) las cambiantes circunstancias históricas.¹⁵²

Si bien el principio de *stare decisis* admite excepciones,¹⁵³ en Argentina se podría confirmar la afirmación del juez Scalia de que “rara vez ocurre la anulación de un precedente sin un cambio en el personal de la Corte”.¹⁵⁴ En aquellos casos donde el precedente no es contrario a la Constitución, cultivar la legitimidad es honrar el precedente. *Stare decisis* fomenta la confianza en las decisiones judiciales, la igualdad de trato, la seguridad jurídica, la previsibilidad y contribuye a la integridad real y percibida de los procesos judiciales. Si la Corte renueva su personal con frecuencia y no tiene una fuerte tradición y convicción favorable al *stare decisis*, parece inevitable que la jurisprudencia de la Corte Suprema solo refleje el deseo de anular las decisiones cuando los jueces rotan en el tribunal (Garay, 2013, p. 26, 2019, p. 310, nota al pie 165). Nada –excepto los nombres de los jueces de la Corte Suprema– ha cambiado desde *Fayt* para dejar sin efecto el precedente.

Los magistrados de la Corte Suprema no pueden reclamar el mismo poder ni la misma representación que los legisladores, incluso si en su experiencia política pasada fueron miembros de la Convención Constituyente que modificó el texto de la Constitución en 1994. Al ocupar un cargo en la Corte, los

152 Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Barreto, Alberto Damián c. Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 329:759 (2006) (“[L]os miembros del Tribunal que suscriben esta decisión consideran que debe abandonarse la generalizada calificación del concepto de ‘causa civil’ que se viene aplicando desde el citado precedente de 1992”, considerando 4).

153 Véase Hart (1971, p. 136); ver también *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 405-407, 412-413 (1932) (Brandeis, J., disidencia) (“*Stare decisis* is not, like the rule of *res judicata*, a universal, inexorable command [...] *Stare decisis* is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right. This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative action is practically impossible, this court has often overruled its earlier decisions [...]. In cases involving constitutional issues of the character discussed, this Court must, in order to reach sound conclusions, feel free to bring its opinions into agreement with experience and with facts newly ascertained, so that its judicial authority may, as Mr. Chief Justice Taney said, ‘depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported’”) y *Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910) (“The rule of *stare decisis*, though one tending to consistency and uniformity of decision, is not inflexible. Whether it shall be followed or departed from is a question entirely within the discretion of the court, which is again called upon to consider a question once decided”).

154 *South Carolina v. Gathers*, 490 U.S. 805, 824 (1989) (Scalia, J., disidencia). Como señala Garay (2019), “[t]he descriptive difference with Scalia’s assertion rests in context: in the twentieth and twenty-first centuries the Argentine Supreme Court’s personnel, many times the full Court’s personnel at once, has been replaced more frequently than in the U.S. Supreme Court” (p. 310).

magistrados Maqueda y Rosatti ya no son representantes populares electos por el pueblo, sino servidores de la ley y, por ende, sus decisiones deben ser imparciales y, al menos en apariencia, desvinculadas de cualquier ideología política. Una dosis de impersonalidad es la esencia de la función judicial, especialmente cuando la Corte interpreta la Constitución. Si un simple cambio de personal se considerara razón suficiente para legitimar un cambio de precedente, se podría argumentar que la Corte está actuando como si fuera el Congreso ante la nueva legislación (Garay, 2019, p. 314), o incluso como si fuera el Poder Ejecutivo cuando asume el poder político y desecha todo lo hecho por el Gobierno anterior. Sin embargo, los jueces no son legisladores ni ocupan la función del presidente y no pueden cambiar de criterio tan *fácilmente*, a menos que no les preocupe en lo más mínimo comprometerse con la Constitución Nacional y, por consiguiente, evitar que la sociedad descrea de la institución que ocupan.

Ciertamente, podría argumentarse que la interpretación jurídica expuesta en los votos en disidencia del juez Rosenkrantz fue valiosa. En primer lugar, aunque no de manera directa, pero sí indirecta, colaboró para lograr un estilo más discursivo, analítico y conversacional en la opinión final publicada, representando las dos posibles interpretaciones judiciales sobre un solo tema. Segundo, paradójicamente, las disidencias terminaron validando la interpretación de la mayoría, pues el lector especializado, o *lego*, encontró en una misma resolución judicial puntos de vista alternativos que fueron considerados, incluso si esa visión había sido finalmente rechazada al ser una opinión minoritaria.

En algunos casos, las opiniones disidentes pueden contribuir a mejorar la legitimidad de la Corte solo mostrando una solución más razonada al problema. Creo que el rol de Rosenkrantz, como juez en soledad, cultivó esa función. Sin embargo, habría sido deseable encontrar en la opinión disidente en el caso *Schiffirin* alguna referencia expresa a la experiencia pasada de los jueces Maqueda y Rosatti en la Convención Constituyente de 1994, o a la jueza Highton de Nolasco, quien posiblemente conocía de antemano el caso *Schiffirin* que estaba circulando en la Corte y la intención de sus colegas de resolverlo, y por ello se apuró a presentar una demanda para quedar amparada por la doctrina del caso *Fayt*. Comprendo que la única razón para evitar cualquier conflicto podría encontrarse, quizá, en la innecesaridad de causar posibles fricciones entre los miembros de la Corte, pero sería interesante encontrar un estilo más mordaz –como se lee en la jurisprudencia de la Corte norteamericana– o al menos alguna refutación interna entre los distintos votos.

Recordando la famosa declaración de apertura del juez Robert H. Jackson

en los juicios de Núremberg, “es a través de la ley que el poder rinde tributo a la razón” (Robert H. Jackson Center, 1945, párr. 1). Así, la herramienta de los jueces para resolver las controversias es la razón plasmada en la ley. Por lo tanto, limitar el poder a través de la razón, aunque se exponga en una sola opinión disidente, es loable, justo y estrictamente necesario. Como escribe Dorf (1994), “la responsabilidad judicial y la legitimidad se derivan de la racionalidad de los jueces, que a su vez encontrará fundamento en lo decidido por los tribunales para justificar sus decisiones” (p. 2040).

Como expuse anteriormente, los jueces son actores sofisticados que a menudo se desempeñan en un entorno político complejo y polarizado y, por lo tanto, ajustarán su comportamiento, consciente o inconscientemente, a la luz de las restricciones institucionales, sociales o políticas pertinentes (Joondeph, 2008, p. 363). Por supuesto que no es tarea fácil dejar de lado la coyuntura y la presión política, pero si la Corte está preocupada por su propia legitimidad, debe resistir el “canto de sirena” de los poderes políticos cuando pretenden intervenir en asuntos institucionales que escapan a la competencia de la Corte. Abrir la puerta a un reclamo similar al estudiado en *Fernández de Kirchner* solo contribuye a la pérdida de credibilidad y a ser percibido por la opinión pública como un tribunal que cede ante los reclamos infundados del poder. En ese sentido, la disidencia de Rosenkrantz es positiva, pues logró apearse al texto de la Constitución y recordó que la vicepresidenta puede ocupar el *segundo*¹⁵⁵ cargo con más poder real en la Argentina, pero no por ello se ubica por encima de la ley.

Asumiendo que el sistema constitucional argentino es social y moralmente legítimo, entonces las decisiones de la Corte Suprema son legalmente (y moralmente) legítimas si se mantienen dentro de los límites de ese esquema.¹⁵⁶ Consecuentemente, cuando una opinión mayoritaria –como las de *Fernández de Kirchner*, *Schiffirin* o *Batalla*– desafían esta afirmación y deciden incurrir en una interpretación ideologizada o realizar un dudoso abordaje dialógico¹⁵⁷ de las facultades inherentes del Congreso como si la separación de poderes fuera una pieza de la literatura de Lewis Carroll, una fuerte opinión disidente que

155 Si bien la Constitución nombra al vicepresidente como presidente del Senado, desde el 10 de diciembre de 2019 el poder real en Argentina reside paradójicamente en Cristina Fernández de Kirchner, quien fue presidenta entre 2007 y 2015 (Laborda, 2019).

156 Cfr. Fallon (2018, pp. 98-102).

157 Véase Gargarella (2022), quien argumenta que los tres poderes deben preocuparse por el diálogo para evitar la erosión democrática y entablar una conversación entre iguales.

recuerda la importancia de la doctrina del precedente contribuye a mejorar la legitimidad legal y moral, aunque también la sociológica, de la Corte Suprema. Al final del día, la visión que ve a la Corte como distinta de las ramas políticas y confía en que esta tomará decisiones razonables y fundadas en el derecho vigente¹⁵⁸ es muy importante para el público especializado como para la opinión pública.

Se dice que casi todos los asuntos que se debaten en la actualidad –como el tamaño y la composición de la Corte, el mandato de los jueces, el papel de la Corte en el sistema constitucional, la idoneidad y transparencia de los procesos internos de la Corte y cómo se nombran y confirman los jueces– implican cuestiones de legitimidad.¹⁵⁹ En definitiva, la legitimidad de la Corte es crucial para la institución porque el Poder Judicial federal debe confiar en otros para que sus decisiones sean acatadas.¹⁶⁰ Alexander Hamilton formuló este punto en *The Federalist* de una manera que se ha convertido virtualmente en un cliché:

El poder judicial [...] no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa [...] [e]n verdad puede decirse que no tiene ni fuerza ni voluntad, sino simplemente juicio; y debe depender en última instancia de la ayuda del brazo ejecutivo incluso para la eficacia de su juicio. (Hamilton et al., 1818, p. 442)

Al asumir que la Corte es, de hecho, una rama coigual que gobierna y juega en el ámbito de los pesos y contrapesos, el poder disidente –una voz a veces pequeña y tenue– tiene la potencialidad de tornarse vigorosa si logra impedir que el público perciba una Corte que actúa por unanimidad como un siervo del poder político de turno. Hasta ahora, el juez Rosenkrantz ha manejado esa dosis de poder honrando la legitimidad legal y moral del máximo tribunal.

6. Conclusión

El objetivo de este trabajo ha sido poner de resalto que la unanimidad y el consenso en la Corte Suprema no siempre son convenientes. Contrariamente a lo que pensaba el juez Marshall de que la Corte debía abandonar la práctica del *seriatim* y hablar con una única opinión, a veces, dependiendo del momento histórico y

158 Véase Gibson y Caldeira (2009, pp. 61-62, como se citó en Grove, 2019, p. 2252).

159 Véase Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos (2021, p. 22).

160 Véase, por ejemplo, Bartels y Johnston (2013): “For an institution like the U.S. Supreme Court to render rulings that carry authoritative force, it must maintain a sufficient reservoir of institutional legitimacy” (p. 184).

de un conjunto de factores institucionales, sociales y políticos, una multiplicidad de opiniones es más beneficioso en sus efectos. Tal como quedó en evidencia, Rosenkrantz no votó en disidencia ni escribió una concurrencia a menos que los beneficios de su voto en soledad superaran los costos de pronunciarse solo.

Este es un primer acercamiento a la práctica del disenso judicial que intenta explicar de qué manera las recientes disidencias emitidas por el juez Rosenkrantz en la Corte Suprema contribuyen a la legitimidad del tribunal en un contexto político y social polarizado. Este trabajo aún deja preguntas sin respuesta. Por ejemplo: ¿cuál es la probabilidad de que un precedente sea dejado sin efecto si hubo una disidencia en esa sentencia? ¿Cuánto importa quién disiente? ¿Cuál es la extensión que debe tener una disidencia? ¿Qué razones existen para que un juez decida votar en disidencia? Es claro que este último interrogante dependerá de diferentes factores, tales como la trascendencia del caso; las influencias estructurales, como el tamaño del tribunal y la carga de trabajo; de razones de índole de diseño jurídico, como por ejemplo si la Corte es un órgano de revisión, además de la complejidad del expediente; y, por supuesto, del liderazgo del presidente de la Corte (Alarie y Green, 2017, p. 217).

Confío en que esta investigación ayudará a comprender un tema poco explorado en la literatura jurídica y de la ciencia política argentina y permitirá profundizar en la preocupación por la legitimidad de la Corte. No sólo pretendo comprender el comportamiento de los magistrados, sino también descifrar las consecuencias de sus opiniones disidentes relacionadas con la preocupación razonable de la Corte por la autoridad del tribunal.

Hasta el momento, el método interpretativo de Rosenkrantz en la Corte es confiable y consistente. Demostró que pudo resolver los casos difíciles con evidencia histórica, realizando juicios morales razonables y aplicando su visión más formalista-normativista. Ello ha hecho que el enfoque desde el que Rosenkrantz piensa el derecho, y el rol que ha ejercido en la Corte Suprema al votar en soledad en gran cantidad de ocasiones en comparación con sus otros colegas, sea positivo. En estos últimos seis años, se observa a un magistrado que actuó con franqueza, solidez y coherencia. Estos son elementos importantes de la toma de decisiones legales,¹⁶¹ y muy especialmente para quienes argumentan en contra de la decisión de la mayoría.

161 Véase, por ejemplo, Fallon (2005, p. 1787, 2008, p. 1107, 2009, p. 975, 2018); véase también Shapiro (1987, pp. 736-38) y Monaghan (1979, p. 25), que sugiere que las opiniones deben incluir todos los motivos en los que se basaron los jueces. Por otra parte, los académicos a menudo critican a los jueces sobre la base de que han aplicado de manera inconsistente su enfoque interpretativo

Contar con un Poder Judicial imparcial e independiente es una deuda pendiente en la República Argentina. De ahí que disentir siempre encontrará críticas y reacciones. En esos casos, el enfoque del juez Guido Calabresi podría ser útil. En una charla dada a jueces estatales y federales, Calabresi dio un consejo muy sencillo de lo que debe hacer un “juez del Artículo III” cuando es objeto de críticas: absolutamente nada; el silencio es el precio del cargo vitalicio.¹⁶² La reserva, la prudencia y el respeto irrestricto por la Constitución son rasgos típicos de los grandes jueces.

Bibliografía

- Alarie, B. y Green, A. (2017). *Commitment and Cooperation on High Courts. A Cross-Examination of Institutional Constraints on Judges*. Oxford University Press.
- Alberdi, J. B. ([1852] 1998). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Ciudad Argentina ed.
- Badeni, G. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional* (Tomo 3). La Ley.
- Bartels, B. L. y Johnston, C. D. (2013). On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public. *American Journal of Political Science*, 57(1), 184-199.
- Barth, A. (1974). *Prophets with honor. Great Dissents and Great Dissenters in the Supreme Court*. Knopf.
- Baum, L. y Devins, N. (2010). Why the Supreme Court cares about elites, not the American people. *The Georgetown Law Journal*, 98(6), 1515-1581.
- Beim, D. y Kastellec, J. P. (2014). The Interplay of Ideological Diversity, Dissents, and Discretionary Review in the Judicial Hierarchy: Evidence from Death Penalty Cases. *The Journal of Politics*, 76(4), 1074-1088.
- Bennett, T. B., Friedman, B., Martin, A. D. y Navarro Smecler, S. (2018). Divide & Concur: Separate Opinions & Legal Change. *Cornell Law Review*, 103(4), 817-876.
- Bentsen, H. (2019). Dissent, Legitimacy, and Public Support for Court Decisions: Evidence from a Survey-Based Experiment. *Law & Society Review*, 53(2), 588-610.
- Bianchi, A. B. (1997). Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema. *La Ley*, 1997-B, 994-1013.
- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. Un estudio desde el derecho comparado*. Cathedra Jurídica.
- Bianchi, A. B. (2020). La Corte Suprema no es el Consejo de Estado (a propósito de la consulta del Senado). *Derecho Administrativo – Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Abeledo Perrot.

preferido. Véase también, por ejemplo, Chemerinsky (2006, p. 1073) criticando a los jueces Scalia y Thomas por este motivo.

162 Juez Guido Calabresi (1996). Véase también, Hon. Michael Daly Hawkins (1996, p. 1353).

- Bickel, A. M. (1957). *The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis*. Harvard University Press.
- Blackstone, W. ([1723-1780] 1962). *Commentaries on the laws of England*. Beacon Press.
- Brennan, W. J. (Jr.). (1986). In Defense of Dissents. *The Hastings Law Journal*, 37, 427-438.
- Bricker, B. (2020). The (Very) Political Dissent: Dissenting Opinions and the Polish Constitutional Crisis. *German Law Journal*, 21(8), 1586-1605.
- Calabresi, G. (1996). *The Community of Courts: The Compleat Appellate Judge*. State Justice Institute, the Appellate Judges Conference of the American Bar Association, and the Federal Judicial Center. Washington, D.C., Estados Unidos, 28-31 de marzo de 1996.
- Carlos Rosenkrantz se excusó de votar en al menos 85 causas desde que llegó a la Corte Suprema. (28 de octubre de 2020). Infobae. <https://www.infobae.com/politica/2020/10/28/carlos-rosenkrantz-se-excuso-de-votar-en-al-menos-85-causas-desde-que-llego-a-la-corte-suprema/>.
- Carrió, A. y Garay, A. F. (1996). *La Corte Suprema y su independencia*. Abeledo Perrot.
- Carrió, G. R. (1989). *Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)*. La Ley.
- Carrió, G. (2008). Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría. En Linares Quintana, S. V. (Dir. emérito), Fayt, C. S. y Badeni, G. (Dirs.), *Derecho Constitucional. Doctrinas Esenciales* (Tomo I, 239-256). La Ley.
- Castro Videla, S. (2020). *Una República inmunodeprimida*. Blog En Disidencia. <https://endisidencia.com/2020/05/una-republica-inmunodeprimida/>.
- Comisión Presidencial sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos. (7 de diciembre de 2021). *Informe Final Borrador*. <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final.pdf>.
- Convención Nacional Constituyente. (1994). 34ª reunión, 3ª audiencia ordinaria (continuación), 19 de agosto de 1994. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargar-Diario2/39>.
- Creamer, C. D. y Jain, N. (2020). Separate Judicial Speech. *Virginia Journal of International Law*, 61(1) 1-55.
- Chafetz, J. (2015). Governing and Deciding Who Governs. *University of Chicago Legal Forum*, 2015, 73-111.
- Chafetz, J. (2017). *Congress's Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers*. Yale University Press.
- Chafetz, J. (2021). Nixon/Trump: Strategies of Judicial Aggrandizement. *Georgetown Law Journal*, 110(1), 125-150.
- Chemerinsky, E. (2006). Seeing the Emperor's Clothes: Recognizing the Reality of Constitutional Decision Making. *Boston University Law Review*, 86, 1069-1081.
- Dahl, R. A. (1957). Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. *Journal of Public Law*, 6(2), 279-295.
- Delaney, E. F. (2016). Analyzing Avoidance: Judicial Strategy in Comparative Perspective. *Duke Law Journal*, 66(1), 1-67.
- Dorf, M. C. (1994). Dicta and Article III. *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 1997-2069.
- Douglas, W. O. (1948). *The Dissent: A Safeguard of Democracy*. *Journal of the American Judicature Society*, 32(4), 104-107.
- Epstein, L., Landes, W. M. y Posner, R. A. (2011). Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Legal Analysis*, 3(1), 101-137.

- Epstein, L., Landes, W. M. y Posner, R. A. (2013). *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Harvard University Press.
- Estreicher, S. y Pelham-Webb, T. (2008). The Wisdom of Soft Judicial Power: Mr. Justice Powell, Concurring. *Constitutional Commentary*, 25, 229-240.
- Evans, E. A. (1938). The Dissenting Opinion - Its Use and Abuse. *Missouri Law Review*, 3(2), 120-142.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2005). Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review*, 118(6), 1787-1853.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2008). Constitutional Precedent Viewed Through the Lens of Hartian Positivist Jurisprudence. *North Carolina Law Review*, 86(5), 1107-1163.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2009). Constitutional Constraints. *California Law Review*, 97(4), 975-1037.
- Fallon, R. H. (Jr.). (2018). *Law and Legitimacy in the Supreme Court*. Harvard University Press.
- Fayt, C. S. (1995). *Nuevas fronteras del derecho constitucional*. La Ley.
- Ford, P. L. (1905). *The Works of Thomas Jefferson* (12 volúmenes). G. P. Putnam's Sons.
- Frank, J. P. (1957). Book Review. The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis by Alexander M. Bickel. *Journal of Legal Education*, 10(3), 401-405.
- Garay, A. F. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Abeledo Perrot.
- Garay, A. F. (2019). A Doctrine of Precedent in the Making: The Case of the Argentine Supreme Court's Case Law. *Southwestern Journal of International Law*, 25(2), 258-320.
- García-Mansilla, M. J. (2004). Separation of Powers Crisis: The Case of Argentina. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 32(2), 307-391.
- García-Mansilla, M. J. (2014). ¿Caduca el nombramiento de los jueces federales cuando cumplen 75 años? La reforma constitucional de 1994 y los límites del poder constituyente derivado. *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, (7).
- 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>.
- García-Mansilla, M. J. (2023). Aportes inéditos sobre la historia del Congreso General Constituyente de 1853. Homenaje a 170 años de la sanción de la Constitución Nacional. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 9-85. <https://doi.org/10.26422/RJA.2023.0401.gar>.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las fuentes de la Constitución Nacional. Los principios fundamentales del Derecho Público argentino*. LexisNexis.
- Gargarella, R. (2022). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI.
- Garner, B. (Ed.). (2019). *Black's Law Dictionary* (11ª ed.) Thomson Reuters.
- Gibson, J. L. y Caldeira, G. A. (2009). *Citizens, Courts, and Confirmations: Positivity Theory and the Judgments of the American People*. Princeton University Press.
- Ginsburg, R. B. (1990). *Remarks on Writing Separately*. *Washington Law Review*, 65(1), 133-150.
- Ginsburg, R. B. (2010). The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, 95, 1-8.
- Grove, T. L. (2019). The Supreme Court's Legitimacy Dilemma: Law and Legitimacy in the Supreme Court. *Harvard Law Review*, 132(8), 2240-2276.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1818). *The Federalist, on the New Constitution, written in the year 1788*. Jacob Gideon.
- Hart, H. L. A. (1971). *The concept of the Law*. Oxford University Press.

- Hart, H. y Sacks, A. (1994). *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Foundation Press.
- Harvey, A. (2013). *A mere Machine: The Supreme Court, Congress, and American Democracy*. Yale University Press.
- Hawkins, M. D. (1996). Dining with the Dogs: Reflections on the Criticism of Judges. *Ohio State Law Journal*, 57(4), 1353-1364.
- Hettinger, V. A., Lindquist, S. y Martinek, W. L. (2004). Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals. *American Journal of Political Science*, 48(1), 123-137.
- Hirschl, R. (2014). *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*. Oxford University Press.
- Horacio Rosatti es el nuevo presidente de la Corte Suprema de Justicia. (23 de septiembre de 2021). *Télam*. <https://www.telam.com.ar/notas/202109/569532-rosatti-nuevo-presidente-corte-suprema.html>.
- House of Representatives. (14 de mayo de 2020). *Report 116-420*. <https://www.congress.gov/116/crpt/hrpt420/CRPT-116hrpt420.pdf>.
- Hughes, C. E. (1936). *The Supreme Court of the United States*. Columbia University Press.
- Jackson, P. E. (1969). *Dissent in the Supreme Court: A Chronology*. University of Oklahoma.
- John Pendleton, Despatch No. 30 to the Secretary of State. (Buenos Aires, June 1, 1853), microform ed on Despatches from the United States Ministers to Argentina, 1817-1906, Microcopy No. 69, reel 9 (National Archives Microfilm Publications). <https://catalog.archives.gov/id/188921143>.
- Joondeph, B. W. (2008). The Many Meanings of “Politics” in Judicial Decision Making. *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 77, 347-379.
- Kagan, R. A., Kapiszewski, D. y Silverstein, G. (2018). New Judicial Roles in Governance. En Delaney, E. F. y Dixon, R. (Eds.), *Comparative Judicial Review* (pp. 142-163). Edward Elgar Publishing.
- Kavanagh, A. (2010). A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency. *Oxford Legal Studies Research Paper Series*, (58).
- Kelemen, K. (2018). *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A comparative and legal perspective*. Taylor & Francis.
- Kelsh, J. P. (1999). The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945. *Washington University Law Review*, 77(1), 137-182.
- Laborda, F. (9 de marzo de 2019). Cristina al poder ¿Alberto al gobierno? *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/cristina-al-poder-alberto-al-gobierno-nid09032021/>.
- Ledebur, L. E. (2009). Plurality Rule: Concurring Opinions and a Divided Supreme Court. *Dickinson Law Review*, 113(3), 899-921.
- Leppänen, J. (2016). *A Political Theory of Dissent: Dissent at the Core of Radical Democracy*. Faculty of Social Sciences, University of Helsinki.
- Lerner, C. S. y Lund, N. (2010). Judicial Duty and the Supreme Court’s Cult of Celebrity. *The George Washington Law Review*, 78(6), 1255-1299.
- Levin, A. J. (1944). Mr. Justice William Johnson, Creative Dissenter. *Michigan Law Review*, 43(3), 497-548.

- Levinson, S. (2006). *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (And How the People Can Correct It)*. Oxford University Press.
- Kolsky Lewis, M. (1995). Justice William Johnson and the History of Supreme Court Dissent. *Georgetown Law Journal*, 83(5), 2069-2098.
- Macri intentó nombrar por decreto a Rosatti y Rosenkrantz, pero finalmente los jueces asumieron con el acuerdo de parte del peronismo. (21 de julio de 2022). Chequeado. <https://chequeado.com/hilando-fino/macri-intento-nombrar-a-rosatti-y-rosenkrantz-por-decreto-pero-finalmente-los-jueces-asumieron-en-la-corte-con-el-acuerdo-de-parte-del-peronismo/>.
- McGlynn Gaffney, E. (Jr). (1994). The Importance of Dissent and the Imperative of Judicial Civility. *Valparaiso University Law Review*, 28(2), 583-646.
- McWhinney, E. (1953). Judicial Concurrences and Dissents: A Comparative View of Opinion-Writing in Final Appellate Tribunals. *Canadian Bar Review*, 31(6), 595-625.
- Miller, J. M. (1997). The Authority of a Foreign Talisman: A study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith. *The American University Law Review*, 46(5), 1483-1572.
- Miller, J. M., Gelli, M. A. y Cayuso, S. (1991). *Constitución y Derechos Humanos*. Astrea.
- Monaghan, H. P. (1979). Taking Supreme Court Opinions Seriously. *Maryland Law Review*, 39(1), 1-26.
- Morgan, D. G. (1954). *Justice William Johnson, The First Dissenter*. University of South Carolina Press.
- O'Scannlain, D. F. (2015). Politicians in robes: the separation of powers and the problem of judicial legislation. *Virginia Law Review Online*, 101, 31-49.
- Oyhanarte, M. (2015). Public Law Litigation in the U.S. and in Argentina: Lessons from a Comparative Study. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 43(2), 451-506.
- Penrose, M. (2020). Goodbye to Concurring Opinions. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*, 15, 25-52.
- Pritchett, C. H. (1941). Divisions of Opinion Among Justices of the U.S. Supreme Court, 1939-1941. *American Political Science Review*, 35(5), 890-898.
- Rasmussen, H. y Rasmussen L. N. (2013). Comment on Katalin Kelemen—Activist EU Court “Feeds” on the Existing Ban on Dissenting Opinions: Lifting the Ban is Likely to Improve the Quality of EU Judgements. *German Law Journal*, 14(8), 1373-1386.
- Ravnigani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas*. Peuser.
- Rivarola, R. (1944). *La Constitución Argentina y sus principios de ética política*. Editorial Rosario.
- Robert H. Jackson Center. (21 de noviembre de 1945). *Discurso de apertura ante el Tribunal Militar Internacional*. <https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal/>.
- Rosatti, H. (2018). *La Corte Suprema. Entre Escila y Caribdis*. La Ley.
- Rosen, J. (2007). *Roberts's Rules*. The Atlantic. <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559/>.
- Rosenkrantz dismisses impeachment drive as smear campaign. (10 de octubre de 2020). Buenos Aires Times. <https://www.batimes.com.ar/news/argentina/rosenkrantz-dismisses-impeachment-drive-as-a-smear-campaign.phtml>.
- Rosenkrantz, C. F. (19 de marzo de 2010). *Acto de apertura del año judicial 2019*. Corte Suprema

- de Justicia de la Nación. <https://www.cij.gov.ar/nota-33769-Acto-de-apertura-del-ao-judicial-2019.html>.
- Rosenkrantz, C. F. (2003). Against Borrowings and Other Non-Authoritative Uses of Foreign Law. *International Journal of Constitutional Law*, 1(2), 269-295.
- Rosler, A. (2022). *Si quiere una garantía compre una tostadora. Ensayos sobre punitivismo y Estado de Derecho*. Editores del Sur.
- Salamone, M. F. (2014). Judicial Consensus and Public Opinion: Conditional Response to Supreme Court Majority Size. *Political Research Quarterly*, 67(2), 320-334.
- Salamone, M. F. (2018). *Perceptions of a polarized Court*. Temple University Press.
- Santiago, A. (Ed.). (2014a). *Historia de la Corte Suprema*. Marcial Pons.
- Santiago, A. (2014b). *Semblanzas de seis destacados juristas y jueces argentinos*. La Ley.
- Santiago, A. y Álvarez, F. (Ed.) (2000). *Función política de la Corte Suprema*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Scalia, A. (1994). The Dissenting Opinion. *Journal of Supreme Court History*, 19(1), 33-44.
- Scalia, A. (1998). Dissents. *OAH Magazine of History*, 13(1), 18-23.
- Shapiro, D. L. (1987). In Defense of Judicial Candor. *Harvard Law Review*, 100(4), 731-750.
- Sherry, S. (2020). Our Kardashian Court (and How to Fix It). *Iowa Law Review*, 106(1), 181-228.
- Simpson, A. (Jr.) (1923). Dissenting Opinions. *University of Pennsylvania Law Review*, 71(3), 205-217.
- Smyth, R. y Narayan, P. (2006). Multiple Regime Shifts in Concurring and Dissenting Opinions on the U.S. Supreme Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, 3(1), 79-98.
- Stack, K. M. (1996). The Practice of Dissent in the Supreme Court. *Yale Law Journal*, 105(8), 2235-2260.
- Stephens, R. B. (1952). The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort. *University of Florida Law Review*, 5(4), 394-411.
- Stewart, D. O. (1991). A Chorus of Voices. *A.B.A. Journal*, 77(4), 50-53.
- Sunstein, C. R. (2007). *Where are the liberal visionaries on the Supreme Court?* The New Republic.
- Sunstein, C. R. (2015). Unanimity and Disagreement on the Supreme Court. *Cornell Law Review*, 100(4), 769-823.
- Sur, I. (2006). How Far Do Voices Carry: Dissents from Denial of Rehearing En Banc. *Wisconsin Law Review*, 2006(5), 1315-1367.
- Tarricone, M. (5 de octubre de 2021). *Qué dice el pedido de juicio político a Rosenkrantz y qué contestó el presidente de la Corte*. Chequeado <https://chequeado.com/el-explicador/que-dice-el-pedido-de-juicio-politico-a-rosenkrantz-y-que-contesto-el-presidente-de-la-corte/>.
- Tew, Y. (2023). Strategic Judicial Empowerment. *American Journal of Comparative Law (forthcoming)*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3323022.
- Tiede, L. B. (2016). The Political Determinants of Judicial Dissent: Evidence from the Chilean Constitutional Tribunal. *European Political Science Review*, 8(3), 377-403.
- Treanor, W. M. (2005). Judicial Review Before Marbury. *Stanford Law Review*, 58(2), 455-562.
- Tushnet, M. (2008). *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Beacon Press.
- Verdu, P. L. (1998). *Alberdi, su vigencia y modernidad constitucional*. Ciudad Argentina.
- Verdugo R. S. (2011). Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político: pluralismo judicial y debate democrático. *Revista de Derecho (Coquimbo) Universidad Católica del Norte*, 18(2), 217-272.

- Vitetta, M. (2022). Performatives in Argentine Supreme Court Dissents: A Jurilinguistic Proposal for Civilian Change based on the American Common Law. *Journal of Civil Law Studies*, 14, 35-57.
- Warren, C. (1932). *The Supreme Court in the United States History* (Vol. 1). Little, Brown and Company.
- West, M. L. (1966). *Hesiod: Theogony*. Oxford University Press.
- West, S. R. (2006). *Concurring in Part & Concurring in the Confusion*. *Michigan Law Review*, 104(8), 1951-1960.
- Woolf, H. (2008). *The pursuit of Justice*. Oxford University Press.
- Yap, P. (2015). *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*. Oxford University Press.
- ZoBell, K. M. (1959). Division of Opinion in the Supreme Court A History of Judicial Disintegration. *Cornell Law Quarterly*, 44(2), 186-214.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de los Estados Unidos

- 303 *Creative LLC v. Elenis* (2022-2023).
- Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919).
- Bolling v. Sharp*, 347 U.S. 497 (1954).
- Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).
- Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).
- Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932).
- Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).
- Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (2 Dall.) 419 (1793).
- Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).
- Civil Rights Cases* (109 U.S. 3 (1883)).
- Cooper v. Telfair*, 4 U.S. (4 DaUt.) 14 (1800).
- District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. ____ (2022).
- Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).
- Fenmore v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 357 (1797).
- Field v. Clark*, 143 U.S. 649 (1892).
- Fowler v. Lindsey*, 3 U.S. (3 Dall.) 411 (1799).
- Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. ____ (2021).
- Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao Do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).
- Graves v. New York*, 306 U.S. 466 (1939).
- Head & Armory v. Providence Insurance Co*, 6 U.S. (2 Cranch) 127 (1804).
- Hertz v. Woodman*, 218 U.S. 205, 212 (1910).
- Hylton v. United States*, 3 U.S. (3 Dall.) 171 (1796).
- Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. ____ (2022).
- Kimble*, 576 U.S. 455 (2015).
- Korematsu*, 323 U.S. 214 (1944).
- Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul, Home, v. Pennsylvania*, 591 U.S. ____ (2020).

Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).
Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
McDonald v. Chicago, 561 U.S. 742 (2010).
Minersville Sch. Dist. v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).
New York State Rifle and Pistol Association v. Bruen, 597 U.S. ____ (2022).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015).
Payne, 501 U.S. 827 (1991).
Penhallow v. Doane's Administrators, 3 U.S. (3 Dall.) 54 (1795).
Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).
Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).
Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).
Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963).
Simms & Wise v. Slacum, 7 U.S. (3 Cranch) 300 (1806).
South Carolina v. Gathers, 490 U.S. 805 (1989).
Talbot v. Janson, 3 U.S. (3 Dall.) 133 (1795).
Trump v. Hawaii, 138 S. Ct. 2392, 2423 (2018).
United States v. Ballin, 144 U.S. 1 (1892).
W. Virginia Bd. de Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).
West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937).
West v. Barnes, 2 U.S. (2 Dall.) 401 (1791).
West v. Barnes, 2 U.S. (2 Dall.) 415 (1793).
West v. Barnes, 3 de agosto de 1791.
Whitney v. California, 274 U.S. 357, 372-75 (1927).
Wisart v. D'Auchy, 3 U.S. (3 Dall.) 321 (1796).
Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205 (1972).
Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer, 343 U.S. 579 (1952).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Abarca, Fallos: 339:1223 (2016).
Acordada 18/2021 (23 de septiembre de 2021).
Acordada 29/2018 (11 de septiembre de 2018).
Acuerdo para el Bicentenario vs. Provincia de Tucumán, Fallos: 340:914 (2017).
Barreto, Alberto Damián c. Provincia de Buenos Aires, Fallos: 329:759 (2006).
Batalla, Rufino, Fallos: 341:1768 (2018).
Castillo, Fallos: 340:1795 (2017).
D. José M. Chanfreaux y Cía. contra la Provincia de Corrientes por cobro de pesos, Fallos: 10:59 (1871).
D. Lino de la Torre sobre recurso de habeas corpus, Fallos: 19:241 (1877).
Dengeri, Fallos: 345:482 (2022).
Expte. CIV 6404/201S/1/RHI, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Duhalde, Eduardo Alberto y otro c/D'Elía, Luis Ángel s/medidas precautorias, 22 de noviembre de 2016.
Expte. CNT 28048/2011/1/RR1, Sánchez, Javier Armando e/Cristem S.A. s/juicio sumarísimo, 7 de marzo de 2017.
Expte. CSJ 4143/2015/RHI, Hagen, Damián Fernando s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 25.053, 29 de noviembre de 2016.

- Farmacy*, Fallos: 344:1557 (2021).
Fayt, Carlos Santiago, Fallos: 322:1616 (1999).
Fernández de Kirchner, Cristina, Fallos: 343:218 (2020).
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional, Fallos: 344:653 (2021).
Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Córdoba, Fallos: 342:533 (2019).
Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina', Fallos: 340:47 (2017).
Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Fallos: 340:569 (2017).
Recurso de hecho deducido por la defensa de Rufino Batalla en la causa Hidalgo Garzón, Carlos del Señor, Fallos: 341:1784 (2018).
Sala, Milagro, Fallos: 340:1775 (2017).
Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Ejecutivo Nacional, Fallos: 340:257 (2017).
Sindicato Policial Buenos Aires, Fallos: 340:437 (2017).
Sojo vs. Cámara de Diputados, Fallos: 32:120 (1887).

Otros tribunales

- Juzgado Federal en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6, *Highton de Nolasco, Elena Inés c. Estado Nacional*, Expte. Nº 83.656/2016.

EL FALLO SOBRE EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. ACIERTOS Y DEBILIDADES EN LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA

Mariela Gladys Puga

CONICET. Universidad Nacional de Córdoba

mariela.puga@unc.edu.ar

Leandro A. Ardoy

Auxiliar fiscal del Ministerio Público Fiscal de la Nación (Paraná, Entre Ríos)

ardoyleandro@gmail.com

Recibido: 06/03/2023

Aceptado: 24/04/2023

Resumen

El 16 de diciembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina declaró inconstitucional las normas que rigen la integración del Consejo de la Magistratura de la nación. La importancia del Consejo en nuestro sistema político-institucional, y las singularidades que presentó la decisión de la Corte, motivaron decenas de análisis con los que dialoga este trabajo.

Se examina aquí esta decisión de la Corte desde cuatro ejes. En el primero, se reflexiona sobre las críticas dirigidas a los tiempos de la decisión y se indaga sobre la potestad de elegir la oportunidad para decidir. En segundo lugar, se abordan las críticas a la falta de imparcialidad para resolver un caso que involucra intereses orgánicos de la Corte. En tercer término, se evalúa la orden de revivir una ley derogada como remedio a la inconstitucionalidad de la ley derogatoria, para así atender a la crítica sobre la asunción de “funciones legislativas” por parte del alto tribunal. En el último eje, se analizan en profundidad los fundamentos de la declaración de inconstitucional. Ya en la conclusión, se sintetiza el enfoque propuesto como contribución a la reflexión disciplinar sobre la cuestión.

Palabras clave: Consejo de la Magistratura, imparcialidad, equilibrio, remedios judiciales estructurales, orden judicial de naturaleza legislativa, motivación de la decisión.

The Ruling on the Judicial Council: Strengths and Weaknesses in the Supreme Court Decision

Abstract

On December 16, 2021, the Argentine Supreme Court of Justice (CSJN) held that the rules governing the composition of the Nation's Judicial Council were against the Constitution. The importance of the Council in our political-institutional system, and the singular characteristics of the Court's decision, gave rise to dozens of analyzes by chroniclers and experts, with whom this work dialogues. This decision of the CSJN is scrutinized here in four axes. The first one reflects on the criticisms in regard of the timing of the decision, and reflects on the power to choose the opportunity to decide. Secondly, it addresses the criticisms of the lack of impartiality to resolve a case that involves organic interests of the Court itself. Thirdly, it evaluates the command that direct to resuscitate a repealed law as a remedy for the unconstitutionality of the law that repeals it. An analysis is made on the criticism of the assumption of "legislative functions" by the Supreme Court. In the last axis, the motivation for the declaration of unconstitutionality is observed in depth. Towards the end, the conclusion synthesizes the approach proposed as a contribution to the disciplinary reflection on the issue.

Key words: Judicial Council, impartiality, balance, structural judicial remedies, judicial order of a legislative nature, grounds for judicial decisions.

1. Introducción

El 16 de diciembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de Argentina (en adelante, CSJN) declaró inconstitucional los artículos 1° y 5° de la Ley nacional 26080, normas que rigen la integración del Consejo de la Magistratura de la nación (en adelante, CM), y el *quorum* requerido para que éste sesione.¹ La importancia del Consejo en nuestro sistema político-institucional, y las singulares características que presentó la decisión de la Corte, motivaron decenas de análisis de cronistas y expertos. Ellas abonaron un vigoroso debate público y disciplinar, en el que se inscribe este trabajo.

El CM es un órgano creado en la reforma constitucional de 1994; posee competencias cruciales en la organización, funcionamiento y composición del Poder Judicial de la Nación. A su cargo se puso la organización del proceso de preselección y remoción de los jueces federales; asunto que hasta la última

1 Se trata de la sentencia de la CSJN en *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, del 16/12/21. Además de esta declaración de inconstitucionalidad, se declaró la inaplicabilidad, "por necesaria implicancia", de otras normas de la misma ley. Tales los artículos 6°, 8° y las normas de los artículos 7°, inciso 3 de la Ley 24937 (texto según Ley 26855) y todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la Ley 24937 (texto según Ley 24939).

reforma constitucional estaba bajo la exclusiva potestad del Poder Ejecutivo en acuerdo con el Senado de la nación.² Pero, además, la Constitución Nacional (en adelante, CN) le asignó al CM también la potestad de administrar y ejecutar el presupuesto del Poder Judicial, reglamentar su organización y sancionar a los magistrados. Esas competencias estaban, hasta el momento de la reforma de 1994, bajo la órbita de la CSJN.³ De manera que la decisión de la CSJN de diciembre de 2021 refiere a un órgano al que la CN redirigió (27 años antes) competencias que originalmente fueron propias de la misma Corte y otras competencias que antes les correspondieron exclusivamente a los órganos políticos. Este enfoque histórico adelanta los puntos de tensión entre dos concepciones que disputan el sentido de la reforma de 1994 en relación con el CM. Una alude a la búsqueda de “despolitizar” el procedimiento de selección de jueces, dándole al CM competencias cruciales en esa selección, las cuales antes de la reforma constitucional eran exclusivas de los órganos políticos. La otra invoca la pretensión constituyente de aumentar el control político sobre el Poder Judicial, dándole al CM facultades administrativas y disciplinarias que antes eran de la Corte.⁴ Ambas concepciones van a llevar a diferentes conclusiones sobre cuál debería ser la proporción de representantes políticos y de representantes técnicos en el CM.

El primer intento de integrar al CM tuvo lugar en el año 1997. Tres años después de la reforma constitucional, el Congreso de la Nación logró acordar un régimen constitutivo del CM a través de la Ley 24937, complementada

-
- 2 Antes de la reforma constitucional de 1994, el presidente proponía un candidato, a discreción, y este era nombrado juez con el acuerdo de las dos terceras partes del Senado (artículo 86, inciso 5°, Constitución Nacional, 1853-1957). Ahora, el Consejo de la Magistratura organiza un concurso público entre candidatos a juez para seleccionar a los tres mejores con base en cualidades técnicas. El Ejecutivo solo puede elegir a uno de esa terna indicada por el CM, a los efectos de buscar el acuerdo del Senado. Además, antes de la reforma, era también el Congreso el que tenía potestades de remoción de jueces, conforme al modelo de la constitución norteamericana. Esas potestades ahora son competencia del CM (artículo 114 de la Constitución Nacional, 1994).
 - 3 La CSJN tenía originariamente a su cargo la administración del Poder Judicial, ciertas potestades disciplinarias sobre los magistrados y la competencia de dictar reglamentos de organización interna. La reforma constitucional de 1994 determinó que estas potestades y competencias estarían a cargo del CM, lo que ocurrió sólo parcialmente.
 - 4 Sebastián Guidi (2022) analiza el asunto como una cuestión de intención bifronte de los constituyentes de 1994 al crear el CM. Refiere a la narrativa tradicional, por un lado, como aquella que lo piensa como un órgano diseñado para “despolitizar” la selección de los jueces, garantizando su idoneidad técnica a través de los Concursos Públicos. Ello tendría como meta fortalecer la “independencia judicial”. Por otro lado, la reorientación de competencias que antes eran de la CSJN hacia el CM estaría mostrando, según Guidi, el otro objetivo constitucional fundamental: el de asegurar la “responsabilidad judicial” ante la ciudadanía y sus representantes.

con la Ley 24939 (en adelante, las llamaremos en conjunto la “ley de 1997”). La normativa ordenaba que el CM estuviese integrado por veinte miembros y presidido por el mismo presidente de la CSJN. Sin embargo, aquella ley de 1997 sería derogada en el año 2006 por la Ley 26080 (en adelante, la “ley de 2006”). Esta última redujo la integración del Consejo a trece miembros y, ya sin representante de la CSJN, dispuso que el presidente del Consejo se eligiera por mayoría absoluta de sus miembros.

Lo que hizo la Corte en el fallo del año 2021, que aquí analizamos, fue declarar inconstitucional las reglas de integración dispuestas por la ley de 2006, bajo el argumento de que no respetan el estándar de “equilibrio” estamental en la integración del CM dispuesto por el artículo 114 de la CN. De este modo, la Corte decidió restablecer las reglas de integración de la ley de 1997, quedando el CM nuevamente compuesto por veinte miembros y presidido, otra vez, por el presidente de la CSJN.

Los múltiples análisis y crónicas sobre esta decisión no sólo la transformaron en un *trending topic* jurídico, sino que se cristalizaron en posiciones severamente enfrentadas. Algunos sindicaron a los magistrados supremos de “golpistas institucionales”,⁵ mientras que otros los calificaban de “salvadores de la república”.⁶ A más de un año de aquel contexto efervescente, se presenta este trabajo como un *racconto* reflexivo de los argumentos que se han venido acuñando hasta aquí. La pretensión es la de contribuir a la reflexión disciplinar con un enfoque integrador sobre el asunto.

El análisis que sigue se ordena en cuatro partes centrales. En la primera, se reflexiona sobre las críticas a los tiempos de la decisión y sobre la potestad de la CSJN de elegir la oportunidad (el *timing*) para decidir (ver apartado 2). En segundo lugar, se abordan las críticas a la falta de “imparcialidad” de la CSJN

5 El senador de la nación Oscar Parrilli sostuvo que “Rosatti [el presidente de la CSJN] está asaltando el Consejo de la Magistratura estilo Rambo. Es un claro golpe institucional” (“Golpe institucional”..., 2022, párr. 7). En el mismo sentido, la abogada del senado Graciana Peñafort apoyó la idea de un golpe de Estado institucional “por afectación a la distribución de competencias que hace la constitución” (C5N, 2022, 20m39s). Por su parte, el ministro de Justicia de la Nación, Martín Soria, aseveró que el fallo “es una extorsión, más que una sentencia jurídica era un acto político” (Télam, 2022, párr. 3). Hubo incluso una movilización pública de organizaciones gremiales, sociales y políticas pidiendo la renuncia de los jueces de la Corte (*Piden la renuncia de toda la Corte...*, 2022).

6 Rafael Micheletti (2022) elogia al fallo de la Corte como histórico y a favor de la libertad y la democracia. Llega a señalar que el día de su emisión “bien podría bautizarse como el ‘Día de la independencia del Poder Judicial’” (párr. 7). La sección Opinión del diario *La Nación* lo tituló “Un fallo tan trascendente como saludable” (2021). También estuvieron quienes consideraron que los magistrados de la Corte eran víctimas del asedio político, como García-Mancilla y Ramírez Calvo, también en la sección Opinión de *La Nación* (2021).

en un caso que, que en cierta forma, la involucra directamente (apartado 3). Ya en tercer término, se evalúa la relación entre la orden remedial de revivir la ley de 1997 y la crítica que se le hace a la Corte por asumir “funciones legislativas” (apartado 4). En el cuarto y último escalón, el foco ya se ajusta sobre los fundamentos que se expresan para invalidar la ley de 2006 (apartado 5). Finalmente, en la conclusión se sintetiza el enfoque propuesto como contribución a la reflexión teórica sobre el tema.

2. Los tiempos de la Corte

Los tiempos de decisión de la Corte fueron objeto de dos reproches reiterados. Uno le imputaba una lesiva tardanza en la emisión de su fallo, y el otro le atribuía una sospechosa premura en la ejecución de la decisión. Ambos reproches, la tardanza y la premura, se anegan en el territorio jurídico por falta de asiento normativo. Más aún, al formularse en esos términos, eclipsan un asunto de mayor interés para el análisis jurídico: el del momento elegido para resolver esta cuestión. En efecto, como se verá en este apartado, es la “oportunidad” escogida por la Corte la fuente vital del descontento crítico y el asunto de especial interés disciplinar sobre el que nos detendremos aquí.

2.1. La tardanza y la premura

Se dijo que la Corte tardó cinco años en expedirse sobre este caso,⁷ para finalmente declarar inconstitucional una ley vigente, consolidada en los últimos quince años.⁸ Sin embargo, no hay bases legales para tomar a ésta como una crítica de raíz jurídica, lo que requeriría de algunas precisiones disciplinares.

En primer lugar, dentro de los cinco años de tardanza para decidir que se

7 Mauro Benente (2022) se refiere a lo que considera una demora inexplicable. Denuncia que “el tribunal se tomó algo más de 2000 días –sí, dos mil, no se me escapó ningún cero– para finalmente caer en la cuenta de que la integración del Consejo de la Magistratura era inconstitucional” (p. 2). Eugenio Zaffaroni, exjuez de la CSJN y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reclama que la CSJN “ha demorado” la decisión. Ella “dejó funcionar durante años lo que ahora considera que es un Consejo inconstitucional” (Televisión Pública, 2022, 0m37s.). Por su parte, Andrés Gil Domínguez (2022, párr. 1) recordaba que la sentencia de la Cámara en lo Contencioso Administrativo había sido el 19 de noviembre de 2015 y la Corte resolvió definitivamente el tema el 16 de diciembre de 2021, es decir, demoró casi seis años en dictar sentencia. También en tono reprobatario puede leerse la reciente obra de José Raúl Heredia (2022, pp. 100-115).

8 Mauro Benente (2022) es también quien destaca negativamente la antigüedad de la vigencia de la ley impugnada y detalla que “la 26.080 fue declarada inconstitucional [...] a los 15 años y diez meses

le imputan a la Corte, está incluido el período de un año y medio en el que el expediente no había llegado aún a los estrados supremos. En efecto, la tramitación del recurso extraordinario ante el tribunal de origen parece haber insumido ese tiempo. Este no es entonces imputable como tardanza de la Corte.⁹ Por otro lado, y aunque resulte enojoso para los usuarios del servicio de justicia, lo cierto es que, ya sean tres o cinco años, se trata de un lapso que no es excepcional para el tratamiento de un caso por la CSJN. Ese tiempo está dentro de los parámetros usuales de las sentencias que emite el máximo tribunal.¹⁰ Entonces, no hubo aquí un retraso que fuera excepcional o que estuviera fuera de las reglas de lo habitual.

Precisado el reproche, el asunto es que la CSJN no tiene ningún plazo para decidir ni hay reglas que la sujeten a un orden o criterio de prioridad para el tratamiento de los casos que llegan ante sus estrados.¹¹ Es por ello que, además de emitirse en un término usual, su decisión se dictó también sin violar ninguna regla de competencia temporal. Asunto que puede ser fastidioso, claro,

después de su sanción” (p. 5).

- 9 De acuerdo con el Sistema de Consulta Web de la CSJN, consultado en el año 2022, el expediente habría ingresado para su primera consideración el 1 de junio de 2018, esto es, tres años y medio antes del fallo.
- 10 No hay estadísticas que respalden específicamente esta afirmación, aunque sí hay datos indiciarios del plazo estándar para que un caso sea resuelto por la Corte, lo que la respaldaría indirectamente. Se sabe, por ejemplo, que la duración promedio para que un caso obtenga resolución es de 799 días (incluyendo en ese plazo la tramitación del recurso ante el tribunal de origen). Esto podría hacer creer que el promedio que tarda un caso en resolverse ante la Corte es de dos años, pero no es así. Resulta que este promedio refiere a “casos resueltos”, no a decisiones únicas. La gran mayoría de los casos que resuelve la Corte responden a sentencias que se dictan para varios casos en un mismo momento. Es decir, sentencias iguales o repetidas. Muchos son casos que acaban de ingresar a la Corte y que pueden recibir una de esas sentencias modelo o repetidas. Sólo a modo de ejemplo, en el año 2016 se dictaron 7613 resoluciones que permitieron resolver 14066 casos, mientras que en el año 2019 se resolvieron 29661 casos a partir del dictado de 7237 resoluciones (Giannini, 2021; pp. 56, 110, 111). Ello nos permitiría calcular, *grosso modo*, que el promedio de tiempo en el que se emite la resolución primaria de casos por una sentencia modelo es probablemente bastante más que el doble de 799 días. Hablaríamos, entonces, en la misma sintonía gruesa, de un promedio mayor a cuatro años para la resolución de un caso nuevo para la Corte.
- 11 La CSJN tiene amplia discrecionalidad para emitir sus sentencias cuando quiera, y en el orden que elija, tanto entre los expedientes que le llegan como incluso entre aquellos que aún no le han llegado. Esto último, ejerciendo el *per saltum*, es decir, abocándose anticipadamente a causas que están todavía en tribunales inferiores y por razones de especial urgencia institucional. No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido un límite conceptual-temporal para la resolución de los casos, tal es el impreciso límite de la “razonabilidad”. Para la CIDH, será “irrazonable” el plazo total de la tramitación de la causa ante la jurisdicción sin distinción de los tiempos que insuma cada una de las instancias jurisdiccionales. Es conveniente recordar que, desde esa perspectiva, nuestro país ya fue condenado varias veces por violar el principio del plazo razonable. Así ocurrió en los casos *Bulacio* (CIDH, 18/09/2003), *Furlán*

pero es incuestionable desde la perspectiva de las reglas formales e informales de nuestro sistema.

Tampoco existe un plazo legal que vuelva reprochable la decisión de invalidar judicialmente una ley más o menos consolidada en el tiempo, como era la de 2006. Por el contrario, la antigüedad de una ley suele destacarse, por algunos juristas, como una buena razón para legitimar la decisión judicial de revisarla. Se suele hablar de la mayor legitimidad del control de constitucionalidad de una ley cuanto más antigua es esta y cuanto más tiempo se toman los tribunales en el proceso de invalidación.¹² De hecho, varios de nuestros precedentes más importantes en materia de control de constitucionalidad parecen confirmar esta hipótesis teórica.¹³ Entonces, la antigüedad o la consolidación de la ley, que es la razón de crítica de algunos, en cambio es un argumento de realce de la decisión para otros. En cualquier caso, sin base normativa para cuestionar la decisión en razón de la antigüedad de la ley, esta pretendida crítica tampoco alcanza un grado axiomático.

Un asunto distinto es el reproche a la premura de la Corte para ejecutar su decisión. Se denunció que ciento veinte días era un plazo demasiado exiguo para que el Congreso sancione una nueva ley. Algunos comentaristas se preguntaron “¿dónde está el incendio?” (Televisión Pública, 2021, 33m20s),¹⁴ denunciando un apresuramiento de la Corte para imponer al Congreso su preferencia regulativa.

Una primera precisión es necesaria. La Corte exhorta (no ordena) al Con-

(CIDH, 31/08/2012) y *Spoltore* (09/07/2020).

- 12 Martín Farrell (2018) afirma que “el grado de deferencia debida al legislador disminuye con el paso de las generaciones: cuantas más generaciones han transcurridos desde el dictado de la ley, menor es el grado de deferencia debido al legislador” (párr. 4). El autor propone considerar el término de quince años como el equivalente a una generación (justo el tiempo transcurrido en este caso) y computar en generaciones la antigüedad de las leyes. Por su parte, Sebastián Linares (2008) también parece ver en el retardo de los tribunales para declarar la inconstitucionalidad un elemento de legitimidad de su decisión. Cuenta que “el alto tribunal [norteamericano] normalmente pronuncia la última palabra institucional con un cierto retardo, ya que el planteo de inconstitucionalidad debe transitar por todas las instancias judiciales previas [...] Esto, según dijimos, confiere al modelo americano un menor grado de intensidad de la objeción democrática” (p. 282).
- 13 Acaso uno de los fallos más importantes dictados por la CSJN en materia de derechos individuales sea el caso *Sejeán* (CSJN, 1985, Fallos: 308:2268). Allí se declaró inconstitucional una regla dictada casi un siglo antes, la Ley 2393 del año 1888. En el fallo *Arriola*, la Corte declaró inconstitucional artículo 14, 2º párrafo de la Ley 23737, y lo hizo veinte años después de su sanción (CSJN, 2009, Fallos: 332:1963).
- 14 Es la opinión emitida por Alberto Lugones, vicepresidente del Consejo de la Magistratura. Ver en el mismo sentido la opinión de Peñafort (2021).

greso que legisle y le indica que lo haga en “un plazo razonable”, es decir, no le impone un tiempo límite.¹⁵ En estricto sentido, el plazo de ciento veinte días no fue un apercibimiento al Congreso, sino un plazo de transición hacia un nuevo régimen. La Corte anticipó que, una vez cumplido ese plazo, el régimen de la ley de 1997 entraría nuevamente en vigor y quedaría sin efecto la ley de 2006. En la escena pública, los cronistas alertaban que si el Congreso no dictaba una ley en ese término, la Corte impondría la suya (la ley de 1997). Sin embargo, visto de cerca, el Congreso nunca perdió su potestad de sancionar una ley en el momento que sea. De manera tal que el plazo no fue ni conminatorio ni mucho menos de caducidad de la potestad del legislador.

Hecha la aclaración formal, si miramos el contexto desde un ángulo más amplio, el panorama no parece ser el de una Corte que actúa con premura. La ley de 2006 ya había sido declarada inconstitucional cinco años antes por Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.¹⁶ Aquella declaración de la alzada (y la posibilidad de su confirmación por parte de la CSJN) habían disparado el debate legislativo desde hacía tiempo. De hecho, solo entre 2019 y 2021 habían ingresado a las cámaras legislativas trece proyectos de ley para reformar la integración del CM.¹⁷

Si acercamos más la lupa al contexto, es inevitable advertir que diez días antes de que se diera a conocer el fallo de la CSJN, el Poder Ejecutivo había enviado al Congreso de la Nación su propio proyecto de ley para la reforma del Consejo,¹⁸ y nueve días antes, el ministro de Justicia de la Nación se había reunido con los miembros de la Corte. De manera que también el Ejecutivo estaba advertido de la oportunidad que tendría la decisión de la CSJN.¹⁹

Entonces, cuando ampliamos y acercamos la lente al entorno del caso, lo que se observa son rastros claros de un proceso previo y sostenido de diálogo

15 En el punto II de la parte resolutive de la sentencia en análisis se estipula: “Exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable dicte una ley que organice el Consejo de la Magistratura de la Nación”.

16 Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo, Sala II, sentencia de 11/2015. Expte: 29.053/2006.

17 Después del fallo de la CSJN, se sumaron cinco proyectos más en similar sentido. Ver Biblioteca del Congreso (2022, pp. 4-8).

18 Mensaje del Poder Ejecutivo N° 128/2021, 6/12/2021. En ese proyecto se proponía nuevos equilibrios entre los consejeros y se elevaba a diecisiete el número de miembros.

19 Días antes de la sentencia, la prensa afirmaba que “cuando empezaron a surgir las versiones de un fallo contra la conformación actual del Consejo de la Magistratura [bajo la ley de 2006], el funcionario [ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación] afirmó: ‘No deja de llamar la atención que la Corte esté por sacar un fallo para declarar inconstitucional una ley sancionada en 2006. Se tomaron

institucional entre el Poder Judicial y legisladores. Ello desvirtúa la idea de la premura de la Corte en decidir, pero también denota un diálogo previo entre los supremos y el Poder Ejecutivo, lo que apartaría la idea de una Corte que actúa de sorpresa sobre los poderes políticos.

2.2. Oportunidad

Apartadas las críticas de tardanza, premura y/o sorpresa, ya podemos iluminar el dato temporal que nos interesa: el del “momento” de la toma de decisión de la Corte.

El fallo se emite en circunstancias en las que ni la coalición oficialista ni la principal coalición opositora tenían mayoría suficiente para conseguir sancionar una nueva ley del CM. Tal coyuntura, a la que calificaremos de “bloqueo político”, se había configurado de manera más rígida pocos meses antes de la decisión de la Corte a partir del resultado de las elecciones intermedias.²⁰ El dato revelador es, entonces, que la Corte decidió justo cuando los órganos políticos tenían dificultades para tomar una decisión. Así, un Congreso sin mayorías absolutas, tensamente dividido por un bipartidismo (o *bicoalicionismo*) rígido, parece haber ofrecido la “oportunidad” para que la decisión de la CSJN se impusiera sin oposición y con cierta estabilidad.²¹

El poder elegir el momento o la coyuntura en que se emite una sentencia se convierte en una potestad de gran relevancia política.²² Esa potestad, sin embargo, está comprendida entre las potestades jurídicas públicas de los magistrados

16 años para darse cuenta. Nos debería hacer ruido a todos los argentinos y las argentinas” (*El Ministro Soria se reunió...*, 2021, párr. 14). La frase del ministro, emitida después de su reunión con los miembros de la Corte el 7 de diciembre de 2021, deja en claro que sabía que pronto habría sentencia.

20 Las elecciones legislativas del 14 de noviembre de 2021 dieron como resultado que ninguna coalición parlamentaria tuviera suficientes representantes para alcanzar la mayoría absoluta, ni en el Senado ni en la Cámara de Diputados.

21 Los estudios de política y justicia del último tiempo vienen identificando comportamientos estratégicos de las Cortes respecto al contexto de su decisión. En general, se observan ciertas formas prudentes, defensivas o de oportunismo para autofortalecer su popularidad. Los estudios de Corina Barrett Lain (2012), por ejemplo, parecen señalar que las Cortes deciden sobre seguro cuando las mayorías ya están de acuerdo con su decisión, aunque persistan los bloqueos en los órganos políticos. Desde otro enfoque, Gretchen Helmke (Helmke y Wolfson, 2003) identifica actuaciones que llama de “defección estratégica” en busca de asegurar su legitimidad a futuro, fundamentalmente de cara a posibles cambios de Gobierno o de coaliciones. Gabriel Pereyra (2022, p. 696), por su parte, ha llamado “equilibristas” a las cortes latinoamericanas, en razón de sus estrategias de cuidar legitimidad al decidir remedios estructurales.

22 Una mirada crítica sobre este ángulo es la del ministro de Justicia de la Nación en Infobae (*El Minis-*

supremos. A ella podríamos desagregarla bajo el nombre de la “potestad del *timing*”. Se trataría de una potestad no reglada, secuela de que no haya plazos para que la CSJN decida. Aun así, sigue siendo una potestad jurídica sobre la que podemos reflexionar disciplinariamente e incluso evaluar si está institucionalmente (in)justificada o es (in)congruente con nuestro sistema constitucional.²³

Por ejemplo, podría argumentarse en favor de que la Corte tenga esta potestad de elegir en qué contexto emite su decisión. Podría decirse que si ella fuera forzada a decidir en cierto momento, se vería obligada a contabilizar elementos del contexto sociopolítico en el análisis en detrimento de su mirada técnica. Ello podría menoscabar la imparcialidad de la decisión. En cambio, el poder elegir cuándo se decide ayudaría a evitar momentos de apremios sociopolíticos o circunstancias desfavorables a su eventual decisión. Eso aseguraría análisis jurídicos ascéticos en las resoluciones y, de este modo, la llamada potestad del *timing* sería congruente con la garantía de imparcialidad jurisdiccional.²⁴

Sin embargo, la inquietud de los críticos radica en que la Corte use su potestad del *timing* de forma diferente. Preocupa que la use para influir en los balances de poder entre los partidos políticos y las coaliciones, que elija oportunidades para impactar negativamente en la gobernabilidad de un partido mayoritario –por ejemplo, beneficiando al partido de oposición–²⁵ o bien que opte por las oportunidades para beneficiar las líneas de gobierno de una mayoría circunstancial en desmedro de minorías políticas. Este tipo de preocupación está vinculada a las motivaciones subjetivas de la Corte y/o magistrados en el ejercicio de la potestad del *timing*.

Ahora bien, aunque este peligro es innegable, está latente en el ejercicio de cualquier potestad pública, no sólo en esta. Es decir, cualquier decisión jurisdiccional puede usarse para favorecer a un partido político u otro, o puede favore-

tro Soria se reunió..., 2021).

- 23 Gil Domínguez (2021) parece hacerse alguna de estas preguntas en esta clave: “¿Es razonable en términos constitucionales y convencionales que una Corte Suprema de Justicia pueda utilizar con tal grado de discrecionalidad la cronoterapia procesal como un superpoder político?” (párr. 2).
- 24 Este tipo de enfoque quizás tenga más sentidos en controversias sobre reglas constitutivas del Estado, como las que aquí se analizan, no así en controversias que involucran derechos fundamentales cuya afectación puede ser urgente. En efecto, en este último caso la especulación temporal de la Corte podría tenerse por temeraria. Por otro lado, es necesario reconocer cierto maniqueísmo en la pretensión de alcanzar análisis jurídicos totalmente ascéticos, en el sentido de libres de consideraciones contextuales.
- 25 Esta línea de críticas puede verse incluso en las manifestaciones institucionales de la Asociación Justicia Legítima, señalando que “Está claro que la Suprema Corte no actúa con independencia, sino al servicio de estrategias políticas partidarias...” (Justicia Legítima, 2021, párr. 5).

cerlo o perjudicarlo colateralmente. Solo el análisis caso por caso nos permitiría desnudar si la Corte usó de forma legítima su potestad del *timing* (motivada por las mejores condiciones de imparcialidad) o si, por el contrario, hizo un uso ilegítimo de ella (eligiendo favorecer o desfavorecer a una posición partidaria).

El problema de este tipo de análisis, caso por caso, es que requiere de evidencia muy difícil de obtener, una que corrobore el vínculo causal entre el estado subjetivo de los decisores y los efectos reprochados de la decisión. Lo más cercano a una verificación de este tipo, al menos en el campo jurídico, sigue siendo el análisis de los fundamentos explicitados en la decisión. Es allí donde la sospecha sobre la inclinación subjetiva de los decisores puede encontrar alguna base, o ninguna. Por eso es tan importante la fundamentación de la decisión jurisdiccional, porque ella actúa como el único indicador verificable y accesible de si el uso de la potestad del *timing* fue legítimo o ilegítimo.

Hay otra preocupación de corte más estructural que podría plantearse en relación con la potestad del *timing*. Tal potestad podría usarse como forma de desbalance entre los poderes del Estado. Es decir, podría favorecer el crecimiento de competencias del poder cuasivitalicio (la CSJN) en desmedro de las competencias de poderes estatales con composición periódica (los órganos políticos). En el corto y mediano plazo, el órgano vitalicio podría conseguir imponer sus preferencias de regulación constitucional (incluso en materias en las que la Constitución privilegia las preferencias políticas), aprovechándose de las oportunidades de “bloqueo político” antes mencionadas. Esta es una lectura bastante plausible del caso en análisis.²⁶

Por supuesto que esta preocupación debería moderarse en el caso que estamos analizando, dado que esta decisión judicial, en un sentido muy importante, no es una decisión final. En efecto, el Congreso podría, tarde o temprano, salir del bloqueo político y conseguir constituir la voluntad mayoritaria necesaria para imponer sus preferencias regulativas, al menos en relación con ciertas aristas de la integración del CM. Entre tanto, es difícil determinar en qué medida la decisión de la CSJN sólo se apoyó en la coyuntura del “bloqueo político” y en qué medida esa decisión la reforzó.²⁷

26 Algunos han dado este tipo de lectura al célebre caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, 1803), en el que la Corte Suprema de Estados Unidos, aprovechando la coyuntura, se habría adjudicado la potestad del control de constitucionalidad de las leyes. Más allá de las desmentidas históricas, y de lo controvertido de esta lectura del caso real (ver García Mansilla, 2020), la posibilidad teórica resulta plausible. El uso de competencias propias, aprovechando coyunturas para absorber competencias de otros poderes o provocar desequilibrios, parece una conducta institucional, al menos, probable.

27 En esta línea, no sería descabellado pensar que, sin la intervención de la CSJN, el proyecto de ley

En resumen, las circunstancias del caso sugieren la importancia de reflexionar sobre la crítica institucional a la potestad de *timing* de la que goza la CSJN. En particular, valorar la utilidad relativa de futuras reglas que la atemperen con plazos u otras formas que ayuden a despejar sospechas sobre las motivaciones de los magistrados en la elección de la oportunidad. Reglas que, por ejemplo, le exijan fundar específicamente la decisión sobre la oportunidad elegida para decidir o que le requieran fundamentos específicos sobre la invalidación diferida de normas consolidadas por algún tiempo.

En fin, una Corte que transparente el ineludible razonamiento contextual involucrado en el ejercicio de su potestad de *timing* podría contribuir a fortalecer, interesantemente, las condiciones de debido proceso adjetivo y a asegurar así una mayor transparencia en el diálogo institucional. Alejar el fantasma del uso ilegítimo de su potestades parece un asunto medular en relación con decisiones de esta trascendencia. En el caso de análisis, esos fantasmas parecen haber venido montados en las críticas de “tardanza” y “premura” y fueron fecundados por la asepsia al contexto que se observa en la fundamentación de la decisión.

Lamentablemente, nuestra CSJN parece estar convencida de la conveniencia de ocultar la incidencia de los elementos contextuales en su proceso de toma de decisión. Quizás, pensando que así se ve más imparcial, o que así aparta los términos de sus fallos del debate partisano o que encumbra su autoridad por fuera de la política. Sin embargo, los hechos contradicen esa hipotética expectativa. El estilo asceta tiende a confundirse cada vez más con formas irritantes de dogmatismo u ocultamiento de las razones de contexto para decidir. Ello viene habilitando una generalizada suspicacia sobre sus motivaciones y, con ello, poniendo en tela de juicio el uso del discurso autoritativo del derecho en asuntos de relevancia pública.²⁸

para el CM presentado por el Poder Ejecutivo en diciembre de 2021 habría tenido otras posibilidades en el Congreso. Si la Corte no hubiera adelantado su decisión de anular y reemplazar el régimen vigente, quizás la oposición habría tenido mejores incentivos para acordar un proyecto con el ejecutivo.

Sebastián Guidi (2022, p. 10) recuerda que la sanción de la primera ley del CM ocurrió cuatro años después de reformada la Constitución, lo cual se debió fundamentalmente a que el oficialismo de ese momento había perdido las elecciones intermedias de 1997 y que las posibilidades de volver a ser derrotado en 1999 no eran pocas. Ese contexto histórico-político tiene algunos parecidos con el del presente caso, y si entonces fue relevante para el acuerdo parlamentario, bien podría haberlo sido también ahora.

28 Como ejercicio podríamos imaginar qué habría ocurrido si la corte hubiera hablado abiertamente en sus fundamentos del bloqueo político del Congreso, así como de la decena de proyectos de ley que no tuvieron éxito y de sus conversaciones infecundas con el Poder Ejecutivo. Quizás también correspondería que se manifestara sobre los problemas concretos de funcionamiento del Consejo de la

3. Imparcialidad

El diario *Página 12* le dedicó su tapa a los miembros de la CSJN con el siguiente título: “Jueces y Parte” (2021).²⁹ Fue al día siguiente del fallo y retrató lo que sería la crítica más difundida a la decisión desde las crónicas oficialistas. La Corte había decidido su propia reinstalación en el CM, se decía, y se adjudicó además la presidencia del órgano.

Más allá de la animosidad de esta crónica, es indudable el pedigrí jurídico-institucional del reproche. La falta de condiciones de “imparcialidad” en los decisores implicaría la violación de un principio fundante del debido proceso adjetivo y afectaría así la validez jurídica de la decisión. Sobre este asunto de particular interés disciplinar, reflexionamos en este apartado.

3.1. El dilema de la parcialidad del árbitro y su inevitable gradualidad

Empecemos por acordar en que la Corte tomó una decisión sobre un asunto que la afectaba orgánicamente. Los magistrados supremos decidieron sobre el significado de una norma constitucional que determinaba su propia participación en la integración de otra entidad estatal (artículo 114° de la CN). Tal entidad, además, tiene potestades sobre la organización y administración del Poder Judicial, poder liderado por la misma Corte. De modo que sería insensato negar que había allí cierto nivel de conflicto de intereses o, al menos, que los supremos no eran terceros totalmente desinteresado en el resultado de este pleito.

Establecido ello, corresponde reconocer también que no es inusual que los órganos del Estado ejerzan funciones jurisdiccionales sobre asuntos que definen, de manera más o menos directa, sus propias competencias orgánicas. Ello ocurre de manera bastante directa, por ejemplo, cuando un órgano de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) decide el reclamo de un contribuyente acerca de si hubo exceso en las competencias de un funcionario de esa misma cartera, o cuando el Congreso de la Nación lleva adelante un juicio político contra un presidente porque éste se abrogó funciones legislativas propias del Congreso. Pero más allá de estas formas obvias, lo cierto es que casi cualquier decisión jurisdiccional involucra la determinación, en alguna medida, de las propias competencias del decisor. Esta es la causa de un dile-

Magistratura y la urgencia que ellos impondrían. Estas transparencias podrían justificar con claridad los plazos y el momento en el que se decide y ayudarían a resituar las críticas en un razonable debate de argumentos antes que en la sospecha frente a lo no dicho, aunque incontrolablemente presumido.

29 En la tapa del Diario aparece además la fotografía los cuatro jueces de la Corte.

ma típico de cualquier sistema institucional con funciones jurisdiccionales, al que podríamos llamar aquí “el dilema de la inevitable parcialidad del árbitro”. En efecto, quien decide el significado de las normas en un caso concreto está decidiendo siempre, en mayor o menor grado, sobre el alcance de sus propias facultades determinadas por esas y por otras normas. La imparcialidad, vista de esta manera, nunca es perfecta y siempre es una cuestión de grados.

Sin embargo, cuando el Poder Ejecutivo o el Legislativo toman decisiones jurisdiccionales, éstas siempre son revisables por un tercero imparcial, por lo general, por el Poder Judicial.³⁰ En cambio, las decisiones de los jueces no son revisables (en sus disposiciones específicas) por órganos de otro poder y, en el caso de las decisiones de la CSJN, no son revisables por nadie más. Al tener la última palabra en asuntos jurisdiccionales, la CSJN no sólo participa del “dilema de la parcialidad del árbitro” cada vez que decide, sino que además lo hace de forma final, y es aquí donde su inevitable parcialidad cobra otra relevancia.

3.2. Cuando nadie es imparcial

El caso que aquí está en análisis trae a consideración un asunto extra. Resulta que la constitución ordenó que el CM se integre con representantes de distintos órganos del Estado y estipuló que esa representación sea *equilibrada* entre ellos (artículo 114 de la CN). De modo que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo y el Judicial serán afectados por la decisión sobre cuál es el “equilibrio” adecuado en la integración del Consejo. Cualquiera de ellos carecerá, en grado aparentemente similar, de las condiciones de imparcialidad ideales para decidir esa integración.³¹ Así las cosas, aunque la Corte decidió este caso en condiciones de imparcialidad imperfecta, no parece existir un decisor institucional que no padezca la misma falta de imparcialidad. En otras palabras, no hay un órgano estatal que pueda decidir cuál es el equilibrio debido del CM en condiciones de mayor imparcialidad que la Corte.

30 La exigencia de revisión judicial de las decisiones jurisdiccionales emitidas por la administración están establecidas en precedentes judiciales desde hace tiempo. El caso de referencia es *Fernández Arias c. Poggio* del año 1960 (CSJN, 19/09/1960, Fallos: 247:646). Respecto a la revisión de la actividad jurisdiccional del Poder Legislativo, los precedentes refieren en general a la revisión de las decisiones emitidas por el Congreso en juicios políticos. Entre los casos de referencia pueden señalarse *Nicosia* (CSJN, 09/12/1993, Fallos: 316:2940), *Graffigna Latino* (CSJN, 19/06/1986, Fallos: 308:961), *Brusa* (CSJN, 11/12/2003, Fallos: 326:4816) y *Moliné O'Connor* (CSJN, 04/03/2004, Fallos: 329:1914).

31 Sólo el Ministerio Público, en cuanto cuarto poder que no integra el Consejo, sería un tercero independiente del resultado de la controversia. Sin embargo, no tiene competencias dirimientes en materia jurisdiccional ni en materia regulativa.

3.3. Nuestro ineludible constitucionalismo

Algunos han sostenido que cuando la Constitución puso en cabeza del Congreso la tarea de regular la integración del CM quiso darle a éste la última palabra.³² Así, la determinación de cuál es el “equilibrio” debido en la integración del órgano sería entonces un asunto de exclusivo arbitrio del Congreso. Ello excluiría a los jueces de la determinación del estándar constitucional del “equilibrio”.

En honor a la brevedad, habrá que adelantar que tal pretensión no tiene asidero firme en nuestra cultura jurídica. Para el constitucionalismo argentino, está fuera de disputa el hecho de que cualquier ley está sometida al control judicial de constitucionalidad. De otra manera, se razona, un estándar constitucional como el del “equilibrio” no tendría la supremacía normativa que se pregona de un estándar constitucional.

Por supuesto que este razonamiento no tiene sentido para un jurista que opera en sistemas parlamentarios o que esté afiliado a las premisas del constitucionalismo popular. Estaría cómodo en un sistema sin control judicial de constitucionalidad, donde los significados de las reglas constitucionales estén en manos de los órganos mayoritarios y la idea de supremacía constitucional se configure de otra manera.³³ Pero esa visión es extraña a nuestra constitución material y a sus sentidos dominantes. Nuestro constitucionalismo aún está signado por los lineamientos de la idea de supremacía normativa del constitucionalismo clásico o liberal.³⁴ En este marco de sentido, la potestad del Congreso para regular la integración del CM está “limitada” por el estándar constitucional de “equilibrio”, y es la Corte quien controla y garantiza que ese estándar funcione como límite a la regulación.

Entonces, precisando los extremos de nuestro dilema, no hay dudas de que la CSJN tiene la última palabra respecto a la interpretación de reglas de un

32 El artículo 114 de la CN establece que el CM será “regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

33 Jeremy Waldron (2005, 2008), entre los mentores de las ideas del llamado “constitucionalismo popular”, sostiene que dado que los desacuerdos sobre los significados constitucionales pueden llegar a ser *grandes y profundos*, sólo pueden ser resueltos mediante la decisión de una mayoría. Esta es la única manera de evitar que una minoría bloquee o impida reformas al *status quo*.

34 Referimos a la idea de supremacía normativa clásica y no necesariamente a otros elementos teóricos del constitucionalismo liberal o clásico que han sido abandonados o matizados por la influencia de corrientes como el neoconstitucionalismo europeo o los nuevos constitucionalismos latinoamericanos. En cualquier caso, ambas corrientes, con influencia en nuestro constitucionalismo, comparten el principio de supremacía normativa de la constitución en términos de su vinculación necesaria con el control judicial de constitucionalidad.

juego en el que ella misma participa y, en este caso, respecto a la interpretación de reglas que determinan sus competencias de manera bastante directa. Esta es una situación dilemática en términos de debido proceso, sin dudas. Aunque, si lo pensamos escrupulosamente, este es un dilema del que no escapa ningún sistema (o juego) con un árbitro supremo o final. En el dilema particular que nos ocupa, sin embargo, no parece haber otro órgano en mejores condiciones de imparcialidad ni tampoco hay razones de nuestro constitucionalismo que legitimen a un mejor árbitro que la CSJN para el caso.

3.4. Un dilema circular

Sentado entonces que ningún órgano puede resolver este caso en condiciones de imparcialidad ideal y que la última palabra para decidir las controversias constitucionales la tiene la CSJN, todavía podría argumentarse que la Corte es el órgano menos imparcial de todos “para resolver este caso” en particular. En efecto, podría observarse que los convencionales constituyentes de 1994 le dieron al CM competencias que le quitaron a la Corte (la administración del Poder Judicial, por ejemplo). Si desempoderar a la CSJN fuera la verdadera intención del constituyente, éste no querría que sea la misma Corte quien decida sobre la composición del CM. En efecto, si se hubiera pretendido desempoderarla, la Corte habría sido el órgano menos imparcial de todos para decidir sobre cómo integrar al órgano que la desempoderaría.³⁵

Con todo, el asunto crucial aquí es que este argumento del “órgano menos imparcial” no es categorialmente diferente al “dilema de la imparcialidad del árbitro” que venimos analizando. De hecho, es parte del mismo asunto, aunque aparente singularidad.

Supongamos por un momento que, debido a una integración desequilibrada entre los miembros del CM, los órganos políticos consiguieran el dominio de las decisiones en este órgano, y supongamos, además, que usaran ese dominio con el único fin de hostigar severamente la independencia judicial. Digamos, en esta clave, que el CM empiece a funcionar como un arma de manipulación del presupuesto del Poder Judicial, a través de la cual actores políticos disciplinen magistrados, coaccionando sus decisiones y provocando una severa

35 Como se explicó en la nota 4 de este trabajo, Guidi (2022) sostiene que la intención del constituyente fue bifronte: por un lado, despolitizar el proceso de selección de jueces para salvar la independencia judicial y, por el otro, controlar políticamente al Poder Judicial a través del CM. El reproche que aquí se analiza asume que la intención única del constituyente fue la segunda.

(des)organización funcional. En tales circunstancias, ¿debería la Corte resignar la independencia judicial sistémica, dado su menor imparcialidad como órgano para decidir este caso en particular? O, en otras palabras, ¿debería resignar la posibilidad general de imparcialidad judicial a futuro para resguardar la imparcialidad formal en este caso concreto?

Ahondemos en esta suposición por un momento. Imaginemos ahora que una mayoría partidaria con claro dominio sobre el CM determina el nombramiento, remoción y sanción de magistrados sin considerar su condición técnica y sobre la única base de intereses partidarios. ¿Debería la Corte mantenerse al margen del asunto?, ¿son estos los costos esperables de la democracia constitucional que tenemos?, ¿es esto lo que quiso el constituyente de 1994?

Las respuestas posibles a estas preguntas están lejos de ser tranquilizadoras. Como es obvio, la incomodidad tiene que ver con que la propia formulación de la pregunta trae en ella una respuesta incorporada. Justamente, si se califica la acción hegemónica de los órganos políticos como “hostigamiento partidario para debilitar la independencia judicial”, la respuesta obvia es la necesidad de invalidar esas acciones, incluso a través de una Corte sin las condiciones de imparcialidad adecuadas en el caso.

Sin embargo, lo que algunos pueden ver como manipulación política del presupuesto para afectar la independencia judicial, otros podrían considerar una forma de control válido de las mayorías políticas sobre un poder vitalicio que amenaza en transformarse en omnímodo. Para estos, el hecho de que la CSJN sea el órgano menos imparcial para dirimir el asunto alcanzaría para excluir su intervención en cualquier controversia respecto a asuntos definidos de esta manera.

En fin, ambas narrativas, desarrolladas a partir de hechos similares, llevan a respuestas diferentes a la pregunta de si es institucionalmente conveniente o no que la Corte intervenga. Y vuelven menos o más relevante a estos fines las condiciones de imparcialidad de la Corte.

Advirtamos que detrás de estas narrativas hay además desacuerdos fundamentales sobre la idea de neutralidad técnica y sobre la capacidad de representatividad democrática de los partidos políticos, en sintonía, claro, con concepciones distintas sobre la intención del constituyente de 1994. En efecto, confiar en la posibilidad de neutralidad técnica y desconfiar de los intereses partidarios como fuente de selección, sanción y remoción de magistrados configura una situación de hecho que reclama la legítima intervención judicial en el caso hipotético planteado. Este conjunto de presupuestos se afilia a la idea de la “des-

politización” en la selección de jueces como meta constitucional dominante. En cambio, la desconfianza en la posibilidad de la neutralidad técnica y la confianza en la legitimidad de los intereses representados por los partidos políticos mayoritarios exigen exactamente lo contrario. Esto es, una deferencia política substantiva por parte de un órgano sin condiciones de imparcialidad suficientes para intervenir. Para este conjunto de presupuestos, la intención del constituyente fue sobre todo aumentar el control político sobre el Poder Judicial.³⁶

El asunto clave es que, en la faena del control de constitucionalidad de las leyes, no solo se le da significado técnico-jurídico a las normas constitucionales para el caso concreto, sino que además se decide la “formulación” del caso al que se aplican esas leyes.

Es decir, en esa formulación del “caso o controversia” hay decisiones invisibles, a veces sobre desacuerdos amplios. Quien tiene el poder de decidir la controversia también tiene el poder de establecer, o presuponer, los términos de ella al momento de fijar la *litis*. De ese modo, el árbitro hace las preguntas, a veces con respuestas incorporadas.³⁷ Así, al instaurar la *litis* de este caso, la CSJN estipuló (o asumió) una idea sobre la posibilidad de lo neutral frente a lo partidario, lo plausible de una razón técnica frente a la razón política y, sobre todo, una visión sobre los límites del control político sobre el Poder Judicial. Todas esas asunciones, o presupuestos sobre la cuestión a decidir, son las respuestas incorporadas a la pregunta sobre la legitimidad de la intervención de la Corte en ese caso, a pesar de su corta imparcialidad para hacerlo. Es por ello que ellas también hacen parte del dilema de la parcialidad del árbitro.

3.5. Una decisión sin final

Nuestro diseño institucional no tiene mecanismos explícitos para evitar que algunas decisiones estatales, ya sean regulativas, jurisdiccionales o administrativas, sean dictadas en condiciones de imparcialidad imperfecta. Incluso pueden ejercerse provocando desbalances coyunturales en la autonomía e independencia entre los poderes. Nótese, por ejemplo, que cada vez que el Congreso de la Nación dicta una ley de organización institucional del Estado, tal como la que organiza el CM, es en cierto sentido juez y parte, aunque la decisión sea regulativa y esté sujeta al control jurisdiccional posterior. De la misma manera, el veto

36 Ver Giudi (2022).

37 Ver Puga (2013) sobre la relevancia y el alcance de la tarea judicial de definir la controversia (reconocida técnicamente como *litis*) en el control de constitucionalidad.

del presidente a una ley del Congreso que limita potestades ejecutivas es una decisión administrativa que tampoco se dicta en condiciones de imparcialidad perfecta, aunque puede ser revisada por ciertas mayorías del Congreso.³⁸ De hecho, a este tipo de decisiones es a las que algunos teóricos refieren como el ejercicio de “pesos y contrapesos” entre poderes. Pareciera que hay algo institucionalmente saludable en ellas, en la medida en que persista la posibilidad de revisar esas decisiones en el futuro, por otro/s poder/es y en el marco de otras potestades orgánicas.

El caso que analizamos aquí es un buen ejemplo de este tipo de posibilidad abierta a la revisión interorgánica. Si bien es cierto que la CSJN tiene la última palabra sobre esta específica controversia, ello no significa que su decisión remedial sea final. El Congreso todavía podría dictar otra ley con una nueva versión de cómo debería ser la composición equilibrada del CM teniendo, seguramente, cierta deferencia a los estándares fijados por la CSJN. A su vez, el Ejecutivo podría promulgar parcialmente esa ley, interfiriendo en algún aspecto de la regulación sin desvirtuar su espíritu.

Así, mientras exista esa posibilidad institucional de revisión de decisiones orgánicas entre poderes, la imparcialidad imperfecta no parece ser un problema para el equilibrio entre poderes. Esas revisiones eventuales, además, ofrecen las condiciones de un debido proceso cada vez más substantivo en la toma de decisiones públicas. Efectivamente, se genera una especie de diálogo entre poderes con las razones que motivan las decisiones, aunque en una mecánica intertemporal y en distintos dialectos: la sentencia, la ley y la disposición administrativa.³⁹ En fin, un mundo institucional idealmente deliberativo, siempre que los poderes ofrezcan, efectivamente, razones públicas suficientes para motivar sus decisiones y que se tomen en serio las motivaciones de las decisiones pasadas.

4. El remedio y sus tensiones

Al declarar la inconstitucionalidad de la regla de integración y *quorum* para

38 Para los casos de veto total, ver el artículo 83° de la Constitución Nacional, y para los casos de veto parcial, ver los artículos 80° y 99°, inciso 3°.

39 No siempre ese diálogo entre poderes tiene características constructivas. Por ejemplo, la Ley 23737 (1989), que en su artículo 14°, 2ª parte castiga la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fue sancionada después de que la Corte resolviera el caso *Bazterrica* en sentido contrario (CSJN, 1986, Fallos: 308:1392). De manera que ese diálogo intrapoderes, en lugar de construir consensos, en ciertos contextos puede ser en verdad una puja de posiciones contrapuestas que se va prolongando intertemporalmente.

sesionar del CM (artículo 1° y 5° de la Ley nacional 26080), la CSJN enfrentó un desafío remedial complejo. Debía responder a la pregunta de cuál sería la integración y el *quorum* que respeten el estándar constitucional de “equilibrio”, el cual se entendía violado. El camino fácil, quizás, habría sido “declarar” inconstitucional la ley de 2006 sin “remediar” la situación de inconstitucionalidad. Sin embargo, la Corte no optó por ese camino, y en el empeño por resolver cuál sería una integración “equilibrada” del CM, tuvo que hacerse cargo también del desafío de implementar esa nueva integración. Ese desafío exigía la participación de los órganos políticos, los que justamente eran litigantes perdidosos (y resistentes) en la causa de su decisión.

Otro camino sencillo habría sido “declarar” algunos criterios para una integración equilibrada y exhortar a los poderes políticos a seguirlos en sus decisiones regulativas futuras. Tampoco sería la primera vez que una Corte toma esta ruta. Pero, esta vez, no decidió en este sentido. Ello será, quizá, el sello distintivo de su decisión. La corte avanzó aun teniendo que enfrentar el problema práctico más complejo de todos: llevar adelante el cambio de integración en el CM sin paralizarlo o desestabilizarlo.

Adelantamos que la Corte consiguió alcanzar su objetivo remedial de forma categórica y en el plazo que ella misma estableció. Con sólo algunos incidentes,⁴⁰ aunque casi sin retrasos, en sólo cuatro meses se inauguró la nueva integración del CM. Ello, además, sin que su funcionamiento se viera radicalmente afectado.⁴¹

En lo que sigue, se explica la forma en la que la Corte sorteó este complicado desafío. Para ello, se desagrega su intervención en tres decisiones remediales, tácticamente claves, y una enmienda *ad hoc*. Sentados los andamios de la estrategia remedial de la Corte, se aborda la crítica más resonante que se le hizo a esta estrategia remedial: la de abrogarse funciones legislativas.

40 Uno de esos incidentes fue la medida cautelar que detuvo el procedimiento de puesta en marcha de la nueva composición del CM, la cual fue emitida por el juez federal N° 2 de Paraná en la causa *Casaretto, Marcelo Pablo c/Cámara de Diputados Nacional y otros/amparo ley 16.986* (Juzgado Federal N° 2 de Paraná). Otro de esos incidentes tuvo que ver con la selección de la segunda representante por el sector académico (Ver *Con polémica, los académicos eligieron...*, 2022). A esta última se le sumaron polémicas y litigios en relación con los nombramientos de representantes del Senado (Ver *Cristina y Massa designan al senador...*, 2022), lo que en la actualidad mantiene al CM sin un integrante.

41 El 15 de abril de 2022 se cumplió el plazo de 120 días dispuesto en la sentencia, y el 19 de abril asumieron los nuevos integrantes. El CM empezó a funcionar con 18 miembros. La integración definitiva, con sus 20 miembros, se concretaría un mes después, el 19 de mayo (*El Consejo está completo*, 2022).

4.1. El exhorto

La declaración de inconstitucionalidad de la ley de 2006 abría la pregunta sobre cuál sería un régimen válido para el CM. En su primer orden remedial, la Corte decide “exhortar al Congreso de la Nación para que en un plazo razonable [éste lo] dicte” (Resolutorio II del fallo).

Este fue un acto de deferencia hacia legisladores que llevaban años sin conseguir un acuerdo sobre el tema y quienes tampoco lo conseguirían en esta instancia. Al exhortarlos, sin embargo, la Corte situaba su propia intervención remedial en una posición “subsidiaria” a la del Congreso. Además, al no imponerles un plazo, dejó abierta la posibilidad de que el Congreso ejerza su potestad en cualquier momento. Así, el exhorto, además de una expresión de deferencia política, deja constancia de que no se estaba expropiando al Congreso de su prerrogativa de regular el asunto, sólo se la ejercería en subsidio hasta tanto éste la retome.

4.2. El nuevo régimen

El rasgo más saliente de esta decisión es sin duda el haber decidido cuál será el nuevo régimen del CM como forma de remediar la inconstitucionalidad declarada.

La Corte dice que es necesario que “en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables recobre plena vigencia el régimen previsto por la ley 24.937 y su correctiva 24.939” (Considerando 17° punto II, CSJN en *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, en adelante, *Colegio de Abogados*). Acto seguido, ordena al CM llevar a cabo las acciones necesarias para que ello ocurra en el plazo de ciento veinte días (Resolutorio II., CSJN en *Colegio de Abogados*).

Indica así un cambio en el régimen que alcanzará no sólo a la integración del Consejo, sino también a las reglas del *quorum*, comisiones y presidencia del órgano. Los ciento veinte días ordenados serán, de este modo, el plazo de transición hacia la nueva integración del CM, con sus nuevas reglas de *quorum*, comisiones y nuevo presidente.

Lo importante a resaltar aquí es que, con esta decisión, la CSJN resitúa el punto de (des)equilibrio histórico entre la deferencia política y la remediación jurisdiccional. Aunque no deja de exhortar y reconocer prioridad regulativa al Congreso, ya no le da a ese reconocimiento un efecto paralizante. La deferen

cia, esta vez, no es equivalente a abandonar su responsabilidad de garantizar el restablecimiento de la juridicidad.⁴²

Algunos hacen notar que, al no dictar un régimen legal de factura propia, retomar el de una ley anterior del Congreso (la ley de 1997), la Corte estaría haciendo otro gesto deferente hacia el Poder Legislativo.⁴³ Lo elegante de este argumento, como veremos, no alcanza para distraer la crítica sobre la naturaleza legislativa de la decisión de la Corte.

4.3. El orden temporal

El compromiso más nítido con la remediación efectiva puede verse, quizás, en el despliegue de dos declaraciones clave para asegurar la operatividad de la transición hacia el nuevo régimen dictado. Por un lado, establece que toda actividad del CM (cuya integración ya declaró inconstitucional) será jurídicamente nula una vez que se extinga el plazo de transición de ciento veinte días. Por otro lado, declara válida toda la actividad anterior y actual del Consejo hasta que se cumpla ese plazo. Crea así una especie de rayuela jurídico-temporal en la que quedan establecidas las fronteras y posibilidades de acción válida del CM y de los poderes políticos en relación con él. Se robustecen de esta forma las condiciones de imposición del nuevo régimen, resguardando la estabilidad institucional en la transición.

Aquí ya no quedan dudas del nuevo temperamento remedial que asume la Corte. Ella ocupó decididamente su rol de garante pragmático del orden constitucional, guardando una deferencia política no paralizante.⁴⁴

42 En su voto en disidencia, el magistrado Lorenzetti sí reclama aquella tradicional forma de deferencia con renuncia a la responsabilidad de garante de la Corte. Cita en su apoyo los siguientes antecedentes: *Rossi* (CSJN, 2009, Fallos: 332:2715), *ATE* (CSJN, 2008, Fallos: 331:2499), *Itzcovich* (CSJN, 2005, Fallos: 328:566) y *Badaro* (CSJN, 2006, Fallos: 330:4866). Sin embargo, cabe anotar que, en todos esos casos, la Corte opta por declarar la inconstitucionalidad sólo para el caso concreto, individual, sin invalidar el régimen general. Sin embargo, en el presente caso, es difícil imaginar de qué forma se podría sólo declarar la inconstitucionalidad para un asunto individual, sin invalidar el régimen general. Más difícil aún es entender, como parece pretender en realidad Lorenzetti, que se invalide un régimen legal general sin dictar medidas remediales que restablezcan el orden constitucional invalidado.

43 En este sentido, Martín Farrell (2021) señala que el máximo tribunal “trató de reemplazar la ley declarada inconstitucional por una norma que representara el mínimo de creación legislativa por parte de la Corte” (párr. 14).

44 Gustavo Arballo (2021) bautiza la intervención de la Corte en este caso con la expresión “‘Rosza’ con esteroides” (párr. 6). Quizás sea oportuno dejar registro aquí de la tensión teórico-práctica que hay entre deferencia

Con el diario del lunes, podríamos decir que si la Corte no se hubiera comprometido en la remediación como lo hizo, tendríamos hoy un CM con una integración *sine die* (declarada) inconstitucional. Basta observar que ha pasado más de un año desde el fallo y el Congreso sigue sin conseguir dar a luz un nuevo régimen para el CM. Sin embargo, el diario del lunes también suele prestarse a polémica. Es previsible advertir que otros estimen que fue la intervención de la Corte en este caso, especialmente desfavorable para el partido oficialista, la que impidió el acuerdo en el Congreso para dar a luz un nuevo régimen (ver nota 27 de este trabajo).

4.4. La enmienda *ad hoc*

El fallo estableció que los nuevos representantes del CM “iniciarán su mandato de manera conjunta y simultánea”. El 15 de abril de 2022, se cumplió el plazo de ciento veinte días dispuesto por la Corte, fecha en la que debían iniciar los nuevos mandatos. Los abogados, jueces y académicos ya habían elegido a sus nuevos representantes, pero faltaban dos del Congreso. No sería posible entonces que los integrantes del CM iniciaran su mandato de forma “simultánea” en la fecha indicada.

Así las cosas, la Corte decidió enmendar su fallo. El 18 de abril de 2022, dispuso que el CM se integrara con quienes ya habían sido electos como representantes y que empezara a funcionar a pesar de no contar todavía con la representación completa del Congreso.⁴⁵

Con esta enmienda *ad hoc*, otra vez la Corte mostró una determinación remedial que, sin ser excepcional, para nada le es habitual. El Consejo quedaría finalmente completo un mes después, cuando los dos representantes del Legislativo que faltaban se integraron a él.⁴⁶

política y función remedial. Algunos verán en este nuevo temperamento remedial la muestra de que cuando se trata de asuntos que le interesan a la Corte, ésta sí es capaz de remediar o crear garantías secundarias, mientras que, en otros casos –los referidos a minorías y grupos desaventajados–, la Corte tiende a dejar el asunto irresuelto, con una actitud de deferencia a los poderes políticos y de descompromiso remedial preocupante.

Preferimos aquí ver el vaso medio lleno y mirar esta intervención remedial en particular como el resultado de la reflexividad y el aprendizaje de los yerros remediales históricos de la Corte. Entre éstos, no puede dejar de mencionarse el lamentable caso *García Méndez* (CSJN, 2008, Fallos: 331:2691), en el que revocó una sentencia de la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal que había otorgado el plazo de un año para que se sancionara un nuevo régimen penal de menores, el que sigue sin dictarse mientras los menores continúan alojados en condiciones lamentables.

45 Ver detalles en CSJN: *dos fallos sobre el Consejo de la Magistratura...* (2022).

46 Ver *Juraron Doñate y Reyes...* (2022).

4.5. Valoración de la estrategia remedial

La sobresaliente efectividad práctica que tuvo el remedio de la Corte parece encontrar su explicación en dos elementos centrales. Por un lado, en el diestro diseño de órdenes remediales que describimos hasta aquí, acompañadas de una determinación inusual para su implementación. Por otro lado, como ya se advirtió previamente, también debe atribuirse a las condiciones de oportunidad elegida por la Corte para emitir su decisión. La situación de bloqueo político señalada en el apartado anterior fue crucial para el desenvolvimiento de la implementación.⁴⁷

Pero el efectivo diseño remedial fue el blanco de las más severas críticas. Ellas se centraron en calificar la intervención como un *exceso* de jurisdicción. En particular, se dijo que la Corte se arrogó funciones legislativas al desplazar un régimen legal e imponer otro.

En lo que sigue, vamos a rechazar esa crítica, pero sólo en sus propios términos. En cambio, tomaremos los argumentos usados para el rechazo a esas críticas como punto de apoyo para denunciar que sí hubo un exceso en la función jurisdiccional, aunque fue de otro tipo. Adelantamos que ese exceso se expresó, única y gravemente, en el reemplazo del régimen de designación del presidente del CM.

4.6. ¿En qué (no) se excedió la remediación de la Corte?

La decisión de ordenar un cambio de régimen en el CM y de establecer nuevas reglas constitutivas y de funcionamiento de éste es de naturaleza indudablemente legislativa.⁴⁸

Algunos intentaron negar este carácter de la directiva de la Corte. Afirieron que su decisión fue un acto de “resucitación” deóntica de una ley derogada. El razonamiento se apoya en la tesis de que la anulación de una ley derogativa o modificatoria (en este caso, la ley de 2006) hace desaparecer del sistema jurídico sus efectos de cambio legal y, de esa manera, por derivación lógica, la ley que es derogada o modificada (la ley de 1997) revive automáticamente en su versión

47 Podría agregarse que la acción del mismo presidente de la CSJN de asumir como presidente del CM el 18 de abril de 2022 fue un elemento determinante. Él fue quien dispuso la recepción de los juramentos de las flamantes incorporaciones evitando retrasos y dudas en la instauración del nuevo régimen.

48 Cristián Abritta (2022) recuerda, en tono crítico, que este tipo de remedios no es novedoso en los precedentes del tribunal y que “la propia Corte Suprema siempre ha tenido en claro el alcance de su actuación al dictar cierta clase de sentencias que legislan” (p. 14).

original. Por ejemplo, el artículo 1° de la ley de 2006 modificó el artículo 3° de la ley de 1997, y cuando se declaró inconstitucional al primero, se revivió al segundo. La pretensión es, en consecuencia, que la Corte no legisló, sino que sólo invalidó los efectos derogativos o modificatorios de una ley y que la lógica deóntica determinó el renacimiento de la otra.⁴⁹

Preciso es reconocer que los términos de la Corte contribuyen a esta confundida lectura, la que adelantamos equivocada. Así, cuando en sus considerandos señala la “necesidad” de que el régimen de la ley de 1997 “recobre plena vigencia” (Considerando 17° punto II, CSJN en *Colegio de Abogados*), pareciera hablar de una “necesidad” lógica. En otras palabras, lleva a creer que la vigencia de la ley 1997 es una consecuencia lógica de la decisión de inconstitucionalidad y no una decisión de pragmática remedial para implementar la regla basada en la que se juzgó la inconstitucionalidad. En esta misma confusión incurre el magistrado Lorenzetti en su voto disidente, lo que lo lleva a fustigar de forma desenfocada la opción remedial de la mayoría.⁵⁰

En interés del argumento, y en honor a la brevedad, basta observar que el problema de la tesis de la “inconstitucionalidad resucitadora” es que está en contradicción con las demás medidas tomadas por la Corte. Por ejemplo, con la declaración sobre la validez de todo lo actuado por el CM hasta el 15 de abril

49 Jorge A. Baqué (1964) defendió una tesis como esta, entendiéndola como una aplicación del principio lógico de la “doble negación” al campo de las prescripciones y, en particular, a la “doble derogación”. Su tesis de lógica deóntica es, sin embargo, contundentemente refutada por Genaro Carrió (1964) en su trabajo “Un supuesto principio absoluto en jaque”, al que remitimos. Es Martín Farrell (2021) quien acertadamente trae a consideración aquel debate entre Baqué y Carrió como relevante para este.

50 Los argumentos críticos de la disidencia de Lorenzetti, además de malinterpretar la orden remedial de la mayoría, tienen algo de *popurrí* en relación con este asunto. En algunas partes señala que la declaración de inconstitucionalidad no tiene efecto anulatorio, como si estuviera sugiriendo que, si tuviera ese efecto, entonces sí reviviría por efecto lógico la ley anterior. En otra parte sencillamente señala que sólo el poder que dictó la norma puede revivirla, como si el problema fuera de mera competencia. Finalmente, en otros pasajes claramente sostiene que el acto revivificador es jurídicamente imposible y no tiene antecedentes históricos.

Este último surtido de argumentos fue respondido, a su vez, en un extenso estudio de García-Mansilla y Ramírez Calvo (2022) con base en casos de tribunales estadounidenses que refuerzan la idea de que la inconstitucionalidad de una norma tiene efectos similares a los de la nulidad, en el sentido de que tiene efectos expansivos que sobrepasan a las partes (pp. 30-31). Compartimos esta primera conclusión de los autores, claro. Por otro lado, ellos sostienen que “la declaración de inconstitucionalidad de una ley derogatoria tiene normalmente el efecto de revivir la ley derogada” (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2022, p. 31). También podríamos compartir esta conclusión, aunque sólo en la medida en que ello intente describir una regularidad en la forma de decidir este tipo de casos y no establecer una regla dogmática, derivada de una necesidad lógica de la decisión de fondo.

de 2022.⁵¹ Si la ley declarada inconstitucional tuvo alguna eficacia hasta esa fecha, ¿por qué no habría de tener eficacia en relación con la derogación de la ley de 1997? En otras palabras, ¿cómo es posible que los actos del CM hayan sido válidos sin que lo hayan sido las reglas de integración de sus autoridades, de *quorum*, de comisiones y de presidencia del Consejo? La única explicación a este intrínquilis deóntico es que tal cosa es posible sólo porque la Corte dictó reglas explícitas que así lo dispusieron.

Tal como lo explica Martín Farrell (2021), la supuesta resucitación no fue automática o por derivación lógica. Fue la Corte la que ordenó la vigencia de la ley de 1997, y esa orden es una regla positiva. En efecto, la Corte

explícitamente estableció que recobrarla vigencia el régimen anterior, y, también explícitamente, decidió conceder para ello un plazo de ciento veinte días. La mayoría de la Corte entendió entonces que se requería una norma jurídica positiva para que el régimen anterior readquiera validez... (2021, párr. 6)

Lo que interesa aquí es que la regla positiva dada por la Corte es de naturaleza legislativa: le impone un nuevo régimen al CM (aunque esa imposición se lea como acto de revivificación). La pregunta que sigue es si la mera naturaleza legislativa de la decisión la convierte en un exceso jurisdiccional. Otra forma de hacer la misma pregunta sería si esta decisión supone que la Corte se apropió de competencias legislativas que no le son propias. Así formuladas, la respuesta a ambas preguntas es, en principio, negativa.

En efecto, ya se indicó que la Corte no se “apropia” de la función de legislar en tanto le reconoce al Congreso explícitamente esa potestad a través de un exhorto de plazo abierto. Lo que hace, en todo caso, es dar reglas generales, de forma subsidiaria y provisional, para remediar una situación de inconstitucionalidad. Y decimos “subsidiaria y provisional” porque es una solución hasta tanto el Congreso (re)asuma su prerrogativa. Además, es una decisión remedial (de naturaleza legislativa) porque su fundamento es jurisdiccional, es decir, se funda en la necesidad de garantizar el orden jurídico, cuyo quebranto fue objeto de reclamo ante sus estrados, o, en otras palabras, de ajustar los hechos al derecho declarado.

Entonces, recapitulando, fundamento jurisdiccional (en una controversia concreta que se resuelve con un estándar a alcanzar), estabilidad precaria (pro-

51 Órdenes de este tipo también se habían dictado en los casos *Rosza* (CSJN, 2007, Fallos: 330:2361) y *Uriarte* (CSJN, 2007, Fallos: 338:1216).

visional) y ejercicio subsidiario son los tintes distintivos de la decisión de naturaleza legislativa tomada por la Corte.

Por otro lado, ya es tiempo de hablar de forma más franca y precisa de esta clase de asuntos. Este caso es sólo una instancia de la tensión práctica (ya usual) entre las competencias legislativas y las competencias jurisdiccionales estructurales de garantía del orden jurídico. No habría posibilidad de que los jueces restableciesen efectivamente las lesiones estructurales o sistémicas al orden jurídico si no es a través de directivas a futuro y de alcance general. Es decir, de órdenes de naturaleza legislativa, determinadas como instrumentalmente necesarias para cumplir la función de garantía jurisdiccional estructural. ¿Qué otra cosa hacen las cortes cuando dan órdenes remediales en casos colectivos?; ¿qué están haciendo cuando revisan la constitucionalidad de reglas constitutivas de órganos estatales? Y, más aún, ¿qué hacen cuando remedian *estados de cosas* inconstitucionales? Hay violaciones al orden jurídico que por su propia naturaleza exigen este tipo de intervenciones de los jueces para cumplir efectivamente con su deber de garante. De modo que: o negamos la garantía jurisdiccional frente a este tipo de violaciones o asumimos la tensión inevitable entre las funciones estatales de legislar y remediar estructuralmente.⁵²

Desde esta comprensión del asunto, el juicio respecto al exceso de ejercicio en la jurisdicción no puede derivar de la mera naturaleza legislativa de la orden judicial. Su valoración exige tener en cuenta la necesidad instrumental de la función jurisdiccional de garantía. Supone evaluar condiciones tales como la (in)existencia de otras alternativas de acción remedial efectiva, la necesidad lógico-instrumental de la medida en relación con la lesión jurídica y la urgencia e importancia del restablecimiento del orden jurídico, entre otras consideraciones de orden pragmático-contextual. En definitiva, no puede juzgarse el exceso jurisdiccional en abstracto o por la mera naturaleza de la medida dictada. Este es un juicio que se hace en concreto.

Entonces, declarado inconstitucional el régimen de integración del CM así como las reglas de *quorum*, ¿qué otra cosa podía hacer la Corte para restablecer

52 Lorenzetti, en su voto (parcialmente en disidencia), sostiene que el exceso de la jurisdicción se da en razón de que lo decidido no fue pedido por la parte demandante (considerando 15°). Sin embargo, parece olvidar que, en asuntos de interés público como este, la CSJN nunca se ha dejado limitar por el principio de congruencia procesal. Hacerlo llevaría a una inadmisibile privatización en la construcción del orden institucional. Sistemáticamente, la Corte ha sostenido, con buen tino, que “este Tribunal no se encuentra limitado por los argumentos de las partes, ni por la sentencia apelada, sino que le corresponde efectuar una declaratoria sobre los puntos federales en discusión, según el alcance que rectamente le otorgue” (considerando 5°, segundo párrafo del voto de la mayoría).

el orden jurídico que no fuera dar otras reglas de integración y *quorum*?, las que, claro, deberían ser idóneas y necesarias para alcanzar el estándar de “equilibrio” en la integración del CM.

Pues bien, venimos argumentando que la intervención de la CSJN no fue apresurada y que, además, su implementación resultó particularmente eficiente. En el párrafo anterior intentamos mostrar que varias de esas medidas, en especial las nuevas reglas de integración y *quorum*, parecerían ser idóneas y razonables en relación con el estándar de “equilibrio” violado.

Sin embargo, no todas las medidas tomadas por la Corte gozan de igual apariencia de necesidad instrumental. Una de ellas exhibe un exceso de jurisdicción claro e inocultable. Se trata de la medida que declara inaplicable al artículo 6° de la Ley 26080 (la ley de 2006) y el inciso 3° del artículo 7° de la Ley 24937 (texto según Ley 26855). Estas normas disponían que el presidente del CM debía ser elegido por la mayoría absoluta del órgano y que duraría un año en sus funciones. La Corte pretende que la inaplicabilidad de esas normas sea necesaria, dada la inconstitucionalidad de las reglas de integración y *quorum* dictadas. Nada de los fundamentos del fallo justifica esa exigencia, dejando abiertas las siguientes preguntas: ¿por qué un CM con veinte miembros y *quorum* de once no podría elegir por mayoría absoluta a su presidente, de qué forma un presidente elegido por mayoría absoluta (de acuerdo con las reglas de mayoría de la ley de 1997) obstaculizaría la implementación del régimen de integración del CM?

Lo más espinoso de este asunto es que, al cambiar el régimen de designación del presidente del CM, la Corte estaba autoadjudicándose la presidencia del órgano. Tal situación fue la causa de las mayores sospechas sobre las motivaciones de su decisión.

A su mejor luz, se podría pensar que había razones de otro orden para sostener la necesidad de que sea el representante de la Corte quien lidere el nuevo CM. Se pudo haber argumentado, por ejemplo, que era un desarreglo o un contrasentido institucional que un juez de la Corte participe de la integración de un órgano en condiciones de igualdad o bajo la presidencia de otro representante de la magistratura de menor jerarquía en el Poder Judicial. Había además otras alternativas saludables para motivar esa decisión. Se podría haber argumentado que el liderazgo de la Corte en el CM era una decisión pragmática, destinada a asegurar la implementación eficiente de lo dispuesto. El representante de la Corte sería así una especie de *special master* en el proceso de transición hacia el nuevo régimen para asegurar su estabilidad. Como sea, la Corte

no dio ni estas ni otras razones. No explicó nada que permitiera entender la implicancia de la medida en relación con las inconstitucionalidades declaradas.

El exceso de la jurisdicción de la Corte aquí no deviene entonces de que esa disposición sea de naturaleza legislativa, sino de que la medida (cambiar el régimen de designación de la presidencia del CM) no es una medida idónea ni necesaria para alcanzar el estándar propuesto por la propia Corte. Es el déficit de fundamentación respecto a esta medida lo que dejó al desnudo el desplazamiento de la prerrogativa del Congreso en este aspecto particular de la decisión remedial.

La Corte se excede en sus competencias justo en un asunto en el que sus condiciones de imparcialidad se encuentran exponencialmente afectadas. Ese exceso se vincula a la insuficiente o inexistente fundamentación de esta peculiar decisión sobre la presidencia del órgano.

5. El “equilibrio” en cuestión

Finalmente, llegamos a la cuestión de fondo de la decisión: la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1° (integración) y 6° (*quorum*) de la ley de 2006. La razón de la inconstitucionalidad es que, a través de esas normas, se viola el estándar del “equilibrio” en la integración del CM, establecido en el artículo 114° de la CN.

El artículo 1°, invalidado, determinaba quiénes integrarían el CM; y el 6°, cuántos integrantes se requieren para constituir *quorum* y así sesionar. El mandato constitucional, entre tanto, establecía que

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. (Artículo 114° de la CN)

Como se observa, la norma de la constitución no da directivas precisas respecto al número de integrantes que debería tener el CM. Tampoco precisa la proporción de representantes que tendría cada sector o “estamento” para que exista equilibrio. No es siquiera exacta respecto al “equilibrio” entre a quienes refiere.⁵³

53 Aunque no todos han sido objeto de controversia, lo cierto es que la norma presenta varias otras imprecisiones. El conector “y”, por ejemplo, no deja claro si los abogados de matrícula federal son

Lo que sí va a dejar en claro es que es el Congreso el encargado de regular esa integración, *dándole* contenido a la idea de equilibrio, aunque esta función, en nuestro sistema institucional, estará sujeta al control judicial de constitucionalidad. Es decir que no será válido cualquier significado de los términos del artículo 114°, sino aquel/aquellos que convalide el árbitro final del juego, la CSJN. Fue así que la Corte examinó la regulación dictada por el Congreso en el año 2006 y concluyó que no era una forma razonable de entender los términos -imprecisos- del artículo 114° de la CN.

Aquí se comparte la conclusión de la Corte, aunque también se consideran acertadas las críticas al esquema de fundamentación en el que *ésta se asienta*. Se trató de una decisión jurídicamente correcta, aunque con fundamentos anacrónicos, cuya racionalidad paradójica avivó la polémica. Como última contribución de este trabajo, acercaremos ahora el lente al análisis de los fundamentos de la decisión.

5.1. Los (des)equilibrios del Congreso nacional

En el año 1997, el Congreso nacional dictó la primera ley de organización y funcionamiento del CM. Fijó, por entonces, una composición de veinte miembros, los que se integrarían de la siguiente manera:

parte de la misma categoría en la que están los jueces o si son una tercera categoría que reclama equilibrio. Lo mismo ocurre con el conector “y” que vincula a académicos y científicos.

Por otro lado, los órganos políticos resultantes de la elección popular están también enunciados en plural y podrían verse como dos estamentos separados: el legislativo y el ejecutivo. Por su parte, quienes representan a “los jueces” deben serlo de “todas las instancias”, y cada una de ellas también podría considerarse como estamentos distintos; no está claro si la Corte es una tercera instancia o no es ninguna. De modo que podría pensarse en dos, cuatro, seis y hasta nueve estamentos que deberían equilibrarse.

La Corte consideró sólo dos estamentos, entre los cuales es necesario mantener un equilibrio: el técnico (compuesto por jueces y abogados) y el político (compuesto por representantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo).

Un asunto también fuera de la polémica interpretativa, y que sin embargo no es menor, es que la constitución no refiere como “representantes”, sino como “personas” a los integrantes académicos o científicos del CM. Esto podría dar lugar a creer que está habilitando formas de designación distintas a la de la elección por sus pares (por ejemplo, por sorteo).

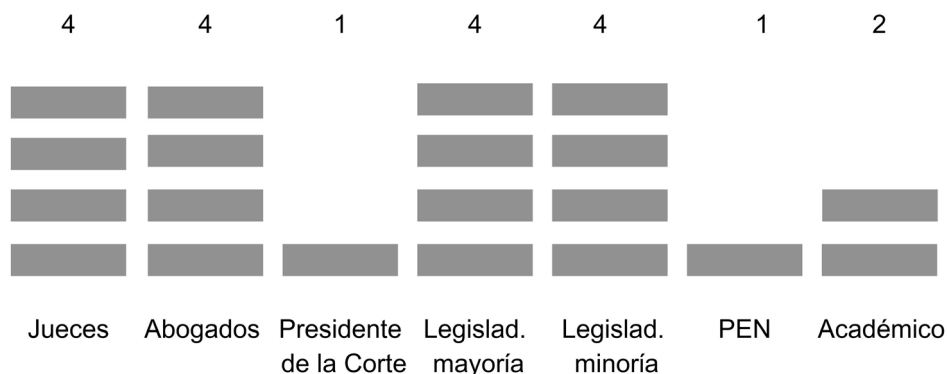


Figura 1. Integración del CM según la ley de 1997. (Fuente: elaboración propia a partir de diseño de *La Corte Suprema anuló...* (2021)).

En esta integración, el equilibrio parece plantearse entre dos grupos de representantes: el de los órganos de profesionales jurídicos (jueces y abogados), por un lado, y el de los órganos de la política, por el otro (la representación de los poderes Legislativo y Ejecutivo). El equilibrio entre ellos significaría, así, igual número de representantes. Cada grupo (o estamento, como los llamará la Corte) tendrá nueve de esos representantes. Esta ley, además, reservó la presidencia del órgano a uno de los miembros del estamento profesional o técnico: al presidente de la CSJN. Aunque ello podría haberse visto como un elemento de desequilibrio, nunca estuvo en discusión como tal.

Es notable, en esta composición inicial, que dentro del estamento político los legisladores de la mayoría y de la minoría en el Congreso tuvieran igual número de representantes (cuatro para la mayoría y cuatro para la minoría). Esta distribución podría percibirse también como una forma relevante de establecer equilibrios, aunque ella tampoco estuvo en consideración como tal.

Ahora bien, ya con la reforma de 2006, los integrantes del CM pasaron de veinte a trece miembros, y la distribución de la representación por estamento cambió substantivamente, quedando de la siguiente manera:

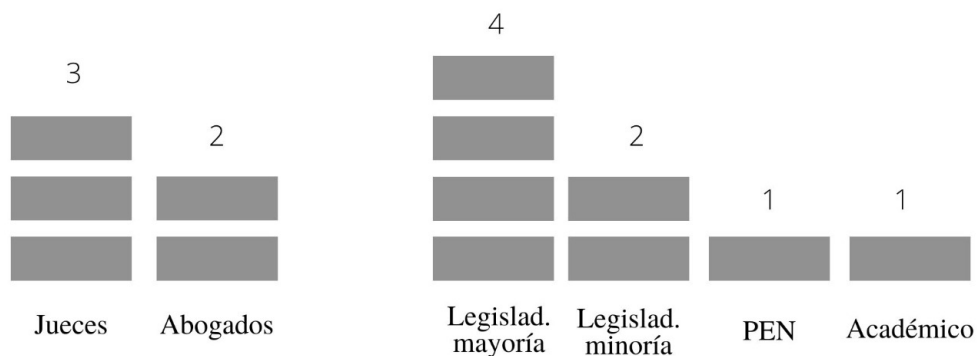


Figura 2. Integración del CM según ley de 2006. (Fuente: elaboración propia).

En esta nueva integración ya no hay igual número de representantes por grupos o estamentos, sea cuales fueren los estamentos que deberían guardar equilibrio. El estamento *profesional* o *técnico* quedó con cinco representantes, en tanto que el político tiene ahora siete. Ya no se encuentra igual representación entre los legisladores de la mayoría y de la minoría del Congreso y tampoco hay representantes de la CSJN.⁵⁴ La presidencia del órgano ahora se elegirá por mayoría absoluta del cuerpo.

A simple vista, es muy difícil advertir a qué concepción de “equilibrio” estaría sirviendo esta integración del Consejo, si es que a alguna. Mientras que en la ley de 1997 era clara la forma de equilibrio procurada, aquí no hay forma de verla reflejada en esta foto. De hecho, nunca ha existido una defensa abierta de la ley de 2006 que sostenga una teoría de equilibrio en la composición del CM dispuesta por ella. En cambio, gran parte del debate ha estado centrado en la debilidad de la tesis de equilibrio sostenida por la Corte para declarar inconstitucional la ley de 2006.

5.2. Un caso sencillo con fundamentos polémicos

Si la ley de 2006 no deja ver ninguna manera en la que el legislador procuró algún tipo de equilibrio en la integración del CM, su declaración de inconstitu-

54 La Corte repitió varias veces que ella no constituye una tercera o cuarta instancia. No es claro, sin embargo, que ella no lo sea a los fines de la representación en el CM. Este es un asunto de la ley de 2006 que se prestó a polémica. Según su regulación, tampoco existirá representación de la Cámara Federal de Casación, que configura una instancia de revisión (recursiva) de lo resuelto en materia penal tanto de las cámaras federales de apelación como de los tribunales orales. Así que el mandato de representantes de jueces de “todas las instancias” abre cierta polémica.

cionalidad parece un asunto bastante obvio. Sin embargo, el problema fue que la Corte había negado ya una tesis de equilibrio en casos precedentes y había formulado otra sin que ella motivara la declaración de inconstitucionalidad.

En el caso *Monner Sans* (de 06/03/2014), por ejemplo, ella dijo que no era necesario que cada estamento tuviera el mismo número de representantes para que hubiera equilibrio.⁵⁵ En otras palabras, juzgando exactamente la misma ley (de 2006) en relación con el mismo estándar constitucional (“equilibrio”), rechazó el pedido de invalidez de la primera porque los argumentos de la demanda exigían una igualdad de representantes que la Corte entendía que no era necesaria.

En aquellos precedentes, además, la Corte ya había planteado su tesis del “equilibrio” como *no hegemonía* o *no predominio* de un estamento sobre otro. Es decir, según estos precedentes, lo que la constitución exige es que ninguno de los dos estamentos que ella entendía relevantes (el técnico y el político) pudiera ejercer “acciones hegemónicas” en el cuerpo, tales como la de tomar decisiones en conjunto sin necesidad del acuerdo de otro estamento.

Este criterio de equilibrio es retomado en el presente caso y será la fuente de varias polémicas en relación con su fundamentación. Aquí nos ocupamos de dos de las aciagas dificultades que este criterio de equilibrio engendra. Llamaremos a una de esas dificultades “la dificultad de la *interdependencia*”; y a la otra, “la dificultad *probabilística*”.

5.3. Las dificultades de la interdependencia

El estándar de “equilibrio como no predominio” convierte a las reglas que determinan la integración del CM en reglas “interdependientes” de las de toma de decisión en el órgano. Según el estándar que propone la Corte, no es un problema que el estamento político cuente con más representantes (siete) que el técnico (cinco). El problema es que, con siete representantes, los políticos tienen *quorum* propio⁵⁶ y, además, constituyen la mayoría absoluta del órgano (son siete de trece miembros). Es decir, actuando coordinadamente, ellos podrían ejercer “acciones hegemónicas” en el cuerpo, tomando una gran cantidad de decisiones por mayoría absoluta sin la necesidad del voto de representantes de otro estamento.

Si aceptáramos la base de este argumento, una pregunta técnica, aparente-

55 Lo hizo tanto en el caso *Rizzo* (CSJN, 18/06/2013) como en *Monner Sans* (CSJN, 06/03/2014).

56 Según el artículo 5° de la ley de 2006 (Ley 26080), con siete miembros se constituye el *quorum* para que sesione el CM.

mente superficial, nos ayudará a despertar del engaño en el que éste se asienta. ¿Por qué se declaró inconstitucional sólo a la regla de integración del órgano (artículo 1° de la ley de 2006) y a la regla de conformación del *quorum* (artículo 5° de la ley de 2006) y no se hizo lo propio con la regla de las mayorías necesarias para tomar decisiones?; ¿caso las reglas para constituir mayorías no eran igual de inconstitucionales en cuanto posibilitaban también la dominación de un estamento sobre otro? O bien, precisando la pregunta, ¿por qué no declarar inconstitucional sólo las reglas de *quorum* y las de toma de decisión y dejar la integración del órgano intacta?; ¿caso estas soluciones normativas no neutralizarían de igual manera el predominio o no hegemonía pretendido?

De hecho, estudiantes de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Córdoba, tomándose muy en serio el estándar de no predominio, plantearon un remedio más adecuado, sencillo y directo para el caso. Si queremos evitar acciones hegemónicas de un estamento sobre otro, bastaría una, y solo una, regla de equilibrio. Tal, la que exigiera que las mayorías absolutas siempre estén compuestas por los votos de representantes de, al menos, dos estamentos, y que el *quorum* esté formado por representantes de, al menos, dos estamentos.⁵⁷ En tal caso, la intervención remedial de la Corte sería mínima y eliminaría la posibilidad de acción hegemónica que preocupa a la Corte. Los estudiantes se preguntaban, razonablemente, por qué cambiar a los miembros del Consejo, para qué volver inaplicables las reglas de comisiones, de *quorum* y de presidencia del CM, para qué todo eso si, para impedir acciones hegemónicas, basta una sola regla: la que evite que un estamento tome decisiones sin el otro.

Esta pregunta, de aparente técnica remedial o racionalidad pragmática, en realidad desnuda el problema del estándar de la Corte. Si una regla de integración es inconstitucional sólo en conjunción con otras reglas de decisión (interdependencia), entonces la inconstitucionalidad es sistémica. Cualquier declaración parcial de inconstitucionalidad será lógicamente injustificable. En casos de inconstitucionalidades sistémicas, además, el remedio “más idóneo y proporcional” difícilmente será fragmentario, como el que propone la Corte.

57 Esta interpretación la sugirieron alumnos de la clase de Derecho Constitucional del primer semestre de 2022 en la carrera de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Córdoba: “Nosotros proponemos, como una posible solución, que para que se apruebe una decisión jurídica del Consejo de la Magistratura, no sólo deba contarse con la mayoría absoluta de los miembros, sino que también deba haber un consenso entre, al menos, dos de los estamentos que lo conforman. De esta forma, la posibilidad de acción hegemónica por parte de un sólo estamento –punto clave para la Corte a lo largo de su fallo– quedaría fuera de la mesa: cualquier estamento se vería obligado a conseguir apoyos de miembros de otros estamentos para aprobar un proyecto propio” (Grupo 6, Comisión 1).

5.4. La dificultad probabilística

En segundo lugar, para que tenga peso argumental el criterio de “no predominio”, es necesario considerarlo como un criterio probabilístico. Supone un juicio sobre la posibilidad de “acciones hegemónicas” en el marco de la interacción entre reglas de integración y de toma de decisión. Cualquier esquema regulativo podría permitir imaginar infinidad de posibilidades teóricas de acciones hegemónicas (de las más absurdas). El peso argumental de una de esas posibilidades sobre otras, en un marco probabilístico como este, se basa en la probabilidad efectiva de que esas acciones se concreten en el mundo real.

Los demandados en el litigio y algunos críticos⁵⁸ le reprocharon a la Corte que era altísimamente improbable la acción coordinada del estamento político. La posibilidad de ejercicio de acciones hegemónicas llevadas adelante coordinadamente por representantes de minorías y mayorías del Congreso es, decían, prácticamente nula. De hecho, nunca había ocurrido en los dieciséis años de funcionamiento del Consejo de la Magistratura.

A este argumento, la Corte da una respuesta dogmática con mayor fuerza simbólica que racional. Dice que la noción de equilibrio a la que la constitución refiere tiene que ver con el “aspecto estático o estructural del órgano”, el que sugeriría al menos “una” posibilidad teórica “de acciones hegemónicas” por parte de la representación política. Es decir que el agravio no es actual, sino una amenaza de acción colectiva que nunca ocurrió y que tiene bajísimas posibilidades de ocurrir. Esa amenaza consistiría en que los siete representantes de los órganos políticos actúen de forma coordinada a pesar de sus antagonismos partidarios. La justificación para esta *rara avis* dogmática, según la Corte, es que el objetivo de la reforma constitucional fue despolitizar el proceso de selección y remoción de jueces. Esta meta estaría en riesgo si los políticos coordinaran sus acciones para imponerse sobre los técnicos.⁵⁹

El argumento es de una racionalidad ostensiblemente débil. Se asienta en la idea de probabilidad, para luego traicionar la relevancia probabilística. Así que, en honor a la brevedad, vamos a entender lo que es claro para los críticos. Está claro que no hay riesgo real de acción hegemónica del “estamento” político como actor coordinado, y que, por lo tanto, no hay agravio para demandar. En

58 Ver Benente (2022).

59 Esta concepción de los fundamentos de creación del CM se apoya en diversas denuncias sobre las fallas del proceso de selección de jueces cuando está en manos exclusivas de los órganos políticos. Ver Verbitsky (1993), Ekmekdjian (2000, pp. 282-291), Dassen y Guidi (2016, pp. 795-799) y Zayat (2009, pp. 3-13), entre otros.

todo caso, el riesgo es que las mayorías legislativas y oficialistas dentro de ese estamento sean las que actúen de forma coordinada y hegemónica. En efecto, cinco representantes (cuatro legisladores por la mayoría y un representante del Poder Ejecutivo), con la capacidad y, sobre todo, con la predisposición a la acción coordinada, tienen una preponderancia significativa en un órgano de trece miembros, aunque no tengan *quorum* propio ni constituyan la mayoría absoluta. De hecho, la han tenido. Los registros de acción del Consejo son prueba de ello. Esas mayorías encuentran otros aliados entre los demás estamentos, ya que los procesos electorarios de los otros estamentos están atravesados por la misma partidización que la del estamento político. Poniendo entonces algo de franqueza al asunto, hay que reconocer que es el predominio de las fuerzas políticas mayoritarias –no de los órganos políticos ni de los estamentos políticos– lo que amenaza el equilibrio en el CM.

Habría sido más convincente interpretar que ese fue el predominio que la Reforma de 1994 intentó evitar, en lugar de ofrecer una imagen fantasmagórica de “posibilidad” teórica, antiprobabilística. Así, aunque fuéramos proclives a creer que la división estamental con sentido constitucional es entre técnicos y políticos, resulta del orden de la ciencia ficción pretender que el constituyente se imaginó acciones hegemónicas coordinadas de representantes de mayorías y minoría políticas, aliados todos en una confrontación coordinada contra el estamento técnico.

Lamentablemente, otra vez vemos a una Corte que elige argumentos con fútiles pretensiones ascéticas; escoge no hablar de lo obvio, de lo que todos sospechan. Intenta, en fin, sostener su autoridad en formas dogmáticas que están flojas de racionalidad. Con ello, levanta innecesarias sospechas sobre una decisión que, en lo esencial, podría compartirse por cualquiera que vea la foto de cómo la ley de 2006 integró al CM.⁶⁰

6. Conclusión

La reforma constitucional de 1994 tuvo un objetivo bifronte con la creación del CM. Por un lado, se pretendió despolitizar parcialmente el proceso de selección y remoción de jueces, por el otro, se buscó acrecentar la responsabilidad polí-

60 En esta línea también está el más fútil de todos sus intentos de fundamentación, que por razones de espacio aquí dejamos de lado. Tal es el de alinear su decisión con los precedentes *Monner Sans* y *Rizzo*. Sólo a manera de ejemplo, mencionamos que, en el considerando 5º, la CSJN afirmó que su decisión no podía limitarse por los argumentos de las partes, para luego, en el considerando 6º, señalar que en *Monner Sans* no había podido declarar la inconstitucionalidad de la Ley 26080 porque el argumento de las partes no lo habilitó.

tica del Poder Judicial (Giudi, 2022). Cuando el CM se constituyó y empezó a funcionar, las tensiones entre estas metas fueron inevitables. La decisión de la CSJN que aquí se analiza debe leerse en ese marco de esas tensiones.

La imprecisión de los términos constitucionales sobre la integración del CM es parte constitutiva de ese marco de tensiones. Sin embargo, el caso que le tocó decidir a la Corte era constitucionalmente sencillo. En efecto, la Ley 26080/2006 no expresaba ninguna pretensión de equilibrio inteligible que pueda defenderse aún desde las posiciones más radicales, pero el contexto de los precedentes de la misma Corte, y el momento de “bloqueo político”, tornaría ese caso técnicamente sencillo en uno difícil. Los erráticos antecedentes de la Corte cuando ha validado esa misma ley en casos anteriores impusieron un marco de inteligibilidad más complejo al asunto. La Corte, al aferrarse a ese marco, debilitó la fundamentación de su sentencia, disparando las sospechas sobre su imparcialidad.

La Corte eligió estratégicamente la oportunidad para asegurar la implementación de su decisión y mostró singular destreza y compromiso remedial, implementando con éxito lo decidido en un contexto que no era fácil. Falló, sin embargo, en la arqueología argumental de la decisión, dejando al desnudo una apariencia de exceso jurisdiccional y levantando sospechas ardientes.

Una arqueología argumental más sólida no la habría salvado de las sospechas, pero quizás sí de lo encendido de las críticas. Si hubiera reconocido el error en la jurisprudencia previa o la relevancia jurídica del cambio de contexto para cambiar de opinión o para decidir de forma diferente en “este momento en particular”, el tipo de debate público sería otro. Pero la Corte no optó por el camino de las razones públicas y suficientes, sino por el de la simulación de asepsia técnica. Optó, en fin, por una narrativa dogmática que no sólo desconoce el error de la jurisprudencia anterior, sino que, para ocultarlo, se asienta en razones oscuras, autocontradictorias y antiprobabilísticas.

La cuestión que intentamos resaltar en este trabajo es que la Corte estaba en una posición controversial para decidir este caso y que por eso necesitaba redoblar los esfuerzos en la precisión y acierto de sus argumentos. Las fallas que señalamos en su argumentación pusieron bajo inusitada sospecha su imparcialidad, augurando futuras rediscusiones y resignificaciones de las reglas constitutivas y de funcionamiento del CM. Nuestra expectativa es contribuir a esas reflexiones futuras con estos argumentos, pero, sobre todo, insistir en la idea de que la expresión de la motivación contextual de las decisiones judiciales fortalecerían la coherencia técnica y el debido proceso adjetivo en la toma de decisiones públicas.

Bibliografía

- Abritta, C. S. (2022). La (última) anomalía que (vanamente) se pregona sobre los atributos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En homenaje al sabio, visionario e incumplido prefacio de la colección de fallos. En Gelli, M. A. (Dir.), *Suplemento Constitucional N° 2* (pp. 1-15). Thomson Reuters La Ley.
- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. Fondo de Cultura Económica.
- Arballo, G. (2021). *Consejo de la Magistratura en modo pato rengo*. Saber leyes no es saber derecho. <http://www.saberderecho.com/2021/12/consejo-de-la-magistratura-en-modo-pato.html>.
- Baqué, J. A. (1964). Doble negación y doble derogación. *Notas del Filosofía del Derecho*, 1(1), 10-13.
- Barret Lain, C. (2012). Upside-down judicial review. *Geo Law Journal*, 101, 113-183.
- Benente, M. (2022). El Consejo de la Magistratura y un fallo que falla. *Jurisprudencia Argentina*, 2022-I(11), 1-5.
- Biblioteca del Congreso. (abril de 2022). Consejo de la Magistratura. *Dossier Legislativo*, X(224). Dirección Servicios Legislativos. <https://bcn.gob.ar/uploads/adjuntos/dossier-224-legis-nacional.pdf>.
- C5N. (18 de abril de 2022). *Cómo fue la JUGADA de la CORTE en el CONSEJO de la MAGISTRATURA* [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=v183FGtZuoY>.
- Carrió, G. (1964). Un supuesto principio absoluto en jaque. *Notas del Filosofía del Derecho*, 1(1), 14-17.
- Cátedra Derecho Constitucional. (2022). *Informe Grupo 6, Comisión 1*. Carrera de Ciencias Políticas, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba.
- Centro de Información Judicial. (2017). *La Corte Suprema, por mayoría, reconoció las facultades de la Convención Constituyente de 1994 y restableció el límite de 75 años de edad para la función judicial*. <https://www.cij.gov.ar/nota-25386-La-Corte-Suprema-por-mayor-a-reconoci-las-facultades-de-la-Convenci-n-Constituyente-de-1994-y-restableci-el-l-mite-constitucional-de-75-a-os-de-edad-para-la-funci-n-judicial.html>.
- Chávez, R., Ferejohn, J. y Weingast, B. (2010). *Una teoría del Poder Judicial independiente políticamente: un estudio comparativo de los Estados Unidos y Argentina*. *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).
- Con polémica, los académicos eligieron a su representante ante el Consejo de la Magistratura*. (18 de abril de 2022). Clarín. https://www.clarin.com/politica/polemica-academicos-eligieron-representante-consejo-magistratura_0_XLhHUcBPYI.html.
- Courtis, C. (2003). Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales. En Bergalli, R. y Martyniuk, C. (Comps.), *Filosofía, política, derecho. Homenaje a Enrique Mari* (pp. 305-329). Prometeo.
- Cristina y Massa designan al senador oficialista Doñate y a la diputada radical Reyes para completar el Consejo de la Magistratura*. (20 de abril de 2022). El DiarioAr. https://www.eldiarioar.com/politica/cristina-massa-designan-senador-oficialista-donate-diputada-radical-reyes-completar-consejo-magistratura_1_8929308.html.
- CSJN: dos fallos sobre el Consejo de la Magistratura que generaron polémica*. (18 de abril de 2022). Revista Pensamiento Penal. <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90039-csjn-dos-fallos-sobre-consejo-magistratura-generaron-polemica>.

- Dassen, N. y Guidi, S. (2016). El Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento. En Gargarella, R. y Guidi, S. (Coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina* (Tomo I, pp. 795-799). La Ley.
- Ekmekdjian, M. A. (2000). *Tratado de derecho constitucional: Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina* (Tomo 2). Depalma.
- El Consejo está completo*. (19 de mayo de 22). Diario Judicial. <https://www.diariojudicial.com/nota/92107>.
- El Ministro Soria se reunió 30 minutos con la Corte criticó duramente al Poder Judicial*. (7 de diciembre de 2021). Infobae. <https://www.infobae.com/politica/2021/12/07/el-ministro-de-justicia-martin-soria-se-reune-con-los-integrantes-de-la-corte-suprema/20>.
- Farrell, M. (2018). *La Corte Suprema y la deferencia al legislador: Generaciones, Acciones y Omisiones*. En Disidencia Blog, Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. <https://endisidencia.com/2018/09/la-corte-suprema-y-la-deferencia-al-legislador/>.
- Farrell, M. (2021). *Consejo de la Magistratura: Una disidencia superflua*. En Disidencia Blog, Departamento de Derecho, Universidad de San Andrés. <https://endisidencia.com/2021/12/consejo-de-la-magistratura-una-disidencia-superflua/>.
- 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>.
- García Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2022) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de leyes derogatorias. A propósito de una peculiar disidencia. En Gelli, M. A. (Dir.), *Suplemento Constitucional N° 2* (pp. 27-57). Thomson Reuters La Ley.
- García Mancilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (22 de agosto de 2022). El asedio a la Corte Suprema. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/opinion/el-asedio-a-la-corte-supremamid22082022/>.
- Giannini, L. J. (2021). *La Corte Suprema. Actualidad. Funcionamiento. Propuestas de reforma*. Editores del Sur.
- Gil Domínguez, A. (26 de diciembre de 2021). *El caso "Colegio de abogados de la ciudad de Buenos Aires": equilibrio exhortaciones y plazos*. Under Constitucional. <https://underconstitucional.blogspot.com/2021/12/el-caso-colegio-de-abogados-de-la.html>.
- "Golpe institucional": el kirchnerismo bombardea a Horacio Rosatti antes de que asuma en el Consejo de la Magistratura. (18 de abril de 2022). Perfil. <https://www.perfil.com/noticias/politica/golpe-institucional-el-kirchnerismo-redobla-su-bombardeo-sobre-horacio-rosatti-antes-de-que-asuma-en-la-magistratura.phtml>.
- Guidi, S. (2022). Independencia y responsabilidad en el Consejo de la Magistratura. Guía para una conversación difícil. *Jurisprudencia Argentina*, 2022-I(11), 5-7.
- Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (2010). Introducción. En Helmke, G. y Ríos Figueroa, Julio (Coords.), *Tribunales Constitucionales en América Latina. Poder Judicial de la Federación* (pp. 24-25). Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).
- Helmke, G. y Wolfson, L. (2003). La lógica de la defeción estratégica: relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los periodos de la dictadura y la democracia. *Desarrollo Económico*, 43(170), 179-201.
- Heredia, J. R. (2022). *Naufragio institucional y control de constitucionalidad*. Editores del Sur.

- Jueces y Parte. (17 de diciembre de 2021). Página 12. <https://www.pagina12.com.ar/edicion-impresa/%2017-12-2021>.
- Juraron Doñate y Reyes y quedó conformado el nuevo Consejo de la Magistratura. (19 de mayo de 2022). Télam digital. <https://www.telam.com.ar/notas/202205/592977-juran-donate-y-reyes-como-representantes-del-congreso-en-el-consejo-de-la-magistratura.html#46Y>.
- Justicia Legítima. (20 de diciembre de 2021). *Honda preocupación por fallo del Consejo sobre Consejo de la Magistratura*. <https://justicialegitima.org.ar/2021/12/20/honda-preocupacion-por-fallo-de-la-corte-sobre-consejo-de-la-magistratura/>.
- Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Marcial Pons.
- Micheletti, R. (12 de enero de 2022). Un fallo histórico a favor de la libertad y la democracia. Desde el 16 de diciembre de 2021, el kirchnerismo ha redoblado sus ataques contra la Corte Suprema y ha hecho sonar los tambores de guerra con miras a derrocarla y colonizarla. *Infobae*. <https://www.infobae.com/opinion/2022/01/12/un-fallo-historico-a-favor-de-la-libertad-y-la-democracia/>.
- Peñafort, G. (2021). *¿Un plan sistemático? Sin presupuesto y con el Poder Judicial inmovilizado por un fallo de la Corte*. El Cohete a la luna. <https://www.elcoheteealaluna.com/un-plan-sistematico/>.
- Pereira, G. (2022). Judges as equilibrists: Explaining judicial activism in Latin America. *International Journal of Constitutional Law*, 20(2), 696-732.
- Piden la renuncia de toda la Corte Suprema por la “maniobra orquestada” en el Consejo de la Magistratura. (2022). Radio La Red.
- Puga, M. (2013). El control de constitucionalidad y la Litis estructural en *Brown vs. Board of Education*. *Revista Ideas & Derecho*, 1(9), 127-190.
- Red de Jueces. (2015). *Fue declarada inconstitucional la composición del consejo de la magistratura nacional*. <https://reddejueces.com/fue-declarada-inconstitucional-la-composicion-del-consejo-de-la-magistratura-nacional/>.
- Rosatti asumió en el Consejo de la Magistratura y ordenó que juren los nuevos miembros. (18 de abril de 2022). Télam digital. <https://www.telam.com.ar/notas/202204/589788-rosatti-asuncion-consejo-magistratura.html>.
- Soria volvió a llamar “extorsión” al fallo de la Corte sobre la Magistratura. (7 de abril de 2022). Télam Digital. <https://www.telam.com.ar/notas/202204/588856-soria-magistratura-corte-extorsion.html>.
- Televisión Pública. (16 de diciembre de 2021). *Consejo de la Magistratura: Rozanski y Lugones – Desiguales* [Archivo de Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=3uWCdrV0d-w>.
- Televisión Pública. (19 de abril de 2022). *Zaffaroni y la situación del Consejo de la Magistratura* [Archivo de Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=R6nNrn_7zG8&t=5s.
- Un fallo tan trascendente como saludable. La inconstitucionalidad de la actual integración del Consejo de la Magistratura resuelta por la Corte Suprema es una señal favorable a la independencia judicial*. (17 de diciembre de 2021). La Nación. www.lanacion.com.ar/editoriales/un-fallo-tan-trascendente-como-saludable-nid17122021.
- Verbitsky, H. (1993). *Hacer La Corte: La creación de un poder sin control ni justicia*. Planeta Espejo de Argentina.

- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Marcial Pons.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI.
- Zayat, D. (2009). Argentina: la pelea por la composición del Consejo de la Magistratura. *Revista de Derecho Público. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho*, (septiembre), 1-13.

Legislación citada

- Constitución Nacional Argentina.
- Decreto 816/1999 Consejo de la Magistratura.
- Mensaje del Poder Ejecutivo N° 128/21. (2021). *El proyecto de reforma del Consejo de la Magistratura ingresó al Senado*. <https://www.telam.com.ar/notas/202112/577127-reforma-consejo-de-la-magistratura-senado.html>.
- Ley 2393 de Matrimonio civil (1888).
- Ley 23737 de Tenencia y tráfico de estupefacientes (1989).
- Ley 24937 de Consejo de la Magistratura (1997).
- Ley 24939 de Consejo de la Magistratura (1997).
- Ley 26080 de Consejo de la Magistratura (2006).
- Ley 26865 de Consejo de la Magistratura (2013).

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- AFIP c. *Intercorp S.R.L.*, 15/06/2010, Fallos: 333:935.
- Arriola, 25/08/2009, Fallos: 332:1963.
- ATE, 11/11/2008, Fallos: 331:2499.
- Badaro I, 08/08/2006, Fallos: 329:3089.
- Bazterrica, 29/08/1986, Fallos: 308:1392.
- Brusa, 11/12/2003, Fallos: 326:4816.
- Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 16/12/21, Fallos: 344:3636.
- Fernández Arias c. Poggio, 19/09/1960, Fallos: 247:646.
- García Méndez, 02/12/2008, Fallos: 331:2691.
- Graffigna Latino, 19/06/1986, Fallos: 308:961.
- Itzcovich, 29/03/2005, Fallos: 328:566.
- Moliné O'Connor, 24/05/2005, Fallos: 329:1914.
- Monner Sans, 06/03/2014, Fallos: 337:166.
- Nicosia, 09/12/1993, Fallos: 316:2940.
- Rizzo, 18/06/2013, Fallos: 336:760.
- Rossi, 09/12/2009, Fallos: 332:2715.
- Rosza, 23/05/2007, Fallos: 330:2361.
- Sejeán, 27/11/1986, Fallos: 308:2268.
- Uriarte, 04/11/2015, Fallos: 338:1216.

Otros

Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo, Sala II, *Colegio de Abogados*, 19/11/2015, Causa n° 29.053.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio vs. Argentina*, Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas, 18/09/2003, Serie C, N° 100.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Furlán y familiares vs. Argentina*, Sentencia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2012, Serie C, N° 246.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Spoltore vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 9/06/2020, Serie C, N° 404.

Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *Marbury vs. Madison*, 24/02/1803, 5 U.S. (1 Cranch) 137.

Juez, Luis Alfredo y otro c/Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/amparo ley 16.986, 22/4/2022 - CAF 23440/2022.

Juzgado Federal N° 2 de Paraná, *Casaretto, Marcelo Pablo c/Cámara de Diputados Nacional y otros*, 12/04/2022, CAF 1415/2022.

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD EN EL TEXTO ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. ¿VOLVER AL FUTURO?

Ezequiel Caride

Universidad Católica Argentina
ezequielcaride22@gmail.com

Recibido: 23/03/2023

Aceptado: 28/03/2023

Resumen

El trabajo revisa la determinación de la maternidad en el texto original del Código Civil. Sobre esa base, concluye que nuestro anterior sistema civil estableció la relación materno-filial basada, en algunos casos, en la voluntad de la mujer, que se asemeja a la legislación civil proyectada y sus dilemas.

Palabras clave: determinación de la maternidad, Vélez Sarsfield, movimiento de codificación, reconocimiento individual, filiación desconocida, Código Civil y Comercial.

Maternity Determination in the Original Text of the Argentine Civil Code. Back to the Future?

Abstract

This article reviews maternity determination in the original text of the Civil Code. On this basis, it finds that our past civil system established the mother-child relationship based, in some cases, on women's will, which resembles current bills for civil legislation and the related dilemmas.

Key words: maternity determination, Vélez Sarsfield, codification movement, individual recognition, unknown affiliation, Civil and Commercial Code.

1. Introducción

En los fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), se indicó que la nueva legislación propuesta en materia de filiación traía entre sus novedades el criterio de la “voluntad procreacional” para determinar la maternidad y la paternidad producida mediante técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), con independencia del nexo genético y del parto de la gestante en la creación del vínculo filial (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2012, pp. 587-589). Ello, sin perjuicio de que el “parto de la gestante” terminó siendo una de las reglas para determinar la filiación en las TRHA en la redacción final de nuestra legislación vigente.¹

A partir de ese dato, parece adecuado analizar el proceso y contenido de determinados aspectos de la codificación decimonónica, los cuales pueden tender puentes entre la originalidad alegada en la legislación proyectada y el derecho civil pretérito, y examinar la posible “restauración” de la eficacia de atribuciones voluntaristas de los adultos implicados en la relación filial que se daba en el texto original del Código Civil argentino.

En los hechos históricos, en general, se da un fenómeno que legítimamente se puede trasladar a la historia del derecho, donde se contemplan quiebres que son anunciados en forma estentórea y, paralelamente, continuidades que se disimulan y quedan en la invisibilidad comunicacional (Luna, 1992), por lo que, más allá de las fracturas en el orden jurídico que se proclaman con pregones, tambores y bandos,² se pueden encontrar respuestas del derecho que perviven y resisten el paso del tiempo, de modo constante, y que se pueden rastrear en todo momento.

Por todo ello, en este trabajo se tratará la siguiente cuestión: ¿se establecieron casos en el texto original del Código Civil argentino donde la voluntad de la mujer fuera el factor preponderante para determinar la maternidad por sobre otros componentes, como el hecho del parto?

Para responder a la cuestión, se extraerán datos del período de la codificación y las implicancias sustantivas del proceso y se delimitarán las directrices de emplazamiento materno-filial del texto legal pretérito, valorando a tal fin sus fuentes, los lineamientos de la jurisprudencia, el análisis de comentaristas y doctrinarios y la influencia de costumbres, prácticas sociales y nuevas tecnologías que fueron aconteciendo en su vigencia.

1 Cf. artículo 562 del CCC.

2 Hoy, por medios de comunicación audiovisual y redes sociales digitales.

Por último, se presentará una conclusión sobre la cuestión tratada como consecuencia de las consideraciones precedentes.

2. El movimiento de la codificación

Resulta conveniente analizar someramente las características, ideario y finalidad del movimiento codificador decimonónico para comprender con mayor profundidad el sentido y alcances de la normativa civil pretérita, objeto del presente trabajo.

La cultura de los códigos se dio dentro de un afán totalizador del Estado en orden al derecho, que les quitaba fuerza normativa tanto a las costumbres como a los principios generales del derecho sobre la base de la abdicación del derecho existente en la comunidad con una prolongada raíz histórica (Mosset Iturraspe, 1979).

Ideas que se replicaron en el proceso de recodificación en el país, donde prevaleció el derecho como obra de una voluntad momentánea o recién formulada, claudicando a un legislador iconoclasta que dejó de lado el derecho consolidado por generaciones y toda la vasta tarea cultural en torno suyo para responder a los problemas sociales nuevos, huérfanos de un derecho usual y con práctica forense (Negri, 2015).

Como se dijo en época cercana a la sanción del Código, aun cuando las leyes tienen influencia decisiva en la dirección social, ellas no forman las costumbres del país, no deben contrariarlas abiertamente para no chocar contra la muralla de las generaciones que pasaron, y, para ser eficaces, deben responder a necesidades verdaderas de la vida comunitaria (Machado, 1898).

En la defensa de la codificación se sostuvo la necesidad de normas estables, orgánicas y sistémicas para contribuir a la seguridad jurídica, y también se indicó que la estabilidad del Código le otorgaba funciones unificadoras, de garantía y mediación que trascienden a las leyes ordinarias y que lo posicionan como centro del sistema político jurídico, en consonancia con el origen etimológico del término latino *codex*, que en su primera acepción significa “tronco de árbol despojado de ramas” (Alterini, 2005). Como dijo uno de sus primeros comentaristas: “El Código se basta a sí mismo” (Segovia, 1881, p. 18).

Pero el movimiento codificador no intentaba sólo una renovación de la técnica legislativa, sino que también giraba en torno a una nueva concepción del derecho; buscaba transformar radicalmente el método y los principios del antiguo régimen jurídico –sus raíces se remontaban a la reforma religiosa del

siglo XVI y al racionalismo filosófico del siglo XVII- y sus caracteres eran la sistematización, racionalización, secularización y positivismo del Estado (Tau Anzoátegui, 1977).

En ese sentido, resulta sugerente la crítica del codificador a la tradición legislativa de Inglaterra como tierra de los precedentes sin codificación, donde señala la existencia de dos poderes legislativos: uno manifiesto, que crea la ley escrita *status law*, y otro oculto, que declara la ley tradicional *common law*, que ocasionaba dificultades en la formación de abogados y jueces, ignorancia de sus derechos en la vida cotidiana de los hombres legos en el oficio jurídico y el estancamiento de la ley civil, por lo que el arbitrio del juez resultaba, en definitiva, la ley suprema (Vélez Sarsfield, 1920).

La perfección del sistema codificador culminó a fines del siglo XIX con la construcción de un sistema dogmático de derecho civil, de positivismo científico, que aparecía con postulados de plenitud, organización metódica y totalmente independiente de la realidad social, política y económica que regulaba, destacándose como un derecho de juristas y para juristas que prescindía de la ley eterna y del derecho natural como fundamentos de la estructura jurídica. Asimismo, exaltaba a la ley como fuente principal, casi exclusiva, del derecho, reduciéndose de ese modo el campo de la interpretación jurídica (Tau Anzoátegui, 1977).

En este aspecto, en el proceso codificador decimonónico se dio una fricción institucional con las nuevas ideas del derecho público en relación con la “noción de ley” como voluntad del pueblo y como expresión de la esencial igualdad de los ciudadanos y el orden social democrático.

Por un lado, en la cultura de los códigos se argumentaba a favor de la “absolutización” legislativa, de la preferencia de la ley entre las fuentes del derecho por su vinculación con la voluntad popular y de la interpretación exegética de la ley, a fin de evitar la estructura de la cultura jurídica anterior, abierta a los comentarios de autores, al arbitrio judicial, a la equidad y a la experiencia y prudencia de los juristas.

Pero, por otra parte, se postulaba en relación con la fuerza normativa del Código Civil, que se sostenía en la autoridad de su autor, su criterio científico y su fuente en expertos y obras extranjeras de la época, “quienes fueron los que en realidad legislaron”, y no en su sanción parlamentaria, que fue a libro cerrado al considerarse que el Poder Legislativo no podía realizar una labor desapasionada y eminentemente técnica por carecer de ciencia y sosiego para redactar una buena ley (Polotto, 2020).

El Código Civil argentino se redactó y se sancionó en pleno movimiento codificador en el país, concepto que surgió con fuerza a partir de la finalización del régimen instaurado por Juan Manuel de Rosas, aun cuando se pueden encontrar algunos antecedentes previos, y tenía el propósito de reformar la legislación común para adecuarla a la organización política establecida en el derecho público patrio y derogar el sistema jurídico preexistente.

En los precedentes constitucionales argentinos no se hacía referencia a la codificación, ya que no se la menciona ni en el Reglamento Provisorio de 1817 ni en las constituciones de 1819 y 1826; pero en el texto de la Constitución sancionada en 1853, aparece por primera vez en nuestro país que la reforma de la legislación debía encararse mediante la formulación de “códigos” y que, además, debían ser “nacionales” (Díaz Couselo, 2000).

En el caso del código velezano, su texto recibió comentarios laudatorios y panegíricos (Segovia, 1881; Varela, 1873), pero, al mismo tiempo, se le formularon reparos y observaciones por su técnica legislativa (Cháneton, 1937). Además, sufrió juicios críticos de índole política, como, entre otros, su disparidad con la organización estatal como federación y el orden social democrático, su inspiración en fuentes extranjeras que carecían de la autoridad que otorga la experiencia en el lugar (Alberdi, 1920) y también por considerarlo uno de los instrumentos de vasallaje del país con relación a la política expansionista del Imperio brasileño en el Río de la Plata (Alberdi, 1899).

Pero más allá de los elogios, críticas y posibles deficiencias que se señalaron al Código Civil, resulta importante apreciar las leyes con criterio práctico en relación con los caracteres de la época en la que se originó la legislación (Varela, 1873).

En ese tiempo, se refería a las leyes civiles abarcando las dos instituciones sociales de la “familia” y de la “propiedad” y sus relaciones recíprocas (Rivarola, 1901) con un criterio “individualista”, en el que prevalecía la “autonomía de la voluntad” como corolario de los derechos absolutos proclamados en las revoluciones políticas del momento (Cháneton, 1937).

Preeminencia de la individualidad que ocasionó una visión de “sacrificio” ante toda restricción a la libertad en su integración al orden de la convivencia, con olvido de la repercusión social que tienen las relaciones de justicia que se establecen entre los individuos y la plenitud de la personalidad que conlleva la condición social del hombre para las exigencias de su ser (Casares, 1973).

En ese espíritu de época, se destacó al hogar no solamente como centro donde las acciones privadas de los hombres se encuentran reservadas a Dios y

exentas de la autoridad de los magistrados y como morada ligada a la noción de permanencia y al sentido trascendente de la vida familiar, sino también como residencia donde se realizan la “soberanía de los individuos” y sus actos (González, 1951).

Asimismo, merece traerse a colación un ejemplo del Code Napoléon, que fue una de las fuentes del código velezano, que estableció la prohibición de investigar la paternidad, manteniendo lo dispuesto por la ley francesa del 12 brumario del año II, en plena época revolucionaria, ya que se entendió que la relación de filiación comportaba derechos y obligaciones, por lo que ello solamente podía tener origen en una manifestación de voluntad del padre y de la madre, pero, en concesión a la tradición jurídica, se vedó la investigación de la paternidad, pero no de la maternidad (Méndez Costa, 1986a).

Aun cuando el codificador argentino se apartó, en el mencionado ejemplo, del sistema francés y realizó un pormenorizado análisis crítico sobre el tema en su nota al artículo 325, parece adecuado citarlo para mostrar que, en las ideas de la época, existía una valoración prevalente del elemento “voluntarista” en el vínculo filial en detrimento de otros factores, como el biológico.

En ese orden, es necesario destacar un antecedente patrio de 1858, cuando se debatió legislativamente un proyecto para impedir la investigación de la paternidad ilegítima con el fin declamado de evitar los escándalos que se sucedían en el foro, cuando en la práctica se transformaba en una prohibición que carecía de justificación en la actividad de los tribunales y retrotraía a los vástagos a una situación de desamparo en los pleitos sobre filiación (Cháneton, 1937).

Es más, esas exaltaciones de la voluntad en las relaciones jurídicas pueden rastrearse en los rasgos propios del movimiento codificador –al que adhirió la obra de Vélez Sarsfield– de secularización y autonomía de la razón humana, dejándose de lado la creencia en los designios divinos para descubrir un ordenamiento sistemático, perpetuo e invariable que plasmó la idea de un ser humano “constructor de su mundo y artífice de su destino” (Tau Anzoátegui, 1977, p. 23).

3. La filiación en el Código: encuadre histórico y cultural

El derecho de familia se estructuró, en el devenir histórico, sobre dos hechos fundamentales: el ayuntamiento de la pareja humana, dignificada en la alianza matrimonial, y la procreación, en cuyo vínculo entre padres e hijos se implicaron derechos y deberes recíprocos que perduran toda la vida e inclusive se

prolongan después de la muerte (Borda, 1977), revelándose así la vida de la sociedad primigenia de la familia en su intimidad y en su espontánea misión cotidiana.

Ahora bien, aun cuando se sostuvo que el matrimonio era el fundamento sólido en el que reposaba la familia, la cual era, a su vez, la base de la sociedad, por lo que, si llegara a desaparecer, poco tiempo de vida le quedaría al Estado, y que resultaba por demás interesante para el hombre conocer su estado de familia determinado sobre la base fundamental de la naturaleza (Guastavino, 1898), también se advirtió que en el mismo Código se encontraba una acepción de “familia” más amplia³ que la limitada al concepto legal de conjunto de personas unidas por vínculos de parentesco (Rivarola, 1901).

Además, aun cuando el hecho biológico de la generación siempre es el mismo, cualquiera sea la situación jurídica de los progenitores al momento de la concepción del hijo, y sin perjuicio de la antigua máxima del derecho canónico –citada por Zannoni (1978) “*natura non facit differentiam inter coniunctos legitimos et inter illegitimos*” (p. 422)–, el codificador optó por variantes en el contenido del nexa jurídico de la filiación a partir de valoraciones históricas de gran influencia en los sistemas jurídicos de la época. Así, distinguió entre hijos concebidos de padres unidos en matrimonio o de progenitores no casados entre sí y admitió variantes en el último caso por la existencia de obstáculos jurídicos para la celebración del matrimonio, como el vínculo conyugal preexistente, el parentesco o el voto solemne en el orden religioso (Méndez Costa, 1986a).

Sumado a lo dicho, en el vínculo materno-filial, más allá del dato certero sobre el parto, cabe destacar que desde los albores de la cultura se señaló al afecto entre los padres y su prole como una de las clases de amor, que se denominó en griego *storgé*. Clase de amor que se caracteriza por un cálido bienestar y satisfacción de estar juntos, como la madre que cuida a su bebé, cubre sus necesidades y le da calor y protección de modo discreto y modesto. Además, resulta un cariño que permanece en el tiempo y no requiere de condiciones personales (Lewis, 2000). Arte de amar, que imprime don, gratitud, encanto y trascendencia a las relaciones humanas, o, como dijo Borges (1998): “He pensado alguna vez, que quizá una persona que esté enamorada vea a la otra tal como Dios la ve, es decir, la ve del mejor modo posible” (p. 119).

3 Artículo 2953, 2º párrafo del Código Civil: “La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que naciesen después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación, vivían con el usuario o habitador, y las personas a quienes éstos deban alimentos”.

En cuanto a esto, el poeta San Juan de la Cruz (2000) rubricó:

Grande es el poder y la porfía del amor, pues al mismo Dios prenda y liga. Dichosa el alma que ama, pues tiene a Dios por prisionero, rendido a todo lo que ella quisiere; porque tiene tal condición, que, si le llevan por amor y por bien, le harán hacer cuanto quisieren. (p. 300)

Se fundan, precisamente, en el orden que surge de los afectos más profundos implicados derechos fundamentales derivados de la filiación, como la persona humana y su identidad, la preservación de sus relaciones familiares, su derecho a ser cuidado por su familia y a no ser separado de ella contra su voluntad, y el derecho correlativo de los padres a no ser despojados de sus hijos, a que lleven su nombre, poder educarlos y tenerlos con ellos.⁴

Pero más allá de lo dicho sobre la dilección en el vínculo materno-filial, con el término “filiación”, que proviene del latín *filius*, que significa “hijo” y denota la “procedencia de los hijos respecto de los padres” (Perrino, 2017, p. 1577), se intentó sintetizar en la historia del derecho el conjunto de relaciones jurídicas que vinculan a los progenitores con sus hijos y, en sentido estricto, al conjunto de normas que organizan el emplazamiento en el estado de familia, su modificación y extinción, sobre el presupuesto biológico de la “procreación”, aun cuando se podía constituir sin atender al hecho biológico (Zannoni, 1978).

En ese sentido, se conceptuó también a la filiación como “lazo de parentesco particular” que une a la madre y al padre con su hijo y como “atributo” de la persona humana que por ley deducida de la relación natural se la liga a un tercero (Méndez Costa, 1986a).

Pero recuérdese que el derecho filiatorio, como se indica para todo derecho, se expresa y materializa a través de su ejercicio como derecho en acción, de lo contrario, quedaría como algo difumado o potencial, pura abstracción, un espectro que no es realmente derecho (Alterini, 2014), ya que la realidad concreta de los derechos depende de la posibilidad de ejercerlos y de la existencia de garantías que aseguren su ejercicio.⁵

Por ello, resultan problemáticos los casos atípicos de maternidad donde no hay parto ni intencionalidad de ser madre, como el previsto en la antigua le-

4 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa C. 121.002, G., G. E. y otros c/ Sanatorio Azul S.A. s/daños y perjuicios, 08/11/2017, voto del Dr. Héctor Negri.

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, San Miguel, José S. s/recurso de amparo, 11/05/1950, voto en disidencia del Dr. Tomás D. Casares, Fallos: 216:606.

gislación sobre la apertura del cuerpo de la embarazada que muriera a fin de salvar, de ser posible, la vida del hijo,⁶ o, en la actualidad, la filiación materna *post mortem*, al mantener, por medios tecnológicos, el soporte vital de la grávida con muerte cerebral hasta el nacimiento de su hijo por cesárea (Pérez Gallardo, 2014). En definitiva, en los dos casos, un “hijo póstumo”, nacido del cadáver de su madre.

Por esa razón, la filiación materna descansaba sobre dos hechos fundamentales: el parto y la identidad del hijo, pero el rigor del Código con los hijos ilegítimos –y especialmente con los adulterinos, incestuosos o sacrílegos, que establecía que no tenían padre ni madre ni pariente alguno– hacía que poblaran las casas de expósitos y los hospicios, ya que no tenían hogar por ley y quedaban confiados a manos “mercenarias”, lejos del afecto de los que les dieron el ser (Prayones, 1917).

Ello, más allá de la consideración que se podía hacer sobre la maternidad como “contingencia social” que ofrecía características determinadas, que no permitían considerarla en sí misma como una enfermedad ni como un riesgo, en atención a su existencia natural, necesaria y deseable, pero que durante el tiempo del embarazo, parto y puerperio “que la identifican” podía estar acompañada por trastornos que requieren de asistencia médica y amparo jurídico por las eventualidades que pueden suceder (Etala, 1964). Máxime cuando la proclamada autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas en general, y el elemento voluntarista en la determinación de la maternidad en particular, se encontraban en el período de la codificación (y se mantiene hoy en día), bajo el peligro cierto de dominación por un tipo de despotismo particular que surgiría de los sistemas jurídicos públicos, consecuentes de las reformas políticas de la época.

Este riesgo de dominación social sobre bases voluntaristas del individuo fue señalado por un pensador decimonónico:

Veo una multitud innumerable de hombres iguales y semejantes, que giran sin cesar sobre sí mismos para procurarse placeres ruines y vulgares, con los que llenan su alma (...) Sobre éstos se eleva un poder inmenso y tutelar que se encarga sólo de asegurar sus goces y vigilar su suerte. Absoluto, minucioso, regular, advertido y benigno, se asemejaría al poder paterno, si como él tuviese por objeto preparar a los hombres para la edad viril; pero, al contrario, no trata sino de fijarlos irrevocablemente en la infancia y quiere que los ciudadanos gocen, con

6 Citado en la nota al artículo 70 del Código Civil.

tal de que no piensen sino en gozar (...) De este modo, hace cada día menos útil y más raro el uso del libre albedrío, encierra la acción de la libertad en un espacio más estrecho, y quita poco a poco a cada ciudadano hasta el uso de sí mismo. (Tocqueville, 1996, pp. 633-634)

4. Inscripción del nacimiento y declaración del embarazo

A propósito de los pleitos que se podían suscitar con relación a la falsedad del embarazo de la mujer y sobre la filiación del no nacido, y apartándose de la tradición del derecho romano en la materia, el Código Civil estableció en los artículos 67 y 68 que tales cuestiones debían quedar reservadas para después del nacimiento por consideraciones sociales, teniendo en cuenta el honor de la mujer y para evitar actos vejatorios (Guastavino, 1898).

El codificador distinguió entre la representación del no nacido y las cuestiones de filiación con las cuales se relacionaba cuando ocurría el nacimiento, suprimiendo la posibilidad de reconocimiento paterno previo, porque se consideraba que no se debía violentar el pudor de la mujer “que se resistía” al reconocimiento y, sobre todo, porque la falta de declaración del embarazo no podía privar de derechos al concebido (Machado, 1898).

Ello así, se indicó doctrinariamente que el reconocimiento del embarazo de la madre, “por su sola declaración” o la de su marido, podía responder a la realidad biológica del caso o no, al permitir la posibilidad de existir la declaración y no el embarazo, para obtener de ese modo la compra o entrega de un niño y su inscripción registral desvinculada del presupuesto biológico (López del Carril, 1979).

Además, establecía en sus artículos 79 y 80 que el día del nacimiento, con las circunstancias de lugar y personales del nacido y la paternidad y “maternidad”, tanto legítima como natural (Llerena, 1899), se probaban por medio de certificados auténticos de los registros públicos que expedían los municipios, por las constancias de las parroquias o lo que determinaran las provincias en sus respectivas reglamentaciones.

Pero las partidas de nacimiento, a diferencia de otros instrumentos públicos –como la partida de matrimonio, donde el encargado del registro asevera un hecho ocurrido ante él–, no daban fe de que la paternidad ni “maternidad” denunciadas fueran exactas, en atención a que esas circunstancias no le constaban, por función propia, al funcionario interviniente, por lo que se podía desvirtuar por todo medio de prueba, inclusive testigos, que demostraran la imposibilidad del hecho (Llerena, 1899).

Es decir, se distinguía entre el hecho del nacimiento y la filiación, diferencia que se hacía más clara en los casos de “niños expósitos”, ya que cuando no había antecedentes para calcular la edad, su determinación se decidía por la fisonomía, a juicio de facultativos nombrados por el magistrado, a los efectos de aplicar el régimen de tutela, los derechos políticos y distintos tipos de obligaciones (Machado, 1898).

Esa circunstancia de los expósitos pasó habitualmente desapercibida en el Código Civil, pues contempló solamente la situación de los hijos con filiación acreditada, es decir, que no reguló las situaciones de relación biológica “desconocida” y, por lo tanto, con filiación jurídica inexistente, como el caso de los menores expósitos, que ignoraban los datos de identidad de su madre y carecían de certificado médico u otros instrumentos indiciarios del vínculo materno (Méndez Costa, 1986a).

Las formas legales y su soporte documental nos enfrentan a la dicotomía que se produce entre la certeza que otorga el cumplimiento registral de los actos humanos en la organización social y la finalidad sustantiva en la existencia y desarrollo de las personas humanas y en la trama de sus relaciones cotidianas, que dan un sentido a los vínculos jurídicos y los trascienden en dimensiones que generan historia y pertenencia. La eterna controversia entre el artesano y el funcionario.

Como dijo el dramaturgo Paul Claudel (1991):

Aprendiz: Maese Pierre de Craon me ha mandado a buscar arena. / Alcalde: ¡Qué! De esto se ocupa en este momento. / Aprendiz: Dice que el tiempo es corto. / Alcalde: Pero ¿en qué mejor emplearlo, que en hacer este camino, como nosotros? / Aprendiz: Dice que su oficio no es hacer caminos para el Rey, sino una casa para Dios. / Alcalde: ¿Para qué sirve Reims, si el Rey no puede ir? / Aprendiz: ¿Para qué el camino, si no hay una iglesia a su término? (acto III, escena 1ª, p. 102)

Para ejemplificar, parecen atinadas las palabras del codificador en el último párrafo de la nota al artículo 325, donde afirmó que “la posesión de estado vale más que el título”, en atención a que la escritura pública, asiento parroquial o confesión judicial constituyen documentos que vuelcan declaraciones de un momento, y en los actos de posesión se sostuvo y mantuvo al hijo mediante un comportamiento continuo, perseverante y variado, por lo que resulta una prueba viva que habla por sí misma del trato público como hijo suyo.

5. Determinación de la maternidad en la filiación legítima

En la indagación de la maternidad, se suele citar el adagio romano que sostenía que, en la naturaleza de las cosas, la madre siempre es cierta, pero Vélez Sarsfield, con profunda experiencia jurídica, señaló que, en los pleitos, la maternidad es tan incierta como la paternidad, en atención a que el juez, que no asistió al parto, tiene que decidir el caso por la solvencia y seguridad de las declaraciones de testigos, informes y otras pruebas comunes, como pueden darse en la paternidad.⁷

De igual manera, desde la posición del hijo reclamante, la maternidad resultaba incierta, al igual que pasaba con la paternidad, ya que era un hecho de imposible conocimiento propio, que debía confirmarse a partir de la confianza y certeza que se depositaba en deposiciones, certificaciones registrales y otros elementos de convicción, sobre el estado de embarazo y el parto de la pretensa madre y su identidad con el nacido en esa instancia.

Se sostenía que, en principio, la partida de nacimiento era la prueba fehaciente de la filiación legítima, el pasaporte que la sociedad acordaba a todos los que aparecían en el mundo. Pero, en sentido estricto, el certificado de nacimiento no demostraba la filiación, sino únicamente el hecho del alumbramiento, ya que se consideraba que no acreditaba la identidad del hijo (Prayones, 1917).

De igual manera, después se analizó que la atribución de la maternidad en la filiación matrimonial surgía de la coincidencia de los datos denunciados por el declarante en la inscripción, con la prueba biológica que se daba mediante el certificado médico o las pruebas supletorias a este (Zannoni, 1979).

En un caso judicial, con circunstancias especiales donde un matrimonio desapareció sin inscribir a su hijo y que fue expuesto después en el umbral de la casa de los abuelos maternos, se permitió la inscripción registral como hijo legítimo por la demostración sumaria de la celebración de las nupcias de los padres, el embarazo notorio de la pretensa madre, la declaración coincidente de los cuatro abuelos, la compatibilidad sanguínea de los estudios médicos y la coincidencia temporal del cálculo de posible alumbramiento de la presunta madre con la edad probable del recién nacido.⁸

Como veremos a continuación, en el contexto del código velezano se daban casos donde se priorizaban actos, expresos o tácitos, de la voluntad en el vín-

7 Nota al artículo 325 del Código Civil.

8 Juzgado 1ª Instancia, Civ. y Com., 13ª Nominación, Rosario, D., J. D. s/información sumaria, 21/12/1978, con comentarios favorables de Bidart Campos (1979) y Zannoni (1979).

culo materno-filial legítimo o se convalidaban inscripciones registrales avaladas por la posesión de estado, sin vinculación forzosa con su presupuesto biológico.

En el artículo 259 del Código Civil se preveía la acción de reclamación de filiación legítima, por ser los hijos “desconocidos” por los padres al no inscribirlos como tales o inscribirlos como hijo legítimo o extramatrimonial de distinto padre o madre. Era una pretensión con un litisconsorcio pasivo necesario de ambos padres.⁹ Por ende, se trataba de un reclamo que surgía de la carencia de título de estado que lo emplazara como hijo legítimo por el “simple desconocimiento” de sus padres y que primeramente requería, para prosperar, acreditar la filiación materna (Llambías, 1982).

El código velezano, en su artículo 261, en términos similares a su fuente¹⁰ estableció en relación con la filiación legítima que surgía de los asientos parroquiales que:

La filiación de que el hijo esté en posesión, aunque sea conforme a los asientos parroquiales, puede ser contestada en razón de parto supuesto, o por haber habido sustitución del verdadero hijo, o no ser la mujer, la madre propia del hijo que pasa por suyo.

Se trataba de una acción imprescriptible que no atacaba la legitimidad del hijo, sino que negaba la maternidad que se le atribuía a una persona y que permitía, al contrario de la jurisprudencia francesa de la época, impugnar la filiación aun cuando la posesión de estado confirmara el título, sin estar limitada por la prohibición de indagar la maternidad adulterina.

Pero resulta trascendente destacar que, desde los primeros tiempos de vigencia del Código, se consideró que la acción no era viable frente a la sumatoria del certificado, la posesión de estado y el matrimonio de los padres, que tornaba la situación “incommovible” respecto de “su identidad” (Llerena, 1899). Es decir, se definía la maternidad legítima por cuestiones sin relación necesaria con la gestación y el parto.

Tanto fue así que, en un caso donde se controvertía la vocación sucesoria de una hija del causante con inscripción de nacimiento tardía y reconocimiento como hija natural, legitimación por matrimonio posterior y demostración de

9 Artículo 260 del Código Civil.

10 “Art. 1482: A filiação, de que se tem posse, poderá ser contestada: Ou negando-se a maternidade, em razão de ter havido parto supposto. Ou negando-se a maternidade e a identidade do filho, por ter havido substituição do filho verdadeiro, e em geral, por não ser a mulher a própria mãe do filho que passa por seu” (Freitas, 1860, p. 622).

posesión de estado y de los requisitos que la configuran, se consideró que los impugnantes de la relación no podían ampararse en los derechos de contestar la filiación que la hija estaba en posesión sin previamente redargüir de falsedad los instrumentos públicos del caso (Garriga, 1949).

En la misma dirección de priorizar el acto voluntario del reconocimiento por sobre el vínculo biológico, criterios judiciales de los primeros años de vigencia del Código fijaron que la prueba testimonial, cualquiera sea su relevancia tendiente a justificar que el hijo legítimo no lo era por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo, carecía de fuerza legal en presencia del “reconocimiento expreso” de la filiación que constaba en documentos otorgados por el padre y la madre (Machado, 1903).

De ello se sigue que el legislador pretérito descansaba el estado de hijo legítimo, es decir, la concepción en el matrimonio de los padres en el hecho primigenio de la filiación materna asentada en declaraciones de documentos registrales, operando, a partir de ese presupuesto y no del nexo biológico con la madre, la presunción consiguiente de paternidad que surgía de las nupcias, en cuanto certificación legal de la relación paterno-filial.

Por ello, esa comprobación formal justificaba los diversos casos donde se podía atacar la maternidad legítima, que resultaba del título de estado, en la inscripción del nacimiento en los asientos parroquiales por el hecho biológico del parto, o sea que a partir de la demostración de los diferentes “fraudes”, por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasaba por suyo –como la suposición del parto o la sustitución del verdadero hijo–, se caían la maternidad, la legitimidad filial y la presunción de paternidad (Belluscio, 1979).

Adviértase que, en el texto original del artículo 263 del Código Civil, otorgaba una opción equiparable para probar la filiación legítima entre las partidas parroquiales o la “posesión de estado de hijo legítimo”, que era una forma de “reconocimiento” según la nota al artículo 325 (Belluscio, 1979), o inclusive se podía probar mediante “testigos” ante la falta de registración o cuando la inscripción registral se había llevado a cabo con nombres falsos o con padres desconocidos (Machado, 1903). Todas opciones se encontraban sin relación necesaria con el parto de la gestante.

También se dijo que se podía probar la filiación por la posesión de estado de hijo legítimo fundada en actos inequívocos y públicos de los padres, que expresaban un “reconocimiento tácito” por el cual una persona era considerada hija de otras que estaban casadas; para la maternidad, alcanzaba la posesión de estado para conceptuarlo como hijo de una mujer, pero, en el caso de la paternidad, se requería además la prueba del matrimonio (Prayones, 1917).

Reitero que, de esa manera, se probaba la maternidad legítima por medios que podían coincidir o no con la gestación de la mujer y se vinculaban, en mayor medida, a un criterio voluntarista de “reconocimiento”.

Asimismo, en opinión crítica de la regulación pretérita, se reconoció que si no había inscripción del acta de nacimiento, se admitía la demostración del vínculo de filiación legítima mediante testigos que, con su declaración, constituían o rehacían la familia legítima (Machado, 1898).

Demostrada la maternidad, sujeta a prueba directa por ser un hecho exterior susceptible de ser acreditado materialmente por todos los medios de prueba, inclusive por testigos, el hijo nacido de esa mujer tenía por padre al marido, por presunciones *jure et de jure* que se imponían en los artículos 244 y 245 del Código Civil, de conformidad con su fuente romana que decía *pater vero is est quem nuptiae demonstrant* (Prayones, 1917).

En los primeros años de vigencia del Código Civil, la doctrina judicial sostuvo también que la legitimidad de los hijos podía justificarse disyuntivamente por los registros públicos o por la posesión de estado; además, a la madre que negaba la filiación legítima se le imponía la carga de la prueba de acreditar que el reclamante solamente era adoptado y que la posesión de estado existente sólo respondía a un propósito caritativo (Llerena, 1899).

Además, se destacó que la “suposición de parto”, donde se invocaba la inexistencia de embarazo y, por ende, de parto, mediante simulación y fraude, resultaba un “caso muy frecuente”, donde los pretendidos padres, sin ningún tipo de vinculación biológica, inscribían falsamente al niño cuando en realidad se trataba de un hijo con “madre y padre desconocidos” por el ordenamiento jurídico, los cuales eran desplazados en su relación y sus consecuentes derechos y deberes por la irregular situación registral, o cuando de manera frecuente y mediante apariencia de estado filial “se encubría una adopción” bajo posesión de estado de hijo legítimo (Llambías, 1982).

Al permitirse que se pudiera establecer la maternidad de una mujer casada sin intervención ni notificación a ella en su inscripción registral, el contexto legal pretérito era propicio para la “voluntad creadora” de vínculos filiales y el “tráfico de niños” sin emplazamiento filiatorio por la falta de reconocimiento materno extramatrimonial (Fleitas Ortiz de Rozas, 1986).

Con el correr del tiempo, se reconoció que las inscripciones falsas de nacimiento de niños que fueron comprados o entregados eran numerosas y que la justicia criminal, pese a la tipificación de los delitos de supresión y suposición del estado civil (Terán Lomas, 1962), sostenía la inexistencia de delitos en esos

casos porque el niño, con la inscripción, mejoraba de estatus y, por ende, no había perjuicio. Además, la actitud del que pretendía dar un emplazamiento familiar beneficiando a un niño con derechos concreto no podía ser considerado delictivo (López del Carril, 1979).

Por todo ello, en el ordenamiento civil ideado por el codificador se daban situaciones donde se avalaba la discordancia jurídica con el vínculo biológico subyacente, como en la omisión de “declarar” o “reconocer” al hijo, en la imposibilidad que aparece en la prohibición legal de investigar la maternidad de un hijo extramatrimonial que se le atribuye a una mujer casada o en la “apariencia legal” que se podía dar en una declaración en los registros parroquiales o un reconocimiento registral sin sustento biológico real.

De esa manera, se frustra, se oculta o se distorsiona la relación biológica existente, en el orden natural de las cosas, mediante “actos voluntarios” de los adultos implicados (Llambías, 1982).

Tanto es así que se consideró que no les estaba permitido a las madres que habían realizado el fraude con la suposición de parto impugnar más tarde la maternidad, porque la alteración del estado civil constituía un delito y no se podía autorizar lo que supondría el alegato de su propia torpeza, manteniéndose así la relación filial declarada que estaba desvinculada del vínculo biológico (Méndez Costa, 1986b).

6. Determinación de la maternidad en la filiación natural o extramatrimonial

La determinación del emplazamiento materno-filial puede ser legal, “voluntaria o negocial” y judicial; resulta legal cuando la propia ley, con base en ciertos supuestos de hecho (embarazo y parto), la establece; es voluntaria o negocial cuando la determinación proviene de la eficacia que se le atribuye al reconocimiento expreso o tácito (posesión de estado) del hijo; y, por último, es judicial cuando la determina el juez a partir del reclamo de un interesado.¹¹

En los antecedentes remotos del derecho romano, se concebía la idea de la certeza de la maternidad y la consecuente certidumbre sobre la fraternidad de los hermanos por línea materna, aun cuando la mujer concibiera “del vulgo”; y en el derecho indiano anterior, como en pasajes de las Partidas y de las Leyes de Toro, se establecía el reconocimiento paterno como única exigencia para

11 En un caso judicial se resolvió que un tío abuelo de la menor de edad –con un único afán económico indirecto– no tenía legitimación para impugnar la maternidad por parto supuesto (Cámara Nacional en lo Civil, sala D, V, I. A. c/P, P. A., 15/06/1997).

determinar la filiación natural, porque “la maternidad se identificaba con el parto” (Rivero Hernández, 1997).

Semejante era la doctrina que se deduce de la situación del hijo con la madre según la antigua máxima del derecho germánico que indicaba “todo hijo es bastardo para la madre”, ya sea legítimo o ilegítimo, en razón de que todos los hijos tenían iguales derechos y deberes respecto a la madre (Prayones, 1917).

Por el contrario, en el contexto del texto original del Código Civil subyacía la idea de que no había atribución de maternidad si no mediaba “reconocimiento de la madre”, situación que en la maternidad ilegítima era expresa por la aplicación del artículo 334, por el que se disponía que todo reconocimiento de hijos naturales tenía que ser “individual”, es decir que solamente operaba respecto al reconociente y no podía tener virtualidad respecto al otro progenitor (Bossert y Zannoni, 1987).

Tanto es así que la contravención al carácter individual del reconocimiento se consideraba un acto ilícito civil, a la declaración se la reputaba ineficaz (Segovia, 1881) y al hijo natural que reclamaba el reconocimiento del padre no se lo podía obligar a mencionar quién era su madre (Machado, 1903). No obstante, se aducía que si la madre ratificaba la declaración del padre, aunque fuera tácitamente –como en los actos continuos y repetidos de posesión de estado–, importaría un reconocimiento materno válido (Llerena, 1899).

El punto de partida para ser considerado legalmente hijo natural,¹² en el texto original del Código Civil, no resultaba el vientre materno, sino que el origen se basaba en el sistema de “reconocimiento” de la madre (Busso, 1958). Esta regla remonta la filiación a un acto de voluntad unilateral, individual, irrevocable, formal y “sin conexión biológica necesaria”, por el que se reconoce al niño como hijo aun cuando ello podría ser materia de impugnación posterior cuando no se corresponde con el vínculo biológico presunto (Zannoni, 1978).

Al respecto, en un caso judicial se resolvió que no podía revocarse el acto de reconocimiento de un hijo natural aunque la mujer que formuló esa declaración adujera que lo hizo por complacer al padre del menor de edad, y también dispuso que el reconocimiento voluntario “por sí sólo” constituía el título de la filiación natural que producía efectos *erga omnes*, sin necesidad de otras formalidades o aprobaciones.¹³

12 Hijos que son fruto de la unión de dos personas que no estaban unidas en matrimonio legal y que no tenían impedimentos para contraer nupcias.

13 Cámara Civil 1ª de Capital Federal, R. C. J. c/R., C. C. (suc.), 15/11/1948.

En esa perspectiva, aunque hubo criterio judicial contrario,¹⁴ cabe resaltar la doctrina judicial que señaló que lo que requería la ley era que hubiera “reconocimiento tácito” de la filiación como sustitutivo del reconocimiento expreso ausente, por lo que se deducía que la “posesión de estado” era el requisito esencial exigido legalmente, por lo que bastaba acreditar ese hecho integralmente para que prospere la acción de filiación natural sin necesidad de probar el nexo biológico, que podía tener carácter complementario y útil, pero nunca una exigencia de la ley.¹⁵

Reitero, el ordenamiento velezano disponía que los efectos propios del reconocimiento eran que hacía prueba plena de la filiación natural, es decir que el hecho de la filiación debía tenerse por acreditada legalmente mediante el reconocimiento, que era atributivo del título de la filiación, en atención a que era irrevocable, no admitía condiciones ni requería –para que surtiera efecto– de la aceptación del hijo ni de notificación alguna (Busso, 1958).

Esa era, por otra parte, la tendencia legislativa del momento, donde la doctrina francesa identificaba con ideas de Napoleón Bonaparte que el establecimiento de la filiación natural debía quedar “a disposición” de los padres, postura que después fue adoptada en la legislación francesa y en el texto original del Código Civil (Mazzinghi, 1995).

A tal efecto, se razonó que el reconocimiento como tal no requería constitutivamente de la acreditación del vínculo biológico entre quien reconoce y quien es reconocido, por lo que en el acto voluntario de reconocer se podían encubrir relaciones que no se correspondían con el presupuesto biológico, ya que la ley no condicionaba su eficacia a la previa acreditación del nexo biológico, es decir, el reconocimiento se bastaba a sí mismo y era irrevocable desde que se producía (Zannoni, 1978).

Tanto era así que uno de los primeros comentaristas, en relación con el carácter individual del reconocimiento, expuso que podían tener la calidad de hijos naturales quienes, en realidad, no lo eran (Rivarola, 1901). Sobre el particular, se formulaba que el reconocimiento de la maternidad era un acto personalísimo que reposaba en la conciencia de la mujer (Guastavino, 1898).

El carácter “individual” del reconocimiento materno era corolario de su naturaleza “voluntaria”, por lo que, ante la ausencia de reconocimiento por parte de la madre, se debía recurrir a la vía judicial pertinente a fin de acreditar la filiación natural que se invocaba.¹⁶

14 Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Regueira de García c/Regueira*, 26/08/1929.

15 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa 3.787, *Aldas, Tomasa c/Astoviza, Matías (suc.) s/filiación natural*, 27/06/1961, en *Acuerdos y Sentencias* 1961-II-347.

16 Cámara Nacional en lo Civil, sala F, R. G. *s/sucesión*, 07/12/1983.

En efecto, en casos con elementos de derecho internacional privado, donde el hijo natural fue declarado así en el extranjero, podía ejercitar los derechos en el orden jurídico argentino que, como hijo extramatrimonial, le acordaba la ley en la sucesión de sus padres, sin permitirles a los tribunales examinar la justicia intrínseca del reconocimiento que fuera avalado en el sistema jurídico de otro país (Llerena, 1899).

En los antecedentes parlamentarios de la Ley 23264, el Dr. Atilio Álvarez testimonió en la intervención de los expertos, a raíz del sistema vigente de “reconocimiento materno”, sobre situaciones donde una madre que moría en un hospital público días después del parto por problemas de salud dejaba un hijo sin filiación ni parentesco materno, sin perjuicio de la sobrevivencia de la madre y la comprobación del estado de embarazo y el parto en los registros de la historia clínica (Bossert y Zannoni, 1987).

En el texto original del artículo 326 del Código Civil, que establecía para las acciones, defensas o excepciones opuestas en juicio una prohibición de indagar la maternidad para emplazar un vínculo filial natural a una mujer actualmente casada, aunque se la consideró de interpretación restrictiva y que no era aplicable a la mujer viuda (Busso, 1958), surgían casos donde aparecía la preponderancia de la voluntad de la madre por sobre otros elementos, como el nexo biológico.

Ciertamente, se indicaba que no podía permitirse una acción del hijo que dañara la reputación de su madre, protegiendo la ley el honor de las mujeres y la conservación de los hogares. Por lo tanto, se afirmaba que, entre el interés del hijo por lograr, a través de un reclamo judicial, el vínculo filial natural con su progenitora y el interés de su madre en mantener el secreto de su maternidad pasada, la legislación optaba por el interés materno (Prayones, 1917).

Se reconocía en la solución legal un sacrificio de los derechos del hijo natural en favor del honor de la madre y la tranquilidad del matrimonio actual de la mujer, arrojando al hijo a la sociedad sin vínculos de familia y sin más amparo que la beneficencia pública (Guastavino, 1898).

En ese sentido, en los primeros años de vigencia del Código Civil y con cita jurisprudencial, se destacaba que los límites impuestos por el artículo 326 no eran aplicables al caso en el que la mujer casada, con autorización del marido, reconocía “voluntariamente” al hijo tenido antes del matrimonio, ya que en ese caso no había indagación;¹⁷ o el caso donde “reconociéndose” madre natural, promovía demanda para obtener el reconocimiento del padre (Llerena, 1899).

17 Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Musacchio, Luisa Rodríguez Resua de c/Argerich, Luis Jorge*, 21/12/1937.

Es más, en un fallo próximo a la sanción del Código, se resolvió que la prohibición de indagar la paternidad natural de un hijo atribuido a una mujer casada no era aplicable cuando la madre “no negaba” su maternidad (Machado, 1903). En igual sentido, se extendió el mismo criterio cuando la madre le había conferido la posesión de estado al hijo extramatrimonial, al considerar que la condición de hijo, de la que ya gozaba en el trato cotidiano, aseguraba la falta de alteración en el hogar (Llambías, 1982).

Ello, en consonancia con su fuente, que no permitía la investigación de la maternidad de los hijos naturales de la mujer casada, salvo que hubieran sido “voluntariamente reconocidos” por su madre.¹⁸ Lo contrario de lo regulado en el derecho romano y en el derecho medieval, donde, a partir de la máxima *mater semper certa est*, no existían restricciones de ninguna índole en la investigación de la maternidad (Busso, 1958).

Adviértase el criterio de fallos que respaldaron, inclusive, que la mujer casada, que en ese entonces tenía una incapacidad jurídica para realizar determinados actos sin el aval de su esposo, al momento de redactar su testamento podía reconocer hijos naturales, como “acto de última voluntad”, sin necesidad de una autorización previa del marido (Prayones, 1917).

Asimismo, se sostenía que la prohibición legal de indagar la maternidad de la mujer casada se establecía únicamente a su favor, ergo, al padre no se le reconocía personería para invocar ese límite en su defensa, ya que solamente era de aplicación cuando la mujer casada era demandada en una acción de filiación iniciada por el hijo que había tenido antes del matrimonio (Llerena, 1899).

Para esa atribución de la mujer casada de reconocer “voluntariamente” a un hijo natural anterior al matrimonio, Machado (1898) planteó, en los primeros tiempos, el siguiente interrogante: “¿Por qué se concedería a la mujer una facultad que se le ha negado al hijo? ¿No habría el mismo motivo de escándalo y una especie de difamación para su marido?” (p. 602).

Es decir, bajo las apariencias de proteger el honor y evitar la explotación extorsiva, cernía la “voluntad” de la mujer casada para posibilitar el emplazamiento filial con el hijo natural que había tenido con anterioridad a su desposorio y, así, crear un nuevo pariente y coheredero.

Máxime, cuando un plenario de las antiguas Cámaras Civiles de la Capital Federal entendió que la prohibición establecida en el artículo 326 del Código Civil no se extendía al caso de demanda contra los herederos de la madre

18 Artículo 1597 del Esboço de Freitas.

fallecida (Belluscio, 1979), contrariando de ese modo la finalidad de la ley en atención a que, como dijo un autor, el honor se hace más sagrado después de la muerte (Prayones, 1917).

Obsérvese, además, que el intento de terceros de probar la filiación natural por distintas motivaciones (v.gr., para impugnar un acto contractual prohibido entre el padre y el hijo) reconocía un obstáculo en la prohibición del artículo 326 de indagar la maternidad para atribuirle un hijo a una mujer casada; no lo permitía por razones de orden público que hacían una excepción a los derechos comunes de los contratantes (Llerena, 1899).

Por otra parte, en las categorías específicas de filiación ilegítima, donde se daban los casos de paternidad o “maternidad” adulterina,¹⁹ incestuosa²⁰ o sacrilega,²¹ aun cuando por los artículos 341 y 342 del Código Civil se prohibió toda indagación filial y se determinó con dureza que esas categorías originadas en uniones ilícitas no tenían padre, madre ni parentesco consecuente, vuelve a surgir un caso donde prevalece el componente volitivo para determinar el emplazamiento materno-filial, al permitirse la posibilidad del “reconocimiento voluntario” de sus padres.

El código velezano, a través del artículo 343, no prohíbe el reconocimiento voluntario de hijos adulterinos, incestuosos o sacrilegos, sino que, por el contrario, lo permite expresamente otorgando “un derecho” al padre y a la “madre” de reconocerlos y, como consecuencia de ello, el derecho del hijo de reclamar alimentos a sus padres hasta los dieciocho años y en la medida en que estuvieran imposibilitados de satisfacer sus necesidades (Guastavino, 1898).

De esa manera, el Código Civil se apartó de la normativa indiana preexistente que establecía que los parientes paternos de los hijos que nacían de relaciones adúlteras, incestuosas o con otros impedimentos no estaban obligados a criarlos, a excepción de que lo hicieran por mesura, moviéndose a beneficiarlos como a otros extraños para que no queden en situación de abandono; pero la “madre” y los parientes maternos “estaban obligados” a criarlos, si sus riquezas lo permitían, porque la madre “siempre tenía certeza del hijo que nace de ella”, que era suyo.²²

19 Cuando procede de la unión de dos personas que, al momento de su concepción, no podían contraer matrimonio porque una de ellas –o ambas– estaban casadas.

20 Cuando los padres no podían contraer matrimonio por el vínculo de parentesco que los unía por consanguinidad o afinidad no dispensable por las leyes vigentes.

21 Cuando la madre, el padre o ambos estaban ligados a un voto solemne religioso por el cual no podían contraer matrimonio.

22 Partida 4ª, Título XIX, Ley V (norma citada en la nota al artículo 343 del Código Civil).

7. Maternidad y nuevas tecnologías de reproducción humana asistida

El codificador legisló en tiempos donde la vinculación entre la madre y su *filius* se manifestaba en el período de gestación y el trabajo de parto y no intervenían, todavía, los mandatarios de la industria reproductiva, que, como todos los otros industriales de las *cosas* que nos envuelven y arrullan en la vida cotidiana, al decir de Vuillard (2018), son sacerdotes de *Ptah*, deidad egipcia que creaba dioses y concentraba poder, marcando a los hombres como de su propiedad (Beltz, 1996).

Sin perjuicio de ello, en la época de la codificación, ya advertía Esquiú (1958), el “predicador franciscano”, que aun cuando el misterio de la vida desafiaba al orgullo humano, señalando al efecto el cántico nefando “engordó el amado y dio de coces, se ha visto grande y abandonó a Dios su criador y se apartó del Señor su salvador”, indicaba que, más allá de los avances técnicos decimonónicos que causaban admiración, acortaban distancias y conseguían precisión, ello no era la última palabra sobre el hombre y sus relaciones, el goce de libertad, su vida en sociedad y las leyes que la ordenan.

Los principios clásicos sobre la determinación de la maternidad y los lineamientos legales previstos en el texto original del Código Civil fueron afectados por las nuevas técnicas de reproducción humana asistida que fueron apareciendo, lo cual provocó posturas impulsoras de modificaciones en la aplicación y hermenéutica del derecho de familia en el eje presupuesto del vínculo biológico del emplazamiento legal filiatorio.

La mencionada evolución fue suplantando la genealogía, primera morada y fuente de alimentos en la procreación, con el ombligo como signo, por el cálculo tecnológico y el plan del laboratorio, perdiéndose la dimensión esencial del nacimiento como “sorpresa y gratitud”, en consonancia con el término “física”, que deriva del verbo griego *phyein* que significa “aparecer saliendo de una profundidad oculta”, es decir, la manifestación de lo dado como epifanía del ser (Hadjdadj, 2015).

En ese orden de ideas, una postura doctrinaria consideraba que la posibilidad de disociar a la mujer aportante de óvulos y a la gestante que daría a luz permitiría rechazar causales de impugnación de la maternidad por suposición de parto o por no ser la mujer la madre propia del hijo que pasa por suyo, en circunstancias que anteriormente se consideraban demostrativas *per se* del fraude materno, como los casos de mujer nulípara, incompatibilidad sanguínea (Díaz de Guijarro, 1948) o la imposibilidad de la unión sexual de los padres.²³

23 Cámara Nacional en lo Civil, sala C, D. P., J y otro c/D. P., A., 05/08/1954.

En consecuencia, se interpretó doctrinariamente que las mencionadas causales para impugnar la maternidad debían coordinarse con el período de la concepción para determinar la paternidad, por lo que el óvulo fecundado pasaba a ser el dato relevante; y su transferencia a otra mujer, una circunstancia accidental para conservar el desarrollo del embrión, que no determinaría la maternidad por el alumbramiento (Díaz de Guijarro, 1961).

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la situación descrita recibió un análisis crítico en atención a las consecuencias que podía acarrear dicha hermenéutica legal, aflorando una realidad de mujeres que, por su condición económica favorable, desplazarían las cargas y penurias de la maternidad a nuevas “esclavas portadoras” a cambio de la superación de la indigencia, mediante un servicio asistido por comisionistas y profesionales a tales efectos (Llambías, 1979). Como dijo el filósofo Pascal (1998): “El hombre no es ni ángel ni bestia, y la desgracia quiere que quien pretenda hacer al ángel haga la bestia” (p. 264).

En resumen, aunque se alegrara el vínculo biológico de la mujer que aportó el óvulo en la fecundación, se sostenía, con razón, que la gestación en un vientre determinaba la maternidad, sin importar el origen ajeno del material genético, ya que el vínculo jurídico materno-filial se constituye a partir del ámbito donde se cumplió con la función esencial de gestar y dar a luz un hijo (Bossert y Zannoni, 1987).

8. Conclusión

En el espíritu de la época de la codificación decimonónica regía un criterio individualista, inclusive en cuestiones de orden público familiar como la determinación de la maternidad, cuestión que se plasmó en la primacía de la sujeción a actos, expresos o tácitos, de la voluntad para alcanzar el emplazamiento materno-filial legítimo o para convalidar inscripciones registrales avaladas por la posesión de estado, disociadas de su presupuesto biológico.

La determinación del emplazamiento materno-filial en el texto original del Código Civil, en el caso de la filiación natural, se condicionó a la “voluntad” de la mujer mediante la exigencia de un acto de reconocimiento individual y unilateral que permitía, en los hechos, un margen de separación o falta de coincidencia entre la progenitora jurídica y la maternidad biológica.

Igualmente, en el caso de la filiación con origen en un vínculo adulterino, incestuoso o sacrílego, se le reconocían algunos efectos alimentarios a la maternidad, únicamente en los casos de “reconocimiento voluntario” por parte de la madre.

Ello así, más allá de la realidad subyacente de herencia biológica y de comu-

nicación particular que se da en el embarazo y parto (López Moratalla, 2009) y del requisito de la inscripción registral del nacimiento con las declaraciones sobre la maternidad vinculadas al evento, que se formulaban por el deponente ante el titular del registro.

En la filiación matrimonial, si bien se probaba el vínculo por el criterio registral del acta de nacimiento, que se constituía en título de estado familiar, también es cierto que la inscripción podía ser tardía²⁴ y llevada a cabo por el padre, la madre u otros interesados, circunstancias que, junto a la situación de filiación desconocida de los hijos ilegítimos mientras no fueran reconocidos, hacían permeable el sistema a la disociación entre la filiación certificada y su presupuesto biológico y a la falta de fiabilidad de los mecanismos legales para establecer la posición jurídica familiar de una persona (Bedrossian, 1999).

Desde la perspectiva de los hijos y sus circunstancias, el régimen de determinación legal de la maternidad del código velezano produjo como consecuencias legales el imposibilitar, en algunos casos, conocer sus orígenes y los datos de su identidad familiar y vivencial en las primeras etapas de su desarrollo como persona, que se relacionaban íntimamente con su dignidad personal y con la pérdida de derechos patrimoniales y alimentarios.

La exigencia del reconocimiento materno aparece como un requisito impropio del legislador decimonónico, teniendo en cuenta que la omisión de la madre de reconocer a quien gestó y dio a luz le generó al hijo una falta de emplazamiento familiar acorde con su generación, a partir de una actitud reticente sobre hechos patentes de fácil comprensión y que transcurrían durante un largo período de tiempo (Mazzinghi, 1985), siendo posteriormente reconocido el derecho a ser indemnizado por el daño causado por la pérdida de atributos de la personalidad.²⁵

Ello, en cierto modo, explica la posibilidad cierta de los partos “secretos” por el deseo de la mujer de ocultar o negar la maternidad, los múltiples “hijos expósitos o de maternidad desconocida” pese a su nacimiento en nosocomios públicos y, por último, la facilidad para inscribir el nacimiento de un hijo como propio sin serlo, que daba oportunidad de registrar vínculos adoptivos como filiación legítima o extramatrimonial.

24 Ver un caso de inscripción del natalicio 44 años después del nacimiento en la casa de la madre, que luego lo abandonó, en: Juzgado 1ª Instancia Civ. y Com. de 42ª Nominación de Córdoba, O., J. L. s/sumarias, 09/12/2013.

25 Cámara Nacional en lo Civil, sala B, F., M. B. c/R., Z. M. E., 20/02/2007, con comentarios favorables de Mazzinghi (2007) y Sambrizzi (2007).

El vínculo de filiación, cuando surgió como consecuencia de una certeza biológica y vivencial –como la maternidad a partir del parto, que asumieron el derecho indiano y sus antecedentes romanos–, se convirtió en un emplazamiento “obligatorio”, “fuente de deberes” hacia el hijo; en cambio, cuando el origen y la justificación tuvo un componente “voluntarista”, como la maternidad sujeta al previo reconocimiento del texto original del Código Civil, los efectos jurídicos de la relación llegaron a ser “un derecho” sobre el hijo (Rivero Hernández, 1997).

El *racconto* de la determinación de la maternidad en el texto original del Código Civil nos vuelve, paradójicamente, al futuro del derecho, donde se quitan vinculaciones filiales que se consideran un obstáculo para nuestras elecciones en todos los aspectos de nuestra vida o se retiran los impedimentos para obtener la maternidad del hijo deseado que se demanda, sin detenerse ante explotaciones de terceros, manías, narcisismos o dilemas de la industria reproductiva (Salecl, 2021).

La vuelta del “reino del individuo” y su “voluntad” del período de la codificación, del que emerge un soberano que perdió todo límite y sus vínculos familiares dejaron de tener consistencia, conserva únicamente al individuo sin sustentos esenciales personalistas o comunitarios, valorando sólo su autonomía y autodeterminación como única fuente de legitimidad jurídica (Puppink, 2020), convirtiendo, de ese modo, a los poderes políticos y fácticos de la sociedad en un derecho humano (Haaland Matlary, 2008).

Como establece un ordenamiento jurídico vigente, con más de 1500 años de aplicación ininterrumpida, es pésima clase de hombre a los fines comunitarios aquel que “su ley es la satisfacción de sus gustos: llaman santo a lo que se les ocurre o eligen, y consideran ilícito lo que no les gusta” (San Benito, 1996, cap. I, pp. 29-30).

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1899). Efectos del sistema federal en la unidad tradicional de legislación civil de las repúblicas de Sud América. En *Obras póstumas* (Tomo VII, pp. 280-342). Imprenta Alberto Monkes.
- Alberdi, J. B. (1920). Proyecto de Código Civil para la República Argentina. En Cabral Texo, J. (Comp.), *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino* (pp. 157-229). Jesús Menéndez editor.

- Alterini, J. H. (2005). Hacia la Recodificación Civil en la Argentina. En Alterini, J. H. I., Anaya, J., Bandieri, L. M., Barbieri, J., Bergoglio, J. M., Campos Fillol, A., Conte Grand, J., Cura Grassi, D. C., Estévez Brasa, T., Follari, R. S., Gandolfi, G., Iribarne, H. P., Limodio, G. F., Mazzinghi, J., Medrano, J. M., Montilla Zavalía, F. A., Pestalardo, S. P., Piaggio, A. N., Portela, J. G. (...) y Zecca, A., *La codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?* (Tomo III, pp. 191-202). El Derecho.
- Alterini, J. H. (2014). Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. Quid del llamado abuso del derecho. *La Ley 2014-C-1012*.
- Bedrossian, G. (1999). La verdad biológica en un caso de impugnación de maternidad. *La Ley Córdoba 1999-1471*.
- Beltz, W. (1996). *Los mitos egipcios*. Losada.
- Belluscio, A. (Dir.). (1979). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado* (Tomo 2). Astrea.
- Bidart Campos, G. J. (1979). Inscripción judicial de nacimiento de un hijo matrimonial por vía de información sumaria. *El Derecho 84-378*.
- Borda, G. A. (1977). *Tratado de Derecho Civil. Familia* (Tomo II, pp. 9-136). Abeledo Perrot.
- Borges, J. L. (1998). *En diálogo con Osvaldo Ferrari* (Tomo I). Sudamericana.
- Bossert, G. y Zannoni, E. (1987). *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Ley 23.264. Astrea.
- Busso, E. (1958). *Código Civil Anotado* (Tomo II). Ediar.
- Cabral Texo, J. (1920). *Historia del Código Civil Argentino*. Librería y casa editora de Jesús Menéndez.
- Casares, T. D. (1973). *La Justicia y el Derecho*. Abeledo Perrot.
- Cháneton, A. (1937). *Historia de Vélez Sársfield* (Tomo II). Librería y Editorial La Facultad.
- Claudiel, P. (1991). *La Anunciación a María*. Encuentro.
- Díaz Couselo, J. (2000). Pensamiento jurídico y renovación legislativa. En Academia Nacional de la Historia, *Nueva historia de la nación argentina* (Tomo V, pp. 363-403). Planeta.
- Díaz de Guijarro, E. (1948). La posesión de estado y la falta de nexo biológico por ser nulipara la mujer o por mediar incompatibilidad de grupos sanguíneos. *Jurisprudencia Argentina, 1948-I-302*.
- Díaz de Guijarro, E. (1961). Las modernas técnicas biológicas y los principios clásicos sobre la determinación de la filiación. *Jurisprudencia Argentina, 1961-II-3*.
- Díaz de Guijarro, E. (1965). Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna (La Filiación). *Jurisprudencia Argentina, 1965-VI-125*.
- Esquiú, M. (1958). *Cinco sermones celebres*. Ministerio de Educación y Justicia.
- Etala, J. (1964). La maternidad como contingencia social. *Jurisprudencia Argentina, 1964-VI-16*.
- Fleitas Ortiz de Rozas, A. (1986). La reforma del régimen de filiación. Determinación de la maternidad (segunda parte). *La Ley 1986-D-805*.
- Freitas, A. (1860). *Esboço*. Typographia Universal de Laemmert.
- Garriga, R. (1949). Impugnación de estado civiles sustentados en falsas inscripciones en el registro civil - medios de prueba. *Jurisprudencia Argentina, 1949-IV-386*.
- González, J. V. (1951). *Manual de la Constitución Argentina*. Estrada.
- Guastavino, J. (1898). *Notas al Código Civil argentino* (Tomos I y III). Félix Lajouane editor.
- Haaland Matlary, J. (2008). *Derechos humanos depredados. Hacia una dictadura del relativismo*. Cristiandad.

- Hadjadj, F. (2015) ¿Qué es una familia? Nuevo Inicio.
- Lewis, C. S. (2000). *Los cuatro amores*. Rialp.
- López del Carril, J. (1979). La filiación y la minoridad. *La Ley* 1979-A-688.
- López Moratalla, N. (2009). Comunicación materno-filial en el embarazo. *Cuadernos de Bioética*, XX(3), 303-315.
- Luna, F. (1992). *Fracturas y continuidades en la Historia Argentina*. Sudamericana.
- Llambías, J. J. (1978). La fecundación humana “in vitro”. *El Derecho*, 79-891.
- Llambías, J. J. (1982). *Código Civil. Anotado. Doctrina – Jurisprudencia* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Llerena, B. (1899). *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino* (Tomos I y II). Imprenta Jacobo Peuser.
- Machado, J. (1898). *Exposición y comentario del Código Civil argentino* (Tomo I). Félix Lajouane editor.
- Machado, J. (1903). *El Código Civil argentino. Interpretado por los tribunales de la República. Con notas originales* (Tomo I). Félix Lajouane & Cia. editores.
- Manili, P. L. (2022). *La etimología de los términos usados en la Constitución*. Rubinzal Culzoni, RC D 183/2022.
- Mazinghi, J. A. (1985). Filiación, normas, clave y trasfondo de un proyecto de ley. *La Ley*, 1985-D-1145.
- Mazinghi, J. A. (1995). Sobre la necesidad del reconocimiento materno. *La Ley*, 1995-B-304.
- Mazinghi, J. A. (2007). Exigencia de reconocimiento materno. *Doctrina Judicial*, 2007-II-674.
- Méndez Costa, M. J. (1986a). *La Filiación*. Rubinzal Culzoni.
- Méndez Costa, M. J. (1986b). Impugnación de la maternidad en caso de suposición de parto. *La Ley*, 1986-C-159.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2012). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Infojus.
- Mosset Iturraspe, J. (1979). Derecho sin ley (La costumbre como fuente). *La Ley*, 1979-B, 321.
- Negri, H. (2015). La claudicación de la cultura. Reflexiones en torno a la derogación del Código Civil argentino. *El Derecho*, 263-866.
- Pascal, B. (1998). *Pensamientos*. Cátedra.
- Pérez Gallardo, L. (2014). La gestación tras el diagnóstico neurológico de muerte: ¿gestación post mortem? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 11(44), 18-32.
- Perrino, J. (2017). *Derecho de Familia* (Tomo II, 1577-1847). Abeledo Perrot.
- Polotto, M. R. (2015). *Un código para el desierto argentino*. En Polotto, M. R., Keiser, T. y Duve, T. (Eds.), *Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX. Perspectivas globales sobre historia jurídica* (Tomo 2, pp. 245-273). Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo.
- Polotto, M. R. (2020). Saber jurisprudencial, derecho científico y soberanía legislativa. Reflexiones iushistoriográficas sobre el proceso de codificación civil en la Argentina (1852-1936). *Revista de Historia del Derecho*, (59), 37-77.
- Prayones, E. (1917). *Nociones de Derecho Civil, Derecho de Familia*. Otero & Cía. Impresores.
- Puppínck, G. (2020). *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Encuentro.
- Rivarola, R. (1901). *Instituciones del Derecho Civil argentino* (Tomo I). Imprenta Jacobo Peuser.
- Rivero Hernández, F. (1997). ¿Mater semper certa est? Problemas de determinación de la maternidad en el ordenamiento español. *Anuario de Derecho Civil*, 50(1), 5-96. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1997-10000500096.

- Salecl, R. (2021). *La tiranía de la elección*. Godor.
- Sambrizzi, E. (2007). Daños y perjuicios por la falta de reconocimiento de la hija por parte de la madre. *La Ley*, 2007-C-570.
- San Benito. (1996). *La Regla de los monjes*. ECUAM.
- San Juan de la Cruz. (2000). *Cántico espiritual*. Planeta.
- Segovia, L. (1881). *Código Civil de la República Argentina* (Tomo I). Pablo E. Coni editor.
- Tau Anzoátegui, V. (1977). *La codificación en la Argentina (1810-1870)*. Imprenta de la Universidad.
- Terán Lomas, R. (1962). La acción del artículo 261 del Código Civil y los delitos de supresión y suposición del estado civil. *La Ley* 106-442.
- Tocqueville, A. (1996). *La Democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.
- Varela, L. (1873). *Concordancias y fundamentos del Código Civil argentino* (Tomos I y V). H. y M. Varela editores.
- Vélez Sarsfield, D. (1865). *Proyecto de Código Civil para la República Argentina. Nota a S. E. el Sr. Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Dr. Don Eduardo Costa*. Imprenta de la Nación Argentina.
- Vélez Sarsfield, D. (1920). El folleto del doctor Alberdi. En Cabral Texo, J. (Comp.), *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino* (pp. 231-256). Jesús Menéndez editor.
- Vuillard, E. (2018). *El orden del día*. Tusquets.
- Zannoni, E. (1978). *Derecho de Familia* (Tomo 2). Astrea.
- Zannoni, E. (1979). La atribución de filiación respecto de padres ausentes o desaparecidos (comentario a fallo N° 2719 del Boletín ZEUS del 10-5-79). *Zeus*, 17, J35-J41.

Jurisprudencia citada

- Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Musacchio, Luisa Rodríguez Resua de c/Argerich, Luis Jorge*, 21/12/1937, *Jurisprudencia Argentina*, 60-843.
- Cámara Civil 1ª de Capital Federal, R., C. J. c/R., C. C. (suc.), 15/11/1948, *La Ley*, 52-719.
- Cámara Civil 1ª de Capital Federal, *Regueira de García c/Regueira*, 26/08/1929, *Jurisprudencia Argentina* 30-684.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala B, F., M. B. c/R., Z. M. E., 20/02/2007, *La Ley* 2007-C-569.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala C, D. P., J y otro c/D. P., A., 05/08/1954, *Jurisprudencia Argentina*, 1955-I-116.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala D, V., I. A. c/P., P. A., 15/06/1997, *La Ley*, 1998-C-748.
- Cámara Nacional en lo Civil, sala F, R. G. s/sucesión, 07/12/1983, *La Ley*, 1984-B-280.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *San Miguel, José S. s/recurso de amparo*, 11/05/1950, voto en disidencia del Dr. Tomás D. Casares, Fallos: 216:606.
- Juzgado 1ª Instancia Civ. y Com. de 42ª Nominación de Córdoba, O., J. L. s/sumarias, 09/12/2013, *Revista Derecho de Familia y de las Personas* 2014 (abril), 224.
- Juzgado 1ª Instancia, Civ. y Com., 13ª Nominación, Rosario, D., J. D. s/información sumaria, 21/12/1978, *El Derecho*, 84-378.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa 3.787, *Aldas, Tomasa c/Astovi-za, Matías (suc.) s/filiación natural*, 27/06/1961, en *Acuerdos y Sentencias* 1961-II-347.
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa C. 121.002, G., G. E. y otros c/*Sanatorio Azul S.A. s/daños y perjuicios*, 08/11/2017, voto del Dr. Héctor Negri.

LOS RETOS DE LA PRUEBA PERICIAL PARA ASEGURAR UN PROCESO NEUTRO: MITO Y REALIDADES DE LA TEORÍA PROCESAL

Juan Pablo Gómez Moreno

Universidad de los Andes. Universidad El Bosque
jggomez@adellmerizalde.com

Recibido: 01/10/2022

Aceptado: 10/02/2023

Resumen

Aunque la búsqueda de la verdad objetiva como el fin del proceso no es un asunto unánime en la teoría de la prueba, varios autores están de acuerdo en que los medios de prueba están encaminados a esclarecer los hechos detrás del proceso. Considerada en la teoría procesal como un mecanismo para garantizar un proceso justo e imparcial, se espera que la prueba pericial preserve, a través de la ciencia, la verdad objetiva de los hechos y el mejor entendimiento del caso por parte de los adjudicadores.

Este estudio cuestionará si, en efecto, esto ocurre en la práctica de la prueba pericial y qué retos supone la evidencia experta para alcanzar estas aspiraciones de neutralidad. En particular, el artículo mostrará cómo, dadas las características del proceso hoy en día, la prueba pericial está sujeta a factores externos y subjetivos que deben ser considerados, desmitificando algunas creencias comunes sobre su imparcialidad. Esto permitiría tener una mejor comprensión y una opinión crítica de la prueba pericial y su influencia en la toma de decisiones.

Palabras clave: derecho probatorio, proceso, prueba pericial, verdad objetiva, sesgos cognitivos.

The Challenges of Expert Evidence to Guarantee a Neutral Process: Myth and Realities of Procedural Theory

Abstract

Although the search for objective truth as the end of the process is not unanimously accepted in the theory of evidence, many authors agree that the means of proof are aimed at clarifying

the facts behind the process. Considered in procedural theory as a mechanism to guarantee a fair and impartial process, expert evidence is expected to preserve, through science, the objective truth of the facts and the best understanding of the case by the adjudicators.

This study will question whether, in fact, this happens in the practice of expert evidence and what challenges expert evidence poses to achieve these aspirations of neutrality. In particular, the article will show how, given the characteristics of the process today, expert evidence is subject to external and subjective factors that must be considered, demystifying some common beliefs about its impartiality. This would allow for a better understanding and a critical opinion of expert evidence and its influence on decision-making.

Key words: law of evidence, process, expert evidence, objective truth, cognitive biases.

1. Introducción

El lugar de los medios de prueba en los sistemas judiciales siempre ha sido preponderante, pues, a través de estos, se demuestran ante un ente decisorio los hechos de un caso (Couture, 1993, p. 405). Entre ellos, la prueba pericial juega un rol fundamental, pues involucra la participación de profesionales en distintas disciplinas que ofrecen su concepto profesional a los efectos de esclarecer las cuestiones técnicas de un caso (Peláez, 1973). Por lo general, estos temas representan dificultades de comprensión y análisis para un ciudadano promedio –en el caso de los miembros de un jurado– así como de operadores jurídicos (como apoderados de parte y jueces). En ese sentido, el rol de los expertos es crucial para entender la controversia.

Desde hace varios años, en la teoría de la prueba se ha debatido cuál es el fin del proceso judicial. Para algunos autores, la finalidad de este es la búsqueda de la “verdad material”, entendida como la certeza sobre cuál es la realidad de los hechos que dieron lugar a una controversia (Mancuso, 2015). Sin embargo, hay quienes se oponen a esta perspectiva y argumentan, en su lugar, que esta verdad es inexistente y que la única verdad de la que se puede hablar en el proceso es de la “verdad procesal”, es decir, aquella que surge como resultado del debate probatorio (Montero Aroca, 2019). De cualquier manera, incluso los autores que apoyan la segunda alternativa conceden que los medios de prueba y demás actuaciones del proceso están encaminados a esclarecer los hechos que subyacen a la controversia, no a ocultarlos.

Teniendo en cuenta lo anterior y para evitar entrar en la discusión sobre la verdad material y la verdad procesal, que no es el centro del presente ensayo, se entenderán indistintamente los términos “verdad” y “verdad objetiva” para referirse a la versión auténtica de los hechos en disputa en una controversia. Esta noción

de verdad aparece en varias doctrinas clásicas de la teoría jurídica, en particular en las corrientes positivistas, ya que si el derecho se puede comparar con una ciencia y este opera a través de un pensamiento formal, los procesos decisorios de jueces, jurados y árbitros –a quienes este artículo se referirá como los “adjudicadores”– serían el resultado de un razonamiento silogístico (Kelsen, 2009).

Antes de seguir, también es necesario aclarar a qué se refiere la “prueba pericial”. Según Vásquez (2018), este medio de prueba consiste en la declaración, sea oral o escrita, por parte de un experto o testigo con conocimientos especializados sobre los aspectos de una disciplina específica que están involucrados en determinado caso. Específicamente, este ensayo se refiere a la prueba pericial en el contexto del proceso adversarial, en el que este medio de prueba es usualmente aportado por iniciativa de las partes y no del sistema de justicia mismo, como ocurre en los sistemas inquisitivos (Taruffo, 2008).

En la medida que los medios de prueba contribuyen a esclarecer los hechos de un caso, estos funcionan al servicio de la verdad del proceso (Carnelutti, 1982, p. 70). De conformidad con lo anterior, el objetivo de la prueba pericial sería buscar la verdad del proceso, así como su “neutralidad”, lo que se reflejaría en una “decisión objetiva”. Además, como lo expresa este ensayo, la teoría probatoria ha caracterizado la prueba pericial como una expresión del vínculo entre la ciencia y el derecho, de manera que es a través de la evidencia experta que el conocimiento técnico se pone en función del proceso para alcanzar la verdad y, por consiguiente, la “justicia” en las decisiones.

Teniendo en cuenta las aclaraciones anteriores, este artículo se enfocará en mostrar que, aunque la prueba pericial pretende la verdad, neutralidad y objetividad en las decisiones de los adjudicadores –y en el proceso en general–, este medio de prueba también supone varios y significativos retos para obtener dichos objetivos. Puntualmente, este escrito ilustrará dicha problemática a partir de los planteamientos y hallazgos que la epistemología jurídica ha aportado al debate sobre la toma de decisiones. En particular, se prestará mucha atención a la doctrina sobre “sesgos cognitivos” para indicar de qué manera la prueba pericial, al dar pie a estos sesgos, puede hacer que la decisión de un adjudicador sea “subjetiva”.

Para lograr el objetivo planteado, el texto se divide en cuatro apartados adicionales. En el apartado 2, se analizarán tres pilares de un proceso neutro: la verdad, la objetividad de la decisión y el uso de la ciencia como guardiana de la neutralidad, así como el rol específico de la prueba pericial en estos. Aquí se probará que, en teoría, la prueba pericial busca facilitar alcanzar estos obje-

tivos. En el apartado 3, sin embargo, se cuestionarán estas premisas al ilustrar que, por una parte, estos objetivos son en realidad mitos de la teoría y, por otra parte, la prueba pericial puede dar lugar a importantes sesgos cognitivos en los adjudicadores.

Por último, en el apartado 4, se ofrecerán algunas reflexiones finales. Para empezar, se discutirá si, ante los puntos señalados con anterioridad, existen mecanismos que puedan hacer contrapeso a los retos de la prueba pericial y, de haberlos, cómo funcionarían. Posteriormente, se plantearán algunas discusiones pendientes, a efectos de ampliar el debate sobre los temas de este artículo. Finalmente, se mostrarán ciertos retos puntuales de la prueba pericial, como la potencial asimetría entre las partes, y se planteará de qué manera este medio de prueba, según su uso, puede contribuir a esclarecer un proceso o promover una teoría del caso específica.

2. Aspiración de un proceso neutro

2.1. Tres pilares del proceso neutro

2.1.1. Verdad como fin del proceso

En la literatura sobre epistemología jurídica, ha habido una extensa discusión sobre cuál es el fin de los procesos judiciales. Particularmente, este debate se ha dado en torno a la noción de “verdad del proceso” (Ferrer Beltrán, 2003). En ese sentido, una pregunta que se repite en estas disertaciones es si la verdad es o no un objetivo de los sistemas judiciales, incógnita que normalmente viene acompañada de otras preguntas como las siguientes: ¿es posible hablar de una verdad en el proceso judicial? ¿A qué se refiere exactamente este concepto? ¿Quién determina lo que es o no la verdad en un proceso?

Como se adelantaba en la introducción del ensayo, hay quienes, por una parte, creen que la verdad es el propósito mismo de un sistema judicial y que las dificultades epistemológicas para determinar con certeza si determinada premisa es verdadera o falsa no deberían afectar esto (Carnelutti, 1992). En otras palabras, para estos autores, el propósito del proceso y la posibilidad de que esta aspiración se materialice son cuestiones que deben distinguirse. La premisa deontológica que resulta de este pensamiento es que la tarea de los adjudicadores en un proceso debe ser llegar a dicha verdad.

De hecho, este planteamiento se condice con el lenguaje de muchas normas procesales. Por ejemplo, los artículos 86, 203, 220 y 221 del Código General del Proceso colombiano tratan las sanciones a los testigos por faltar a la “ver-

dad”. Asimismo, el artículo 203 de la misma norma indica que el deber del interrogado es “no faltar a la verdad”. De forma similar, según el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil chileno, la fórmula con la que se les toma juramento a los testigos es “¡Juráis por Dios decir verdad acerca de lo que se os va a preguntar?”¹

De hecho, esta creencia se alinea muchas veces con lo que han expresado los propios adjudicadores y otros operadores jurídicos, como apoderados de parte, en procesos de jurisdicciones distintas. En el caso de *State v. Emery*, el abogado de una de las partes afirmó durante los alegatos de conclusión que, en la medida en que el jurado dicta un “veredicto”, sus integrantes deben tener en cuenta que este término viene del latín *verdictum*, que significa “decir la verdad”. Las palabras exactas del apoderado fueron las siguientes:

(...) I want to talk to you right now [about] a Latin term, “verdictum.” The Latin term “verdictum” I’m told is the Latin root for the English word “verdict.” The literal translation of “verdictum” into the English language is to speak the truth. Your verdict should speak the truth (...) Members of the jury, I ask you, go back there to deliberate, consider the evidence, use your life experience and common sense, and speak the truth by holding these men accountable for what they did.

Autores como Cicchini (2017) han demostrado que la instrucción que suele darse a los jurados en los procesos que se llevan a cabo en sistemas de *common law* es que su veredicto debe buscar la “verdad”. Este punto se refleja también en la doctrina, que al referirse al “fin de la prueba”, como en el caso de Devis Echandía (1974), sostiene que “(...) la verdad es sólo una y lo que varía es el sistema real o formal de investigarla: (...) el fin de la prueba consiste en llevarle al juez la certeza (...) de la existencia o inexistencia de los hechos (...)” (p. 26).²

Por una parte, esto sugiere que la noción de verdad es inalterable y que se refiere al valor de verdad sobre la existencia o no de unos hechos. Desde el plano de la lógica formal, esto es algo que no tiene que ver con cuestiones como la argumentación o la subjetividad de un proceso decisorio, pues sería claro que un evento ocurrió o no (Frege y Poveda, 1984) y que, dependiendo de esta realidad, resultarían determinadas consecuencias jurídicas. Por otra parte, el fin de la prueba sería transmitirles este valor de verdad a los adjudicadores.

1 Énfasis propio.

2 Énfasis propio.

2.1.2. Decisión objetiva

Además de tratar de llegar a la verdad de los hechos, la teoría de la prueba ha estudiado *in extenso* el resultado del proceso. En particular, otro pilar del proceso es lograr que los adjudicadores emitan una decisión objetiva.

Ya antes en este escrito se ha hecho referencia al lenguaje de las normas y adjudicadores de varias jurisdicciones. Como se vio en acápites anteriores, estas referencias suelen estar enfocadas en la relación entre verdad y proceso. No obstante, también hay alusiones a la objetividad de las decisiones. A manera de ejemplo, en México se ha dicho que “el objeto del proceso penal es esclarecer los hechos, dado que es la verdad o falsedad de las afirmaciones relacionadas a los hechos que dieron motivo al conflicto penal lo que permitirá emitir decisiones judiciales sobre la base del conocimiento objetivo” (Universidad Nacional Autónoma de México, s.f., p. 33).³

El extracto anterior muestra que, además del debate sobre la verdad en el proceso, un punto fundamental en la teoría probatoria es que las decisiones judiciales estén fundadas en conocimientos objetivos. Esta aspiración de objetividad no es exclusiva de temas probatorios. De hecho, varios han estudiado cómo el derecho en general ha evolucionado en torno a la idea de objetividad (Bonorino, 2002). La filosofía jurídica, por ejemplo, muestra que gran parte de esta percepción surge del afán, desarrollado durante la Ilustración, de separarse de lo subjetivo y emocional por considerarlo inadecuado para estructurar un sistema de administración de justicia. El ejemplo clásico de esta idea es la máxima de Montesquieu según la cual “el juez es la boca de la ley”, que quiere decir que la labor de los jueces no es otra sino aplicar la norma y no mediar en ella o interpretarla de forma subjetiva (De la Torre, 2003).

En ese sentido, se hace necesario reiterar los postulados del positivismo jurídico sobre la manera en la que el adjudicador debe procesar las pruebas y aplicar el derecho. Como lo exponía Kelsen (2009), el derecho, al ser una ciencia, debe operar de acuerdo con las máximas del razonamiento deductivo: una unión de premisas lógicas que llevan a una conclusión silogística. En este contexto, la decisión del adjudicador es el resultado de un proceso de subsunción que se compone de tres partes: (i) un “supuesto de hecho”; (ii) un “supuesto de derecho” o “regla jurídica”; y (iii) una “consecuencia” (Iturralde, 1991, pp. 241-242). Como lo explica la doctrina, esto replica la estructura básica del silogismo, que es el modelo deductivo más conocido en la lógica formal y excluye cualquier elemento interpretativo (Woods y Grant, 2014).

3 Énfasis propio.

A continuación, se expone de manera práctica cómo opera este “silogismo jurídico”. Supóngase, por ejemplo, que un adjudicador se enfrenta a un caso de homicidio. En primer lugar, tendría que remitirse a una regulación indicativa de la respectiva conducta. Esta podría ser una disposición en el Código Penal que indicara algo como lo siguiente: “el que mate a otro incurrirá en prisión de tres a 15 años” (i – *supuesto de derecho/regla jurídica*). En segundo lugar, tendría que ver los hechos del caso concreto; digamos que se trata de un caso en el que un sujeto A mata a un sujeto B (ii – *supuesto de hecho*), entonces, para el adjudicador, el resultado natural de confrontar estas dos premisas sería que el sujeto A iría a la cárcel y que la duración de su condena sería de tres a 15 años (iii – *consecuencia*).

2.1.3. Ciencia: guardiana de la neutralidad

Con respecto a la relación entre prueba pericial y verdad, cabe decir que la primera opera como un mecanismo para alcanzar la segunda. En ese sentido, son esclarecedores los criterios establecidos en las reglas de evidencia de sistemas de *common law*, como es el caso de la legislación probatoria de Estados Unidos. En estos casos, las reglas estipulan que el testimonio experto asiste a los operadores judiciales en la determinación de los hechos. Lo anterior sugiere que el objetivo de quien toma la decisión es establecer una suerte de verdad objetiva y no meramente tomar una posición sobre la verdad procesal. Específicamente, en la Regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* se plantea lo siguiente:

If scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education, may testify thereto in the form of an opinion or otherwise, if (1) the testimony is based upon sufficient facts or data, (2) the testimony is the product of reliable principles and methods, and (3) the witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.

A partir de lo anterior, se puede deducir que, de una parte, los sistemas jurídicos tienen un interés en crear reglas de juicio para los adjudicadores sobre la forma en que deben relacionarse con el testimonio experto; y, de otra parte, estas reglas enfatizan la búsqueda de la verdad. Este objetivo se refleja también en la noción de que los adjudicadores deben alcanzar una decisión objetiva. Primero, se exige que haya una capacidad técnica y valorativa del experto en la

medida en que este debe ser una persona calificada “by knowledge, skill, experience, training, or education”. Segundo, el contenido sustancial de su opinión experta se debe soportar en criterios eminentemente racionales, que incluyen insumos como “sufficient facts or data” y procesos como “reliable principles and methods”.

Esto se expresa también en las reglas y mecanismos procesales más comunes para controvertir la prueba pericial. El abogado puede atacar la capacidad del perito para elaborar un dictamen, en cuyo caso buscará demostrar aspectos como la falta de idoneidad o credenciales, la desestimación de hechos o metodologías relevantes para su disciplina, la ausencia de neutralidad respecto del caso, entre otros (Miller, 1988). Esto muestra que la prueba pericial es entendida como un juicio que sólo puede proceder del hecho de que, quien lo emite, cuenta con la suficiente capacidad técnica para hacerlo.

Por ende, para que sea verdadero lo que el experto dice, este debe estar en condiciones de valorar, con un conocimiento especializado, una situación determinada que se relaciona con una o más cuestiones en torno a las cuales gira su experticia. Además, esto viene acompañado de una presunción adicional y es que los juicios del perito no contienen errores o, de tenerlos, estos son mínimos. De lo anterior se deriva que el testimonio experto refleja la creencia de que la verdad proviene del conocimiento técnico.

El abogado también puede ir contra el contenido mismo del dictamen pericial y desarrollar la tesis de que la valoración del experto es equivocada, para lo cual suele referirse a la opinión de otro experto que dice algo distinto (Willens, 1950). Supóngase que se trata de determinar la culpabilidad de un contratista por el derrumbe de un puente. El perito de la parte demandante rinde un concepto en el cual determina que el accidente ocurrió porque el contratista usó materiales de baja calidad, mientras que el perito de la parte demandada dice que esto sucedió por un fenómeno de la naturaleza que no es atribuible al contratista, sino a las propiedades físicas del terreno sobre el cual estaba el puente.

Este escenario plantea una situación diferente, pues la verdad ya no resulta *per se* de contar con las cualidades de un experto, sino que, incluso siendo producido por un experto, la prueba pericial puede no ser verdadera. Esta situación se explica a partir de la distinción entre la “verdad lógica” y la “verdad científica”. Como explica Smith (2012), para la lógica, el valor de verdad de una premisa viene dado por dos dimensiones: verdadero o falso. Por el contrario, para la ciencia, no hay verdad absoluta, sino una proposición más plausible y, por consiguiente, “más válida” que otra. Al respecto, la doctrina indica que “as

every scientist knows, validity is not a categorical conclusion” (Faigman et al., 2002, p. 25).

Además, hay que tener en cuenta que la verdad de una proposición científica no viene dada por las cualidades personales de quien la emite. Es decir, la idoneidad de un experto es un requisito para aceptar su pericia, pero lo que realmente determinará el valor probatorio de esta es, en esencia, su contenido. Es aquí donde radica el aspecto científico de la prueba pericial, que refleja, a su vez, la “técnica” o *lex artis* detrás del oficio de un perito. Esta *lex artis*, definida como la forma aceptada en la que se aplican los estándares y prácticas científicos en un ámbito del conocimiento (Seoane, 2022, p. 277), resulta clave para evaluar la validez de una pericia.

En este mismo sentido, como lo aclara Walton (2014), hay una diferencia entre la autoridad y la verdad de un argumento. El no diferenciar estos criterios y darle el carácter de verdadero o falso a un juicio por la autoridad de quien lo emite es una falacia *ad baculum* (Bermejo, 2008, p. 17). Por ejemplo, supóngase que un perito de altas cualidades académicas dijera que cuando se suelta un objeto en el aire, este no va a caer al suelo, mientras que el experto de la otra parte dice que esto contradice la ley de la gravedad. La búsqueda de la verdad como fin del proceso y el rol del testimonio experto supondrían creer la segunda premisa y desechar la primera, incluso si esta última fuera producida por un experto en física.

Esto es a lo que Miroli (2007) llama los “filtros epistémicos” (p. 22), que consisten en patrones de cognición a partir de los cuales la información es registrada, evaluada y aceptada o rechazada. En ese orden de ideas, de acuerdo con la teoría de la prueba y lo expresado en la mayoría de las regulaciones probatorias modernas, el centro de la prueba pericial y su carácter de verdadero o falso estará en el contenido de esta y no en las cualidades particulares de quien la emite. Además, reafirmando este criterio, dicha prueba deberá ser corroborada contra los métodos científicos y mejores prácticas de la disciplina respectiva. Es así como, en apariencia, la evidencia experta salvaguarda la neutralidad del proceso.

A partir de lo anterior, se puede concluir que, por una parte, en el proceso judicial, la verdad y la ciencia están intrínsecamente conectadas y, por otra parte, el derecho ve al perito como quien facilita la búsqueda de la verdad, pues los adjudicadores lo identifican con un vicario de la ciencia y, por tanto, un guardián de la neutralidad. Es por esto mismo que, como lo explican Faigman et al. (2002), el lugar de la ciencia en el derecho es preponderante y está intrínsecamente conectado con la prueba judicial y el concepto de verdad.

2.2. Prueba pericial, prueba “parcial”

2.2.1. (Inter)subjetividad del perito

Si la prueba está diseñada para contribuir al esclarecimiento de los hechos, los “medios de prueba” resultan fundamentales para tal fin. Estos son, en términos muy simples, distintas modalidades de prueba. A manera de ejemplo, los medios de prueba incluyen los documentos, los testimonios, la inspección judicial y, por supuesto, la evidencia experta o pericias que puedan aparecer de distintas formas, como dictámenes escritos o declaraciones orales.

Pero ¿cómo se relacionan los medios de prueba con la verdad del proceso? La doctrina ha indicado que los medios de prueba están encaminados a lograr la convicción de los adjudicadores y, por lo tanto, sería razonable asumir que todos ellos buscan esclarecer los hechos (Taruffo et al., 2008). En últimas, esto no es nada distinto de decir que los medios de prueba, al menos en un plano aspiracional, buscan aclarar la verdad.

En general, lo que esto quiere decir para la prueba pericial es que su propósito debe ser asistir al adjudicador en la búsqueda de la verdad. Esta es la métrica jurídica del presente artículo: al evaluar cómo funciona la prueba pericial en la práctica, un punto fundamental será revisar si esta efectivamente contribuye a este propósito o si, por el contrario, lo dificulta.

La prueba pericial es un medio de prueba especial porque implica la participación del perito, que es, en teoría, un tercero respecto al proceso. El testimonio, por ejemplo, suele involucrar a personas que tienen algún conocimiento directo de los hechos (Páez, 2014). Igualmente, la inspección judicial implica la participación de las partes y del adjudicador, ambos íntimamente ligados a la controversia. Al contrario, el perito es alguien que no tiene un conocimiento directo de los hechos ni un interés inmediato en el proceso (Aguirrezabal, 2011, p. 372).

Al ser un medio de prueba, la prueba pericial asume que, cuando un perito se pronuncia, le comunica la verdad al adjudicador. Pero, al mismo tiempo, el perito es un “sujeto”. Esta premisa, que parece simple y obvia, reviste la mayor importancia. Al compararla con medios de prueba como los documentos, que son neutros e inertes porque carecen de una subjetividad, la prueba pericial es única en su tipo. Los documentos no pueden decidir, de repente, que van a decir algo distinto de lo que las partes o alguien más plasmaron en ellos.

Esto es distinto con la prueba pericial. La evidencia experta no se puede fabricar a sí misma y tampoco existe con independencia del proceso, no puede ser encontrada reposando en un escaparate. Al contrario, la pericia debe ser comisionada y, en el caso especial del proceso adversarial, de esto se encargan

las propias partes. Por tanto, esta evidencia no transmite un hecho o un conocimiento de forma literal, sino que, al involucrar un proceso de intermediación de un tercero, viene afectada por una interpretación específica.

Como lo describen algunos autores, la verdad misma, si fuera vista como una dicotomía entre si un hecho es verdadero o falso, no admitiría interpretación. Sin embargo, en el caso de la prueba pericial, esto sería –por definición– impracticable. Por ende, los peritos no comunican exactamente la verdad; lo que hacen, a lo sumo, es rendir una opinión técnica o libre de prejuicios. Así, al eliminar el factor subjetivo, puede decirse que lo que pretende la prueba pericial es alimentar la pretensión de objetividad de la decisión, es decir, que esta se base en hechos y en razones y no en pautas arbitrarias.

A diferencia de sistemas inquisitivos, en los cuales el experto es convocado al proceso a partir de una lista pública de la administración de justicia y rinde cuentas exclusivamente a la rama judicial, en el sistema adversarial cada parte puede seleccionar a su propio experto, prepararlo y llevarlo al juicio (Villar Carbonell, 2018). En teoría, si bien las partes tienen cierto control al seleccionar a los peritos, este es limitado, ya que no tienen la capacidad de determinar el contenido de los dictámenes porque estos están al servicio de los adjudicadores y no de las partes. Esto cumpliría las aspiraciones de objetividad y neutralidad antes discutidas.

Sin embargo, la práctica sugiere algo distinto. Frente a la neutralidad de la prueba pericial, es importante tener en consideración varios aspectos de un proceso adversarial que podrían distorsionar la caracterización de la pericia como un puente entre la ciencia y la verdad. Para empezar, un punto sumamente relevante es el desempeño del perito. A diferencia de un perito convocado directamente por los adjudicadores, sobre el perito contratado por las partes recae una cierta expectativa de un trabajo satisfactorio porque de eso dependen factores exógenos al proceso, como su reputación y contratación futura.

Además, estos peritos no llegan al proceso con una expectativa indirecta de realizar un trabajo adecuado, sino que han sido sujetos a alguna intervención previa de la parte que los ha convocado. Así, dos variables que entran en el panorama son la contratación y la preparación del perito por la parte que lo contrató (Vásquez, 2015, p. 112). En varias jurisdicciones y foros de solución de disputas, será común que los peritos deban preparar informes escritos en los que planteen su posición sobre el caso. Asimismo, la entrega de soportes y las instrucciones para la elaboración de esos informes estarán en control de la parte que los contrate.

Adicionalmente, dada la naturaleza oral del proceso, que es cada vez más común en la práctica de pruebas de distintos sistemas jurídicos (Cascante, 2003,

pp. 9-10), los peritos tendrán que presentar sus opiniones en audiencia. Así, a efectos de asegurar que los peritos tengan un buen desempeño en estos ámbitos, es común la práctica de simulaciones de audiencia, en las que ellos puedan presentar sus conclusiones y anticipar las preguntas a las que serán sometidos en los contrainterrogatorios de la contraparte. Estas instancias también serán presididas por la parte que los contrató, lo que implica un trato directo con ellos que, aunque no implica necesariamente que sus opiniones serán viciadas –lo que sería contrario a reglas procesales y éticas–, indudablemente puede tener un impacto en ellas.

En ese sentido, aunque pueden ejercer su labor de manera independiente, los peritos no acuden al proceso con una *tabula rasa* frente a las teorías del caso de las partes o las respuestas que construyen el camino en la dirección hacia la que una y otra parte quieren llevar a los adjudicadores (Friedenthal, 1962, p. 481). Por el contrario, estos expertos son preparados con anterioridad por las partes, e incluso si no fueran dirigidos a contestar de una manera específica, ya han sido expuestos a contenidos como los argumentos de ambas partes y a las preguntas que podría formularles la contraparte, entre otros. Esto es, en últimas, un proceso de interacción múltiple, compleja y directa entre el perito y la parte que lo contrata, que este artículo denomina la “intersubjetividad del perito”.

La doctrina ya ha estudiado y puesto de presente este fenómeno, que ocurre cuando una persona se expone a que le expliquen, una y otra vez, un solo punto de vista sobre una secuencia de hechos. De nuevo, esto no quiere decir que el perito vaya a mentir para favorecer a una parte o que los abogados de esta parte lo hayan obligado a rendir un concepto con el que no esté de acuerdo. No obstante, la influencia implícita de esta narrativa es un hecho que no puede descartarse al momento de evaluar cómo este medio de prueba moldea la verdad que se les presenta a los adjudicadores de una disputa. Frank (1950) explica esta cuestión refiriéndose al caso de los testigos fácticos en los siguientes términos:

But much inaccurate testimony, not to be classified as perjurious, results from a practice that is not dishonest: Every sensible lawyer, before a trial, interviews most of the witnesses. No matter how scrupulous the lawyer, a witness, when thus interviewed, often detects what the lawyer hopes to prove at the trial. If the witness desires to have the lawyer's client win the case, he will often, unconsciously, mold his story accordingly. Telling and re-telling it to the lawyer, he will honestly believe that his story, as he narrates it in court, is true, although it importantly deviates from what he originally believed. So we have inadvertent but innocent witness-coaching. (p. 86)

De tal forma, este artículo no considera la pregunta sobre si la opinión de los peritos es directamente afectada por las partes que los contratan, lo que, por lo demás, requeriría un soporte empírico impracticable, pues habría que acceder a interacciones íntimas y confidenciales entre estos actores. Sin embargo, la presente investigación abre a consideración del lector la pregunta sobre si, ante el hecho indiscutible de que la intersubjetividad del perito es una realidad, es decir, que existen unas interacciones significativas del experto con la parte que lo contrata y su teoría del caso, esta podría afectar de alguna manera la imagen de neutralidad que la doctrina clásica ha construido en torno a la prueba pericial.

Otro punto a tener en cuenta para reflexionar sobre esta pregunta es la relación adversarial que el proceso, por su naturaleza misma, crea entre el perito de una parte y los apoderados de otra, por ejemplo, a través de una figura como el conainterrogatorio. Lo anterior es muy importante, pues, como explica Applegate (1989), al ser sometido a un entorno de escrutinio, la respuesta natural de un interlocutor es la de asumir una posición defensiva y justificativa, con lo que podría pensarse que un sujeto como el perito no contestará necesariamente bajo reglas científicas, sino con la suspicacia propia de quien recibe una serie de preguntas orientadas a cuestionar sus credenciales o sus conclusiones técnicas.

¿Qué quiere decir esto, entonces, para las aspiraciones de verdad, objetividad y neutralidad del proceso que persigue la prueba pericial? Parecería que esta realidad supone importantes retos para estos pilares. Asimismo, atendiendo a estas consideraciones, otro objetivo que se afecta es la supuesta espontaneidad de las respuestas del perito (Arce y Fariña, 2012), pues lo cierto es que, entre la presentación de un informe y la audiencia, el experto habrá tenido, en la mayoría de casos, la oportunidad de anticipar el conainterrogatorio.

2.2.2. Impracticabilidad del silogismo jurídico

En el apartado 2.1.2 *supra*, se discutió cómo parte de la pretensión de una decisión objetiva es que esta resulte de un ejercicio silogístico. De esta forma, los adjudicadores pueden asegurarse, al menos en apariencia, de que su decisión se basó en procedimientos lógicos, eliminando así las variables subjetivas. Este silogismo jurídico, como se puede apreciar, es en extremo simple y, desde años atrás, se ha cuestionado si acaso sólo puede servir para resolver “casos fáciles”, en los que las variables de análisis son pocas y los hechos son claros.

Por oposición, los “casos difíciles” involucrarán dos o más problemas jurídicos, mayores entramados normativos y, con seguridad, un sustrato fáctico mu-

cho más complejo. Es en estos escenarios, precisamente, que el adjudicador va a requerir muchas veces valerse de conocimientos expertos o, en otras palabras, de pruebas periciales. Pero éstas no podrán, por lo general, enmarcarse en un razonamiento tan sencillo que, como es el caso del silogismo, sólo admite una solución correcta.

Como lo explica Hand (1901), la prueba pericial trae consigo una anomalía inherente a sí misma y que necesariamente colapsa el esquema ideal del razonamiento deductivo. Mientras que, en la declaración de un testigo fáctico, los adjudicadores sólo obtienen hechos planos o premisas menores que pueden luego interpretar bajo reglas de la experiencia, con un perito están obteniendo nuevas reglas (p. 53). Esto no quiere decir nada distinto de que la prueba pericial, al menos en la generalidad de los casos, supone el fracaso del silogismo jurídico y, junto con este, la de una decisión objetiva.

2.2.3. Ciencia: la teoría más persuasiva

Como se sugería en el apartado 2.3 *supra*, los debates probatorios sobre aspectos técnicos no se concentran en cuestiones axiomáticas de la ciencia, tales como si existe o no la gravedad, sino en lo que Hart (2011) llamaba la “parte oscura” del derecho, es decir, los detalles más complejos de los casos difíciles. En estos casos, como se ha explicado antes, no basta una subsunción entre un hecho y una regla para tomar una decisión. Por el contrario, se trata de asuntos que no han sido demostrados de manera irrefutable o que admiten interpretaciones y posturas diferentes por parte de los adjudicadores e incluso de los expertos. Para entender este punto, hay que aclarar que, de una parte, distintos expertos –incluso basados en la misma ciencia– pueden llegar a resultados diferentes, y, de otra parte, en la comunidad científica misma, la integración y aprobación del conocimiento está basada en la “ciencia más plausible” y no en la “más verdadera”.

La filosofía de la ciencia ya ha demostrado la falsedad de la creencia de que las ciencias son disciplinas construidas en torno a postulados inamovibles o silogísticos. Como lo explica Oreskes (2004), las verdades de la ciencia en el mundo moderno están estructuradas con base en consensos formados a partir de argumentaciones “abductivas” y no deductivas, lo que quiere decir que la teorías científicas no se elaboran a partir de axiomas, sino de inferencias que surgen de explicaciones que, en principio, buscan “darles sentido” a ciertos fenómenos.

Lo anterior da pie a que, en el marco de un proceso judicial o cualquier disputa similar, los expertos puedan construir tesis diferentes sobre la aplicación de una disciplina, haciendo que sus métodos o conclusiones sean contrarios entre sí e incluso distintos de la tendencia predominante en determinada comunidad científica, sin que esto afecte la validez de su opinión experta. De hecho, estas formulaciones opuestas pueden constituir dos pruebas periciales completa e igualmente válidas. Y, en este caso, la pregunta que persiste es ¿cómo deben los adjudicadores dirimir esta diferencia y adoptar una explicación sobre otra?

En estos casos, no hay una correspondencia exacta entre el estándar de prueba de la comunidad científica y el estándar de prueba de la comunidad judicial. Como dice Perelman (1967), la audiencia determina el resultado de un ejercicio argumentativo, por lo cual un perito podría adoptar una posición minoritaria en cierta disciplina técnica y, con audacia suficiente, convertirla en una exposición convincente y razonable. Desde este punto de vista, la lógica, fundamental para una decisión objetiva, no será el criterio preponderante del adjudicador para valorar la información técnica de la pericia, sino que dependerá de otros factores, por ejemplo, la forma en que se le presente esta información.

Para terminar, hay que tener en cuenta que, cuando se presenta una pericia en un proceso, esta no será revisada por la “comunidad científica”, lo que restringe la revisión por pares o *peer review*, que es un proceso que, en estas disciplinas, permite verificar la validez de las formulaciones científicas (Scott, 2007). Más bien, quienes quedan con la carga de ejercer este contrapeso serán otros miembros del proceso, como los peritos de la otra parte, los apoderados y los propios adjudicadores. Sin embargo, la capacidad de cuestionamiento de estos actores en materias técnicas puede ser en extremo limitada.

Todo lo anterior implica que, de repente, la ciencia como guardiana de la neutralidad del proceso toma una forma distinta y pasar a ser aliada de quien pueda ofrecer la explicación más persuasiva. El rol del perito en este proceso es fundamental. Por ejemplo, en ambientes donde los expertos técnicos se dedican profesionalmente a rendir informes en cierto tipo de disputas, un aspecto que puede ser decisivo es el *ethos* de uno y otro perito. Este *ethos* se refiere a la identidad del perito dentro de determinada comunidad de práctica, que resulta, a su vez, en la impresión sobre si este es o no una “autoridad” en la materia (Krieger, 2009).

3. Sana crítica y sesgos cognitivos

3.1. De la verdad material a la sana crítica

En el apartado 2.1.1 *supra*, así como en varias partes de este escrito, se ha tomado como punto de partida que la verdad es el fin del proceso. En la actualidad, un referente que ilustra claramente esta afinidad entre el proceso y la noción de una decisión objetiva, así como el rechazo a lo subjetivo, son las reglas procesales sobre la anulación de decisiones. Por ejemplo, el Estatuto Arbitral colombiano establece como causal de anulación de un laudo el que este haya sido decidido “en conciencia o equidad”. Según la doctrina, este literal se refiere a decisiones arbitrarias, adoptadas sobre la base de criterios discrecionales, como una noción personal de justicia adoptada subjetivamente por los árbitros.

Lo mismo ocurre en el plano internacional. Este es el caso, por ejemplo, de la Convención de Nueva York, el instrumento más importante para la ejecución de laudos internacionales (Kronke et al., 2010). Este tratado establece las causales para el no reconocimiento de una decisión de este tipo e incluye entre estas la falta de motivación de la decisión respectiva por parte de los árbitros. De esta forma, la ausencia de una carga argumentativa se pone a la par de una decisión arbitraria, sin motivar o insuficientemente motivada. Este es también el caso del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, que dispone una causal similar, igual que ocurre con varias jurisdicciones.

Este aprecio por las decisiones objetivas no se limita a este tipo de reglas. Otro escenario en el que son comunes estas expresiones es en las estipulaciones normativas sobre los “estándares de valoración de la prueba”. Como los define la doctrina, estos son los criterios usados por los adjudicadores para aproximarse a las pruebas e interpretarlas (Nieva, 2010). Antes, los estándares comunes eran la capacidad persuasiva o la convicción íntima del adjudicador, quien no era un operador jurídico técnico, sino alguna personalidad distinguida o poderosa. Ahora, por el contrario, la mayoría de los sistemas judiciales adoptan estándares de valoración que apelan claramente al deseo de un proceso objetivo.

Por ejemplo, en el Código General del Proceso colombiano, la regla de apreciación de la prueba por excelencia es la “sana crítica”, contenida en el artículo 176. Para muchos autores, este estándar es revolucionario en el derecho probatorio porque dejó atrás criterios antiguos, como la “íntima convicción del juzgador” o la “persuasión de la parte”, decantándose por una alternativa en la que prevaleciera la ponderación racional de la evidencia disponible. Sin embargo, es probable que el estándar de la sana crítica también incorpore un cambio

de paradigma hacia nociones donde la prueba y el proceso dan un espacio al carácter subjetivo de los adjudicadores.

Esto se remonta a la evolución que ha tenido el concepto de verdad en la teoría de la prueba. A pesar de las pretensiones de objetividad, en los últimos años algunos doctrinantes escépticos han planteado que la noción de verdad material es desatinada y, más bien, han distinguido entre la verdad material y la verdad procesal, argumentando que los adjudicadores nunca podrían alcanzar una verdad objetiva porque el conocimiento completo de los hechos sólo lo pueden tener quienes los presenciaron o vivieron directamente (Ferrer, 2003, p. 62).

En esta misma línea de pensamiento, otra doctrina afirma que el fin del proceso es que las partes discutan sobre “hechos inciertos” y, a partir de sus argumentos, les den a los adjudicadores una “noción” de certeza (Cornejo Aguiar, 2020). Estas posiciones se relacionan de cerca con teorías recientes sobre la argumentación en el proceso, que indican que el resultado de una controversia lo definen, en últimas, las alegaciones de las partes en el juicio y no los hechos (Tuzet, 2013), llegando a reconocer que la teoría del caso puede ser sustancialmente distinta a los hechos.

Esto es propio de los sistemas adversariales, por oposición a los inquisitivos, donde el contrapunteo entre los alegatos de dos o más partes es lo que le da movimiento al proceso. Así, en la medida que las partes son quienes tienen la carga de probar sus alegaciones y de refutar las de su contraparte, el centro del proceso será lo que las partes afirmen y no unos hechos a los que el adjudicador no tiene acceso directo. Además, en la medida que las pruebas son el vehículo que tienen estos adjudicadores para hacerse una idea de los hechos, la forma en que sean presentadas afectará radicalmente la decisión (Rivera, 2011, p. 25).

De hecho, varios autores argumentan que la noción formalista de verdad del proceso ha mutado en una figura distinta, definida por la realidad práctica del proceso (Frank, 1950). A diferencia de la verdad objetiva reflejada en los principios legales y las reglas jurídicas de varios sistemas probatorios, esta verdad práctica es el resultado del ejercicio persuasivo que tiene lugar en un litigio (Gaines, 2016). Esto no implica que haya desaparecido la aspiración de una verdad material, pero esta ha sido intercambiada a conceptos intermedios –y más accesibles a los adjudicadores–, como la idea de llegar a una decisión mediante una “sana crítica”.

Este recuento histórico y conceptual de la verdad objetiva y las teorías y reglas sobre el derecho probatorio parecería sugerir que, al alejarse de una noción

irrealizable de verdad, las aspiraciones de neutralidad del proceso se verían reducidas. No obstante, como se discutirá en el próximo apartado de este artículo, es precisamente en conceptos como la sana crítica que es posible identificar aún una pretensión de objetividad del proceso y, de hecho, nociones como esta hacen más interesante explicar otros retos de la prueba pericial en la valoración de una disputa y la toma de decisiones por parte de los adjudicadores.

3.2. Sesgos cognitivos: una realidad ineludible

Los adjudicadores tienen muchas formas de tomar decisiones según factores como el tipo de proceso y la jurisdicción respectiva. En realidad, no hay forma de tener certeza sobre cuál es el proceso exacto que cada adjudicador sigue para llegar a una decisión. Como lo confirman las investigaciones más recientes al respecto, es probable que este proceso involucre en gran medida aspectos tanto racionales como subjetivos. Esto no quiere decir que los adjudicadores no puedan decidir con base en razones, sino que, incluso de manera desapercibida, hay factores externos que afectan sus decisiones.

A pesar de lo anterior, conocer esos procesos decisorios es uno de los objetivos principales de las ciencias cognitivas aplicadas al derecho. Y es justo este enfoque de investigación el que hace posible evaluar cómo la prueba pericial puede afectar el esclarecimiento de la verdad y la toma de decisiones presuntamente objetivas. En este contexto, los acápites siguientes presentarán algunas de las principales explicaciones que, según la literatura, dan cuenta de los procesos de toma de decisiones de un adjudicador, comparándolas con los elementos de la sana crítica. En particular, este artículo se enfocará en las teorías sobre los “sesgos cognitivos”.

3.2.1. Reglas de la técnica: el experto como director del proceso

Según la doctrina, hacen parte de la sana crítica las reglas de la lógica, de la experiencia, de la técnica y otras, según sea el caso (Maturana Baeza, 2014). Para efectos de este artículo, se tendrán en cuenta estos tres grupos de reglas.

Para empezar, las reglas de la lógica pueden ser aprendidas y aplicadas con relativa facilidad por cualquier adjudicador. Los jueces y árbitros, que suelen estar entrenados en escuelas de derecho, por lo general han estado expuestos a estos conocimientos, ya que estos son esenciales para su práctica profesional y suelen incluso ser parte de los currículos académicos universitarios. Por otra

parte, los ciudadanos del común, como es el caso de los integrantes de un jurado, también pueden tener formación, cuando menos, en lógica básica.

Lo mismo sucede con las reglas de la experiencia, pues cualquier adjudicador sometido a un fenómeno como la gravedad podrá ser consciente de la existencia de este. Ahora bien, el caso de las reglas de la técnica, que pueden incluir el conocimiento científico de una disciplina, es distinto a los dos anteriores. En este contexto, la figura del perito surge precisamente porque los adjudicadores son conscientes de que no poseen las cualidades suficientes para decidir, con sus solos saberes en lógica o reglas de la experiencia, asuntos de alta complejidad técnica.

En principio, el perito domina este capital técnico, pues sabe algo que los demás integrantes del proceso ignoran, de manera que puede interpretar la evidencia, asignando valores de verdad a ciertas premisas. Esto es así porque, en estos casos, los adjudicadores no cuentan con filtros epistémicos suficientes para someter a evaluación lo que el perito dice, como ocurre con otro tipo de conocimiento que puede ser revisado mediante las reglas de la lógica (Miroli, 2007), por ejemplo, una contradicción o ambigüedad del lenguaje:

The obvious problem, one frequently noted, is that judges must become junior scientists in order to try to apply the normative standards of the scientific community. This is a task that some judges are probably incapable of performing adequately, and one certainly that some judges believe they are incapable of performing adequately. (Nance, 2003, p. 202)

Esto no da mucho margen de maniobra de los adjudicadores frente al contenido sustancial la evidencia experta. Como lo expresa Breyer (1986), si bien los adjudicadores especializados como jueces y árbitros son expertos en derecho, no lo son en disciplinas técnicas. Así, la sola libertad que tienen los expertos para producir un concepto que no es controlable del todo, los puede hacer *de facto* directores del proceso, pues sus opiniones, al menos en la dimensión técnica, coordinarán las creencias de la audiencia sobre una determinada narrativa.

Esto cobra mayor importancia según la complejidad del objeto de un debate probatorio. Si la capacidad persuasiva de la prueba pericial depende del carácter especializado de un asunto, cuanto más técnico sea este, mayor será el margen de acción que tendrá el experto. Esto es así porque le resultará más difícil a la audiencia del proceso entender lo que dice el perito y activar sus filtros epistémicos. Como lo explica Foad (2010), esto sucede porque el público no experto tiene lo que se conoce como una “brecha de familiaridad” con el contenido.

Adicionalmente, como se trata de cuestiones que admiten un mayor margen de interpretación porque corresponden a casos más difíciles, la discrecionalidad del experto en estas situaciones se verá incrementada. Si bien puede resultarle más o menos sencillo a un adjudicador seguir una explicación técnica relacionada con disciplinas familiares como la matemática, por ejemplo, en el caso de la contabilidad, existen áreas del conocimiento –como la genética– que pueden suponer mayor complejidad y, por ende, más exposición a los sesgos cognitivos.

A manera de ejemplo, los conceptos expertos sobre ADN en casos de derecho penal han sido resaltados por la doctrina como contenidos altamente complejos que pueden ser difíciles de entender para los jurados (Dartnall y Goodman-Delahunty, 2006). En tales circunstancias, la idea de los hechos que se representan estos adjudicadores puede depender casi totalmente de la historia que pueda contarles un perito: si resulta fácil de entender, si las piezas de la narrativa hacen sentido juntas, en fin, de los distintos elementos de los sesgos cognitivos.

3.2.2. Persuasión pericial y sesgos cognitivos

En un proceso contemporáneo, la dinámica esencial del pleito es la de dos partes que se enfrentan entre sí para lograr convencer a uno o más adjudicadores de sus respectivos casos (Taruffo, 2008). Para ello, cada parte, representada por un abogado, construye lo que se conoce como una “teoría del caso”, que es una tesis favorable para sí misma que estará soportada en interpretaciones de la evidencia y demás elementos del debate probatorio (Barrett, 1962). Según este modelo, las ciencias cognitivas consideran que los adjudicadores seleccionarán la versión de los hechos que se adapte mejor a su proceso de cognición (Pennington y Hastie, 1993).

El punto esencial de esta explicación es que los procesos de pensamiento de los adjudicadores están estructurados de manera tal que siguen patrones gobernados por variables como la temporalidad de los hechos y las relaciones causales. Esto quiere decir que, por ejemplo, a la audiencia le resulta más fácil entender una historia cuando se cuenta en orden cronológico o cuando la secuencia de hechos tiene sentido. Estos procesos cognitivos serían los que definirían, en un nivel inconsciente, por qué una teoría del caso prevalece por encima de otra, pues el adjudicador se decantará por la posición que entiende mejor y le resulta más coherente, plausible, integral y, en general, más fácil de creer.

Por una parte, los estudios sobre el aprendizaje y la cognición han determinado que el pensamiento causal es preferido generalmente para darle sentido a una ex-

plicación. De igual manera, las narraciones ordenadas y debidamente concatenadas son más efectivas para generar recordación a largo plazo. Por otra parte, esto se confirma en las prácticas del mismo ámbito jurídico. El caso típico es la teoría de la “argumentación en juicio” o *trial advocacy*, que pone especial énfasis en que los abogados sean capaces de elaborar narrativas debidamente contadas y, por ende, hagan un esfuerzo deliberado y constante por producir teorías del caso persuasivas. Esto ha hecho comunes prácticas como la selección de jurados y la simulación de audiencias para evaluar la efectividad de un discurso (Penrod et al., 1979).

Ahora bien, como señala Kern (2013), este modelo explicativo parte del supuesto de una actitud comprometida por parte del jurado frente al proceso y frente al contenido expresado por las partes. En concreto, es necesario que los jurados se comprometan con la información presentada y que se tomen en serio el trabajo de atender a lo que se les dice, mantener la concentración y seguir las ideas expresadas en un juicio. Una dificultad de este modelo es que, por la naturaleza de estos procesos, la actividad de un adjudicador se torna tediosa, siendo reemplazada por otros sesgos cognitivos fuera del alcance del presente artículo, como cuestiones de género y raza.

Sin embargo, cuando se presenta esta situación, también pueden aparecer otras variables, como el *ethos* de la parte narrando una teoría del caso o la capacidad de contar una versión de la historia de manera más simple. Como ya se indicó, estos supuestos plantean retos particulares en el caso de la evidencia experta, donde las credenciales o habilidad del perito pueden ser determinantes. Lo que está detrás de estas situaciones es que, si el proceso busca una verdad objetiva o una decisión justa por parte de los adjudicadores, este tipo de variables en la toma de decisiones ponen en duda si tales aspiraciones son un mito.

Esto no solo aplica al hipotético de peritos audaces con grandes habilidades narrativas, sino que también pone en duda la contaminación de una pericia que si bien puede ser de gran calidad técnica, resulta siendo percibida de manera negativa por la forma en la que se explica. En ese sentido, y como lo indica Casson (1979), es muy probable que, al igual que sucede con los testigos fácticos, un perito muy capaz o preparado diga la verdad, pero no la sepa expresar y caiga ante la manipulación de un abogado o ante la presión de una audiencia, lo que resulta en una percepción negativa por parte de los adjudicadores:

Counsel and court find it necessary through examination and instruction to induce a witness to abandon for an hour or two his habitual method of thought and expression and conform to the rigid ceremonialism of court procedure. It is not strange that frequently truthful witnesses are [...] misunderstood, that they

nervously react in such a way as to create the impression that they are either evading or intentionally falsifying. It is interesting to account for some of the things that witnesses do under such circumstances. An honest witness testifies on direct examination.

He answers questions promptly and candidly and makes a good impression. On cross-examination, his attitude changes. He suspects that traps are being laid for him. He hesitates; he ponders the answer to a simple question; he seems to 'spar' for time by asking that questions be repeated; perhaps he protests that counsel is not fair; he may even appeal to the court for protection. Altogether the contrast with his attitude on direct examination is obvious; and he creates the impression that he is evading or withholding.

En ese sentido, la naturaleza de la prueba oral hace que otros factores ingresen al procesamiento informativo y la valoración de la prueba en el caso de la evidencia experta. Puede que, para cierta doctrina, esto sea natural e inevitable, como ocurre con los testigos fácticos. Sin embargo, hay una diferencia fundamental entre un testigo y un perito, y es que en los segundos se busca una experticia y no una apreciación personal de hechos porque, en teoría, el valor agregado de los peritos no es la certeza con la que se expresan o la capacidad recordatoria sobre unos hechos, sino una evaluación técnica y objetiva.

La contaminación que puede surgir de la oralidad del proceso se torna en un aspecto problemático para una pericia. A manera de ejemplo, la conocida investigación de Sundby (1997, p. 1123) sobre peritos en procesos penales en Estados Unidos demuestra que los jurados suelen tener una opinión marcada sobre los expertos, lo que, a la larga, puede impactar significativamente el sentido de la decisión. De esta manera, preguntas que inicialmente versaban sobre variables objetivas, como la aplicación de una regla técnica a un supuesto de hecho, transitan hacia factores distintos, como quién expresa mejor una teoría.

4. Conclusiones

Es entonces claro que la dinámica adversarial, extendida al caso de la prueba pericial, genera unos retos importantes para lograr los objetivos del proceso, cuando menos, respecto a la búsqueda de algunos valores como la verdad, la neutralidad y la objetividad. Puntualmente, la forma como se practica este medio de prueba en un juicio oral pone en duda el mito sobre la relación armónica entre ciencia y prueba, pues el experto se encuentra inmiscuido en una serie de circunstancias en las que su valoración de la prueba no pareciera basarse meramente en la técnica, sino en otros factores que afectan su pericia.

Estos elementos exógenos a la ciencia pura han sido comentados en este escrito e incluyen aspectos como el factor interpretativo que el perito, como sujeto, le aporta a la apreciación del caso, su interacción con la parte que lo convoca o su exposición previa a los argumentos y pruebas de la controversia. Si bien lo más común en la práctica es que los peritos realicen su labor atendiendo a su mandato de ser objetivos y servir al proceso, tratando siempre de mantenerse imparciales e independientes –pues en esto reside su credibilidad como profesionales–, hay condicionantes de la realidad práctica que no pueden ser evitados.

Como es natural, esto incluye componentes que inciden en la actividad de un perito a nivel inconsciente, como ocurre con cualquier integrante del proceso. Pero lo cierto es que la dinámica adversarial también implica que los peritos son traídos al proceso por partes que tienen intereses propios y contrapuestos. Y que, para no ir más allá, estos expertos desarrollan hoy en día una actividad profesional sujeta a variables del mercado, como la necesidad de ser contratados nuevamente, el deseo de tener un desempeño adecuado, la aspiración de construir una reputación sólida, entre otros.

Esta disertación también invita a cuestionar las pretensiones de objetividad de la prueba pericial basadas en consideraciones impracticables o poco realistas. De una parte, la idea de que la decisión del adjudicador, como pudiera ser también el caso de la prueba pericial, puede operar de manera silogística, excluyendo así las subjetividades del proceso. De otra parte, la pretensión de neutralidad de la ciencia y la creencia de que, como la evidencia experta se ampara en una *lex artis*, la opinión del perito es un juicio libre de contingencias. Esto no resiste análisis, pues la presencia del perito supone en sí misma una intersubjetividad de la prueba y es claro hoy que la ciencia misma no es un sistema perfecto y autocontenido.

Si bien la teoría probatoria parece haber transitado hacia premisas más razonables, como la idea de la verdad procesal o el desarrollo de estándares de valoración como la sana crítica, la realidad muestra que todavía hay una brecha importante para entender conceptos como los sesgos cognitivos. A manera de ejemplo, este escrito planteó, cuanto menos, dos puntos adicionales que valdría la pena discutir más: de una parte, la posibilidad de que, dada la alta complejidad de algunas disputas y la brecha de conocimiento entre peritos y otros participantes, el experto se convierta en el director técnico del proceso, y, de otra parte, los efectos de la narración de una pericia en su aceptación o rechazo por parte de los adjudicadores.

¿Quiere decir esto que no existen frenos y contrapesos para estas realidades prácticas? Los comentarios finales de esta investigación se centran, precisamente, en este punto. Para empezar, esta pregunta suele contestarse haciendo referencia a mecanismos formales o ritualismos de la práctica probatoria, como es el caso de los deberes que tienen los peritos de mantenerse imparciales e independientes –los cuales suelen, además, estar codificados en las normas procesales– o los juramentos que deben prestar quienes declaran en una audiencia, en los que hay un compromiso expreso de no faltar a la verdad. A su vez, como los expertos asumen unos deberes, el incumplimiento de estos supone, por lo general, unas sanciones.

Una consideración todavía más interesante y menos formalista, aunque poco discutida en la literatura, son los incentivos que tienen los peritos –fuera de las reglas del proceso– para rendir informes y testimonios neutrales. Al igual que tener un mal resultado para la parte que los convocó puede afectar la reputación de un experto, también lo puede hacer el ser percibido como un profesional sesgado o enfocado en favorecer los intereses de quien lo contrata. Esto quiere decir que los peritos no construyen su reputación sólo a partir de servir a los intereses de sus contratantes, sino prestando un servicio serio al proceso, lo que, a su vez, mejora su *ethos* frente a otros apoderados o los mismos adjudicadores.

Estos son, sin lugar a duda, puntos muy interesantes que valdría la pena considerar en mayor detalle. La doctrina, sin embargo, ya ha referenciado que, al menos en materia de deberes y sanciones procesales, no es muy seguro en qué medida esto pueda desincentivar pericias no neutrales, pues se trata de indicadores muy difíciles de medir en la práctica. Asimismo, como la ciencia es altamente dúctil y abierta a argumentaciones, los peritos pueden rendir opiniones favorables a la parte que los contrató sin faltar a la verdad o romper sus compromisos éticos o jurídicos, evitando sanciones o daños reputacionales.

Los demás actores del proceso también pueden poner frenos a una pericia. El primer referente son los propios adjudicadores, quienes pueden tener algún conocimiento del objeto de la pericia; por ejemplo, en el caso del arbitraje, donde las partes suelen seleccionar árbitros con un conocimiento específico de cierta industria, o cuando se trata de cuerpos colegiados, donde dos o más adjudicadores toman la decisión y, al incrementar el número de evaluadores, reducen la posibilidad de caer en sesgos cognitivos o situaciones comparables. Además, los adjudicadores pueden nombrar a sus propios peritos, aunque se trata de un mecanismo excepcional.

También existe la posibilidad de que sean los abogados de las partes quienes cuestionen la confiabilidad de una pericia. Como regla general, y según se explicó antes, esto puede ocurrir por dos vías: atacar la acreditación del experto o controvertir su concepto. Las técnicas de conainterrogatorio a expertos sugieren que el abogado se centre en el primer tipo de preguntas o, en el segundo escenario, que se limite a errores evidentes, como contradicciones o ambigüedades, evitando entrar en temas muy técnicos, en los que el experto sabe más que el abogado y puede, por tanto, manejarse con mayor solvencia.

De cualquier manera, sería válido decir que, en esta situación, el abogado tiene un margen de maniobra limitado. Por tanto, es aquí cuando aparece un tercer actor: otro perito. Además de los apoderados o de los mismos adjudicadores, una pericia puede ser confrontada con otra prueba equivalente. De hecho, hay quienes consideran que este es el escenario ideal y más equilibrado en un sistema adversarial, ya que ambas partes deben estar en condiciones de presentar pruebas periciales igualmente calificadas. Sin embargo, aunque esto puede ser eficaz, existen escenarios en los que no hay garantías para que las partes eludan los problemas que trata este artículo.

Puntualmente, las partes pueden enfrentarse a dos obstáculos: no tener la capacidad económica para costear un perito propio o tener un perito propio que está en desigualdad de condiciones con respecto al experto de la contraparte. Cualquiera de estas alternativas resultaría problemática e insatisfactoria, pues no habría igualdad de armas entre las partes para presentar su caso. En el primer supuesto, el único perito puede dominar la interpretación de la evidencia conforme a la propia teoría del caso y, dado que el abogado de la contraparte no posee los mismos conocimientos técnicos, su conainterrogatorio no sería eficaz.

En el segundo supuesto, puede que el perito propio esté igual o mejor preparado que el de la otra parte. Sin embargo, si sus credenciales formales –por ejemplo, sus años de experiencia, antecedentes o títulos académicos– no son los mismos, o incluso si no está acostumbrado o entrenado para elaborar un informe pericial o rendir una declaración en audiencia, es muy probable que no pueda posicionar su punto de vista con igual facilidad. Al respecto, el presente artículo ha demostrado cómo estos factores, aunque podrían parecer arbitrarios o inapropiados en el contexto de la supuesta neutralidad del proceso, tienen un impacto significativo en la cognición de los adjudicadores y, por tanto, en la efectividad de la prueba pericial.

Todo lo anterior puede llevar a una asimetría entre las partes del proceso, lo

cual, aunque lamentable y contraria a las aspiraciones de un sistema de justicia moderno, es una realidad cierta. Por no ir más lejos, una situación así afecta garantías procesales –como la capacidad de las partes de presentar su caso o el acceso a la justicia–, las cuales se ven limitadas por aspectos como la capacidad financiera de una parte o las cualidades de sus peritos. En ese orden de ideas, la doctrina ya ha señalado que una parte con mayores recursos puede costear una mejor representación en el proceso, lo que “genera la imposibilidad para algunas de las partes, o ambas, de aportar un dictamen pericial para sus alegaciones” (Acuña, 2015).

A partir de lo discutido en esta investigación, quedan varias cuestiones por revisar. Una de ellas es cómo las problemáticas identificadas aquí varían según el tipo de adjudicador y de proceso, pues las condiciones epistémicas no serán las mismas siempre. A manera de ejemplo, no será lo mismo una prueba pericial percibida por un jurado que por un juez o un árbitro. En línea con esto, otro punto a considerar es la naturaleza y el efecto epistemológico de este tipo de evidencia en contextos con adjudicadores “atípicos” para la teoría procesal –aunque cada vez más comunes en la práctica–, como las juntas de resolución de disputas o *dispute boards*, donde quienes toman las decisiones son, a su vez, expertos.

Los peritos pueden ser de gran ayuda para entender los aspectos técnicos de una disputa. Pueden ilustrar a los adjudicadores y, al mismo tiempo, asistir a las partes, quienes, al contratar mejores expertos, mejoran su capacidad de defender un caso. Aunque la prueba pericial sigue siendo vista como un medio de prueba neutro y objetivo, la realidad práctica revela que son muchas sus subjetividades. Esto, por supuesto, no quiere decir que la evidencia experta deba ser cuestionada o suprimida, pero invita a reflexionar sobre las realidades epistémicas de su práctica y, eventualmente, pensar si debemos reconstruir la forma en que la definimos y tratamos.

Bibliografía

- Acuña, J. E. (2015). El testimonio “experto” en el Código General del Proceso: Análisis de las consecuencias generadas por la eliminación de la posibilidad de objetar el dictamen pericial. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 41, 165-184.
- Aguirrezabal, M. (2011). La imparcialidad del dictamen pericial como elemento del debido proceso. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 371-378.

- Applegate, J. (1989). Witness Preparation. *Texas Law Review*, 68(2), 277-352.
- Arce, R. y Fariña, F. (2012). Psicología forense experimental. Testigos y testimonio. Evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones. En Delgado Bueno, S. (Dir.), *Tratado de medicina legal y ciencias forenses* (pp. 563-601). Bosch.
- Barrett, E. (1962). Adversary System and the Ethics of Advocacy. *Notre Dame Law*, 37(4), 479-488.
- Bermejo, L. (2008). La apelación ad baculum como falacia versus mala argumentación. En Marafioti, R. (Ed.), *De las falacias: Argumentación y comunicación* (pp. 17-26). Biblos.
- Bonazzoli, J. (1998). Jury Selection and Bias: Debunking Invidious Stereotypes through Science. *Quarterly Law Review*, 18(2), 247-306.
- Bonorino, P. R. (2002). *Objetividad y verdad en el derecho. Variaciones sobre un tema de Dworkin*. Universidad Externado.
- Bremson, F. (1996). After OJ: What Do Americans Know about Our Justice System. *Judges Journal*, 35(1), 32-46.
- Breyer, S. (1986). Judicial Review of Questions of Law and Policy. *Administrative Law Review*, 38(4), 363-398.
- Buchanan, D. y Huczynsky, A. (2004). *Images of influence: 12 angry men and thirteen days*. SAGE Journals.
- Carnelutti, F. (1982). *La prueba civil* (Trad. N. Alcalá-Zamora y Castillo, 2ª ed.). Depalma.
- Carnelutti, F. (1992). *Laprovea civile: Parte generale, il concetto giuridico della prova*. Editorial Athenaeum.
- Cascante, L. (2003). El reto para el proceso civil moderno: De la escritura a la oralidad. *Iuris Dictio*, 4(7), 7-11.
- Casson, R. (1979). Order in court: The organisation of verbal interaction in judicial settings. *University of Pennsylvania Law Review*, 129, 1006-1022.
- Cicchini, M. (2017). In the battle over the burden of proof. *University of Pittsburgh Law Review*, 79(1), 63-103.
- Cornejo Aguiar, J. S. (2020). *Teoría general de la prueba*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Couture, E. J. (1993). *Vocabulario jurídico. Con referencia especial al Derecho procesal positivo vigente uruguayo* (5ª ed.). Depalma.
- Damasio, A. (2008). *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*. Penguin Books.
- Dartnall, S. y Goodman-Delahunty, J. (2006). Enhancing Juror Understanding of Probabilistic DNA Evidence. *Australian Journal of Forensic Sciences*, 38(2), 85-96. <https://doi.org/10.1080/00450610609410635>.
- Devis Echandía, H. (1976). *Teoría general de la prueba judicial*. Zavalía.
- Faigman, D. L., Kaye, D. H., Saks, M. J. y Sanders, J. (2002). *Science in the Law: Standards, Statistics, and Research Issues*. West Group.
- Ferrer Beltrán, J. (2003). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Foad, H. (2010). Familiarity Bias. En Baker, H. K. y Nofsinger, J. R. (Eds.), *Behavioral Finance: Investors, Corporations, and Markets* (pp. 277-294). John Wiley & Sons.
- Frank, J. (1950). The fight theory versus the truth theory. En *Courts on trial* (pp. 80-102). Princeton University Press.
- Frege, G. y Poveda, L. M. (1984). Introducción a la lógica. *Teorema: Revista Internacional de Filosofía*, 14(3/4), 497-509.

- Friedenthal, J. H. (1961). Discovery and Use of an Adverse Party's Expert Information. *Stanford Law Review*, 14(3), 455-488.
- Fukurai, H. (1998). Is the O.J. Simpson verdict an example of jury nullification? Jury verdicts, legal concepts, and jury performance in a racially sensitive criminal case. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 22(2), 185-210.
- Gaines, P. (2016). *From truth to technique at trial: A discursive history of advocacy advice texts*. Oxford University Press.
- Gavin, P. (2012). Racially biased juries in the criminal court. *Kings Student Law Review*, 3(2), 43-67.
- Green, M. (2005). Legal realism as theory of law. *William and Mary Law Review*, 46(6), 1915-2000.
- Hale, D. (2016). *The Jury in America: Triumph and Decline*. University Press of Kansas. <https://www.jstor.org/stable/j.ctt1b4cwq2>.
- Hand, L. (1901). Historical and Practical Considerations Regarding Expert Testimony. *Harvard Law Review*, 15(1), 40-58.
- Hans, V. y Jehle, A. (2003). Avoid Bald Men and People with Green Socks—Other Ways to Improve the Voir Dire Process in Jury Selection. *Chicago-Kent Law Review*, 78(3), 1179-1202.
- Hart, H. (2011). *El concepto de derecho*. Marcial Pons.
- Holmes, O. W. (1972). *The works of Oliver Wendell Holmes*. Scholarly Press.
- Holmes, O. W. (2020). *The common law*. Routledge.
- Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (8), 239-272.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho* (16ª ed.). Editorial Porrúa.
- Kern, L. (2013). Narrative, truth and trial. *The Georgetown Law Journal*, 10(281), 282-334.
- Krieger, M. (2009). A Twenty-First Century Ethos for the Legal Profession: Why Bother. *Denver Law Review*, 86(4), 865-899.
- Kronke, H., Nacimiento, P. y Otto, D. (2010). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International B.V.
- Mancuso, E. M. (2015). Cosa juzgada penal, verdad procesal y verdad material. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, (2), 461-478.
- Maturana Baeza, J. (2014). *Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba* (1ª ed.). Thomson Reuters/La Ley.
- Miller, L. (1988). Cross-Examination of Expert Witnesses: Dispelling the Aura of Reliability. *University of Miami Law Review*, 42(4-5), 1073-1100.
- Miroli, A. G. (2007). Filtros epistémicos y alternativas relevantes. *Andamios*, 4(7), 19-54.
- Montero Aroca, J. (2019). Prueba y verdad en el proceso civil: Un intento de aclaración de la base ideológica de determinadas posiciones pretendidamente técnicas. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 49, 117-147.
- Nance, D. (2003). Reliability and the admissibility of experts. *Seton Hall Law Review*, 34(191), 191-253.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Marcial Pons.
- Norton, M. I. (2006). Mixed motives and racial bias: The impact of legitimate and illegitimate criteria on decision making. *Psychology, Public Policy, and Law*, 12(1), 36-55.
- Oreskes, N. (2004). Science and public policy: What's proof got to do with it? *Environmental Science & Policy*, 7(5), 369-383. <https://doi.org/10.1016/j.envsci.2004.06.002>.

- Páez, A. (2014). La prueba testimonial y la epistemología del testimonio. *Isonomía*, 40, 95-118.
- Peláez, G. (1973). La prueba pericial. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 47, 65-77.
- Pennington, N. y Hastie, R. (1992). Explaining the evidence: Tests of the story model for juror decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 62(2), 189-206.
- Pennington, N. y Hastie, R. (1993). The story model for juror decision-making. En Hastie, R. (Ed.), *Inside the juror* (pp. 192-225). Cambridge University Press.
- Penrod, S., Rosenblum, S., Stefek, D. y Hastie, R. (1979). *Modeling Jury Selection Strategies - Computer Simulations and Attorney Behavior*.
- Perelman, C. (1967). *La Théorie de l'argumentation. Perspectives et applications*. Editions Nauwelaerts/Beatrice-Nauwelaerts.
- Rivera, R. (2011). *La prueba: un análisis racional y práctico*. Marcial Pons.
- Scott, A. (2007). Peer review and the relevance of science. *Futures*, 39(7), 827-845.
- Seoane, J. A. (2022). Lex Artis. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (38), 275-300.
- Smith, N. J. J. (2012). *Logic: The Laws of Truth*. Princeton University Press.
- Sundby, S. E. (1997). The Jury As Critic: An Empirical Look at How Capital Juries Perceive Expert and Lay Testimony. *Virginia Law Review*, 83(6), 1109-1188.
- Taruffo, M. (2008). *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Temis.
- Taruffo, M., Ferrer, J. y Manríquez, L. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Tuzet, G. (2013). Arguing on Facts: Truth, Trials and Adversary Procedures. En Dahlman, C. y Feteris, E. (Eds.), *Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives* (pp. 207-223). Springer Netherlands. https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_13.
- Universidad Nacional Autónoma de México. (s.f.). *El objeto del proceso penal*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3456/5.pdf>.
- Vásquez, C. (2015). La admisibilidad de las pruebas periciales y la racionalidad de las decisiones judiciales. *Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 38, 101-130.
- Vázquez, C. (1 de enero de 2018). El diseño institucional, el testimonio pericial y la fiabilidad del conocimiento experto. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, (34), 61-99.
- Villar Carbonell, A. (2018). *La prueba pericial de parte*. Universidad de Cantabria.
- Walton, D. (2014). A Dialectical Analysis of the Ad Baculum Fallacy. *Informal Logic*, 34(3), 276-310. <https://doi.org/10.22329/il.v34i3.4109>.
- Willens, S. (1950). Cross-Examining the Expert Witness with the Aid of Books. *Journal of Criminal Law and Criminology (1931-1951)*, 41(2), 192-198. <https://doi.org/10.2307/1138426>.
- Woods, A. y Grant, T. (2014). La lógica formal y la dialéctica. *Razón y Revolución*, (10), 1-27. <https://revistaryr.org.ar/index.php/RyR/article/view/281>.

Legislación citada

- Código General del Proceso colombiano, artículos 86, 176 203, 220 y 221.
- Código de Procedimiento Civil chileno, artículo 62.
- Federal Rules of Evidence, Rule 702.

Jurisprudencia citada

State of New South Wales v Amery [2006] HCA 14. 230 CLR 174; 80 ALJR 753; 226 ALR 196.
13 Apr 2006. Case Number: S288/2005.

ESTUDIO CRÍTICO SOBRE EL CARÁCTER INSTRUMENTAL EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIA

Roberto Cruz Palmera

Universidad de Valladolid

rcruz@uva.es

Recibido: 10/05/2023

Aceptado: 22/05/2023

Resumen

Este artículo pretende estudiar el fenómeno de la corrupción pública desde un ámbito concreto: la preparación delictiva. Se expone que, dentro del grupo de delitos de preparación, podemos encontrar un subgrupo de normas que sancionan procesos ordenados a la comisión de infracciones penales (actos de influencia). Para ello, se toma como referencia al delito de tráfico de influencias y se demuestra el carácter preparatorio o instrumental de esa norma, la cual considero una figura de enlace para la comisión de otros delitos que afectan el interés de la administración pública y de otros sectores. En esa dirección, se estima conveniente aclarar y revisar algunas cuestiones, como el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, el comportamiento jurídico-penal desaprobado y la estructura preparatoria de la norma.

Palabras clave: corrupción pública, tráfico de influencias, preparación delictiva, comportamiento jurídico-penal desaprobado, buen funcionamiento de la función pública.

Review of the Instrumental Nature of Influence Peddling as a Crime

Abstract

This scientific article studies public corruption, but from a specific point of view, the acts of preparation valued as criminal. It is stated that, within the group of preparatory crimes, it is possible to refer to a subgroup of norms that sanction processes or techniques aimed at the realization of crimes (acts of influence). For this purpose, we analyze influence peddling as a crime and demonstrate the preparatory or instrumental nature of this rule, which we consider as a link figure for the commission of other crimes that affect the interests of the Public Administration and other sectors. From this point of view, it is deemed necessary to separate and review some issues such as the protected legal right in the crime of influence peddling, the relevant behavior, and the preparatory structure of the rule.

Key words: public corruption, influence peddling, criminal preparation, disapproved legal-criminal behavior, good functioning of the public function.

1. Planteamiento de la cuestión¹

Dentro de las figuras de anticipación que aparecen en la Parte Especial del Código Penal Español, es posible agrupar u ordenar los delitos de preparación en varias categorías que nos permiten identificar diferentes problemas en normas penales.² Una forma clásica de agruparlas es a través de la posesión o tenencia de instrumentos o cosas para realizar un determinado delito. Contamos también con otras formas o modelos de clasificación, sin embargo, para estos existe una revisión escasa: nos referimos a comportamientos de influencia con una marcada tendencia instrumental. A mi modo de ver, en esta variante debe incluirse –para su mejor comprensión– el delito de tráfico de influencias. En ese sentido, conviene presentar seguidamente algunos criterios de clasificación en el marco de las figuras de adelantamiento en el Código Penal, para después centrarnos en el análisis particular de las barreras de protección que caracterizan al delito de tráfico de influencias.³

No pretendo en esta contribución ofrecer una selección de todos los preceptos que se corresponden con la categoría de delitos de preparación que aparecen en el Código Penal Español, sin embargo, expondré cuatro líneas de agrupación, las suficientes para aproximarnos la problemática citada.⁴

1 «Sus hijos no siguieron su camino: fueron atraídos por el lucro, aceptaron regalos y torcieron el derecho» (I Samuel 8: 3).

Los artículos citados en esta contribución se refieren al Código Penal Español, a no ser que se mencione otra cosa.

2 Similar, Otto (2004, § 4, nm. 2-21).

3 El precepto contenido en el art. 428 del Código Penal reza como sigue: «El funcionario público o autoridad **que influyere en otro funcionario público o autoridad** prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación *derivada de su relación personal o jerárquica* con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior» (negritas y cursivas agregadas).

4 Sobre aspectos relacionados con la clasificación de los tipos penales, ver Bertel y Schwaighofer (2022, § 307, nm. 1-5).

1.1. Conductas relacionadas con la tenencia de objetos para delinquir

En esta línea, aunque se incluya una variedad de verbos en las normas, la conducta principal es la tenencia o la posesión de objetos, siempre destinados a la comisión de un determinado delito. La inmensa mayoría de las normas cuentan con elementos subjetivos adicionales al dolo; a mi juicio, esto puede servirnos para reducir el ámbito de aplicabilidad de los preceptos. Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- fabricación, introducción, posesión o facilitación de programas informáticos destinados a la realización de una estafa (art. 249.2a);
- fabricación, importación, posesión con finalidad comercial de cualquier medio para facilitar la supresión no autorizada de cualquier dispositivo para desproteger obras literarias (art. 270.6);
- fabricación, importación, distribución o facilitación por vía electrónica de equipo o programa informático para hacer posible el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión (art. 286.1);
- apoderamiento, transporte, tráfico o tenencia de materiales nucleares sin la respectiva autorización (art. 345);
- fabricación, transporte, distribución, comercialización o tenencia de equipos, materiales o sustancias para el cultivo, producción o tráfico de drogas (art. 371.1);
- tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución (art. 386.2);
- tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados al tráfico (art. 399 bis);
- elaboración, recepción, tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos o programas informáticos destino a realizar falsedades (art. 400).

1.2. Conductas que implican una necesaria relación con la víctima desde la preparación

En esta línea aparecen normas que sancionan –desde el ámbito de la preparación– una determinada relación con la víctima, aunque mínima; pero un contacto determinado o una comunicación deben producirse en fase preparatoria para dar lugar a la realización, al menos formal, del tipo. A mi modo de ver la cuestión, el adelantamiento no es irrelevante, pues se incriminan acciones eminentemente potenciales y muy alejadas de la afectación directa al interés jurídico protegido.

Para este grupo de normas penales, encontramos, en algunos supuestos, que el contacto tiene que ser directo (el victimario selecciona a una víctima concreta), mientras que en otros puede ser indeterminado (el victimario emite un mensaje con el que puede eventualmente lesionar a otro). Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- se sanciona a quien se contacte con un menor de dieciséis años y le proponga concertar un encuentro con la finalidad de realizar alguno de los delitos descritos en los arts. 181 y 189 del CP (art. 183.1.);
- se castiga a los fabricantes o a los comerciantes que, en sus ofertas o publicidades de productos, hagan alegaciones falsas o se manifiesten inciertas sobre las características u objetos publicitados de modo que puedan producir un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores (art. 282);
- se sanciona a quienes, empleando violencia, amenaza o engaño, intenten alterar los precios resultaran de la libre concurrencia de los productos, mercancías, títulos valores (art. 284).

1.3. Conductas que implican actos de reforzamiento de la disposición para realizar delitos o incitación

En esta línea, contamos con tipos penales que incriminan, desde la preparación, el reforzamiento de la disposición para cometer determinados delitos. El complemento puede darse tanto de forma material como inmaterial en sujetos que *ex ante* contaban con la decisión de realizar un delito, pero también sobre personas que con anterioridad no tenían la disposición de cometer un comportamiento delictivo. Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- se sancionan conductas de reforzamiento de la disposición para realizar delitos de desórdenes públicos sobre un grupo de personas o sobre un individuo determinado (art. 557.2);
- se sancionan acciones de distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público o, de otro modo, aquellas que puedan reforzar la decisión de realizarlos (art. 559);
- se sancionan conductas relacionadas con la financiación del terrorismo (art. 576);
- se sancionan acciones de colaboración con actividades de grupos terroristas (art. 577).

1.4. Conductas que implican comportamientos o actos de influencia

En esta cuarta línea, aparecen conductas de influencia con un marcado carácter preparatorio e instrumental. El ámbito de la influencia debe ser lo suficientemente idóneo para un grado de tipicidad. Son, en definitiva, pasos previos a la materialización de conductas delictivas posteriores. Así pues, algunas de las normas que se corresponden con este grupo son las que apuntamos a continuación:

- se castiga al particular que influya en un funcionario público aprovechándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste con la finalidad de conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para otras personas (art. 429);
- se sanciona al funcionario público o a la autoridad que influya en otro funcionario, aprovechándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal (o jerárquica) con éste o con otro funcionario para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para terceras personas (art. 428);
- se castiga a quien sedujera o allegase a tropa o cualquier clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión (art. 475);
- se prohíbe el acceso de manera habitual a uno o a varios servicios de comunicación abiertos al público cuyos contenidos resulten idóneos para la incorporación a grupos terrorista o capacitarse para la comisión de un delito de terrorismo (art. 575.2).

Tras la exposición de las variantes, podemos afirmar que, *en la última línea de conductas*, los comportamientos revisten un nivel superior de complejidad en comparación con el resto de las normas; me refiero –como puede intuirse– a la dificultad de fijar el riesgo típico. En similar dirección, resulta cuestionable determinar el momento de afectación del interés jurídico protegido en esas normas penales –tráfico de influencia, seducción a tropas armadas, autocalificación terrorista–; esto, en atención al extenso adelantamiento de las barreras de punición. Las normas que incriminan comportamientos de influencia dificultan, asimismo, la aplicación de dispositivos amplificadores del tipo como la participación o la tentativa (Reyes Alvarado, 2008, pp. 4-5), también la figura del desistimiento voluntario (Medigovic et al., 2013, p. 223), aunque entiendo que su aplicación podría darse al tratarse de normas penales recoge-

das en la Parte Especial del Código Penal, pues gozan de cierta autonomía.⁵ No obstante, en la actualidad, para esta clase de comportamientos contamos con un análisis insuficiente, dado que lo normal es relacionar los delitos de preparación con nuestra primera línea de análisis –*conductas relacionadas con la tenencia de objetos para delinquir*–; esto es, normas penales que incriminan la fabricación o la posesión de instrumentos para realizar una defraudación informática. Como mostramos: preparación de falsificación de moneda, utilización de programas, máquinas u otros instrumentos para producir billetes falsos.⁶ Sin embargo, como mostraremos, los niveles de anticipación que caracterizan a la preparación delictiva en el Código Penal Español no se agotan al sancionar la posesión, fabricación o tenencia de cosas. Por ello, vamos a revisar en el siguiente apartado de este trabajo la instrumentalidad que caracteriza al delito de tráfico de influencias.

2. El carácter instrumental en el delito de tráfico de influencias

La incriminación del ámbito de la preparación delictiva es de índole excepcional, al menos debería serlo en los Estados que ostentan una legislación democrática.⁷ En efecto, cuando el legislador penal decide anticipar las barreras de punición castigando actos preparatorios, generalmente lo hace a razón de la gravedad de la conducta y en atención al nivel de preferencia del objeto jurídico protegido, asimismo, por otros motivos, como la amenaza inminente que pueden sufrir determinados bienes jurídicos desde el plano preparatorio

5 «De un modo general se puede decir que los tipos cualificados o privilegiados sólo añaden circunstancias agravantes o atenuantes al tipo básico, pero no modifican sus elementos fundamentales. El tipo autónomo constituye, por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y un ámbito de aplicación propios, con un marco penal autónomo, etc.» (Muñoz Conde y García Arán, 2010, p. 258).

6 Los ejemplos podrían ampliarse con cierta facilidad. Además, y desde otra perspectiva, piénsese en el derogado precepto contenido en el art. 509 del Código Penal de 1973 referido a la preparación del delito de robo que sancionaba la tenencia de ganzúa.

7 «La resolución y la preparación no suelen ser punibles. Para la resolución, esto se cumple por sí mismo: *Congitationis poenam nemo patitur*; sin embargo, los actos preparatorios podrían parecer una grave amenaza para los bienes jurídicos» (Kienapfel et al., 2020, Z 21: A1. 1.-3) (comillas en el original; traducción del autor).

«El poder punitivo del Estado debe estar recogido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter “subsidiario” frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico» (Muñoz Conde, 2021, p. 61).

(Mir Puig, S., 2015, p. 346). En efecto, bien es sabido que la descripción de los comportamientos delictivos suele ajustarse a la perfecta realización, no a la incriminación de grados anteriores (Roxin y Greco, 2020, § 1, nm. 22). Es de común conocimiento la prohibición de robar, no obstante, pueden generarse dudas respecto a la sanción de acciones de índole preparatoria, incluso sobre el castigo de la tentativa u otros modos de sanción en el sistema penal (por parte del mundo profano). En ese sentido, el precepto contenido en el art. 237 del Código Penal describe el delito de robo («son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas...»); se trata de un comportamiento realizado, no describe la incriminación de actos referidos a la preparación de ese delito, tampoco al intento de su realización. Quien agote una lectura de la Parte Especial del Código Penal detectará que la inmensa mayoría de normas no se refieren al casito de la fase preparatoria.⁸ Desde esta perspectiva, el modo de proceder correcto –o al menos esperado– por parte de un legislador democrático sería la tipificación de comportamientos, pero con apego a los principios constitucionales que limitan el poder punitivo; uno de ellos, entiendo, es el principio de daño.⁹ Por ello también asumimos –dejando de lado la potestad que ostente el legislador– que la preparación delictiva no puede ser de índole ordinaria (Roxin y Greco, 2020, § 7, nm. 14).¹⁰

En el marco de las facultades que posee el legislador penal de tipificar conductas, incluyendo las consecuencias jurídicas, resalta también el poder de preferir los modelos de tipificación (Frister, 2011, § 5, nm. 32).¹¹ En la tarea de regular la conducta humana, se acude a la norma penal y esta puede pre-

8 La gran mayoría de los tipos penales revisten esa naturaleza; así, realización de actos sexuales con menores de dieciséis años (art. 183), tomar con ánimo de lucro cosa mueble ajena sin permiso de su dueño (art. 234), causar un daño en propiedad ajena (art. 263), provocar por imprudencia grave un delito de estragos (art. 347), falsificar moneda (art. 386). Los ejemplos de esta categoría podrían continuar.

9 Próximo a esta idea se muestra Santiago Nino (1980, p. 280).

10 Para el legislador, el punto de referencia es el delito consumado, pues únicamente por motivos especiales decide, como manifestación de su potestad, incriminar acciones preparatorias que no representan ninguna lesión en sentido fenoménico. En otras palabras, prescinde del concepto de injusto como hecho valorado desde una perspectiva de «dañosidad social» (si se me permite la expresión).

11 Ahora bien, sobre la facultad del legislador de decidir la clase de técnicas que utiliza para proteger los bienes jurídicos, cabe apuntar que dicha potestad encuentra –o debería encontrar– un límite, este es, castigar –en principio– solamente comportamientos que no afecten de ninguna manera la posibilidad de desarrollo de los ciudadanos. En similar dirección, véase la postura de Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, pp. 18-19), quien señala que lo fundamental es evitar los excesos de intervención punitiva, algo que, sin embargo, no resulta irrefutable en la legislación penal española.

sentar distintas estructuras.¹² En ese sentido, el legislador puede acudir a la descripción de acciones que produzcan un resultado u optar por acciones sin *modificaciones fenoménicas* (Roxin y Greco, 2020, § 11, nm. 119);¹³ ello ocurre en los tipos de *omisión pura* (Otto, 2004, § 4, nm. 5-7). Como hemos mostrado, existen varios modelos de incriminación, por ejemplo, al sancionar las acciones imprudentes. También, conjuntamente, puede el legislador decantarse por el castigo de actos preparativos.¹⁴

El tráfico de influencias se distancia de un modelo clásico de delito de resultado (Otto, 2004, § 4, nm. 8), aunque ello no implique de suyo la inexistencia de un resultado; en éste abordamos un análisis de la tipicidad de la conducta -influenciar- desde un plano diverso. Bien es sabido que en dicho comportamiento debemos determinar el acto de influencia, y este debe desprenderse en un escenario que resulte objetivamente relevante a efectos de lesión del objeto protegido o, como mínimo, colocarlo en riesgo objetivo,¹⁵ de ahí su carácter

12 No son pocos los modelos de clasificación que podemos encontrar para las normas. Los manuales de derecho penal -en su inmensa mayoría- nos muestran criterios de agrupación para los comportamientos delictivos al hilo de la estructura de las normas. Sin ir más lejos: delito de propia mano, delito de resultado cortado, delito subsiguiente, delito instantáneo, delito de infracción de un deber, delito de estado, delito pluriofensivo... En similar dirección, pocos negarían que un comportamiento puede ubicarse en dos o más categorías, por ejemplo: delito de resultado cortado y delito especial (tráfico de influencias, art. 428), delito de lesión y delito común (lesiones al feto, art. 138), delito de posesión y delito de preparación (preparación de falsedades art. 400). En efecto, en atención a la estructura del tipo podemos encontrar, entre otros, los siguientes aspectos: la subsistencia de la infracción en el tiempo, el modelo de actuación del sujeto o carácter de la conducta, la modalidad de la acción descrita en el verbo, la necesaria materialización de la conducta típica por parte de uno o de varios sujetos, la obligatoria presencia de determinados sujetos en la ejecución de la conducta, la particular condición del sujeto para ostentar el título de autor, la exigencia del empleo de medios determinados, el número de conductas comprendidas en el tipo... No obstante, más allá de estos aspectos, entiendo que la importancia de comprender las clasificaciones es la de permitirnos identificar los diferentes problemas de norma en cuestión. Para nuestro objeto de análisis -el delito de tráfico de influencias-, en el marco de la clasificación de los tipos penales, importa reseñar tanto el contenido como la técnica legislativa, ya que el legislador valora de manera negativa la conducta -desvalor de acción-, con independencia del resultado que se produzca en un momento *ex post*. Así pues, el delito de tráfico de influencias (art. 428) se distancia de ser un delito de daño relativo a los modelos de delito clásico. Como se expondrá en estas páginas, la norma merece una subdivisión propia, esto es, de índole instrumental, ya que se emplaza en una tipología ligada a un régimen particular en el sistema penal español.

13 Como se sabe, el legislador está facultado para anticipar la intervención a fases anteriores a la consumación. Puede hacerlo mediante figuras dependientes; pienso en «la tentativa» o «actos preparatorios punibles». Pero también puede presentar figuras autónomas, por ejemplo, «delitos de peligro abstracto» o «delitos de tentativa».

14 En definitiva, delito es toda acción que el legislador decide sancionar con pena sin importar cuál sea la estructura por la que se decante (Roxin y Greco, 2020, § 2, nm. 1-22).

15 «El requisito básico para el componente de conocimiento de la intención es la adquisición bruta de

doloso.¹⁶ El castigo por la acción corrupta –tráfico de influencias– es previo a las conductas que puedan materializarse. Por ello podemos sostener que la norma ostenta también un carácter preparatorio y se presenta como un instrumento –o medio necesario– para la potencial comisión de delitos subsiguientes. Esto, a mi juicio, permite que asimilemos el delito de tráfico de influencias como una tapia que impide la materialización de resoluciones o actuaciones injustas. Sabemos que no hace falta que se consiga la producción del resultado injusto derivado de la influencia, pues basta con la manifestación de esta; así, no es menester, por ejemplo, la obtención del beneficio económico a partir de la resolución injusta ni mucho menos la propia resolución que daría lugar al potencial beneficio.¹⁷ El carácter anticipatorio e instrumental, como advertimos, se sustenta en los actos previos de influencia que son sancionados para la evitación de eventuales daños.¹⁸ En definitiva, con este precepto –hasta donde alcanzo– se pretende blindar a la administración de los intereses de terceros que puedan *servirse de lo público*. En ese orden, la anticipación que ostenta sirve

la pérdida de la situación. Si la concepción del autor se desvía sustancialmente del proceso causal real, esto excluye el propósito del sujeto. El *dolus generalis* se utiliza en el caso de las transacciones de donaciones múltiples en las que el autor piensa que ya ha conseguido el éxito con el primer acto de acción, cuando en realidad éste sólo se produce mediante un segundo paso de acción» (Seiler, 2011, §3, nm. 220) (cursivas agregadas).

- 16 «Actuar a conciencia y por convicción no serían sinónimos, sino expresión de los dos aspectos (cognoscitivo y volitivo, respectivamente) del obrar moral pleno serían contenidos específicos del saber y la voluntariedad cuando se trata de un juicio de imputación de carácter moral» (Sánchez-Ostiz, 2020b, p. 94-95).
- 17 «La resolución que se pretende ha de poder “*generar directa o indirectamente un beneficio económico* (dinero, un bien económicamente evaluable o un servicio de iguales características) para sí o para un tercero” al funcionario influyente. Sin embargo, para el tipo básico no es necesario conseguir ni la resolución pretendida ni el beneficio económico que de ella se esperaba. Se trata de un **delito de resultado cortado**, portador de un elemento subjetivo del injusto, que va más allá del dolo, consistente en una finalidad que no es necesario que llegue a conseguirse. Así, pues, el CP adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción del resultado que quiere evitar: una resolución favorable económica mente al sujeto activo o a un tercero. Y si se produce el beneficio, a consecuencia de la resolución del funcionario influido, se realiza el **tipo agravado** previsto en el último inciso, para el que se señala la pena en su mitad superior» (Mir Puig, C., 2015, pp. 1466-1467) (cursivas y negritas en original).
- 18 Como veremos, el propio legislador establece la obligatoriedad de estipular la pena en su mitad superior en caso de que se llegue a conseguir el beneficio, lo cual, a mi juicio, reafirma el carácter preparatorio o de contención que caracteriza al delito de tráfico de influencias. Como se mostró con anterioridad, el precepto contenido en el art. 428 del Código Penal reza como sigue: «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero (...). **Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior**» (negritas agregadas).

para evitar comportamientos subsiguientes que pueden generar, en no pocos eventos, consecuencias gravísimas; por ejemplo: el nombramiento de un sujeto no cualificado al frente de una entidad prestadora de servicios públicos que regulan derechos fundamentales. Como se expuso, basta con que el autor *persiga subjetivamente la obtención de una determinada resolución* que le pueda generar de forma directa o de manera indirecta un beneficio económico para sí o para otro sujeto. Es este, precisamente, el carácter instrumental que reseñamos. La estructura de la norma, en el tráfico de influencias, ostenta una base para evitar la comisión de otras conductas, esto es, *delito medio* para lesionar o afectar otros bienes jurídicos incluso diferentes a los previstos en los delitos contra la administración pública.¹⁹

3. El objeto jurídico protegido

Tras el análisis del precepto que describe la conducta relativa al delito de tráfico de influencias en el Código Penal Español, podemos plantearnos la idea de que el legislador no reconoce nuevos bienes jurídicos en esta clase de normas que se destacan por tener un matiz anticipatorio en términos preventivos. Lo que ocurre, a mi modo de ver la cuestión, es que, ante las nuevas formas de criminalidad que amenazan tanto la administración pública como otros sectores, se adelantan las barreras de protección para garantizar que los intereses jurídicos no se afecten.²⁰ En tal sentido, el fenómeno de la preparación delictiva representa una doble medida de protección para los bienes jurídicos (Reyes Alvarado, 2016, p. 490). Esto podría encontrar cierta lógica si el legislador responde a las exigencias sociales que exigen mayor protección para determinados intereses, y el caso de la corrupción, desde mi punto de vista, no se aleja de estas exigencias.²¹ El legislador, ante estas novedosas formas en las cuales aparece la corrupción, brinda nuevas garantías para intereses jurídicos que ya gozan de protección en el mismo cuerpo legal. Sin embargo, al tipificar acciones previas a la tentativa de un delito mediante conductas que no lesionan todavía un bien jurídico específico, podríamos pensar que se reconocen otros intereses

19 Al respecto, es interesante el planteamiento trazado por (Otto, 2004, § 5, nm. 1-36).

20 A mi juicio, el adelantamiento de las barreras de protección implica la identificación de nuevos fenómenos criminológicos en el marco de la corrupción, obligando al legislador a proponer nuevas soluciones político-criminales para tratar de frenar o contrarrestar las conductas corruptas en el escenario público y privado.

21 Para profundizar al respecto, ver Gómez Martín et al. (2018, *passim*).

jurídicos. Por descontado, sostengo que –en el caso del tráfico de influencia–, como figura instrumental, no se reconocen nuevos bienes jurídicos, sino que se aplica un método anticorrupción que nos obliga a encontrar soluciones interpretativas respetuosas de los principios básicos del derecho penal al momento de interpretar y aplicar el precepto (Muñoz Conde, 2018, p. 48).

El bien jurídico protegido debería servirnos como pauta de interpretación en toda norma penal completa (Luzón Peña, 2016, p. 170), pero, asimismo, tendría que ayudarnos como criterio limitador o justificador de las barreras de anticipación penal.²² Cuando el legislador acude a estas figuras de adelantamiento, por los motivos que estime oportunos, conoce que esta clase de intervención pone en tela de juicio la capacidad de las estructuras de imputación clásicas que utilizamos. También sabe que estas han sido diseñadas –principalmente– para figuras clásicas (tipos de resultado). Esto no quiere decir que la imputación objetiva no nos sirva para los delitos de mera actividad (Roxin y Greco, 2020, § 10, nm. 54-62) o para el delito de tentativa; por el contrario, la aplicabilidad de las normas que ostenta esta clase anticipación nos ayuda a reafirmar la inobjetable utilidad de la teoría de la imputación objetiva.²³ Sin embargo, el objeto de protección, al estar tan alejado de la conducta incriminada –fase de preparación o fase de constitución de elementos para la maquinación de posteriores conductas (la instrumentalidad)–, dificulta la determinación de las acciones que pueden crear un riesgo jurídicamente relevante para lesionar los bienes jurídicos; por eso insistimos en que esta técnica plantea inconvenientes con algunas instituciones de la Parte General.²⁴

22 «[...] pienso que la idea de bien jurídico puede seguir aportando en Derecho penal, pero siempre que prescindamos de las excrescencias y desenfoces a que ha podido dar lugar. [...] El problema no se suscita respecto a la tutela penal de la vida, libertad o patrimonio..., sino a propósito de tipificaciones nuevas para realidades que gozan de menor consenso (mercado, seguridad colectiva...) o que se encuentran poco definidas (estructuras políticas, orden socioeconómico, protección de los animales...)» (Sánchez-Ostiz, 2020a, pp. 39-41).

23 «En lo personal, reivindicamos la utilidad del concepto de bien jurídico -pese a admitir el proceso de depreciación y deterioro que ha padecido- y nos parece imprescindible hacerle cumplir una función sistemática, valorando la lesión del bien protegido (principio de lesividad) como un elemento constitutivo del ilícito penal» (Fernández, 2021, p. XXXI).

24 «No cabe duda de que el Derecho penal se halla en franca expansión, llegando a espacios inimaginables al compás del nacimiento de nuevos intereses difusos que fueron generando demandas renovadas sobre los límites legislativos que en un primer momento trazaron el espíritu del Código Penal. La protección de bienes jurídicos de interés difuso o colectivo trajeron nuevos problemas en las estructuras modernas del derecho penal que deben hacer frente a tipificaciones contra personas jurídicas, la recurrencia a delitos de peligro, la proliferación de leyes penales en blanco que remiten a otras legislaciones –generalmente administrativas– para lograr complementarse, sin dejar de lado el adelantamiento de la barrera de punibilidad a instancias donde la lesividad es tan o más difusa

Respecto a las valoraciones del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, desde una interpretación estrictamente sistemática es posible argumentar que el objeto de protección esté referido al *buen funcionamiento de la función pública*; pero esta valoración, en mi opinión, resulta demasiado ambigua y nos conduce a los problemas interpretativos apuntados en estas páginas, más aún si se refiere tanto a las funciones administrativas como a las judiciales.²⁵ La expresión *buen funcionamiento de la función pública* derivaría a una cuantiosa muestra de comportamientos con apariencia de tipicidad que necesitarán una rigurosa valoración, de ahí la importancia de concretizar y, al mismo tiempo, sistematizar el objeto de protección en la norma jurídico penal.²⁶

La reforma del Código Penal Español, en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, trajo consigo, además de la modificación del precepto que describe la conducta tipificada en el delito de tráfico de influencias, una reestructuración del tipo penal, elevando las penas de manera significativa.²⁷ Sin embargo, se mantiene dicho precepto en el Título de delitos contra a la administración pública, sirviendo de pauta para argumentar una posición coherente respecto al valor protegido.

Mi posición sobre el *telos* de la norma que analizamos –precepto contenido en el art. 428 del Código Penal Español–, es la siguiente: *la imparcialidad en el accionar de la administración*. Dicha rectitud, a mi modo de ver, debería entenderse como objetividad o neutralidad desligada de cualquier interés corrupto de todos los sectores sociales (público, privado...). No obstante, difícilmente

que el bien jurídico protegido [...] Estas nuevas formas de poder legitimado proponen al derecho penal el desafío de encontrar nuevos límites al *ius puniendi*» (López Gastón, 2015, p. 18) (cursivas en el original).

- 25 En el delito de tráfico de influencias, como se adelantó, el bien jurídico protegido es uno de los aspectos más controvertidos. Nos podemos referir a la imparcialidad del funcionario público, al buen funcionamiento de la administración, a la libertad durante los procesos de deliberación del funcionario público en la toma de decisiones de cara a su función. Al respecto, véase la aportación efectuada por Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (Romeo Casabona et al., 2016, pp. 710-711).
- 26 En sentido similar, véase el planteamiento trazado por Miguel Ángel Baldoña Pasamar (2016): «[...] el elemento clave para que un comportamiento que menoscaba los bienes jurídicos de las personas siga constituyendo delito es que alcance **una mínima entidad respecto a la afición al bien jurídico protegido** y alguna relevancia para la sociedad o para mantener la paz social» (pp. 16-17) (cursivas y negritas agregadas).
- 27 Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «Se refuerza la punición de los llamados delitos de corrupción en el ámbito de la Administración pública. Con carácter general, se elevan las penas de inhabilitación previstas para este tipo de delitos, y se añade la imposición de penas de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Además, se introducen nuevas figuras delictivas relacionadas con la financiación ilegal de partidos políticos».

podríamos denominar a eso «bien jurídico», debido a las implicaciones de índole práctica. Por lo tanto, no pocas de las normas que reposan en el mismo Título del Código Penal –como la *malversación de caudales públicos* (art. 432) o la *defraudación de ente público* (art. 436)– garantizarían la defensa contigua de la administración pública. Efectuado el análisis sobre el objeto jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, conviene analizar algunos aspectos relacionados con tipicidad de la conducta desde el carácter instrumental de la norma.

4. Determinación del riesgo típico

El precepto contenido en el art. 428 del Código Penal Español debe ajustarse a la razón de la teoría del comportamiento jurídicamente desaprobado,²⁸ así como a la imputación objetiva del resultado.²⁹ Por tanto, exigimos que el comportamiento, observado *con anterioridad*, exprese el tonelaje necesario para afectar a otros.³⁰ Este análisis es necesario para conseguir plegar la libertad del funcionario a fin de alcanzar una resolución que resulte favorable al sujeto propiamente activo u a otro(s).³¹ Dicho de otra manera, el comportamiento debe

-
- 28 «Así, cuando se advierte que lo decisivo en la distinción de parte objetiva y parte subjetiva del tipo no es el carácter objetivo o subjetivo de sus presupuestos, sino la distinta valoración correspondiente, se advierte que para la imputación objetiva de la conducta no hay que tener en cuenta todos los conocimientos objetivamente posibles de la situación, sino sólo los que tendría una persona prudente en la posición del autor, además de los conocimientos especiales del sujeto –puesto que la imputación objetiva de la conducta significa precisamente una valoración de la misma comparándola con la que habría considerado correcta una persona prudente» (Mir Puig, 2004, p. 12).
- 29 «La imputación jurídica, al incluir por tanto **coerción externa y motivos diversos al puro deber**, apela a medios externos para obtener de su destinatario la conducta. Se entiende, así, que imputación con validez jurídica sea aquella que excluye las consecuencias (“[e]l efecto jurídico de un hecho determinado es la pena; el de uno meritorio, recompensa (*praemium*)»)» (Sánchez-Ostiz, 2008, p. 102) (cursivas en el original; negritas agregadas).
- 30 «Las doctrinas más antiguas de la causalidad tienen en común que no sólo definen la causa del delito en términos naturalístico, también lo hacen en términos normativos, diferenciando entre las contribuciones parciales según su peso para la ocurrencia del éxito. Históricamente, sirvieron sobre todo para limitar los comportamientos irrelevantes según la teoría de la equivalencia» (Steininger, 2019, Kap 7-28).
- 31 «[...] la mera presencia de un resultado no basta para la punición [...]. Es preciso, todavía, comprobar **la existencia de un nexo de causalidad entre éste y el comportamiento típico**. Además, es necesario constatar que el resultado representa la realización del riesgo en virtud del cual está prohibida la conducta y, no simplemente la realización de un riesgo tolerado de modo general. Si el resultado no constituye una consecuencia específica del comportamiento típico, es decir, si no hay “relación de realización” entre comportamiento típico y resultado, éste no es percibido ido por los ciudadanos como perturbación de la paz jurídica, ni siquiera como cuestionamiento de la vigencia de la norma, sino como producto del azar. En resumen: para **la imputación del resultado hay que**

estar dotado de una presión moral lo suficientemente relevante para alcanzar lo que otro requiere;³² simultáneamente, el acto del funcionario tiene que ser cualitativamente relevante.³³ Esto indica –en el marco de una interpretación democrática de la norma– la necesidad de descartar los comportamientos socialmente adecuados con el propósito de desvalorar, exclusivamente, los actos de influencia antijurídicos subsumibles en el tipo penal y en atención al interés jurídico protegido.³⁴ Desde esta perspectiva, el comportamiento espurio del funcionario debe poder conectarse con la concreta influencia marcada en el tipo del art. 428 del Código Penal, no con la posterior ejecución del funcionario o autoridad influenciado, pues, como hemos mostrado, el delito de tráfico de influencias se emplaza en una orden instrumental; de ese modo, la emisión de la sugestión o de la invitación –anclada en la relevancia del sujeto que la emite– dará lugar a la tipicidad; de ahí, insistimos, se deriva su carácter excepcional (anticipatorio e instrumental³⁵).

verificar, desde una perspectiva *ex post*, si el mismo puede ligarse *empírica* (nexo de causalidad) y *normativamente* (“relación de realización”) al **peligro *ex ante* creado por el autor con su comportamiento**» (Porciúncula, 2014, p. 196) (cursivas en el original; negritas agregadas).

- 32 «[...] en un juicio de imputación objetiva lo relevante son las condiciones personales en las que se encontraba el sujeto a la hora de actuar. En ese sentido, son criterios de imputación la controlabilidad de una conducta o la capacidad de evitación de determinadas consecuencias. En cambio, en el juicio de desaprobación, se trata de llegar a legitimar racionalmente la prohibición de una conducta sobre la base de un conjunto de principios encaminados a deslindar lo correcto de lo incorrecto» (Robles Planas, 2004, pp. 97-98).
- 33 «Lo que realmente permite trazar una línea divisoria entre aquellos comportamientos que interesan al derecho penal y los que deben permanecer al margen del mismo, es la producción de una indebida forma de ataque al bien jurídico objeto de protección» (Reyes Alvarado, 2009, p. 4).
- 34 «El juicio de imputación “afirma” (o niega) una relación de dicho sujeto con un segundo término, la acción, objeto de aquel juicio. No sería correcto entender que la imputación permite afirmar que algo es acción. Se incurriría, así, en una argumentación circular: se imputa algo, la acción, que se considera entonces, precisamente por eso, acción. Pero no hay circularidad. Se distingue acción (“Handlung”) y hecho (“That”). Ambas podían designar en un momento la misma realización, pero “That” añadía, según los casos, un matiz meliorativo o peyorativo, asociado, en este último caso, incluso a crimen o delito. La elección, por tanto, no sería casual. Se escoge un término que puede indicar algo más que obrar; designaría cierta valoración de lo que se obra» (Sánchez-Ostiz, 2008, pp. 81-82).
- 35 «La distinción entre los tipos penales que sancionan la preparación en sí misma sin especificar las conductas que se censuran, y aquellos otros en los que la tipificación se refiere de manera puntual a determinados comportamientos, permite responder de manera diferenciada a la pregunta sobre si es concebible y punible la tentativa de los actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo consumado. Esa posibilidad existe cuando lo que el legislador sanciona es un determinado comportamiento constitutivo de una preparación delictiva, siempre que la conducta desplegada por el autor pueda ser interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad típica perseguida por el autor. Si, por el contrario, lo que se eleva a la categoría de delito autónomo consumado es la preparación de un delito en sí misma, entonces la tentativa debe rechazarse porque una norma así concebida abarca ya, como consumación,

5. Final

El sistema de anticipación, en la legislación penal española, va más allá de la incriminación de conductas relacionadas con la adquisición o posesión de materiales u objetos necesario para la comisión de una determinada infracción penal, pues, en la actualidad, en dicho cuerpo legal apreciamos otros modelos anticipatorios, como los referidos a la incriminación de conductas *inmateriales*, que ocurre en el delito de tráfico de influencias.

Las medidas anticipatorias de índole instrumental –relacionadas con conductas que implican comportamientos o actos de influencia– exigen una especial concretización del bien jurídico protegido, así como rigurosos criterios de interpretación para alcanzar una lectura y aplicación plausible de la norma en términos de imputación.

El delito de tráfico de influencias en la legislación penal española encuentra su justificación tanto desde una perspectiva moral como jurídica. Desde el ángulo de obrar anclado al bien colectivo, resulta inobjetable el rechazo social de comportamientos que alteran el correcto funcionamiento del Estado. Conjuntamente, desde el ángulo jurídico, aunque se trata de una norma de carácter instrumental y corte anticipatorio, se detecta una afectación desde el plano preparatorio, ello, aunado a la importación del bien jurídico, justifican su incriminación.

Bibliografía

- Baldova Pasamar, M. A. (2016). Derecho penal de mínimos: algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones penales relativas a lesiones, malos tratos de obra y vejaciones injustas de carácter leve. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15(3), 13-51.
- Bertel, C. y Schwaighofer, K. (2022). *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II (§ 169 bis 321k StGB)* (15ª ed.). Verlag Österreich.
- Fernández, G. D. (2021). La “Introducción...” treinta años después. En Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho Penal* (2ª ed., pp. 19-35). BdeF.
- Frister, H. (2011). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (5ª ed.). Beck C. H.
- Gómez Martín, V., Montiel, J. P. y Satzger, H. (Eds.). (2018). *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*. Marcial Pons.
- Kienapfel, D., Höpfel, F. y Kert, R. (2020). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundriss des Strafrechts* (15ª ed.). Facultas.

la punibilidad de todo lo que ocurra en el ámbito previo a ella» (Reyes Alvarado, 2016, p. 494).

- López Gastón, R. (2015). *Reacciones penales innecesarias en un modelo de Derecho penal mínimo. Un estudio crítico sobre las disputas científicas en torno al Derecho penal sancionador*. BdeF.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho penal* (3ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Medigovic, U., Reindl-Krauskopf, S. y Luef-kölbl, H. (2013). *Strafrecht: Allgemeiner Teil II* (2ª ed.). NWV im Verlag Österreich GmbH.
- Mir Puig, C. (2015). Tráfico de influencias. En Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Coords.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (pp. 931-938). Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S. (2004). Valoraciones, normas y antijuricidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (06-02), 1-19.
- Mir Puig, S. (2015). *Derecho penal. Parte general* (10ª ed.). Reppertor.
- Muñoz Conde, F. (2018). *Teoría general del delito* (3ª ed.). Temis.
- Muñoz Conde, F. (2021). *Introducción al Derecho Penal* (2ª ed.). BdeF.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (8ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Nino, S. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*. Astrea.
- Otto, H. (2004). *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre* (7ª ed.). Gruyter.
- Porciúncula, J. C. (2014). *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Atelier.
- Reyes Alvarado, Y. (2008). La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito. *Revista General de Derecho Penal*, (9), 1-24.
- Reyes Alvarado, Y. (2009). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista General de Derecho Penal*, (11), 1-15.
- Reyes Alvarado, Y. (2016). *El delito de tentativa*. BdeF.
- Robles Planas, R. (2004). Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo. En Frisch, W. y Robles Planas, R., *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación en Derecho penal* (pp. 69-98). Atelier.
- Romeo Casabona, C. M., Sola Reche, E. y Boldova Pasamar, M. A. (Coords.). (2016). *Derecho Penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2 /2015, de 30 de marzo*. Comares.
- Roxin, C. y Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5ª ed.). C.H. Beck.
- Sánchez-Ostiz, P. (2008). *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. BdeF.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020a). Contribución a una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal. En *A vueltas con la Parte Especial. (Estudios de Derecho penal)*. Atelier.
- Sánchez-Ostiz, P. (2020b). Coacción, intimidación y coerción en Derecho penal. *Persona y Derecho*, (81), 185-200.
- Seiler, S. (2011). *Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlage und Lehre von der Straft* (2ª ed.). Facultas.
- Steininger, E. (2019). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen - Das vollendete vorsätzliche Erfolgsdelikt* (3ª ed.). Linde Verlag Ges. m.b.H.
- Zaffaroni, E. R. (2011). *Estructura básica del Derecho Penal*. Ediar.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN. NOTAS SOBRE EL ESTADO DEL ARTE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

María Alejandra Svetaz

Universidad Nacional de Rosario. Universidad Austral
alejandrasvetaz@yahoo.com.ar

Mariano Palacios

Universidad Católica Argentina. Universidad de Buenos Aires. Universidad Austral
mpalacios-ext@austral.edu.ar

Resumen

El presente artículo constituye un apunte sobre el estado actual de la teoría de la legislación en la República Argentina y aspira a ser el puntapié inicial de la necesaria discusión académica sobre el modo de producción de las leyes desde un punto de vista integral y racional.

Palabras clave: Poder Legislativo, teoría de la legislación, racionalidad legislativa, técnica legislativa.

Theory of Legislation. Notes on the State of the Art in the Argentine Republic

Abstract

This essay summarizes the current status of the Theory of Legislation in the Argentine Republic, and pretends to be the starting point of an academic discussion on how laws should be produced from a comprehensive and rational point of view.

Key words: Legislative Branch, theory of legislation, rational lawmaking, legislative technique.

1. Introducción

La preocupación y el estudio académico sobre la legislación no es un tema en sí mismo novedoso en Occidente, pues reconoce antecedentes en Platón, Aristóteles, Cicerón, Montesquieu, Filangieri, Constant, Tocqueville y Bentham, entre otros (Pineda Garfías, 2009).

Sin embargo, existe una suerte de consenso entre los autores de que el tema ha recobrado interés a partir del último cuarto de siglo XX con motivo en múltiples causas.

Zapatero Gómez (1994) ha detallado las siguientes: (i) la importación de normas por los Estados nacionales; (ii) la existencia de otras fuentes normativas más allá de la soberanía del Parlamento; (iii) la necesidad de evaluar los proyectos ante el incumplimiento de los objetivos legislativos en el Estado social; (iv) la insatisfacción de la ciudadanía ante la inflación y oscuridad normativa que gira hacia mecanismos no normativos de control; y (v) los procesos normativos comunitarios. En síntesis, podríamos afirmar, al igual que Atienza Rodríguez (2019), que el renovado interés se debe a la crisis actual del derecho indisolublemente ligada a la del Estado de bienestar.

El tema ha convocado a destacados juristas, iusfilósofos y sociólogos en Europa, Nueva Zelandia, Estados Unidos de Norteamérica y Brasil, entre otros, a renovar y profundizar los estudios sobre legislación, tanto en el ámbito académico como en el de los propios órganos legislativos, en sus diferentes niveles, vinculando teoría y práctica parlamentaria.¹

En la República Argentina, se ha dado una incipiente actividad académica y de investigación sobre la temática, bien que con aspectos parciales, con hitos como la sanción en 2015 del Digesto Jurídico Nacional, la aprobación de normas IRAM sobre calidad legislativa y las carreras de especialización y diplomaturas de estudios parlamentarios que se ofrecen con éxito sostenido en las universidades de Buenos Aires y Austral.

2. Consideraciones conceptuales preliminares

Sin perjuicio de lo mencionado en el punto anterior, entendemos que aún es necesario desarrollar y profundizar la totalidad de las aristas que ofrece la cuestión legislativa que nos desafían por su complejidad y dinamismo.

1 Ver Noll (1973), Atienza Rodríguez (1989) –que reproduce el texto de la ponencia del autor en el Tercer Congreso de la Federación de Asociaciones de Sociología del Estado Español, San Sebastián, 28 de sept. al 1º de oct. de 1989– y (1997), Waldron (1999), Wintgens (2003), Zapatero Gómez (2009), Bar-Siman-Tov (2018), Karpen y Xanthaki (2020) y Nascimento (2021).

Entre los asuntos a considerar, coincidimos con Atienza Rodríguez (2019) en que es necesario:

- precisar la distinción entre ciencia, teoría y técnica legislativa a fin de ordenar temas y contenidos;²
- buscar una unidad, o al menos cierta articulación, entre los saberes tan específicos y heterogéneos que nutren la legislación, evitando la simple apelación a esquemas interdisciplinarios;
- superar la tradición de estudios sobre aspectos jurídico-formales y lingüísticos de las leyes y avanzar en esquemas de racionalidad pragmática (eficacia), teleológica (cumplimiento de fines sociales) y ética de la ley (Atienza Rodríguez, 2019, p. 9); y
- profundizar en aspectos propios de la argumentación jurídica (Atienza Rodríguez, 2004, p 28).

Asimismo, es menester abordar la cuestión de la diversidad de nombres dados a los estudios sobre legislación, sin que se puedan precisar los alcances de cada término y sus modelos teóricos asociados, lo que en muchos casos genera confusiones conceptuales y temáticas: teoría de la legislación, teoría de la dación de leyes, teoría de la dación de normas jurídicas, *legisprudence*, *law-making*, técnica legislativa, proceso legislativo, argumentación legislativa, legislación política, *law drafting*, etc.

Entre los autores argentinos, lo cual se verificará seguidamente, los términos más utilizados son *técnica legislativa* (con diferentes alcances) y *procedimiento parlamentario o de formación y sanción de las leyes*.

También es necesario advertir que, entre propios y ajenos, no existe consenso pleno sobre el alcance y contenidos que nutren cada componente de la teoría de la legislación.

Ello se verifica en la diferente extensión de los distintos modelos –teóricos y/u operativos–: maximalistas, en el cual los juristas suman a sus aportes técnico-jurídicos el discernimiento sobre los fines preferibles o más justificables o éticamente aceptables de la legislación; o modelos minimalistas, que se concentran solo en aportes técnico-jurídicos a la legislación.

Igualmente, se difiere sobre el momento en el que debe producirse el aná-

2 Tal como dice el mismo Atienza Rodríguez (2019, pp. 1-8 y 35-50), el punto de partida para aclarar estos conceptos es analizar el estatus epistemológico de la llamada “ciencia de la legislación” y luego precisar hacia su interior la distinción entre teoría y técnica legislativa.

lisis y la propuesta teórica: en la etapa de la legislación como proceso (y sus secciones prelegislativa o legislativa) o bien como producto con la ley ya sancionada (Fernández Blanco, 2022).

En relación con los contenidos, sólo a modo descriptivo mencionaremos dos ejemplos que ofrece la doctrina extranjera y significativos aportes correspondientes a la nuestra.

Arias-Schreiber y Peña Jumpa (2015) (Perú) han identificado tres complejos temáticos principales:

1. La política legislativa, o la promoción de una buena legislación.
2. Teoría de la dación de las leyes en sentido estricto, o los problemas del proceso legislativo.
3. Técnica de la dación de las leyes, o los problemas de la técnica legislativa.

Por su parte, Pineda Garfías (2009) (Chile) define dos áreas de estudio:

1. La organización del Parlamento y las condiciones en las que se realiza el debate y la argumentación parlamentaria.
2. Los presupuestos que incrementan la racionalidad o la calidad de la ley.

En la República Argentina, en el primer análisis conocido sobre el tema, Colmo (1927) se refería a la técnica jurídica como género que entraña varias especies: científica o doctrinaria, legislativa, jurisprudencial, etc. Y definía la legislativa como aquella que “... tiene por misión establecer los principios relativos a la expresada elaboración de los códigos y leyes, desde su preparación y confección hasta su sanción por los poderes correspondientes... (#10).³

Más acá en el tiempo, Alberto Castells (1999) centraba el estado de la cuestión legislativa en dos preguntas: la primera, si la función de legislar se cumplía en forma correcta o incorrecta, es decir, si se legislaba “bien” o “mal”, y la segunda, luego de enumerar una serie de problemas externos a la cuestión legislativa e internos del dispositivo normativo, si existía un conocimiento sistemático, verificable y aplicable a la legislación, susceptible de corregir sus vicios, y, si era así, con ayuda de qué tecnología sería posible lograr un resultado positivo. La respuesta –según Castells (1999), siempre relativa y limitada– puede obtener-

3 Y agrega el autor que en ello se contiene un conjunto de cosas de todo interés: quién debe encargarse de su preparación y confección, si conviene coleccionar leyes y códigos o dictar otros nuevos, si es preferible imitar o inspirarse en los factores ambientales, cuál habrá de ser el plan metodológico, qué caracteres debe revestir la ley, cómo deben ser concebidos los preceptos legales, cuáles son las normas a seguirse en el estilo de las leyes o códigos, etc. (Colmo, 1927, #10).

se a partir del desarrollo de una ciencia de la legislación y a través de sus dos disciplinas emblemáticas: la teoría y la técnica legislativas, secundadas por un conjunto de disciplinas específicas, a las que deben sumarse los conocimientos provenientes de los diversos campos de la acción humana.

Para Castells (1999), la técnica legislativa se descompone en: una técnica legislativa externa, que incluye la organización y funcionamiento de los cuerpos parlamentarios, el proceso de elaboración de normas y las relaciones funcionales entre los poderes del Estado, y en una técnica legislativa interna, que se refiere a la estructura, redacción, lógica y dinámica de las normas.

El esquema propuesto por Castells (1999) para la definición de la técnica legislativa y sus alcances interno y externo fue adoptado por distintos autores, difundido en claustros docentes y completado posteriormente por Fermín P. Ubertone (s.f.), aunque con diferencias conceptuales.

Así, por ejemplo, Ubertone (s.f.) amplía el espectro de las materias comprendidas en la técnica legislativa interna a las siguientes cuestiones: a) la redacción legislativa: estilo, terminología, uso de definiciones, remisiones internas y externas, etc.; b) la estructura –tanto formal como sustancial– de la ley, incluyendo las formas externas de esta, sus divisiones (títulos, capítulos, etc.), la unidad de texto normativo (artículo), el epigrafiado, las divisiones del artículo, los anexos, etc.; y c) la lógica de los sistemas normativos, tanto en sus aspectos estáticos como dinámicos.⁴

Por otro lado, en su opinión, la técnica legislativa externa incluye: (a) la “génesis de la ley”, es decir, el proceso político y social que va desde la detección de una necesidad social insatisfecha –que puede tener una solución por vía legislativa– hasta la definitiva sanción y entrada en vigor de la ley; y (b) la elaboración técnica del proyecto normativo: sus etapas y la visión de conjunto del trabajo del asesor técnico legislativo (*draftman*), aspectos no contemplados por Castells (1999) en esta área de estudio.

En cuanto a la teoría legislativa, Castells (1999) considera que debe ocuparse de la historia legislativa, la teoría del acto normativo, la sociología de la ley y la dinámica del sistema normativo.

Entre las disciplinas auxiliares, el citado autor menciona la teoría de las decisiones, la técnica de solución de conflictos, la semiología, la teoría de los sistemas, etc., agregando los conocimientos específicos, campos o disciplinas

4 Aclara Ubertone (s.f.): “Éste, en principio, es un tema de la Teoría de la Legislación; pero cuando los conocimientos teóricos son desarrollados hacia lo práctico y aplicados al análisis de un documento normativo concreto, entonces esa parte corresponde a la TL interna” (p. 7).

que responden al conocimiento práctico requerido en el proyecto de ley del que se trate.

Así las cosas, efectuada una revisión genérica de las diversas cuestiones que involucran a la teoría de la legislación, en el punto siguiente haremos una reseña del avance en la materia a la fecha en nuestro país.

3. La teoría de legislación en la bibliografía de la República Argentina

3.1. La técnica legislativa externa e interna

En nuestro país, la mayoría de los estudios sobre legislación se ocupan de las dos dimensiones descriptas por Castells (1999) para la técnica legislativa, aunque difícilmente se refieran a un único aspecto (interno y/o externo) de los mencionados.

Se destacan los análisis sobre el Poder Legislativo en obras de derecho constitucional y/o derecho parlamentario, en ambos casos, centrados principalmente en su composición orgánica y funcionamiento, en el proceso de formación y sanción de las leyes o en las cuestiones reglamentarias básicas de cada una de las cámaras. Entre ellos, cronológicamente podemos referir las siguientes obras: González Calderón (1909), Bidegain (1979), Pérez Guilhou (1986), Zarza Mensaque (1986), Gentile (1997) –y su segunda edición actualizada en 2008– y Midon (2012).

Otras obras más específicas son: Quiroga Lavié (1993) y Schinelli (1996, 2021), Ubertone (1997) –con su edición revisada en 2016–, Martino (2004), Castagno (2010), Pérez Bourbón (2011) y Menem (2012), y su segunda edición en 2020.

Por su parte, a partir de la década de 1990, distintos autores se ocuparon de la técnica legislativa interna: Ubertone (1996), Svetaz et al. (1998), Leiva Fernández (1999), Pérez Bourbon (2007), Clavell Borrás (2008)⁵ y Marchili (2009).

Una aproximación novedosa al tema son los estudios sobre calidad del procedimiento legislativo, el texto normativo y la deliberación legislativa de Pérez Bourbón et al. (2013).

5 La primera edición de la obra data de 1984, publicada por la Fundación del Banco de Boston, luego retirada de circulación debido a que no fue corregida y contenía párrafos enteros que no coincidían y estaban mal ubicados (del prólogo de Clavell Borrás, 2008).

3.2. La teoría legislativa

Si bien pocas en número, las obras sobre teoría de la legislación de autores nacionales son importantes, algunas de las cuales han adquirido trascendencia internacional, como Goldschmidt (1960) –y sus posteriores ampliaciones y reimpressiones– y Alchourron y Bulygin (1975). Entre otras obras, sobresalen Meehan (1976), Castaño (1995), Ciuro Caldani (2000) y Martino (2014).

4. Dos aclaraciones finales

Para concluir estas breves notas, resulta necesario realizar dos observaciones que entendemos serán útiles para colocar en su justa medida este humilde aporte e instar al desarrollo de una teoría de la legislación en la República Argentina.

Primero, la lista de autores y trabajos es ilustrativa del itinerario transitado por juristas y iusfilósofos argentinos cuyos estudios han versado principalmente sobre el proceso de formación y sanción de las leyes en el orden constitucional y sobre cuestiones que hacen a la racionalidad jurídico-formal y lingüística de la ley, con mayoritaria abstracción de los aspectos que informan su contenido, finalidad y eficacia.

Resta, pues, un significativo y extenso trabajo por delante que nos permita no solo actualizar y profundizar los temas de la técnica legislativa, sino también desarrollar los propios de la teoría legislativa y, como antes señalamos siguiendo a Atienza Rodríguez (1997), avanzar principalmente en esquemas de racionalidad pragmática (eficacia), teleológica (cumplimiento de fines sociales) y ética de la ley, así como profundizar en aspectos propios de la argumentación jurídica y sobre los efectos sociales de la ley, entre otras cuestiones.

La teoría de la legislación no sólo tiene impacto en la órbita del Poder Legislativo; sus efectos se extienden al ámbito de los otros poderes del Estado, tal como señala Débora O. Ranieri de Cechini (2005, pp. 58 y ss.) al proponer el desarrollo de una argumentación legislativa de cara a: (i) la comunidad en su totalidad; (ii) los destinatarios de las normas (los gobernados) obligados al cumplimiento de las normas; (iii) la función educativa y ejemplar del derecho positivo; y (iv) los jueces y su influencia en las sentencias. En este último punto, destacamos la vinculación entre la teoría de la legislación y sus efectos en el alcance del control judicial: Carrillo (2016) y Cordeiro y Carrillo (2016).

Segundo, bien podría preguntarse el lector de estas notas cuál sería el real impacto de desarrollar en nuestro país una teoría de la legislación. La respuesta

la anticipa el propio Atienza Rodríguez (2019, p. 9) cuando sostiene que la actual crisis de la legislación no es sólo una crisis de crecimiento que se corrige mejorando la calidad técnica de las leyes, especialmente porque la técnica legislativa es condición necesaria, pero no suficiente, para mejorar la calidad de las leyes.

Tal como señala Bulygin (1981), es preciso desarrollar un cuerpo de doctrina, es decir una teoría que estudie sistemática y metódicamente los problemas que plantea la legislación y el modo de resolverlos. En la misma línea se encuentra Castells (1999), para quien debemos conocer y saber para hacer; para ello, surge como indispensable determinar y desplegar los principios y criterios que les atribuyen a las leyes legitimidad, racionalidad, objetividad y universalidad.

La teoría legislativa constituye un corpus de conocimiento sistemático y conceptual que nos permite identificar, explorar, describir y explicar el fenómeno normativo y la práctica legislativa (Castells, 1999), la cual asoma al jurista al campo de la política, la sociología, la filosofía del lenguaje y la informática y que comprende la historia legislativa, la sociología de la ley y la teoría de la dinámica normativa y del acto normativo.

No es ocioso recordar que contamos ya con instrumentos jurídicos y órganos institucionales que nos allanan el camino de los estudios que proponemos, pero se encuentran desconexos e incluso ignorados.

A modo de ejemplo, vale la pena señalar:

1. El Digesto Jurídico Argentino, compendio de normas jurídicas vigentes nacionales y supranacionales a las cuales la nación adhiere; proyecto impulsado desde mucho tiempo atrás a través de sucesivas leyes 20004 (BO 13/12/1972), 24967 (BO 25/06/1998) y 26939 (BO 16/06/2014), pero discontinuado a la fecha.
2. La Oficina de Presupuesto del Congreso (OPC), creada por la Ley 27343 (BO 21/12/2016), entre cuyas funciones se encuentra realizar, a solicitud de las comisiones de presupuesto de ambas cámaras, estimaciones de impactos en materia de ingresos y gastos de proyectos de ley presentados por legisladores; efectuar el análisis de la ejecución físico-financiera del presupuesto y evaluaciones del impacto de políticas y programas del gobierno expresadas en este en el marco de los ODS; analizar el comportamiento de los tributos vigentes y del impacto de reformas tributarias presentadas por el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo.
3. La Oficina Científica de Asesoramiento Legislativo (OCAL), creada por la RP N° 874/2020 del 12 de junio de 2020 en la Cámara de Diputados de la

Nación, entre cuyas funciones se listan: realizar estudios de prospectiva científico-tecnológica con el fin de identificar posibles escenarios de futuro que permitan preparar legislativamente al país para un mejor aprovechamiento de oportunidades en términos socio-económicos; elaborar y publicar informes basados en evidencias científicas y presentárselos a los miembros de los grupos parlamentarios, de modo de hacer público el estado de conocimiento científico en cualquier asunto de interés a legislar. En definitiva, conectar ciencia, política y sociedad para debatir temas de relevancia.

4. Los órganos encargados del control del Poder Ejecutivo: (i) Sindicatura General de la Nación (Ley 24156, BO 29/10/1992); (ii) Oficina de Anticorrupción (Ley 25233, BO 14/12/1999, y 24946, BO 23/03/1998); (iii) Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas (Ley 24946, BO 23/03/1998); (iv) Defensoría del Pueblo de la Nación (Ley 24284, BO 6/12/1993, y artículo 86 de la Constitución Nacional) y la Auditoría General de la Nación (Ley 24156, BO 29/10/1992, y artículo 85 de la Constitución Nacional); y la lógica consideración en el *iter* legislativo de todos los informes técnicos producidos que impactan en las más diversas áreas del Estado.

Un análisis sistemático e integral *sobre la legislación*, desde una perspectiva general y bajo las ópticas antes señaladas, nos permitirá concluir –de acuerdo con Montesquieu (1748)– que si pudiéramos “... hacer que cada cual pudiera sentir mejor la felicidad en su país, en su Gobierno, en el puesto en que se encontrase...” y “... hacer que los que mandan aumentasen sus conocimientos sobre lo que deben prescribir, y que los que obedecen encontrasen un nuevo placer en el hecho de obedecer...” (Prefacio, p. 8), seríamos los hombres y mujeres más felices del mundo.

Bibliografía

- Alchourron, C. E. y Bulygin, E. (1975). *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Arias-Schreiber, F. y Peña Jumpa, A. (2015). La Nueva Teoría de la legislación. *Revista Ius et Veritas*, (51), 196-206.
- Aristóteles. (1988). *Política*. Gredos.
- Atienza Rodríguez, M. (1989). *Contribución a una teoría de la legislación*. *Doxa*, (6), 385-403.
- Atienza Rodríguez, M. (1997). *Contribución a una Teoría de la Legislación*. Civitas.

- Atienza Rodríguez, M. (2004). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (2ª ed.). Palestra.
- Atienza Rodríguez, M. (2019). *Argumentación Legislativa*. Astrea.
- Bar-Siman-Tov, I. (2018). The Global Revival of Legisprudence: A Comparative View on Legislation in Legal Education and Research. En Oliver-Lalana, D. (Ed.), *Conceptions and Misconceptions of Legislation* (pp. 275-294). Springer. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3179579>.
- Bentham, J. (2008). *Los Principios De La Moral y La Legislación*. Claridad.
- Bidegain, C. M. (1979). *Cuadernos del Curso de derecho Constitucional*. Abeledo Perrot.
- Bulgyn, E. (1981). Teoría y Técnica de Legislación. *La Ley*, 1981-C, 967-976.
- Carrillo, S. R. (2016). La racionalidad del proceso legislativo como estándar de control judicial. *La Ley*, 2016-E, 635-647.
- Castagno, A. (2010). *La asistencia técnica parlamentaria*. El Derecho.
- Castaño, S. R. (1995). *La racionalidad de la ley*. Abaco.
- Castells, A. (1999). *Visión Panorámica de las disciplinas que integran la Ciencia de la Legislación*. Documento introductorio inédito al Diplomado sobre Ciencia de la Legislación, Instituto de Capacitación Parlamentaria de la Cámara de Diputados de la Nación.
- Cicerón, M. T. (1970). *Las leyes*. Instituto de Estudios Políticos.
- Ciuro Caldani, M. A. (2000). *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*. Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Clavell Borrás, J. (2008). *Introducción a la técnica legislativa*. Librería El Foro.
- Colmo, A. (1927). *Técnica legislativa del Código civil argentino*. Abeledo Perrot.
- Constant, B. (2010). *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*. Katz.
- Cordeiro M. L. y Carrillo, S. R. (2016). Foundations for the development of rational law-making in Argentina. The Theory and Practice of Legislation. *The Theory and practice of legislation*, 4(2), 237-262.
- Fernández Blanco, C. (2022). *Legislación racional*. Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales.
- Filangieri, G. (2012). *Ciencias de la legislación*. EDIAR.
- Gentile, J. (1997). *Derecho Parlamentario Argentino*. Ciudad Argentina.
- Goldschmidt, W. (1960). *Introducción Filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo juridico y sus horizontes*. Depalma.
- González Calderón, J. E. (1909). *El Poder Legislativo*. Librería Juridica YNY.
- Karpen, U. y Xanthaki, H. (Eds.). (2020). *Legislation in Europe: A Country by Country Guide*. Hart Publishing.
- Leiva Fernández, L. F. P. (1999). *Fundamentos de técnica legislativa*. La Ley.
- Martino, A. (Coord.). (2004). *Estudios sobre Ciencia de la Legislación*. Ediciones Universidad del Salvador/Università di Pisa.
- Martino, A. (2014). *Legislación y Digesto*. Eudeba.
- Marchili, L. A. (2009). *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia*. Dunken.
- Meehan, J. H. (1976). *Teoría y técnica legislativa*. Depalma.
- Menem, E. (2012). *Derecho Procesal Parlamentario*. La Ley.
- Midon, M. A. R. (2012). *Organización y funcionamiento del Congreso de la Nación Argentina. Legislaturas provinciales y de la CABA. Constituciones Sudamericanas*. Hammurabi.

- Montesquieu, C. ([1748] 2010). *El espíritu de las leyes*. Ediciones Libertador.
- Nascimento, R. S. (2021). *Teoría de la legislación y la argumentación legislativa. Brasil y España desde una perspectiva comparada* (Trad. L. Criado Sánchez). Ediciones Olejnik.
- Noll, P. (1973). *Gesetzgebungslehre*. Rowohlt.
- Pérez Bourbon, H. (2007). *Manual de Técnica Legislativa*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Pérez Bourbon, H. (2011). *Para entender el Congreso*. Dunken.
- Pérez Bourbón, H., Ubertone, F. y Svetaz, M. A. (2013). *Calidad legislativa: diez años de investigación*. Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa.
- Pérez Guilhou, D. (1986). *Atribuciones del Congreso Argentino*. Depalma.
- Pineda Garfias, R. (2009). Teoría de la legislación. Algunos planteamientos generales. *Nomos*, (3), 137-156.
- Platón. (2005). *Las leyes*. Sección de publicaciones, Corte Suprema de Justicia de El Salvador.
- Quiroga Lavié, H. (1993). *La Potestad Legislativa*. Zavalía.
- Schinelli, G. (1996). *Reglamento de la Cámara de Diputados de la Nación*. Dirección de Información Parlamentaria, Honorable Cámara de Diputados de la Nación.
- Schinelli, G. (2021). *La Cámara de Diputados de la Nación y su reglamento, comentado 1983 /2019*. Dunken.
- Svetaz, M. A., Grosso, B. M., Luna, M. A., Pérez Bourbón, H. y Ubertone, F. (1998). *Técnica Legislativa*. Rubinzal Culzoni.
- Tocqueville, A. de. (2018). *El antiguo régimen y la revolución*. Alianza.
- Ubertone, F. P. (s.f.). *Técnica Legislativa Interna y Externa*. <https://studylib.es/doc/374410/cap.-2.-t%C3%A9cnica-legislativa-interna-y-externa>.
- Ubertone, F. P. (1996). Reglas de técnica legislativa interna en la Argentina. *El Derecho Legislación Argentina*, 1996-B, 1237-1252.
- Ubertone, F. P. (1997). *Vocabulario Parlamentario Argentino*. Instituto de Ciencia y Técnica Legislativa.
- Ranieri de Cechini, D. O. (2005). La argumentación del legislador. En Portela, J. y Puy Muñoz, F. (Comps.), *La argumentación de los operadores jurídico* (pp. 35-65). Educa.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press.
- Wintgens, L. J. (2003). Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación. *Doxa*, (26), 261-287.
- Zapatero Gómez, V. (1994). De la jurisprudencia hacia la legislación. *Doxa*, (15-16), 769-789.
- Zapatero Gómez, V. (2009). *El arte de legislar*. Aranzadi.
- Zarza Mensaque, A. R. (1986). *El Congreso en la Argentina Finisecular*. Universidad Nacional de Córdoba.

Legislación citada

- Constitución Nacional.
 Ley 20004 (BO 13/12/1972).
 Ley 24156 BO 29/10/1992).
 Ley 24284 (BO 06/12/1993).
 Ley 24946 BO 23/03/1998).
 Ley 24967 (BO 25/06/1998).

Ley 25233 (BO 14/12/1999).

Ley 26939 (BO 16/06/2014).

Ley 27343 (BO 21/12/2016).

RP 874/2020 del 12 de junio de 2020 en la Cámara de Diputados de la Nación.

PROLEGÓMENOS¹

Pasquale Gianniti

Consigliere della Corte di Cassazione (Italia)

pasquale.gianniti@gmail.com

Resumen

La tradición jurídica nos ha dado pocas definiciones de “derecho”. Incluso hoy en día, a los juristas no les suele gustar abordar la cuestión de qué es el derecho. Sin embargo, esta siempre se ha dejado sentir en los debates académicos en épocas de grandes transformaciones de la sociedad y vuelve a surgir con ímpetu en nuestros días.

En la cultura jurídica clásica griega y latina, el derecho, en su raíz última, se refería a la justicia. Esta concepción prevaleció durante muchos siglos en Europa, pero con la formación de los Estados absolutos (y, por tanto, entre el siglo XIX y principios del XX) se pasó del derecho entendido como relacionado con la justicia al derecho entendido como sistema jurídico: se subordinó a la voluntad del Estado y, por ende, se redujo a las leyes que éste establecía.

La experiencia jurídica contemporánea marca la transición de lo moderno a lo posmoderno: la coyuntura actual se caracteriza por la crisis de la estatalidad del derecho y de la concepción silogística del procedimiento de aplicación y, por tanto, por la afirmación de una pluralidad de fuentes de producción del derecho y de una nueva concepción del procedimiento de aplicación, en la que el papel del intérprete es cada vez más importante: hoy, más que nunca, el derecho ya no se limita a la promulgación de disposiciones jurídicas, sino que incluye también su interpretación y aplicación.

Así pues, hoy se está produciendo un cambio de horizonte, ya que los distintos ídolos a los que había rendido culto la mitología jurídica de la modernidad se están desmoronando poco a poco y el derecho vuelve a reivindicar su autonomía frente a la voluntad del Estado. Da la impresión de que el hombre contemporáneo está excavando para abrirles paso a los cimientos de un nuevo edificio jurídico. Podría tratarse de los albores de un nuevo humanismo jurídico, pero también son posibles regresiones históricas, quizás revestidas de una pseudomodernidad. En este artículo, se parte de la constatación de que la interpretación del dato jurídico es generalmente susceptible de conducir a varias soluciones, cada una de las cuales es en sí misma técnicamente correcta, para llegar a sostener que esta circunstancia, lejos de hacer perder la fe en el derecho, urge la responsabilidad del intérprete hacia soluciones hermenéuticas que se

1 El presente artículo ha sido traducido al español del original en italiano por el profesor Dr. Cristian Altavilla (Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Siglo 21, Argentina).

adopten en clave de un criterio de razón y, por tanto, sean discutibles sobre la base de valores compartidos (o, al menos, compartibles).

Palabras clave: concepción del derecho, época clásica, siglos XIX y XX, transición de moderno a posmoderno, experiencia jurídica contemporánea.

Foreword

Abstract

Legal tradition has given us few definitions of law. Even today, legal scholars generally do not like to address the question of what is law. Yet, the question of what is law has always been felt in academic debates at times of great transformation in societies and arises again with impulse in our days.

In classical Greek and Latin legal culture, law, in its ultimate root, referred to justice. The classical conception of law prevailed for many centuries in Europe, but with the formation of absolute states (and thus between the 19th and early 20th centuries), there was a shift from law understood as related to justice, to law understood as a legal system: law was subordinated to the will of the state and was thus reduced to the laws it laid down.

The contemporary legal experience marks the transition from the modernity to the post-modernity: the current juncture is characterized by the crisis of the statehood of law and the syllogistic conception of the application procedure, and, therefore, by the affirmation of a plurality of sources of law production and a new conception of the application procedure, in which the role of the interpreter is increasingly important: today more than ever, law is no longer limited to the promulgation of legal provisions, but also includes their interpretation and application. A change of horizon is thus taking place today, as the various idols that had been worshipped by the legal mythology of modernity are gradually being shattered and law is once again claiming its autonomy from the will of the state. The impression, it seems, is that contemporary man is digging for the foundations of a new legal edifice. It could be the dawn of a new legal humanism, but historical regressions, perhaps cloaked in a pseudo-modernity, are also possible. In the article, the author starts from the observation that the interpretation of the legal datum is generally capable of leading to several solutions, each of which is in itself technically correct, to ultimately claim that this circumstance, far from making one lose faith in the law, urges the interpreter's responsibility towards hermeneutic solutions that are adopted in the key of a criterion of reason, and, therefore, are arguable on the basis of shared (or, at least, shareable) values.

Key words: conception of law, classical era, 19th and 20th centuries, transition from modernity to post-modernity, contemporary legal experience.

1. ¿*Quid iuris*?

La tradición jurídica nos ha legado pocas definiciones de “derecho”.² Incluso hoy en día, a los juristas no les suele gustar abordar la cuestión de qué es el derecho, de la que se deshacen respondiendo que es “un problema para filósofos”. Pero ni siquiera entre los filósofos del derecho existe una definición universalmente aceptada,³ por lo que la cuestión de qué es el derecho está destinada a quedar sin respuesta.

El hecho de que se trate de una cuestión abierta no parece percibirse en el trabajo cotidiano de los profesionales del derecho:⁴ para estos últimos, el problema suele consistir únicamente en determinar cuál es la norma aplicable,

-
- 2 El derecho romano –de carácter puramente jurisprudencial, es decir, vinculado a la descripción de casos concretos– tenía cierta aversión a las definiciones. Quedan huellas de esta aversión en un conocido pasaje de Giavoleno, jurista romano que vivió entre los siglos I y II: “Omnis definitio in iure civile periculosa est; rarum est enim, ut non subverti possit”. El pasaje se cita en el Digesto. 50.17.202 (Iav. ep), bajo el título “De diversis regulis iuris antiqui”. Sin embargo, el propio Digesto cita la definición de “derecho” que Ulpiano atribuye a Celso, jurista del siglo II: “Ius est ars boni et aequi”. Esta definición (así como la regla ulpiana “Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere; neminem laedere; unicuique tribuere”) expresaba la aspiración del *ius* hacia los valores más elevados. Varios siglos después, la definición de Celso fue retomada por Dante Alighieri. Este último no suele ser recordado como jurista en sentido estricto (sobre este punto, véase Bianchini Jesurum, 2014, pp. 472-479). Sin embargo, Dante, en su tratado titulado *De Monarchia* (cf. la edición anotada editada por Quaglioni, 2015) –recopilando y reelaborando un vasto patrimonio de fuentes escriturarias, doctrinales y jurídicas– intervino en el debate iuspublicista de su tiempo (relativo a la legitimación del poder del Imperio) y, en el capítulo V del libro II, para completar la descripción de Celso, dio una definición que se ha hecho famosa y es quizá uno de los ejemplos más felices de operación definitoria del derecho que se hayan realizado: “Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit”. Por tanto, según Alighieri (2015), el derecho, entendido como relación proporcional, cobra vida tanto en el ámbito de las relaciones personales como en el de las relaciones reales; es una proporción vinculada a la justicia y caracterizada por el principio de relación; es un *vínculo intersubjetivo* que, si se preserva, conserva y salva las relaciones humanas, en cambio, si se corrompe, socava el ordenado desenvolvimiento de la vida de la *humana civilitas*, desencadenando la codicia y el ansia de posesiones.
- 3 Immanuel Kant, al comienzo de la Doctrina del Derecho en su *Metafísica de las Costumbres* (1790), planteó la pregunta *quid iuris?*, a la que respondió afirmando que la definición del derecho es el *caput mortuum* de los juristas. Parafraseando esta frase, Sergio Cotta (1989) señaló: “Quizá ninguna época ha sabido menos que la nuestra lo que es el derecho ¿Es una prescripción heterónoma (a la Kant), o la expresión normativa del Espíritu comunitario del Pueblo (Savigny)? ¿Es el mandato (Austin) o la prescripción (Bobbio) de la autoridad, o la decisión del soberano (Schmitt) o de los jueces (Holmes, Ross)? ¿Se trata de la regla de los intereses (Jhering) o de una regla sobre el uso de la fuerza (Kelsen, Olivecrona)? ¿Se trata de un orden social (S. Romano) o formal (Kelsen) extendido también a la esfera internacional, o es una constelación de órdenes cerrados, autárquicos y autónomos con unidad únicamente léxica (Ross)?” (p. 157).
- 4 Algo parecido ocurre con los trabajadores sanitarios, que se dedican al cuidado diario de los pacientes sin tener que ocuparse de lo que son la vida o la muerte (o incluso la “salud”), considerándolos como problemas “metafísicos”.

mientras que lo que es o no es derecho es un problema “metajurídico”. Para decir qué es, se recurre entonces a una metáfora, la de la “fuente” (Bin, 2009): las fuentes del derecho son todos aquellos documentos o comportamientos capaces de producir normas que pueden ser aplicadas, directa o indirectamente, ante un juez.⁵ El jurista práctico, una vez identificadas las “fuentes”, se expone al riesgo de iniciar su trabajo con la ilusión de haber resuelto el problema de qué es el derecho. Sin embargo, en el constitucionalismo moderno, el sistema de fuentes está en crisis: en la realidad operativa del derecho, la fuente no preexiste al enunciado, sino que emerge al final de un procedimiento aplicativo, cada vez más problemático, en la lectura concreta que hace el juez.

Sin embargo, la cuestión de qué es el derecho siempre se ha hecho sentir en los debates académicos en épocas de grandes transformaciones de la sociedad, y vuelve a plantearse con ímpetu en nuestros días, en los que ya no puede buscarse en enunciados formales emanados de la autoridad estatal, sino que insta al intérprete a buscarlo en la forma de ser de una sociedad, cada vez más multiforme y pluralista, en las mallas de un tejido de principios y valores, sin los cuales ninguna organización es capaz de funcionar. Tal vez nunca antes haya sido tan fácil como hoy comprender que el derecho es constitutivamente un organismo vivo:⁶ del mismo modo que la vida, en su continuo devenir, no se deja retrotraer (salvo para su análisis) a la rigidez de un orden definitivo; el derecho no puede reconducirse a la fijación de fórmulas que resultan superadas en el momento mismo en que se enuncian.⁷ Razonar sobre el derecho no pue-

5 Debido a una serie de acontecimientos históricos –que no es necesario reconstruir aquí–, en la experiencia jurídica contemporánea, las fuentes del derecho son en su mayoría atribuibles al Estado o a entidades derivadas de él (la Unión Europea o el derecho convencional de la UDE en el nivel supraestatal; las regiones o municipios en la dimensión subestatal). Estas fuentes generan *disposiciones jurídicas*, que se combinan para formar el *ordenamiento jurídico*.

6 El derecho es siempre necesariamente *in fieri*. Grossi (2017) ha observado que el derecho aparece hoy como el “resultado de una invención, es decir, percibido no como algo que crea el poder legislativo, sino como algo que hay que buscar y encontrar (según el significado del latín *invenire*) en las raíces de una civilización, en lo más profundo de su historia, en la identidad más celosa de una conciencia colectiva; y deben ser sus inventores, fuera del vulgo corriente, en primer lugar, los legisladores, pero también los juristas teóricos y prácticos en su compleja función” (p. X). En otras palabras, “hoy, en nuestro tiempo jurisprudencial postmoderno, el juez, mediante operaciones exquisitamente valorativas, debe comprender el caso a resolver y adaptar la norma al hecho de la vida, individualizando la disciplina más adecuada. Y su búsqueda toma la forma, precisamente, de una invención, que es un procedimiento contrario al silogístico, porque no sólo implica la racionalidad del juez con sus capacidades lógicas, sino sobre todo las capacidades de intuición, percepción, comprensión, todas ellas marcadas en el plano axiológico”.

7 Desde este punto de vista, el riesgo es que las universidades sigan enseñando un derecho que ya no existe, y que una parte de las categorías profesionales acaben utilizando criterios clasificatorios e

de significar limitarse a conocer y describir un conjunto de textos ordenados sistémicamente, porque lo que definimos como “derecho positivo” es también fruto del trabajo de quienes operan dentro de la experiencia jurídica y es el resultado de una actividad compuesta, que implica no sólo la reconstrucción de textos, sino también la integración de datos, el conocimiento de un contexto histórico complejo y la participación consciente en prácticas de reconocimiento y aplicación.

Si, por tanto, no existe (ni existirá nunca) una definición universalmente consensuada del derecho, es, en cambio, un hecho comúnmente aceptado que es una realidad antropológica de carácter universal, es decir, una realidad que estructuralmente pertenece al ser de la persona humana (Cotta, 1991, pp. 236-237). El naufrago que se encuentra solo en una isla desierta no necesita la ley (Amadio y Checchini, 2020, p. 3). Sin embargo, la presencia de otro ser humano en el mismo territorio ya plantea el problema de la relación entre los dos sujetos.⁸

En el origen de los tiempos, la primera y última palabra era “fuerza” (Amadio y Checchini, 2020, p. 3). La relación entre los hombres estaba determinada esencialmente por las relaciones de poder, que podían variar entre una situación de supremacía absoluta de uno sobre otro y una situación de equilibrio. La forma en la que se puso en práctica esta relación de fuerza influyó directamente en la posibilidad concreta de satisfacer los intereses de unos y otros. En esencia, se creó una jerarquía de intereses que se protegían en mayor o menor medida según las normas de relación establecidas entre quienes pasaban a formar parte del grupo. En una etapa posterior, la toma de conciencia de la relación existente entre los miembros del grupo, basada en el poder conquistado por unos y la capacidad de imponerlo, condujo a un uso sistemático de reglas que establecían, en hipótesis individuales de conflicto, cómo debía comportarse un sujeto frente a otro. Puede decirse que en esta época nació un primer embrión de derecho, entendido como un conjunto de normas conocidas y respetadas por los ciudadanos.⁹

índices lingüísticos que han perdido su significado tradicional.

- 8 En el plano de la experiencia, se observa que el individuo está siempre en relación. Está en relación incluso bajo el aspecto fisiológico naturalista, en la relación biogénica que le da la vida, pero sigue estando en relación con los diversos acontecimientos que atraviesan su existencia histórica.
- 9 En una sociedad primitiva, las normas de comportamiento se refieren inicialmente al uso de determinados bienes o territorios, a la vida o a la integridad física de la persona (por ejemplo, se establece que entre dos sujetos en conflicto por el uso de una cosa debe prevalecer el que primero tomó posesión de ella). O, en el conflicto entre el interés del individuo y el interés del grupo social, en una

En esta perspectiva, el derecho aparece ante todo como un fenómeno social destinado a garantizar la coexistencia en un grupo ordenado de varios sujetos, portadores de intereses opuestos (Cotta, 1991, pp. 64, 69, 169-186).¹⁰ El uso de la fuerza no se elimina del todo, pero sigue siendo un recurso extremo al cual recurrir cuando no se respetan las normas de convivencia. La aplicación de sanciones, por tanto, también sigue estando sujeta a normas determinadas.

2. La concepción del derecho en la época clásica

En la cultura jurídica clásica griega, el derecho, en su raíz última, se refería a la *justicia*;¹¹ la legalidad tenía como presupuesto la justicia intrínseca de las reglas de relación que presiden la vida del grupo, por tanto, la legalidad tenía el fuerte sentido del comportamiento correcto.¹² Para convencerse de ello, basta con repasar las posiciones dominantes en la literatura griega.

Heráclito escribe en uno de sus fragmentos: “Todas las leyes humanas, en

circunstancia determinada (por ejemplo, cuando está en juego la defensa del grupo), se decide que prevalezca el interés de la comunidad aun a costa de la vida del individuo. A medida que la sociedad se hace más compleja, se producen normas que guían la vida de toda la comunidad, así como las relaciones entre los individuos. Esto lleva a la formación de normas sobre la elección de líderes y normas que prohíben determinados comportamientos por el bien de la sociedad, culminando en la formación de normas sobre cómo formar nuevas reglas. Esto “no sólo es un paso importante, sino que puede considerarse con razón el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico” (Hart, 2002, p. 51). En palabras de Norberto Bobbio (1994), la transición de la normatividad social a la normatividad jurídica da lugar a la institución de “normas de segunda instancia o metanormas, cuya función es regular aquellos actos humanos particulares que son los actos productores de normas” (p. 203).

- 10 El autor sostiene que la observación más elemental del fenómeno jurídico empírico nos permite ver que se constituye para satisfacer necesidades existenciales fundamentales de la persona humana: la seguridad frente a los demás, la cooperación con los demás y la duración a través de los demás; y, para verificar la anterior afirmación, examina a modo de ejemplo cuatro instituciones jurídicas (la propiedad, la sucesión, la asociación y la sentencia, entendida esta última como la decisión de los litigios contenciosos), que, aunque con diferentes determinaciones formales y sustantivas, se encuentran en las más variadas culturas y, por tanto, puede decirse que son típicas de la experiencia jurídica en general.
- 11 Resulta interesante examinar las valencias semánticas de los términos con los que se designan los fenómenos jurídicos en las distintas lenguas. Por ejemplo, los términos *diritto*, *droit*, *derecho*, *direito*, *Recht*, *right* proceden del latín tardío *directum*. Y, de acuerdo con este término, en cuanto sustantivos, designan lo correcto (ya sea como regla o pretensión) y, como adjetivos, designan el ser correcto, acertado, exacto, fiable de una persona, comportamiento o situación. Incluso en polaco y en ruso –donde *prawo* y *pravo*, es decir, “derecho”, tienen la misma raíz que *pravda*, “verdad” – el derecho se reconecta con ese principio de verdad que permite la comprensión entre sujetos humanos. Todos estos significados conllevan una apreciación favorable, que se encuentra cuando el adjetivo se sustantiva –como en francés (*droiture* de *droit*), en inglés (*rightness* de *right*) y en alemán (*das Rechte* de *recht*)–, adquiriendo el significado de rectitud moral o justicia.
- 12 Sobre la justicia, véase D’Agostino (2010a, pp. 27 y ss.).

efecto, se nutren de una sola ley, la ley divina: ella prevalece, en efecto, tanto como quiere y basta para todo” (Senzasono, 1996, s.p.); así, según este filósofo, la ley divina es el fundamento y la raíz (“nutre”) de las leyes humanas; estas sólo son auténticas leyes –en verdad– si se ajustan a las leyes divinas (pues sólo tal conformidad las hace justas y morales).

Platón (1991) va aún más allá:¹³ afirma que la auténtica ley –el *nomos*– no puede ser mala, ya que es la revelación de lo que es, expresa la verdad del ser, lo que se deriva de su naturaleza; el *nomos* se distingue de las convenciones humanas (que pueden ser justas o injustas según se ajusten o no a él): “Lo que está bien hecho es ley soberana –*nomos basilikos*–, pero no lo que está mal hecho, que más bien se diría que es ley para los incompetentes; de hecho, en realidad, es una no-ley - *anomon*”.

En la misma línea se sitúa Aristóteles (2005, 2009):¹⁴ según él, sólo lo que es estructuralmente justo (y, por tanto, moral) puede llamarse “ley”, pero, a su vez, es la ley de la *polis* la que facilita la correcta educación en las virtudes y, si éstas faltan, obligará a actuar según lo moralmente conveniente.

La intuición de los clásicos griegos encontró nueva fuerza con el advenimiento del cristianismo,¹⁵ pero las categorías cristianas de pensamiento superan al pensamiento clásico al menos en dos puntos esenciales: por un lado, la conexión entre justicia y legalidad no pierde la autonomía de esta última;¹⁶ por otro, las relaciones humanas no se limitan al intercambio de equivalentes, sino que incluyen también relaciones de gratuidad. El cristianismo ha introducido

13 *Leyes*, X, 889 E - 890 A; *Minos*, 317 C.

14 *Política*, IV, 4,1292 a 1-11; *Ética a Nicómaco*, V, 7,1134 b 18- 1135 a 14; X, 9,1179 b 33 - 1180 a 25.

15 El razonamiento del pensamiento cristiano, que identifica la esencia de la ley con la justicia, es similar al del pensamiento griego: una ley injusta es más violencia que ley, mientras que la verdadera ley –justa– obliga en conciencia (Cf. la constitución conciliar *Gaudium et spes*, 30; el Catecismo de la Iglesia Católica, 1902; así como Tomás de Aquino, 1993, I-II, 95, 2 y I-II, 96, 4.), pues “*lex mihi esse non videtur, quae iusta non fuerit*” (San Agustín, I, 5, 11, CCL 29, 217, como se citó en Tomás de Aquino, 1993, I-II, 96, 4).

Según la filosofía cristiana, la ley regula las relaciones interhumanas, pero debe hacerlo conforme al ser del hombre precisamente para no ir contra el hombre: sólo un sistema conforme a la verdad sobre el hombre expresa una ley verdadera y justa; lo contrario es una corrupción de la ley, porque es injusta respecto al ser de la persona. Sobre la aportación del cristianismo a la experiencia jurídica, cf. D’Agostino (2010b, p. 15).

16 La ley humana –puesto que el fin propio de la comunidad civil es el bien común– sólo debe reforzar, con sanciones legales, el cumplimiento de aquellos puntos de la ley moral que están en relación directa con el bien común: el Estado, de hecho, es el garante del bien común (no el guardián moral de los ciudadanos).

en la reflexión jurídica un nuevo modo de concebir el derecho;¹⁷ en particular, ha afirmado la anterioridad de la persona humana¹⁸ respecto a cualquier consorcio humano:¹⁹ familia, sociedad y Estado, por tanto, están llamados no sólo a reconocer los valores originarios de los que cada persona humana es portadora, sino también a protegerlos y valorizarlos.

3. La concepción del derecho en el siglo XIX y principios del XX

Si la concepción clásica del derecho fue la que prevaleció durante muchos siglos en Europa, es un hecho que esta concepción cambió con la formación de los Estados absolutos:²⁰ “Tras el establecimiento del Estado-nación, o al menos

17 Esto no significa que la lucha por el derecho sea fácil, pero sí que el hombre que quiere construir un mundo en la perspectiva de la justicia sabe que su esfuerzo tiene un fundamento real; la justicia no es una ilusión ni una fantasía, sino una posibilidad humana concreta; los hombres siempre pueden cooperar entre sí en la construcción de un mundo más justo.

18 Sobre la semántica y el concepto jurídico del término “persona”, así como sobre la distinción entre “persona” e “individuo”, véase Cotta (1989, pp. 59 y ss.). En particular donde afirma: “Individuo es un término genérico, predicado de toda entidad indivisible y unitaria, de la que se componen todos los géneros y especies intramundanos: desde las cosas, pasando por los animales, hasta el género humano. Persona, a su vez, designa al individuo perteneciente exclusivamente al género de los seres racionales [...] Por tanto, persona es el término específico perteneciente al individuo dotado de razón y, por tanto, a todo hombre, con independencia del modo (y valor) de sus realizaciones existenciales” (p. 73) y donde agrega: “De ello se concluye que el término ‘persona’ es el término específico perteneciente al individuo dotado de razón y, por tanto, a todo hombre, con independencia del modo (y valor) de sus realizaciones existenciales” (p. 76) y concluye: “Se puede concluir sobre la cuestión debatida: más allá de las diferencias de orientación filosófica (racionalista, fenomenológica, existencial), la especulación teórica más seria y consistente coincide en afirmar la identidad real de la persona y del individuo humano. La verdadera divisoria de aguas en esta tradición común se establece entre los pensadores que ven a la persona como partícipe de la trascendencia divina (de San Agustín a Kierkegaard, de Santo Tomás a Rosmini) o abierta a la trascendencia (Scheler, Hartmann) o en relación con el Ser (Heidegger) y los que consideran a la persona resuelta en la inmanencia. Pero en ninguno de estos planteamientos es precedida la oposición actualmente popularizada entre persona e individuo. La persona es (el concepto, el nombre que designa) el individuo humano” (p. 76).

19 El principio de subsidiariedad se basa en la primacía de la persona humana sobre la sociedad, según la cual es deber del Estado fomentar las iniciativas de los individuos y de las formaciones intermedias, siempre que no se opongan al bien común, y protegerlas y ayudarlas, porque esa es precisamente la tarea del Estado y el sentido del bien común.

Los obstáculos a la aplicación del principio de subsidiariedad, así entendido, son tanto el liberalismo –según el cual el Estado no puede salir perdiendo para garantizar la subsistencia de los grupos intermedios (el principio de competencia y de libre mercado, de hecho, deja fuera de juego cualquier realidad perdedora desde un punto de vista utilitarista)– como el totalitarismo, por el cual todo es del Estado, por el Estado y para el Estado.

20 Europa, que nació a finales de la Edad Media, era una sociedad sin Estado: una comunidad de pueblos unidos por el cristianismo, en ausencia del poder hegemónico de un imperio (que dejó

del Estado soberano e independiente como entidad política por excelencia”, se ha observado que “la ciencia jurídica contemporánea ha llegado a apoyar la reducción de todo el fenómeno jurídico al ordenamiento jurídico, es decir, al ordenamiento jurídico de una comunidad política determinada” (Cotta, 1991, p. 147).²¹

El pensamiento moderno –el del siglo XIX y principios del XX, para ser precisos – ha provocado un cambio en la forma de entender el derecho: ha sido una transformación lenta, en la que han intervenido muchos factores teóricos y prácticos, enraizados en una nueva forma de “entender” al hombre: el ser humano se “libera” de su naturaleza ontológica, se abre a la trascendencia y se encierra en la pura autorreferencia; llegamos así a un subjetivismo absoluto, primero individualista y luego colectivista: no importa tanto lo que el hombre es, sino lo que el hombre hace y puede hacer, no su finalidad, sino su poder.

En esta perspectiva antropológica se pierde la relación entre ley y verdad, ya que la persona se reduce a un conjunto fenoménico de sentimientos, intereses y razonamientos: se piensa que la naturaleza es “anómica”. Si la ley no corresponde a lo que el hombre es, tendrá que corresponder a lo que el hombre hace. Así, en el derecho natural moderno, la ley es “impuesta” por la autoridad: “auctoritas, non veritas, facit legem” (Hobbes), y la persona acepta la ley, establecida por el soberano, mediante una operación intelectual artificial por la que se “convence” de su utilidad en el orden de la conveniencia. De hecho, dado que se considera que cada persona está constantemente amenazada por

de existir tras la caída de Constantinopla) o de un Estado-nación (que seguía sin existir). Entonces, todo cambia. La religión, de ser un factor de unidad, se convierte en causa de guerras, y Europa pasa de ser una sociedad sin Estado a una sociedad de Estados absolutos, cuyas relaciones están reguladas por los Tratados de Westfalia, concluidos en 1648. Hobbes, sólo tres años después, explica que para acabar con las guerras y establecer un reino de paz es necesario el Estado absoluto. El Estado se separa de la sociedad civil y se erige en el único guardián del bien común de los individuos y los pueblos. El orden westfaliano durará tres siglos, hasta que la soberanía absoluta de los Estados-nación se vea socavada por el inicio del proceso de integración europea.

- 21 Así, Cotta (1991) señala que: “Casi todas las teorías jurídicas que se han sucedido desde principios del siglo XIX coinciden en esto, a pesar de sus ulteriores diferencias. Así, para la Escuela Histórica de Savigny, el derecho es la expresión normativa del espíritu de un pueblo (*Volkgeist*); para la Jurisprudencia Analítica de Austin, es el mandato (o conjunto de mandatos) del soberano de una sociedad política independiente. En el mismo sentido están: el institucionalismo de Hauriou y Santi Romano; el normativismo de Kelsen y el realismo jurídico, americano y escandinavo” (p. 141). Considérese la siguiente frase de Kelsen (1966): “Una norma es norma jurídica en la medida en que pertenece a un determinado ordenamiento jurídico; y pertenece a un determinado ordenamiento jurídico si su validez descansa en la norma fundamental de este ordenamiento” (pp. 42-43). Ross (1965), autorizado exponente del realismo escandinavo, se expresa con mayor claridad aún, para quien “el derecho [...] es siempre una ordenación para la creación de una comunidad” (p. 62).

los demás, debe establecerse un pacto en el que se le otorgue al Estado el derecho-deber de regular la coexistencia pacífica y defender los derechos de cada persona.²² Pronto se hace evidente que las trampas no sólo pueden venir de los individuos, sino también del Estado, y se propone defender los derechos de los ciudadanos frente a los abusos de cualquier autoridad. Sin embargo, el paradigma básico no cambia: las leyes son el producto de un acto de voluntad humana.²³

En el siglo XIX y principios del XX, se pasó del derecho entendido como relacionado con la justicia al orden jurídico, no necesariamente enraizado en la condición humana y no necesariamente relacionado con la virtud de la justicia. Las teorías del derecho surgidas del pensamiento de la modernidad situaron los ordenamientos jurídicos en el ámbito de lo factible, de la tecnología, perdiendo así su calificación moral. Dentro de este marco hermenéutico, se llega gradualmente a identificar lo bueno con lo legal y lo malo con lo ilegal, sin hacer ningún discernimiento sobre el carácter intrínseco de lo justo o injusto.²⁴

Se realizó así la inversión radical de la concepción clásica de la legalidad: de una realidad superior al Estado (y, por tanto, su fundamento y límite) a una realidad derivada y dependiente del Estado.²⁵ Mientras que en el pensamiento

22 Sobre este tema, véase Rhonheimer (1997).

23 Epígono de estas teorías es Hans Kelsen, para quien todas las normas, ya sean morales o jurídicas, reciben su valor de la voluntad del legislador. Sobre este tema, véase Errazuriz (1986).

24 Según el pensamiento social cristiano, una ley no puede justificarse por el mero hecho de que provenga de la voluntad, ni siquiera si se trata de la voluntad general considerada plenamente autónoma, ya que la promulgación de leyes no puede reducirse “a un puro mecanismo de regulación empírica de diferentes intereses contrapuestos” (Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, 70; ID., *Centesimus annus*, 44-47).

A veces se argumenta que, a falta de una forma mejor, hay que actuar así para salvaguardar la coexistencia pacífica. Esta tesis contiene un núcleo de verdad, pero no hay que olvidar que, en una perspectiva a largo –o incluso a mediano– plazo, una legislación puramente procesal es incapaz de garantizar conjuntamente la justicia y la paz social, como enseña la historia. Si la persona, como individuo y como ser social, no es tratada según su plena verdad, acaba siendo tratada inhumanamente: hay principios y derechos inalienables incluso para la “voluntad general”, y que “ningún individuo, ninguna mayoría y ningún Estado podrán jamás crear, modificar o destruir, (sino que) sólo deberán reconocer, respetar y promover” (Juan Pablo II, 1995, p. 71).

Desde luego, no se trata de rechazar la autonomía del ordenamiento jurídico ni el mecanicismo democrático, sino más bien subrayar “que el derecho civil, es decir, en primer lugar las constituciones que comprenden los derechos fundamentales de la persona, contiene una dimensión moralmente relevante, expresión de esa verdad sobre el hombre, que en última instancia es también una medida de legitimidad para toda decisión tomada democráticamente por mayoría” (Rhonheimer, 1995, p 287).

25 No es fácil identificar el trasfondo cultural de este cambio de época que ha llevado a término ese proceso de erosión de la teoría clásica del derecho.

Según Cotta (1991), se encuentra sobre todo en la filosofía de Hegel, quien “más o mejor que ningún otro pensador” (pp. 176-177) ha interpretado la tendencia básica del pensamiento jurídico

clásico la legalidad presupone la justicia intrínseca de la ley, en el pensamiento moderno la legalidad se entiende generalmente como el respeto de la norma, que ha sido establecida de la manera prescrita por la ley, independientemente de su contenido. Hombre de derecho, por tanto, se dice del juez o funcionario que aplica fielmente la ley, o del ciudadano que ajusta estrictamente su conducta a la ley, sea cual sea, con independencia de su contenido. Y el fenómeno jurídico se ha reducido al ordenamiento jurídico, es decir, al ordenamiento jurídico de una determinada comunidad política. Esta nueva forma de concebir el derecho ha conllevado una nueva identidad para el jurista, cada vez más inclinado a ser un devoto del mero conocimiento técnico, no siempre sapiencial.

4. El actual retorno a la facticidad del derecho

La Revolución francesa tuvo el gran mérito de acabar con las antiguas clases privilegiadas, pero acentuó aún más la brecha entre los que tienen y los que no tienen y (con la llamada ley Le Chapelier de 1791) aniquiló todos los acuerdos asociativos. De la Revolución surgió un paisaje jurídico individualista, en el que todo se remontaba a dos sujetos fundamentales (el Estado y el individuo, el rico); la sociedad civil se había convertido en una masa amorfa, en una plataforma inerte; el Estado era el único productor de derecho y éste estaba en sí mismo ligado al poder político.²⁶

moderno en el lapso de tiempo que va desde alrededor del siglo XVII hasta nuestros días: “el Estado soberano, fuente autónoma del derecho”.

- 26 Grossi (2019), donde leemos que la producción del derecho: “[...] a lo largo de la Edad Media, pero persistiendo sustancialmente durante todo el Antiguo Régimen, tuvo tres características precisas: era *aluvial*, es decir, las fuentes tendían a estratificarse, acumulándose unas sobre otras y provocando confusión e incertidumbre; era *pluralista*, es decir, procedía de distintas fuentes, a pesar de que la modernidad había mostrado un príncipe-legislador cada vez más voluminoso; era *extraestatal*, a pesar de la creciente carga legislativa (y el derecho civil de cuño consuetudinario lo estaba demostrando). Bajo todo ello subyacía una vívida percepción de la historicidad del derecho, de su vinculación a la sociedad en perpetuo desarrollo más que al anquilosado aparato del Estado. Después, sin embargo, de que la revisión iusnaturalista/iluminista, atrapada en la capacidad redescubierta de leer las geometrías perfectas de la naturaleza de las cosas, después de que la revisión iusnaturalista/iluminista engendrara horror por la antigua aluvionalidad identificando en la historicidad sobre todo una complejidad desordenada y confusa, después de que el gran programa innovador redescubriera el Estado de naturaleza y del hombre genuino como lo era antes de que la historia alterara y deformara su estatura, después de que al príncipe legislador y a su manifestación suprema –la ley– se les hubiera otorgado confiadamente el poder de reducir el caos jurídico pasado a geometrías jurídicas claras y ciertas, después de todo esto, el resultado sólo podía ser uno: la estatalidad completa del derecho, el poder político supremo como única fuente del derecho, un riguroso monismo jurídico que sustituye al antiguo pluralismo. En definitiva, lo que antes hemos llamado un ‘absolutismo jurídico vinculante’” (p. 136).

Sin embargo, las formaciones intermedias –articulaciones sociales insustituibles– que la Revolución había creído poder anular han continuado posteriormente una vida latente en los pliegues de la sociedad civil y, desde finales del siglo XIX, con la crisis del Estado en ciernes, han mostrado una vitalidad cada vez mayor en la protección de valores e intereses (sindicales, políticos, económicos, asistenciales, mutualistas, cooperativos, religiosos, etc.), sentidos y vividos. En cierto sentido, al desencadenarse la crisis del Estado, la sociedad civil resucitó como “realidad dinámica”.

Al mismo tiempo, el derecho dejó de ser un mero acto de voluntad, un mandato vinculado al poder político, y comenzó a imponerse como una realidad que se encuentra en las raíces de la sociedad. Así, hemos pasado gradualmente del monismo jurídico de principios del siglo XIX (que seguía considerando a la ley como única fuente del derecho) al pluralismo jurídico posmoderno (que, al afirmar la existencia de múltiples fuentes del derecho, marca la desaparición de la dimensión “idolátrica” de la ley como única fuente del derecho, capaz de manifestar la voluntad general). Este pluralismo es un reflejo del pluralismo social: el derecho es pluralista por naturaleza, porque refleja el pluralismo de la sociedad.

Las huellas de esta transición cultural epocal, percibidas por primera vez por Santi Romano (1946),²⁷ se encuentran en la Constitución italiana de 1948 (donde, sobre todo en los doce primeros artículos, tiembla la sociedad civil, observada en toda su complejidad y dinamismo), así como en el proceso de integración europea (en su tensión del simple mercado común a la comunidad y de la comunidad a la unión política y jurídica). De manera más general, el ordenamiento jurídico, que comenzó a configurarse en el continente europeo tras la Segunda Guerra Mundial, se sitúa en este marco: las constituciones nacionales promulgadas en los distintos países europeos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) –firmado por 46 países vecinos– y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –elaborada en el seno de una unión integrada actualmente por 27 de esos 46 países– convergen en situar a la persona humana en el centro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, con su dignidad, su valor individual y su dimensión relacional.²⁸

27 La obra está ahora disponible en la reimpresión de la 2ª edición de 1946: *L'ultimo Santi Romano Romano* (2013).

28 El paso del sujeto a la persona es el verdadero signo de clara discontinuidad y ruptura definitiva con el pasado: la Carta Constitucional, el CEDH y la Carta de la Unión Europea sitúan en la cúspide del sistema no al sujeto tradicional, serial y abstracto del derecho como centro unitario de imputación de todos los efectos jurídicos posibles, sino al ser humano en la concreción e historicidad de sus condiciones de vida, en su arraigo social, en la pluralidad y variedad de sus necesidades e intereses,

5. La transición al posmodernismo

La expresión “posmoderno” se utilizó por primera vez como signo de la superación de las características de originalidad y libertad propias de los llamados “modernismos literarios” (De Onís, 1934), pero, con el paso del tiempo, ha perdido su connotación literaria original para empezar a indicar el clima y la atmósfera de nuestro tiempo, que ha perdido las grandes visiones del mundo, llegando incluso a consumirse en el contexto de una crisis de las conciencias y de un empobrecimiento de los valores, en la deconstrucción de los criterios (culturales, éticos, políticos o sociales) procedentes de la tradición anterior.

En lo que se refiere a la reflexión jurídica (Scalisi, 2002, pp. xxi y ss.),²⁹ la época posmoderna se caracteriza por la superación del ideal universalista de Descartes, el abandono de toda visión exclusivista y unificadora, la constatación de una pluralidad de hipótesis reconstructivas de la realidad y la tensión del intérprete por encontrar, caso por caso, la solución más adecuada y coherente en un tiempo dado y en un espacio definido.³⁰

En la transición de lo moderno a lo posmoderno, el derecho está perdiendo los rasgos que habían caracterizado sus modelos reconstructivos en el siglo XIX y principios del XX. En particular, se ha producido un cambio

- de un paisaje jurídico en el que sólo aparecía el poder del Estado a un paisaje en el que emergen otros poderes –a menudo en conflicto entre sí–³¹ que intervienen de diversas maneras en la conformación de las decisiones políticas: partidos políticos (con su estructura paraestatal), poderosas concentraciones económicas (privadas, públicas o semipúblicas), organizaciones de intereses profesionales o de clase, tecnócratas, etc.;
- de un sistema que tenía su columna vertebral en el papel del legislador (y, por tanto, en el *ius positum*) a un sistema que tiene su columna vertebral en el papel del intérprete (y, por ende, en el *ius in fieri*);

en la diversidad y multiplicidad de sus manifestaciones activas.

29 Sobre la complejidad social como categoría metodológica del posmodernismo, véase Favaro (2011).

30 El derecho posmoderno se caracteriza por su complejidad. Es necesario liberarse de la rigidez de un dictado establecido para permitir que la norma emerja de las peculiaridades del caso. Es tarea del juez llevar a cabo el difícil acto de equilibrio entre factores destinados a asumir papeles diferentes de vez en cuando.

31 En este marco variado y multiforme, el camino a seguir para alcanzar el equilibrio social es pasar de un derecho entendido como emanación del poder a un derecho que sea expresión de valores capaces de justificar y fundamentar el poder. En la sociedad del pluralismo, la tarea de la justicia es hacer coexistir la diversidad dentro de la misma unidad social. Esto sólo puede ocurrir con referencia a principios que puedan ser aceptados por todos como razonables. De ahí la decisión de una justificación en clave de razón.

- de un sistema que pretendía garantizar la igualdad formal a un sistema que tiende a garantizar disciplinas diferentes a situaciones de partida diferentes, incluso en la referencia formal a la misma institución;³²
- de una concepción monolítica del derecho, en la que el fundamento de la razón se aprehendía en una mera consecuencia lógica, a una concepción pluralista del derecho, en la que el fundamento de la razón es externo a los enunciados formales;
- de una concepción formal del derecho, que implicaba una aplicación deductiva, a una concepción sustantiva, que implicaba una aplicación analógica;³³
- de una cultura que hacía hincapié en los fundamentos del derecho a una cultura que hacía hincapié en los argumentos del derecho;
- de una ley que era exclusivamente estatal, producida desde arriba y consignada a enunciados formales, a una ley que no es exclusivamente estatal y emerge desde abajo en la concreción del comportamiento implementado (en el caso de la *lex mercatoria*, las fuentes, expresivas de la voluntad privada, son incluso superordinadas con respecto a las fuentes producidas desde arriba por la autoridad);
- de un derecho que nacía en el palacio de un legislador centralizado a un derecho que nacía en el seno de la vida cotidiana, sorprendido en su concreción por la actividad del juez;³⁴ de un derecho, que descendía desde lo alto de enunciados postulados a un derecho que ascendía desde el fondo de la experiencia vivida;
- de una ley que se entregaba al intérprete en una estructura prefabricada a la que había que ajustarse a una ley que se presenta como proyecto (que el intérprete debe contribuir en cierta medida a realizar en clave de razón compartida);³⁵

32 Hoy, la propia idea de democracia debe ser repensada desde la perspectiva de la razón, que implica la igualdad en la diversidad con la consiguiente necesidad de reconocer posiciones jurídicas diferentes a sujetos diferentes: una valoración que no queda relegada a una abstracta enunciación inicial, sino que se traslada al momento de la aplicación.

33 En una concepción sustantivista, la analogía no es un mero instrumento para colmar las lagunas del sistema, sino que constituye la esencia del proceso de aplicación del derecho: el razonamiento jurídico es intrínsecamente analógico en la medida en que parte de un criterio general como premisa de una inferencia posterior que deduce la norma particular, llamada en ocasiones a estructurar el contenido de la decisión.

34 Desde esta perspectiva, es un problema mal planteado preguntarse si la jurisprudencia y la doctrina pueden entenderse como fuentes del derecho.

35 En un contexto social regido por puntos de referencia axiológicos normalmente divididos, los resultados de la interpretación eran esencialmente uniformes con independencia del criterio argumen-

- de un derecho que se fundaba en la autoridad de la ley (situada en la cúspide de la pirámide de fuentes) a un derecho entendido como un tejido de hilos urdidos por los distintos componentes de la comunidad de intérpretes;
- de un derecho que se justificaba en un acto de voluntad (del legislador o del juez) a un derecho que encuentra su razón de ser en el razonamiento;
- de un derecho ligado a un sistema de normas establecidas a un derecho que se remonta al modo de ser de una experiencia en la realidad de valores compartidos;
- de un sistema que se refería al paradigma de las fuentes (y, por tanto, al esquema rígido del derecho válido) a un sistema que se refiere al paradigma de los principios (y, por tanto, al esquema dinámico del derecho vivo);
- de una interpretación que era sobre todo textual (y, por tanto, del silogismo) a una interpretación que es sobre todo por principios o valorías (y, por tanto, a la ponderación de principios);
- de una actividad interpretativa que se resolvía en los textos a una actividad interpretativa que, aun partiendo siempre de los textos, se desarrolla al observar los contextos;
- de la prevalencia de la afirmación generalizadora abstracta, según la cual la ley es igual para todos, a la prevalencia de las llamadas “peculiaridades del caso” sobre cualquier afirmación generalizadora abstracta;
- de la convicción (de matriz positivista), según la cual las categorías clasificatorias preexisten en términos uniformes y predefinidos, a las operaciones de aplicación de los juristas a la convicción contraria;
- de una función de juzgar, entendida como búsqueda de soluciones normativas enunciadas en su objetividad definitiva, a una función de juzgar entendida como búsqueda de un resultado de justicia (a justificar en términos de razón);
- de las decisiones que se basaban en la racionalidad subsuntiva, que, a su vez, se jactaba de una certeza preestablecida, a las decisiones que miraban a la razón,³⁶ que, a su vez, se refería a una certeza por establecer;

tativo utilizado como premisa justificativa de las decisiones; no es de extrañar, por tanto, que, en el pasado, juristas con bagajes culturales muy diferentes y que partían de presupuestos filosóficos y sosóficos muy distintos llegaran a resultados de aplicación prácticamente uniformes. Hoy en día, esa perspectiva no es concebible ni siquiera en abstracto. En el contexto jurídico actual, el criterio de razonabilidad sitúa el procedimiento interpretativo en el contexto de un entramado de relaciones interpersonales, señalando la juridicidad esencial de toda experiencia social.

36 Los ilustrados del siglo XVIII no se quejaban de que las sentencias se dictaran sin motivación ni requerían que los jueces estuvieran obligados a motivarlas, simplemente exigían que el juez indicara

- de un procedimiento de aplicación del derecho, en el que las fuentes eran centrales (es decir, veía las normas como presupuesto y la alternativa verdadero-falso como resultado), a un procedimiento aplicativo en el que los principios eran centrales (es decir, en el que se suponía el ordenamiento jurídico y la dicotomía de razonable/irrazonable o proporcionado/desproporcionado y, por tanto, la concreción de los enunciados en la actualidad de la experiencia jurídica³⁷ y que se conducía en la lógica de una integración entre sujeto y objeto.

En definitiva, la transición de lo moderno a lo posmoderno se caracteriza, por un lado, por la crisis de la estatalidad del derecho y de la concepción silogística del procedimiento de aplicación y, por otro, por la aparición de múltiples fuentes de producción del derecho y de una nueva concepción del procedimiento de aplicación.

Hoy, por tanto, hemos pasado de un sistema monolítico a un sistema plural. En el anticuado sistema monolítico: la ley expresaba la voluntad general y reflejaba la razón universal; se presumía que no existían lagunas en el sistema; una disposición podía ser válida e injusta a la vez; se entendía que el hecho sólo

claramente el texto de la ley sobre el cual se tomaba la decisión. Ello se debía a que, según el modelo deductivo (de naturaleza positivista), el juez no tenía más poder que el de identificar la norma adecuada al caso a decidir (de ahí que no se planteara el problema de la necesidad de un control democrático de la actividad judicial); el juez, al estar subordinado únicamente a la ley, sólo tenía que proceder según un modelo argumentativo deductivo. Por el contrario, en el constitucionalismo moderno, el juez –al razonar sobre la base de principios– no parte de la asunción de una norma paramétrica de la que puede derivarse la solución según las peculiaridades del caso de acuerdo con la consecutividad del esquema silogístico, sino que se interroga sobre el fin que ese principio pretende perseguir y evalúa su aplicabilidad al caso, precisamente en términos de persuasividad, verosimilitud, plausibilidad, por ende, vincula –en nombre de la razonabilidad– las perspectivas marco al caso concreto. El tema de la motivación es prácticamente ilimitado. Son siempre válidas las reflexiones de Taruffo (1999, pp. 772 y ss.).

37 Según el significado predominante en la filosofía jurídica moderna, la expresión “eficacia” refiere a una existencia jurídica apreciada en la concreción de la conducta practicada: en este sentido, ver la monografía de Piovani (1953, p. 431) y Meneghelli (1964, pp. 151 y ss.).

En la perspectiva del principio de eficacia, el modelo cultural de la subordinación del derecho a la política encuentra abierta negación. En efecto, si el derecho se reduce a un conjunto de preceptos dictados por la autoridad estatal, inevitablemente se acaba remitiendo el fundamento del derecho a las motivaciones políticas en las que se basa el poder de dictar normas; por el contrario, si se asume que el derecho depende de la comprobación concreta de su eficacia operativa en la realidad de las relaciones sociales, la norma (entendida como modelo de acción) se libera de la dependencia de la voluntad del legislador para situarse en la vida de la comunidad.

Se pasa de la perspectiva de los actos de posición a la perspectiva de los actos de reconocimiento, es decir, de los actos tomados como resultado de relaciones de fuerza a los actos con los que los miembros validan el precepto en la confirmación de su validez.

era jurídicamente relevante en la medida en que existiera una norma que lo previera; el procedimiento argumentativo era deductivo y el principio de razón se reducía a la consecuencialidad lógica del modo en el que se realizaba el procedimiento silogístico. En el sistema plural actual, el derecho, bajo el signo de la razón, aspira a ser no un monopolio del soberano, sino una expresión de la sociedad civil, no un instrumento de fuerza, sino una herramienta que limite y regule el ejercicio de la fuerza.³⁸

Desde la perspectiva de quien observa la experiencia jurídica como consejo de un tribunal supremo nacional, el rasgo posmoderno parece ser sobre todo el de hacer posible más de una solución para cada caso, circunstancia que, lejos de hacer perder la fe en el derecho, impulsa la humanidad y la responsabilidad del intérprete hacia las decisiones a la luz de la razón: mejor una ley aparentemente menos cierta, pero expresión de una sociedad pluralista y dirigida a perseguir un resultado de justicia, que una ley aparentemente más cierta,³⁹ pero expresión del poder estatal y dirigida exclusivamente a hablar el lenguaje de ese poder. La sensibilidad común ya no acepta la idea de una ley divorciada de un intento –aunque expuesto a las incertidumbres de la historia– de aplicar la justicia. Un resultado de justicia presupone la referencia a un parámetro uniforme compartido por la comunidad de referencia en términos de razonabilidad.

6. La emergencia de un nuevo humanismo jurídico

Así pues, en nuestra época se está produciendo un cambio fundamental de horizonte.⁴⁰

38 En esta perspectiva, la mayoría no puede comprimir los derechos de una minoría o incluso de un ciudadano individual. Sobre este punto, ver Ferrajoli (1989, p. 899).

39 Las ciencias prácticas no pueden alcanzar el mismo grado de precisión que las ciencias teórico-reales. Sin embargo, esto no significa que las ciencias prácticas no sean ciencias o que tengan menos carácter epistémico, sólo significa que el menor grado de precisión depende (no de una falta de conocimiento en las ciencias prácticas, sino) del objeto considerado y del fin perseguido por las ciencias prácticas. En particular, el proceso de aplicación de la ley –en función de su naturaleza humana y social esencial– no puede remontarse a procedimientos mecánicos o matemáticos de verificabilidad.

Desde otro punto de vista, hay que considerar que incluso en las llamadas “ciencias exactas”, la visión clásica de la racionalidad, elaborada por el hombre europeo a comienzos de la Edad Moderna, ha entrado en crisis, aunque es cierto que los postulados tradicionales de la física han sido puestos en cuestión por la teoría de la relatividad y que las propias matemáticas han sido revolucionadas por la lógica intuicionista o contractualista de Brouwer (que ha cuestionado la validez de los mismos principios lógicos, empezando por el principio del tercero excluido).

40 Francesco Petrarca (1304-1374) expresó admirablemente la actitud de quien es consciente de estar

El derecho de nuestro tiempo: rechaza el dogma de la pureza, es decir, la abstracción de los hechos a la que el geometrismo de la Ilustración del siglo XVIII había dado un fundamento primario⁴¹ y que el estatismo jacobino y el legalismo decimonónico habían hecho incuestionable;⁴² ha perdido la reputación de los hechos, que había caracterizado la experiencia jurídica decimonónica; no está supeditado a los hechos y, por lo tanto, no es inmune a ser contaminado por los hechos. Por el contrario, se caracteriza por la facticidad, es decir, por una especial relación con los hechos (naturales, sociales, económicos, etc.): éstos no sólo no son ajenos al derecho, sino que tienen la capacidad de condicionarlo y configurarlo, ya que constituyen la plataforma sobre la que se forma la experiencia jurídica. El derecho de nuestro tiempo ya no es tanto un conjunto de normas, establecidas por el Estado (es decir, por el poder político) que se proyectan sobre la sociedad civil, sino que es ante todo un orden en el que la sociedad civil proyecta valores e intereses en dimensión jurídica, que circulan en el efervescente y siempre nuevo magma social. La visión ordinamental del derecho tiene una carga revolucionaria al haber abierto ese pluralismo jurídico que el legalismo estatista había negado. En nuestra época, por tanto, el derecho debe buscarse y encontrarse en las raíces de la sociedad civil, donde hay valores e intereses⁴³ que también pueden convertirse en principios y transformarse en

en una cresta (*Rerum memorandarum libri*, lib. I, no. 19) y confiesa que se percibe a sí mismo como viviendo en una tierra fronteriza, lo que lo impulsa a mirar hacia atrás y hacia adelante al mismo tiempo, hacia un mundo moribundo y hacia un mundo naciente: “Velut in confinio duorum populorum constitutus, ac simul ante retroque prospiciens” (“Pero estoy como en la frontera de dos pueblos y puedo mirar tanto hacia adelante como hacia atrás”).

- 41 Fue Grocio (1583-1645) el primero en tomar como modelo epistemológico las ciencias matemáticas en su época en pleno auge. Desde él, generaciones de juristas se han dedicado a intentar reducir la complejidad del derecho a una armonía de rigurosas figuras geométricas. Empezaron a hablar de un *mos geometricus*, es decir, de un derecho exactamente opuesto al caos del ordenamiento jurídico medieval (en muchos aspectos, cercano a la complejidad del ordenamiento jurídico posmoderno).
- 42 A este respecto, véase Grossi (2019), según el cual, con la Revolución francesa (1789-1795), se produjo la reducción completa del derecho a un conjunto de leyes (“Comenzó el legalismo; más: el despotismo jurídico, [...] Más que eso: comienza el despotismo jurídico, [...] Más que eso: comienza la egolatría –que hasta ayer dominará toda Europa–, ya que la ley, rodeada de una impenetrable coraza mitológica, no será digna de respeto por su contenido de justicia, sino porque es ley, es decir, es un acto que procede del titular del poder supremo”) (p. 134).
- 43 El interés, que con el hecho cobra vida y se constituye, está en la raíz del derecho objetivo; es, de hecho, la verdadera fuerza motriz de todo derecho y, precisamente como función instrumental de la realización de este interés, están los efectos jurídicos, predispuestos por el derecho. Sin embargo, el ordenamiento jurídico no tiene en cuenta todos los intereses humanos, sino sólo los que considera dignos de protección. Por tanto, el problema de la juridicidad radica en establecer, en primer lugar, qué intereses son dignos de protección según el ordenamiento jurídico y, en segundo lugar, con base en qué criterio de decisión se debe conciliar una determinada norma de conducta en lugar de

derechos fundamentales; de hecho, en cierto sentido, el derecho es la propia sociedad que se organiza, percibiendo determinados valores históricos, elaborando ciertas normas sobre ellos y observándolas en la vida cotidiana.

Por supuesto, incluso hoy en día el conocimiento jurídico sigue siendo un arte. Sin embargo, del mismo modo en que la literatura no puede reducirse a la gramática, la arquitectura a la ciencia de la construcción, la cirugía a la mera habilidad manual del cirujano, el diagnóstico a la lectura de datos de laboratorio, la teología al conocimiento mnemotécnico de la Escritura y el Magisterio, la historia a la publicación de documentos de archivo, etc., tampoco el saber jurídico puede reducirse a la dimensión técnica: tanto ha sucedido y sigue sucediendo –hay que reconocerlo– que cuando se ora por el derecho a la voluntad del Estado⁴⁴ y sobre el supuesto malentendido de su tecnicidad, se afirma su autonomía respecto a los valores.⁴⁵

otra con el interés reconocido como digno. El concepto de interés siempre ha tenido importancia jurídica (y, en particular, desde la época de Jhering ha representado y representa un aspecto fundamental de la elaboración del contenido del derecho subjetivo). No parece ocurrir lo mismo con el concepto de valor: no pocas veces, en el lenguaje del jurista el valor sigue percibiéndose como una noción metajurídica (no es casualidad que el término “valor” se haya elevado al primer plano de un libro de doctrina italiana sólo hace relativamente poco tiempo, en Mengoni, 1985). Sin embargo, son precisamente los valores los que permiten resolver el problema de la juridicidad.

Por otra parte, la Carta Constitucional italiana está impregnada de valores que, a su vez, impregnan todo el ordenamiento jurídico: los valores a los que se refiere la Constitución como medida axiológica de control del derecho positivo, lejos de ser un concepto metajurídico, “son puntos de vista históricamente condicionados, cuya validez depende del consenso sociopolítico establecido en el pacto constitucional” (Mengoni, 1985, p. 79). Y a los valores está dedicado el artículo segundo del vigentísimo Tratado constitutivo de la Unión Europea. A este respecto, véase Perlingieri (1999, pp. 787 y ss.), según la cual, la perspectiva sistemática y axiológica propia de la hermenéutica civil-constitucional “no debe leerse como fundamento de un neonaturalismo, que ha sustituido la Constitución por el orden natural de las cosas, para legitimar la norma que debe aplicarse al caso en cuestión. Por el contrario, debe entenderse en el sentido de que la sociedad global no debe perder de vista los valores fundamentales de la vida, para que las proclamações de los tratados internacionales no marquen el paso frente a la estricta regla de la oferta y la demanda. La mediación jurídica realizada por los juristas con el uso de cláusulas generales y el descubrimiento de principios generales comunes a todos los ordenamientos jurídicos cumple precisamente esta función” (p. 800).

44 La autonomía del derecho respecto a la voluntad del Estado ha sido defendida durante muchos siglos por la doctrina del derecho natural, pero hoy es preciso encontrar nuevas formas que sean coherentes con el constitucionalismo moderno. Sobre esta compleja cuestión, véase: “Per un riesame delle nozioni di giusnaturalismo e di diritto naturale” (Cotta, 1989, pp. 157 y ss.) y “Diritto naturale: ideale o vigente” (Cotta, 1989, pp. 185 y ss.). En los dos ensayos, el autor repasa las principales posturas antinaturalistas, a saber: (a) la posición historicista, según la cual el derecho no es un fenómeno natural, sino histórico; (b) la posición positivista, según la cual el derecho natural o es natural, y entonces no es derecho, o es derecho, y entonces no es natural; (c) la posición logicista, según la cual la inferencia del deber-ser normativo a partir del ser del hombre es lógicamente incorrecta, y sostiene que en el derecho positivo es inmanente la referencia a la naturaleza específica del hombre (determinada, filosóficamente, como la estructura ontológica, relacional-sintética del yo).

45 A este respecto, parecen pertinentes las consideraciones hechas por Cotta en “Derecho y moral”

La necesidad de autonomía del derecho respecto a la voluntad del Estado (y su dependencia de los valores) se siente hoy más que nunca. De hecho, dado que una característica específica del derecho es su coercibilidad (expresada en la amenaza y la aplicación de sanciones), si el derecho dependiera de la voluntad del Estado y fuera independiente de los valores, las normas jurídicas estatales no serían diferentes de las prescripciones de un chanchullo.⁴⁶ En otras palabras, si el respeto de la ley se basara (no en su Justicia, sino) en su eficacia, es decir, en su capacidad real de imponerse y ser obedecido a través de su poder coercitivo, entonces ya no sería posible distinguir categóricamente la ley de cualquier pueblo de las normas de cualquier sociedad criminal.

(1989, pp. 267 y ss.) acerca de la relación entre derecho y moral. El autor observa que la cuestión de esa relación parece ya definitivamente resuelta para cierto tipo de cultura, que remite directa o indirectamente al pensamiento de Kant, según el cual la moral sería autónoma (y, por tanto, legislación interna de la conciencia del sujeto), mientras que el derecho sería heterónimo (y, por tanto, legislación externa a la conciencia del sujeto).

Sin embargo, hoy más que nunca es necesario poder comparar la posición de la modernidad con las grandes lecciones del pasado. Es un dato histórico incontrovertible que, durante una larga serie de siglos, el derecho se ha situado en la esfera de la moral, ya que el *en-sí* del derecho ha revivido en la justicia en su doble acepción: objetiva, del orden de la vida, y subjetiva, de la virtud personal. El cambio en la forma de entender el derecho –que se produjo con la modernidad– no se originó de repente, sino que tuvo lugar en el marco de una cultura que liberó progresivamente la comprensión del hombre de la referencia a su naturaleza ontológica, participe de lo trascendente. Indicativo del cambio de rumbo que la modernidad ha marcado respecto a la concepción clásica del derecho es la inversión literal que Hobbes hace de la ley enunciada en el *Minos* de Platón: “*Auctoritas, non veritas facit legem*”: la ley se separa de la verdad sobre el hombre y se convierte en un acto de la voluntad, cuya eficacia normativa depende del poder efectivo de la voluntad legisladora.

Las consecuencias, según Cotta, eran ineludibles: el derecho, entendido como el producto de un acto voluntario de poder, ya no era universal, sino que se había reducido al del Estado (es decir, propio de cada comunidad política), se había convertido en el producto de quienes detentaban el poder del Estado (y, por lo tanto, el monopolio de la fuerza).

- 46 Tanto el sentir común como las principales posiciones filosóficas clásicas coinciden en esto: la norma jurídica obliga (valiéndose de la convicción), mientras que la norma de la delincuencia no obliga, sino que compele (valiéndose del miedo).

Hoy en día, la necesidad de justificar la obligatoriedad de la norma es muy sentida: la exposición de motivos que acompaña a la proposición de ley, o la motivación que sustenta la parte dispositiva de las sentencias judiciales, no son otra cosa que la manifestación de la necesidad sentida de justificar la obligatoriedad de la norma mediante un discurso de razón referido a la realidad que se pretende regular. Sin embargo, las doctrinas jurídicas actualmente dominantes consideran la obligatoriedad de la ley (no en términos de justificación, sino) en términos de validez: es decir, consideran obligatoria la norma cuya validez ha sido simplemente constatada. En particular, en el caso del normativismo formalista de Kelsen (y de sus discípulos), la validez se determina comprobando la coherencia formal y de contenido de una norma con las normas superiores, remontando la jerarquía (sentencias, leyes, constituciones) hasta la norma fundamental del ordenamiento jurídico.

Pero este criterio de validez no puede extenderse a la norma fundamental, cuya validez sólo puede presuponerse, como reconoce el propio Kelsen. Y presuponer la obligatoriedad de una norma no significa demostrarla. Por tanto, siguiendo esta línea de razonamiento, la obligatoriedad de todo el ordenamiento jurídico, al basarse en un presupuesto no demostrado, es completamente y siempre objetable.

El cambio en curso, cuyo resultado es difícil de predecir, hace que el panorama en el que viven hoy el derecho y el jurista (ya sea profesional o académico) sea más incierto que nunca: los diversos ídolos (la estatalidad del derecho, la primacía de la ley, el principio de estricta legalidad, el principio de la estricta división de poderes, la jerarquía de las fuentes), que se habían consagrado en la vieja mitología jurídica de la modernidad, se están haciendo añicos poco a poco; los dos planetas del derecho civil y del derecho anglosajón ya no tienen los límites claros del pasado; La Unión Europea se ha convertido en un laboratorio permanente de una integración cada vez mayor de los pueblos de Europa; los límites entre hecho y derecho, tan nítidamente trazados por el positivismo jurídico, son cada vez más difusos, con la consecuencia de que el derecho es cada vez más fáctico (Grossi, 2014).⁴⁷ La expresión de la facticidad moderna del derecho es el llamado “derecho jurisprudencial”.

La impresión que parece desprenderse es que el hombre contemporáneo está excavando para abrir paso a los cimientos de un nuevo edificio jurídico. Podría ser el amanecer de un nuevo humanismo jurídico:⁴⁸ con la cultura en posición fundante, el pensamiento en función racional y ordenadora y el derecho como ciencia de carácter universal enraizada en la concreción de la convivencia humana cotidiana. Todo ello se resume en la categoría de valor como modelo y esquema hermenéutico capaz de proporcionar no sólo el criterio selectivo de los intereses humanos relevantes, sino también el criterio orientador para guiar al intérprete, el cual desea comprometerse en la búsqueda de la solución más adecuada a los problemas y contradicciones de nuestro tiempo. Se impone, pues, una nueva dogmática jurídica: en el estudio de los derechos de la persona, más que de otras instituciones, el error más ruinoso sería aplicar a problemas nuevos soluciones que han madurado en una fase histórica distinta.

47 Véase también la *Lectio magistralis*, titulada *Il diritto giurisprudenziale in Italia oggi (El derecho jurisprudencial en Italia hoy)*, que el profesor Grossi pronunció el 12 de octubre de 2020 en la Universidad de Padua, con ocasión de la investidura de doctor honoris causa en Jurisprudencia.

48 Tanto Michele Ciliberto (2017) como Massimo Cacciari (2019) se han ocupado recientemente del “nuevo humanismo”. Según Ciliberto (2017), “el humanismo ha vuelto a estar de actualidad porque el problema de la condición humana se ha reabierto, de forma dramática y bajo formas totalmente nuevas”. En un mundo “dividido de formas cada vez más feroces, en el que las diferencias de religión o de raza generan conflictos sangrientos”, el humanismo remite al valor de la tolerancia, que significa el reconocimiento positivo de la dignidad del otro, así como la solidaridad y el compartir. Por otra parte, según Cacciari (2019), el humanismo se presenta como “una época de crisis, una época axial, en la que el pensamiento toma conciencia del fin de un Orden y de la tarea de definir otro”: hablar de un nuevo humanismo significa tomar conciencia del cambio de época en el que nos encontramos y de la consiguiente necesidad de buscar soluciones a los problemas, que son amplios y responsablemente compartidos.

7. El derecho como fenómeno complejo y como ciencia no exacta

El derecho, por tanto, no sólo reside en la conexión literal de las palabras de los enunciados prescriptivos, sino también, sobre todo, en la realidad a la que esas palabras se refieren necesariamente.

Esto significa: en sentido negativo, que el derecho no se limita a la promulgación de disposiciones normativas, sino que también incluye su interpretación y aplicación; por el lado positivo, que no hay derecho sin la conexión de los enunciados normativos con la economía (cuando se habla de derecho privado y mercantil o de derecho público económico),⁴⁹ con la sociología (cuando se habla de derecho de familia) (Donati, 2013), con la filosofía y la ética (cuando se habla de la función del derecho o de las cuestiones del principio o del fin de la vida)⁵⁰ y con la psicología y la criminología (cuando se habla de derecho penal).⁵¹

En resumen, es necesario considerar el derecho como un fenómeno complejo, entrelazado con todas las demás disciplinas humanas.⁵² El trabajo del jurista requiere necesariamente una conexión interdisciplinaria. Por tanto, este no puede limitarse al estudio de las normas de derecho según el método jurídico (por el que, partiendo de una disposición a través de la interpretación, se llega a la elaboración de normas), sino que debe ampliar su examen a los fenómenos regulados por dichas normas. Ello se debe a que debajo de todo sistema jurídico late la realidad humana y social, la tumultuosa variedad de personalidades psicofísicas y fermentos sociales, que constituyen el humus de todo sistema jurídico.

En nuestros días, el discurso del derecho –incluido el que se expresa en las sentencias– aspira cada vez más a ser un discurso persuasivo, el cual no se dirige a una comunidad abstracta de individuos racionales regidos por la estructura monolítica de un sistema establecido por el legislador, sino a un contexto históricamente identificado, en el que se forja en virtud de la convergencia sobre principios compartidos en el marco de un diálogo que no permite reducirlo al paradigma lógico del silogismo.

Además de ser un fenómeno complejo, el derecho es también una ciencia

49 Véase, para el análisis económico del derecho, Chiassoni (1990, pp. 29 y ss.).

50 Véanse D'Agostino (2010b), Cotta (1991) y Mackie (2001).

51 Véanse, para todos, Le Scienze (2005) y Picozza et al. (2011).

52 Sobre la complejidad (que debe distinguirse de lo complicado), véanse: Penrose (1992, pp. 190-197), Gell-Mann (1996), Von Bertalanffy y Bellone (2004), Chaitin (2006), Bocchi y Ceruti (2007), Spaziantie (2009), Gandolfi (2009) y Bertuglia y Vaio (2011).

humana⁵³ en el pleno sentido del término, en la medida en que su objeto directo son las relaciones que los hombres crean entre sí en la realidad social, pero no una ciencia exacta,⁵⁴ como el álgebra o la geometría.

Decir que el derecho es una ciencia no exacta no es decir que sea una ciencia abstracta. Por el contrario, la premisa ineludible de la ciencia jurídica es la existencia del dato jurídico, que tiene que interpretar y aplicar a un caso concreto;⁵⁵ pero ello significa que la interpretación del dato jurídico sólo en raras ocasiones conduce a soluciones unívocas, mientras que generalmente conduce a varias soluciones posibles, cada una de las cuales, en sí misma técnicamente correcta, puede ser más o menos agradable. De hecho, puede incluso decirse que la ciencia jurídica es la más discutible de las ciencias humanas, ya que, por lo general, cualquier tesis puede sostenerse o descartarse, siempre que se indiquen los argumentos de la razón aducidos en su apoyo y se cuestione su validez racional. La mejor interpretación es la que mejor sirve para salvar la distancia que existe entre la norma –deducible de la disposición– y la realidad –disciplinada por la disposición– dentro de los límites de la razón, que no son validadas por el legislador y que no pertenecen a las leyes del lenguaje, sino a las de la realidad.

El derecho no es sólo una ciencia sobre el hombre, es también una ciencia para el hombre en la medida en que está constitutivamente orientado a responder a las necesidades y finalidades de la persona humana, tal como emergen del sistema de valores que fundamentan el consorcio social. Por eso, para construir la ciencia del derecho, al menos en materias que no sean meramente técnicas, es necesario saber qué y por qué: de nada sirve saber cómo regular una determinada situación humana si uno no se pregunta si el dato jurídico que va a expo-

53 Se consideran ciencias humanas a las que estudian al hombre en sus diversas manifestaciones, ya sean individuales (teología, filosofía, antropología, psicología, etc.) o sociales (economía, derecho, sociología, ciencias políticas, etc.).

54 Se suelen considerar ciencias exactas a las que estudian la naturaleza mediante modelos matemáticos, como las matemáticas, la física y la química. Éstas, a su vez, constituyen la base de otras ciencias, que también presentan un alto grado de formalización, como la estática, la biología, la astronomía y las ciencias de la tierra. Las ciencias aplicadas son todas las disciplinas científicas que transforman los resultados de la investigación pura en tecnología utilizable por el hombre. Algunos ejemplos son la medicina, la ingeniería, la arquitectura y las ciencias de la construcción. En sentido estricto, sólo las primeras pueden denominarse “ciencias exactas”, ya que sus leyes son de carácter universal; en cambio, en el caso de las segundas, las leyes son a menudo de naturaleza estadística.

55 La ciencia jurídica se desarrolla a través de una continua confrontación entre legislación, jurisprudencia y doctrina, en un camino que podríamos decir siempre interminable y que hoy se desarrolla dentro de un sistema que no sólo ve en la constitución el centro al que todo debe converger, sino que también está abierto a los nuevos contenidos del derecho supranacional.

ner, o la interpretación que propone de él, se ajusta realmente a la dignidad de la persona humana y a su promoción.

Si las observaciones que se acaban de hacer son fundadas, el peligro para la ciencia jurídica es el de considerar al derecho una ciencia exacta, debido a la fascinación del marco lógico-matemático que la fuerza contundente de los teoremas y demostraciones, quizás en la versión matizada de la teoría de la probabilidad, parece capaz de ofrecer a sus resultados. Más grave aún es el peligro de perder la identidad del derecho, identificando el *ius* con la *lex*, razonando sólo sobre reglas y principios, olvidando el sentido del juego: si se hiciera así, se acabaría abriendo el camino a regresiones históricas, quizá revestidas de una pseudomodernidad.

Bibliografía

- Allighieri, D. (2015). *Monarchia* (Ed. D. Quaglioni). Bruno Mondadori.
- Amadio, A. y Checchini, G. (2020). *Lezioni di diritto privato*. Giappichelli.
- Aristóteles. (2005). *Política*. Tecnos.
- Aristóteles. (2009). *Ética a Nicómaco*. CEPC.
- Bertuglia, C. y Vaio, F. (2011). *Complejidad y modelos. Un nuovo quadro interpretativo per la modellizzazione nelle scienze della natura e della società*. Bollati Boringhieri.
- Bianchini Jesurum, D. (2014). *¿Dante giurista? Sondaggi nella Divina Commedia*. Giappichelli.
- Bin, R. (2009). *Il sistema delle Fonti. Un'introduzione*. Giappichelli.
- Bobbio, N. (1994). *Contributi ad un dizionario giuridico*. Giappichelli.
- Bocchi, G. y Ceruti, M. (2007). *La sfida della complessità*. Bruno Mondadori.
- Cacciari, M. (2019). *La mente inquieta. Saggio sull'umanesimo*. Einaudi.
- Cancelli, F. (1970). Diritto romano in Dante. En *Enciclopedia Dantesca* (Tomo II, pp. 472-479). Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani.
- Chaitin, G. J. (2006). *Teoria algoritmica della complessità*. Giappichelli.
- Chiassoni, P. (1990). *Analisi economica del diritto, formularismo, realismo*. *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 26, 106-145.
- Ciliberto, M. (2017). *Il nuovo umanesimo*. Laterza.
- Cotta, S. (1989). *Diritto, persona, mondo umano*. Giappichelli.
- Cotta, S. (1991). *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè.
- D'Agostino, F. (2010a). Di che cosa parliamo, quando parliamo di giustizia. En D'Agostino, F. (Ed.), *Valori giuridici fondamentali*. Aracne.
- D'Agostino, F. (Ed.). (2010b). *Valori giuridici fondamentali*. Aracne.
- De Onís, F. (1934). *Antología de la poesía española e hispanoamericana (1882-1932)*. Centro de Estudios Históricos.

- Donati, P. (2013). *La famiglia. Il genoma che fa vita la società*. Rubbettino.
- Errazuriz, C. J. (1986). *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen: visión crítica*. EUNSA.
- Favaro, S. (2011). La teoría della complessità sociale e il postmoderno nel diritto. Un esempio paradigmatico: la teoría della rappresentanza di Salvatore Pugliatti. *Rivista italiana di scienze della comunicazione*, III(2), 4-23.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Gandolfi, S. (2009). *Formicai, imperi, cervelli. Conoscere la complessità. Viaggio tra le scienze*. Bruno Mondadori.
- Gell-Mann, M. (1996). *Il quark e il giaguaro. Avventure nel semplice e nel complesso*. SAGGI.
- Grossi, P. (2014). Sulla odierna fattualità del diritto. *Giustizia Civile: rivista giuridica trimestrale*, (1), 11-25.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Laterza.
- Grossi, P. (2019). *L'Europa del diritto*. Laterza.
- Hart, H. (2002). *Il concetto di diritto*. Einaudi.
- Juan Pablo II. (1991). *Centesimus annus*. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html.
- Juan Pablo II. (1995). *Evangelium vitae*. https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html.
- Kant, I. (1790). *Metafisica de las Costumbres*.
- Kelsen, H. (1965). *Diritto e giustizia*. Einaudi.
- Kelsen, H. (1966). *La dottrina pura del diritto*. Einaudi.
- Le Scienze. (2005). *Dai Neuron Alla Coscienza. L'architettura del cervello, i misteri della mente*.
- Mackie, J. L. (2001). *Etica: inventare il giusto e l'ingiusto*. Giappichelli Editore.
- Meneghelli, R. (1964). *Il problema dell'effettività nella teoría della validità giuridica*. CEDAM.
- Mengoni, L. (1985). *Diritto e valori*. Il Mulino.
- Penrose, R. (1992). *La mente nuova dell'imperatore. La mente, i computer e le leggi della fisica*. Bur Rizzoli.
- Perlingieri, P. (1999). *Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti. Rassegna di diritto civile*, (4), 787-823.
- Picozza, E., Capraro, L., Cuzzocrea, V. y Terracina, D. (2011). *Neurodiritto. Una introducción*. Giappichelli.
- Piovani, P. (1953). *Il significato del principio di effettività*. Giuffrè.
- Platón. (1991). *Tutti gli scritti*. Giovanni Reale.
- Rhonheimer, M. (1995). Derechos fundamentales, derecho moral y defensa jurídica de la vida en el Estado constitucional democrático. *Annales theologici*, (9).
- Rhonheimer, M. (1997). *La filosofía política de Thomas Hobbes. Coerenza e contraddizioni di un paradigma*. Armando Editore.
- Romano, A. (Ed.). *L'ultimo Santi Romano*. Giuffrè.
- Romano, S. ([1918] 1946). *L'ordinamento giuridico*. Sansoni.
- Ross, A. (1965). *Diritto e giustizia*. Einaudi.
- San Agustín. (1993). De libero arbitrio. En Tomás de Aquino, *Suma Teológica*. B.A.C.
- Scalisi, V. (2002). Prefacio. En *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia. Convegno di studi in onore del prof. Angelo Falzea* (p. xxi y ss.). Giuffrè.
- Senzasono, L. (1996). Heráclito y el derecho. *Gerión. Revista de Historia Antigua*, (14), 53-75.

Spaziante, A. (2009). *Conoscere la complessità*. Bruno Mondadori.

Taruffo, M. (1999). Motivación del juicio civil (control de). En *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento* (Tomo III, pp. 772 y ss.). DeAgostini.

Tomás de Aquino. (1993). *Suma Teológica*. B.A.C.

Von Bertalanffy, L. y Bellone, E. (2004). *Teoria generale dei sistemi*. Bruno Mondadori.

MOBBING EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE EMPLEO PÚBLICO

Lucía Obligado

Prosecretaria letrada de la Procuración General de la Nación

luliobligado@hotmail.com

Resumen

El presente trabajo analiza el fenómeno del *mobbing*, o acoso laboral, en el marco de las relaciones de empleo público, las cuales están específicamente contempladas en la Ley 25164 Marco de Regulación del Empleo Público Nacional. Ello, en el entendimiento de que el empleo público reviste características propias que facilitan su desarrollo y justifican su estudio de manera independiente.

Para ello, en primer lugar, analizaremos en forma concreta qué constituye *mobbing* y lo diferenciaremos de otros institutos que presentan ciertas similitudes y que incluso llegan, en ocasiones, a confundirse con aquél. Luego, pasaremos a desarrollar el objeto concreto de este trabajo, es decir, el *mobbing* en el empleo público. A tales efectos, precisaremos las características que deben presentarse para que se configure y lo diferenciaremos del acoso laboral que acontece en el ámbito privado. Posteriormente, y sin perjuicio de advertir sobre la necesidad de su prevención, destacaremos que, cuando ello no sea posible, corresponderá su visibilización, erradicación y sanción. En ese marco, caracterizaremos al acoso laboral como infracción al régimen disciplinario con sustento en la propia normativa del empleo público nacional, la que prevé expresamente una medida sancionatoria grave para los casos de *mobbing*. Finalmente, concluiremos que las buenas intenciones de la normativa lamentablemente se esfuman en la realidad, ya que difícilmente el acosado logra llegar a la instancia disciplinaria y, de conseguirlo, cuenta con la difícil carga probatoria del hostigamiento padecido, todo lo cual conspira en contra de la prevención, erradicación y sanción de este tipo de conductas.

Palabras clave: *mobbing*, empleo público, garantía de estabilidad, régimen disciplinario, sanción disciplinaria.

Workplace Harassment in Public Employment

Abstract

The purpose of this study is to analyze the phenomenon of workplace harassment in public employment, which is specifically regulated in the Federal Public Employment Act, Law No.

25164. The independent study of public employment is justified by its own and special characteristics that allow for a separate approach of this type of harassment.

In doing so, the analysis will begin establishing what constitutes workplace harassment in particular, pointing out its differences from other concepts that present certain similarities and even get mixed up with workplace harassment.

Then, the focus will be on the specific purpose of this study—workplace harassment in public employment. To that end, this study will determine the requirements that have to be met for its existence, differentiating it from the harassment that occurs in the private sector.

Despite recognizing the need for the prevention of workplace harassment, the analysis will highlight that when prevention cannot be effective, workplace harassment should be made visible, punished, and eradicated. Taking that into account, workplace harassment will be characterized as a disciplinary violation, as stated in the federal public employment service regulation, which specifically contemplates a severe sanction for workplace harassment cases.

All things considered, it will be pointed out that all good intentions set in the regulations actually vanish in reality, as the victim will hardly get to the disciplinary stage; and even if the victim gets there, he or she will have to deal with the difficulties of proving the harassment suffered; all of which conspires against preventing, punishing, and eradicating this type of behavior.

Key words: harassment at work, public employment, stability guarantee, disciplinary power, disciplinary sanction.

1. Introducción

El objeto del presente trabajo es analizar el fenómeno del *mobbing* en el marco de las relaciones de empleo público contempladas en la Ley 25164 Marco de Regulación del Empleo Público Nacional (en adelante, LMREPN).

Así las cosas, debe admitirse que el *mobbing* no es un fenómeno nuevo, pero sí es nueva su concientización. Como advierte Sirounian (2013), el ámbito laboral verifica –cada vez más y con mayor intensidad– situaciones de *mobbing* que imponen la necesidad de proteger a las víctimas cuya integridad física y psíquica se ve atacada. Ello, especialmente al considerar que sus consecuencias trascienden el ámbito laboral por afectar su vida cotidiana y personal.

En ese orden, cabe destacar que determinadas características de tipo organizativo favorecen el desarrollo del *mobbing* y debe reconocerse que la administración pública constituye uno de los principales “grupos de riesgo” para que ello suceda. En efecto, se ha dicho que una de las diferencias más trascendentales que se observa cuando se comparan los fenómenos de *mobbing* desarrollados en el sector privado y en el público es que, en el primero, la duración es menor y suele culminar con la salida del empleado de la organización. En cambio, en el segundo, el proceso puede durar años, ya que la víctima suele negarse a abandonar un cargo que le confiere una seguridad inexistente en el sector privado al

gozar de la garantía de estabilidad consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional (CN). A ello, además, se le agrega la dificultad de separar de su cargo al *mobber* o acosador, el que coincidentemente también goza de aquella estabilidad (Abajo Olivares, 2006).

En tal contexto, y ya centrándonos en el objeto preciso de la temática escogida para el presente análisis, comenzaremos por determinar en forma concreta qué constituye *mobbing*, para así diferenciarlo de otros institutos que pueden confundirse con este. Aclarado ello, desarrollaremos específicamente el *mobbing* en el marco del empleo público nacional y, finalmente, caracterizaremos el acoso laboral como infracción al régimen disciplinario y advertiremos las dificultades con las que cuenta la víctima para lograr efectivamente la sanción del hostigamiento padecido.

2. Definición del *mobbing*

La violencia es un fenómeno multifacético y de contenido amplio que puede definirse como toda acción o comportamiento que se aparta de lo razonable, mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra. Existe una multiplicidad de conceptos relacionados con esto -*mobbing*, acoso, discriminación, *bossing*, *bullying*, entre otros-, y si bien todos tienen en común que se trata de comportamientos violentos, lo cierto es que en la práctica resultan diferentes.

En particular, el *mobbing* es un tipo de violencia ejercida por el empleador, personal jerárquico o tercero vinculado directa o indirectamente con el trabajo. Se caracteriza por la repetición de palabras, actitudes y conductas que, tomadas por separado, pueden parecer inocuas, pero su sistematización las transforma en destructivas. Una sola agresión es un acto de violencia, pero no de acoso laboral (Arday, 2009).¹

En definitiva, el *mobbing* es un proceso que, como advierte Sirounian (2014a), surge de manera casi invisible para convertirse, mediante conductas reiteradas

1 Con cita a Díaz (2008, 2, pp. 375 y ss.) y Foglia (2008). Sobre este punto, Ivanega (2018) destaca algunas de las manifestaciones habituales del *mobbing*, entre las cuales pueden citarse: aislamiento, incomunicación o interferencias en la comunicación; maltrato; privar a la víctima de su capacidad de expresión; desacreditarla; falta de reconocimiento por el trabajo realizado y logros obtenidos; desvalorización hacia su persona o labor; falsas acusaciones, excesivo control; desestabilización mental; aplicación de sanciones disciplinarias injustas; magnificar las consecuencias de los errores en el trabajo, asignarle más tarea y responsabilidad que a sus pares u otorgarle funciones por debajo de su calificación profesional.

en el tiempo, en un monstruo que produce graves daños a las víctimas, incluso por muchos años después de su apartamiento de la organización laboral.

Concretamente, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ha definido al *mobbing* como el fenómeno de acoso u hostigamiento laboral caracterizado como una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen violencia psicológica extrema, de forma sistemática y durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo para destruir su reputación o perturbar el ejercicio de su trabajo, con la finalidad de eliminarlo del cargo que ocupa, de inducirlo a abandonar su empleo o llevarlo a aceptar una disminución en las condiciones de trabajo.²

En tales condiciones, se ha indicado que para que se configure el acoso laboral, deben concurrir ciertos elementos de lugar, medio, tiempo y finalidad, que, al mismo tiempo, sirven para diferenciarlo de otro tipo de situaciones que suelen darse en los lugares de trabajo. En ese contexto, cabe remarcar que el acoso laboral se desarrolla precisamente en el ámbito de trabajo (lugar). Para su configuración, se utiliza un mecanismo perverso que busca menospreciar, perturbar o disminuir a la víctima, destruyendo sus redes de comunicación para aislarla y destruirla tanto a nivel profesional como personal (medio). Además, se demanda la reiteración de episodios de hostilidad o maltrato durante un lapso prolongado, pues un suceso aislado no configura acoso (tiempo). Por último, se busca excluir al acosado de la organización sin dejar en evidencia al acosador (finalidad) (Sirounian, 2013).³

En suma, el *mobbing* es un acto discriminatorio, injurioso y violento que busca destruir a la persona humana que lo sufre, en la medida en que afecta uno de sus derechos fundamentales, que es base de todos sus demás derechos: la dignidad (Sirounian, 2013).

2 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *HVN c/EN- M. de Defensa- FFAA y otros s/personal militar y civil de las FFAA y de seguridad*, 03/09/2015; *Rodríguez, Mirta Liliana c/EN- M Defensa- FAA y otros s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 23/09/21; Sala V, *Pérez, Liliana Esther c/EN- JGM y otro s/daños y perjuicios*, 16/06/2016. Con cita a Reston (2006, p. 911) y a Stortini (2012). Ver también Sirounian (2014b), donde se destaca que el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medida para combatirla, elaborado en la Reunión de expertos de octubre de 2003, Ginebra, distingue entre la violencia interna en el ámbito laboral, que tiene lugar entre los trabajadores, incluidos directores y supervisores, y la violencia externa, que ocurre entre trabajadores (y directores y supervisores) y toda otra persona presente en el lugar de trabajo.

3 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, *HVN; Rodríguez, Mirta Liliana; Cabrera, Jorge Rodolfo c/EN- M Seguridad PNA y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg.*, 27/03/18; Sala V, *Pérez, Liliana*. Ver también Sirounian (2021), que cita el punto 1.3.1 del referido Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirlas.

Cabe destacar que el acoso puede ser ejercido de forma vertical –o descendente–, horizontal o ascendente. El primer tipo, también denominado *bossing*, es aquel realizado por el empleador o un superior jerárquico contra el trabajador y persigue, solapadamente, su exclusión de la institución. El segundo tipo se genera entre pares e involucra, además, la responsabilidad del empleador en la medida en que, aun cuando no hubiera actuado directamente, permite que esa conducta se desarrolle y/o –peor aún– la estimula. Finalmente, el tercer tipo se produce cuando el superior jerárquico se ve agredido por sus subordinados, que resisten sus órdenes con el propósito de alejarlo del mando.

Ahora bien, en estas tres modalidades de *mobbing* se advierte que el problema tiene siempre como protagonistas al acosador, o *mobber*, y a la víctima, junto con un entorno laboral cómplice que es necesario para que el acoso laboral se desarrolle. Este entorno puede actuar de forma activa, colaborando con el *mobber*, o pasiva, como testigos silenciosos que suelen temer que, por defender al acosado, terminen siendo la próxima víctima (Arday, 2009; Ivanega, 2013; Otaola, 2021; Sirounian, 2014a).⁴

3. Diferencias con otros institutos

En tales condiciones, cabe adentrarse a analizar ciertos comportamientos vinculados a la temática en estudio que no constituyen técnicamente *mobbing* –pero que, en ocasiones, se confunden con este– para así poder así identificarlo de forma concreta y precisa.

En efecto, algunos de los referidos institutos no se vinculan necesariamente con comportamientos violentos, sino que constituyen prerrogativas del empleador, respuestas a la carga de trabajo existente o modalidades de trabajo inadecuadas. Pero lo cierto es que todas estas prácticas, violentas o no, en algunas situaciones pueden ser el punto de partida, un medio o una secuela del *mobbing* (Abajo Olivares, 2006).

En ese marco, en primer lugar, corresponde empezar por examinar el *ius variandi*, que constituye la facultad del empleador de realizar cambios para modernizar y mejorar el trabajo, lo cual no requiere el consentimiento del empleado. Estos cambios no deben importar un ejercicio irrazonable de la referida facultad ni alterar modalidades esenciales del contrato o causar perjuicios materiales o morales al trabajador. Se diferencia del *mobbing* en que el objeto del *ius variandi*

4 Ver también Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, HVN; Sala V, Pérez, *Liliana Esther*.

no es el acoso u hostigamiento del empleado, es decir que, en este caso, el empleador no busca generarle un perjuicio al trabajador. No obstante ello, debe reconocerse que el uso abusivo del *ius variandi* podría llegar a configurar *mobbing* o constituir una de las conductas empleadas a tal fin (Ivanega, 2018; Jaimes, 2017).⁵

En segundo lugar se encuentra el *bullying*, que no se relaciona con el ámbito laboral, sino con el escolar. En efecto, técnicamente es el hostigamiento psicológico desarrollado en la escuela sobre niños por parte de otros niños, de manera reiterada y sostenida en el tiempo. Sin perjuicio de lo cual, cabe admitir que este término ha sido ampliado en el último tiempo a otros ámbitos, como ser el ejército, las actividades deportivas y la vida familiar, entre otros. En ese contexto, corresponde reconocer que el *bullying* es más amplio que el *mobbing*, en tanto comprende desde burlas y marginación hasta conductas de abuso con connotación sexual o agresión física. Por lo demás, consiste en vejaciones o violencia individual más que violencia dentro de una organización (Sirounian, 2014b).

En otro orden, el “acoso sexual” en el ámbito laboral es una forma de abuso que incluye el hostigamiento reiterado y continuo de una persona con fines, métodos o motivaciones de naturaleza sexual, ejercido desde una posición de poder, físico, mental o jerárquico, generalmente de cualquier índole que implique subordinación de la víctima. Se distingue del *mobbing* en las causas que pueden motivarlo y en la diferencia de sus objetivos finales. No obstante ello, incidentes de acoso sexual frecuentemente se transforman con posterioridad en supuestos de *mobbing*, como lo advirtió la jurisprudencia *in re Pérez*, al manifestar que es probable que un episodio de acoso sexual, en el que el acosador vio frustrado su objetivo, se transforme posteriormente en un proceso de *mobbing*, en el que el acoso sexual actuó como su disparador⁶ (Abajo Olivares, 2006).

5 Ver, al respecto, el artículo 71 de la Ley 20744. Con relación a esto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que debe reconocerse a la administración “una razonable amplitud de criterio en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sin que las decisiones atinentes a la política administrativa constituyan una materia justiciable, en tanto las medidas adoptadas no impliquen respecto de los agentes una descalificación o una medida disciplinaria encubierta” (Fallos: 321:703). En definitiva, como advierte Ivanega (2018), las facultades constitucionales y legales que tiene la administración para modificar estructuras o eliminar cargos no puede implicar el cercenamiento de los derechos de los empleados, por lo que reviste especial trascendencia la motivación de sus decisiones. La discrecionalidad administrativa que sustenta el ejercicio del referido *ius variandi* debe ser analizada y enmarcada en el orden jurídico. En tal sentido, es necesario buscar un justo equilibrio entre el derecho del empleado y el ejercicio de la potestad pública, lo que no significa que la administración actúe rigurosamente presionada por la normativa jurídica. Por eso, la búsqueda debe centrarse en un punto intermedio, bajo el lema “juridizar la administración, pero respetar la discrecionalidad”.

6 Con cita a González de Rivera (2002). Ver Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso

Por otra parte, el “estrés laboral” constituye la respuesta fisiológica y psicológica de un individuo que intenta adaptarse y ajustarse a exigencias y presiones internas y externas en el trabajo. En general, el factor estresante está dado por las malas condiciones laborales, pero no hay intención de dañar ni ensañamiento con alguna persona o grupo de personas en particular. Surge cuando el ambiente laboral, en vez de ser motivante, carece o tiene menos experiencias positivas que negativas o produce tensión por una excesiva carga de responsabilidad sobre los trabajadores.⁷ En el estrés laboral, el descanso es reparador y mejora las condiciones de trabajo. En cambio, en el *mobbing*, el descanso no repara el daño sufrido (Sirounian, 2013). Ahora bien, ciertos elementos o características estresantes, que no pueden ser considerados en sí mismos *mobbing*, podrían eventualmente llegar a constituir herramientas de este (Abajo Olivares, 2006; Sirounian, 2014b). Por lo demás, no debe dejar de mencionarse que el *mobbing* puede ser, además, causante de estrés laboral (Ivanega, 2018).

El síndrome de *burn out*, o “desgaste profesional”, se trata del estado de agotamiento mental, físico y emocional producido por involucrarse crónicamente en el trabajo en situaciones emocionalmente demandantes. Se caracteriza por la pérdida de energía, además de la despersonalización y la baja realización personal. El desgaste es consecuencia de la distancia existente entre las expectativas personales y profesionales del trabajador y la realidad de un trabajo que no proporciona satisfacción debido a deficiencias organizativas. En el *burn out* no hay hostigamiento como en el *mobbing*, aunque las secuelas de ambos pueden resultar parecidas (Abajo Olivares, 2006; Ivanega, 2013; Sirounian, 2014b).

Finalmente, las “deficiencias organizacionales” tampoco pueden confundirse con el *mobbing*. Frecuentemente, deficiencias de tipo estructural, una deficiente organización del trabajo, inadecuadas condiciones laborales, un liderazgo tiránico o una dirección agresiva pueden resultar cuestionables, pero no constituyen técnicamente situaciones de *mobbing* (Abajo Olivares, 2006; Otaola, 2021).⁸ En ese sentido se pronunció la jurisprudencia al señalar que debe distinguirse el *mobbing* de un ambiente de trabajo agresivo, hostil y dañino, que puede ser consecuencia de inadecuados estilos de dirección basados en un lide-

Administrativo Federal, Sala V, Pérez, Lilitana Esther.

- 7 Lo cierto es que determinados factores del entorno laboral pueden resultar estresantes para cualquier persona. Estos pueden calificarse como factores de riesgo físicos (a saber: los biológicos, biomecánicos, químicos y radiológicos) y psicosociales (vinculados con el diseño, organización y gestión del trabajo; contexto social y medioambiental).
- 8 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, Repetto, María Macarena c/FST S. A. y otros s/ despedido, 29/5/2009.

razgo autocrático o climas organizacionales cargados hacia la competitividad y con fallas en aspectos de comunicación, sistemas de recompensas u otros factores que afectan a todos o a una gran mayoría de los trabajadores de la empresa. La agresión en esta hipótesis tiene como base la supuesta superioridad personal de los directivos sobre los empleados y se hace con la declarada intención de asegurar el buen funcionamiento de la empresa y sus niveles de productividad.

4. *Mobbing* en el empleo público

Para el presente análisis del *mobbing* en las relaciones de empleo público regidas por la LMREPN, cabe aclarar que las manifestaciones de acoso laboral en este ámbito presentan particularidades que justifican su análisis en el marco del derecho administrativo, sin perjuicio de tratarse de una materia mayoritariamente desarrollada por el derecho laboral (Ivanega, 2018).

Como advierte Ivanega (2018), la figura del *mobbing* reconoce denominadores comunes en todas las relaciones de trabajo, ya sean públicas o privadas: desde el contenido de los comportamientos ilegítimos hasta las consecuencias en la salud y las relaciones personales, familiares y sociales del trabajador. No obstante ello, en la administración tiene particularidades propias vinculadas a las características de la organización, al empleo público en sí y a los procedimientos que los empleados tienen para hacer valer sus derechos.

En efecto, si observamos la situación desde la perspectiva del sujeto trabajador, la prestación de servicios en el ámbito público o privado no debería presentar diferencias sustanciales, en la medida en que en ambos casos una persona desarrolla tareas en forma personal bajo las directivas de quien dirige una organización. Sin embargo, la legislación le otorgó un tratamiento diferenciado al agente público con sustento en la singular condición de su empleador. En otras palabras, la mera presencia del Estado como empleador determina la existencia de intereses que trascienden de aquellos presentes en una relación de empleo común o privada, por ello, la Constitución Nacional le otorgó una protección superior a los trabajadores públicos a través de la garantía de estabilidad contemplada en su artículo 14 bis (Perugini, 2009).

La realidad demuestra que determinadas características de tipo organizativo favorecen el desarrollo del *mobbing*. Dentro de éstas pueden citarse la burocratización de la estructura organizacional, la rigidez organizativa, los estilos de dirección autoritarios, los mecanismos inadecuados de promoción a posiciones de dirección, la falta de formación en liderazgo, la indefinición en la asignación

de funciones y la improductividad, entre otros. De la simple lectura de dichas características, rápida y fácilmente puede advertirse que todas ellas suelen estar presentes en el empleo público (Abajo Olivares, 2006).

Así las cosas, y aun cuando cabe admitir que la violencia laboral existe en todo tipo de actividad, lo cierto es que el ámbito público es uno de los más proclives a generar ambientes hostiles.

Al respecto, Hirigoyen (2001) resalta que los paradigmas que fundan la organización estatal hacen predominar estructuras cerradas, reglamentarismo y una cultura de gestión que considera al poder y al control como valores prioritarios para conseguir la eficacia. En consecuencia, el ámbito público es un campo especialmente abonado para el desarrollo de graves patologías laborales, vicios institucionales y conflictos interpersonales degenerativos que ignoran y contradicen los más elementales principios que deben regir la actividad del Estado (Kruger, 2016).⁹

Cabe resaltar que la protección superior a la que anteriormente hicimos referencia, basada en la garantía de la estabilidad del empleado público contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, contrariamente a lo pretendido, desempeña en el caso particular del acoso laboral un rol perjudicial que favorece su desarrollo de varias maneras, todas ellas indeseables.

En tal sentido, puede advertirse que la referida garantía produce una situación de difícil escapatoria para la víctima, en tanto: a) juega a favor del hostigador o *mobber* al conferirle una seguridad inexistente en el ámbito privado, toda vez que solamente puede ser removido de su cargo mediante un sumario disciplinario que acredite faltas de entidad suficiente que logren justificar una medida sancionatoria expulsiva; b) dificulta que esos mismos funcionarios puedan desprenderse de los empleados que no son de su agrado, ya que para ello también es indispensable instruir un sumario administrativo que compruebe infracciones graves que justifiquen reglamentariamente el cese de la relación de empleo público; por ello, algunos funcionarios fuerzan la salida de dichos empleados mediante mecanismos, cuanto menos, cuestionables; y c) genera una presión extra en el agente público, a quien le cuesta tomar la difícil decisión de abandonar los beneficios que le aporta la garantía de estabilidad mencionada, incluso cuando su salud pudiera estar comprometida (Arday, 2009).¹⁰

Por otro lado, no puede dejar de mencionarse la situación compleja en la

9 Con cita a Hirigoyen (2001) y Molina Navarrete (2001).

10 Con cita a Cassagne (2000).

que se encuentra el agente público acosado, en la medida en que, en muchas ocasiones, debe recurrir al propio acosador para lograr alejarse de la situación que le hace daño, por ejemplo, solicitándole un traslado, para cuya concesión muy probablemente va a necesitar el consentimiento de su acosador (Arday, 2009).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe admitir que si bien en el sector privado el despido de un empleado es más sencillo, lo cierto es que el *mobbing* también existe (Arday, 2009). En ese marco, Abajo Olivares (2006) destaca que una de las diferencias más llamativas existente entre el *mobbing* en el sector privado y en el público es que, en el primero, el proceso generalmente dura menos tiempo y termina con la renuncia de la víctima. En cambio, en el segundo, el proceso es lento, suele durar años, añadiéndose dos de las aristas antes señaladas: la negativa de la víctima de abandonar un trabajo con estabilidad y la dificultad para separar de su cargo al acosador porque goza –coincidentalmente– de esa misma estabilidad (Abajo Olivares, 2006).

Como advierte Ivanega (2018), existe cierto olvido de que la organización estatal también constituye un ambiente laboral y ello conlleva a que no se consideren a las personas que allí prestan funciones, con el consecuente cercenamiento de sus derechos y la incidencia en su salud y relaciones.

En ese contexto, Santiago y Linde (2015) remarcan la mayor calificación que merece el reproche cuando el *mobbing* acontece en el ámbito estatal, donde la actividad debería desarrollarse en el marco de la ejemplaridad.

En efecto, como consecuencia del *mobbing* padece no sólo el agente público, sino también la propia organización pública y la sociedad que recibe las prestaciones de la administración pública, motivo por el cual el *mobbing* en este ámbito tan particular reviste especial interés (Ivanega, 2018).

5. *Mobbing* como infracción de los deberes del empleado público. Normativa y sanción aplicable

Aun cuando es cierto que las relaciones de empleo público facilitan particularmente el hostigamiento laboral, también lo es que existen herramientas legal y reglamentariamente previstas para evitarlo, erradicarlo y sancionarlo.

En tales condiciones, debe destacarse que la Constitución Nacional asegura las condiciones dignas y equitativas de trabajo,¹¹ junto con el derecho a gozar

11 Artículo 14 bis de la CN.

de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes.¹²

Asimismo, el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, aprobado por la Ley 27580, refiere específicamente a esta materia y es aplicable a todos los trabajadores de la índole y sector que sean en relación con la violencia o el acoso en el mundo del trabajo. En tal sentido, dicho Convenio establece que la violencia y acoso laboral pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos y constituyen una amenaza para la igualdad de oportunidades, siendo inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. En ese marco, determina que los Estados parte deberán adoptar ciertas medidas; particularmente, la prohibición de tales conductas, la regulación de medidas para combatirlo, el acceso de las víctimas a vías de recurso, reparación y apoyo y la previsión de sanciones específicas.¹³

Por su parte, la LMREPN y su Decreto reglamentario 1421/2002 –en lo que aquí interesa– regulan la relación de empleo público, estableciendo los derechos, garantías, deberes, prohibiciones y el régimen disciplinario aplicable a los agentes públicos. Dicho decreto remite, a su vez, al Reglamento de Investigaciones Administrativas, aprobado por el Decreto 467/1999, a los efectos de: a) el procedimiento de investigación; b) la situación del agente durante la sustanciación del proceso penal; y c) las medidas preventivas que pueden aplicarse a los agentes durante la sustanciación de un sumario disciplinario (Canda, 2003; García Pullés, 2005).¹⁴

Finalmente, también se aplican al caso la Ley 25188 de Ética Pública y el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública Nacional (en adelante, CCT), aprobado por medio del Decreto 214/2006 (Rodríguez, 2007).¹⁵

12 Artículo 41 de la CN.

13 Convenio 190 OIT, artículos 4, 6, 8, 9 y 10.

14 Dicho Reglamento se integra, a su vez, con la Ley 19549 de Procedimiento Administrativo Nacional, su Decreto reglamentario 1759/72 y la Ley 25188, artículo 3. Por lo demás, particularmente en este punto no puede dejar de mencionarse la facultad que tiene la autoridad disciplinaria de disponer fundadamente medidas provisorias durante el trámite del sumario. Estas son el traslado o la suspensión preventiva del agente cuando su alejamiento sea necesario para el esclarecimiento de los hechos investigados o cuando su permanencia en funciones fuera evaluada como peligrosa. En este punto, ver también Sirounian (2021), quien aclara que en el caso particular de que la acosada sea una mujer, existe, además, la posibilidad de solicitar las medidas preventivas previstas en el artículo 26 de la Ley 26485 de Protección Integral a las Mujeres y su Decreto reglamentario 1011/2010. En particular, la prohibición de acercamiento y el cese de los actos intimidatorios o perturbadores hacia la mujer, en tanto se encuentren vulnerados los derechos previstos en el artículo 3.

15 El CCT se aplica a los trabajadores bajo relación de dependencia laboral de las jurisdicciones y entidades descentralizadas detalladas en el Anexo I del decreto citado. Al personal regido por la Ley

En particular, el CCT señalado dispone específicamente en su artículo 124 la erradicación de la violencia laboral. En tal sentido, determina que la comisión de cualquier acto de violencia laboral configura una falta grave susceptible de la sanción de cesantía, en los términos del artículo 32, inciso e) de la LMREPN, en virtud de lo previsto en el artículo 37, inciso i) del propio CCT.¹⁶

En ese contexto, cabe desentrañar las normas referidas, para lo cual conviene, en primer lugar, recordar que el artículo 32, inciso e) de la LMREPN establece como causal para imponer la referida sanción el incumplimiento de los deberes establecidos en sus artículos 23 y 24, cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiese.

En lo que aquí interesa, los referidos artículos contienen en forma genérica disposiciones vinculadas con el acoso laboral, en cuanto determinan el deber de observar las normas legales y reglamentarias y conducirse con colaboración, respeto y cortesía en las relaciones con el público y con el resto del personal (artículo 23, inciso b) y el deber de respetar y hacer cumplir, dentro del marco de competencia de la función, el sistema jurídico vigente (artículo 23, inciso d). Además, prohíben valerse directa o indirectamente de facultades o prerrogativas inherentes a las funciones para fines ajenos a aquellas o para realizar proselitismo o acción política (artículo 24, inciso e) y desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 24, inciso h).

En segundo lugar, debe destacarse que el artículo 124 del CCT expresamente aclara que la aplicación de esas disposiciones lo es “en virtud de lo previsto en el artículo 37, inciso i)” del propio CCT. En ese orden, cabe recordar que dicha disposición determina la prohibición de realizar –mediante el uso de su cargo, función, influencia o apariencia de influencia– cualquier acto, comentario o conducta en forma reiterada con connotación sexual no consentida por quien la recibe u hostigamiento moral, sea para beneficio propio o de un tercero; bajo posibles formas de maltrato físico o psíquico, acoso sexual u homofóbico y/o que perjudique el desempeño del agente afectado, su salud, relación, dignidad o futuro laboral, o consentir dichas conductas en el personal a su cargo sin hacerlas cesar.

20744 de Contrato de Trabajo le son de aplicación las normas del convenio, con las salvedades que se formulan para cada instituto en particular.

16 El artículo 124 agrega que “de manera similar se procederá en los casos del personal comprendido por la Ley de Contrato de Trabajo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 242 de dicha norma o la que la sustituya”.

En suma, de toda la reseña efectuada precedentemente puede concluirse que actualmente la normativa aplicable a las relaciones de empleo público considera que el *mobbing* constituye una falta grave de los deberes funcionales del agente público, al que le corresponde la sanción de cesantía. Ello, en función del encuadre que el CCT le atribuye al acoso laboral en el marco del artículo 32, inciso e) de la LMREPN, que determina, precisamente, las causales para imponer la referida sanción.

El acierto de la referida disposición reside en que el hostigamiento laboral afecta la dignidad de las personas y, con ello, a la persona en sí misma, su derecho de trabajar en condiciones dignas e igualitarias y de desarrollarse personal y profesionalmente, con las consecuencias que ello depara en su salud y vida tanto profesional como personal (Arday, 2009; Buteler, 2008).¹⁷

Por ello, con sustento en la relevancia de los derechos y garantías involucrados, considero que esa misma conclusión debería aplicarse, eventualmente, a los supuestos de empleo público regidos por la LMREPN que no llegaran a estar contemplados en el CCT. Ello, en el entendimiento de que el CCT citado le otorga un encuadre concreto al *mobbing* en preceptos disciplinarios previamente previstos en los artículos 23 y 24 de la LMREPN, los que genéricamente abarcan las conductas descritas en el artículo 37, inciso i) del CCT.¹⁸

Esta interpretación se sustenta, además, en los objetivos del CCT de eliminar la discriminación y consagrar la igualdad de trato, en línea con la evolución de la conciencia jurídica moderna y con los tratados de derechos humanos que

17 Arday (2009) advierte que en cualquier forma que se exprese la violencia en el ámbito de las relaciones laborales, ésta se vincula intrínsecamente con el derecho a la salud, cuyo reconocimiento y consagración tiene rango constitucional y es indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Por su parte, la CSJN *in re Madorrán* sostuvo que dignidad y trabajo se relacionan en términos naturalmente entrañables. En ese sentido, añadió que los empleados públicos gozan de un derecho a la estabilidad propia y a la carrera administrativa que se fundan en el artículo 14 bis mencionado, el que posee carácter operativo.

18 Al respecto, cabe advertir que, en el derecho disciplinario, el principio de tipicidad resulta de difícil aplicación, puesto que las posibilidades de infracción a las normas evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica de las figuras penales, lo que motiva que, en la práctica, la ley disciplinaria proceda de manera genérica y no concreta. En ese orden, la norma suele subsumir el repertorio de infracciones en un breve escalado de clases genéricas y les atribuye a cada una de estas clases una correlativa clase de sanción, librando a los operadores jurídicos un amplio margen de elección. A eso se 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 todos los incumplimientos a la normativa, con el objeto de no dejar sin tipificar ninguna infracción. No obstante ello, como lo señala Ivanega (2010), las normas del derecho disciplinario deben garantizar una predicción razonable de las consecuencias jurídicas de las conductas cuando éstas no puedan ser definidas con absoluta certeza, toda vez que no cabe admitir definiciones de conductas

forman parte de nuestra Constitución Nacional, todo lo cual lleva a condenar gravemente los ataques a los referidos derechos y garantías (Rodríguez, 2007).

Asimismo, debe remarcarse que, con ello, se da cumplimiento a lo requerido por el Convenio 190 de la OIT, en cuanto exige que los Estados parte prohíban y sancionen este tipo de conductas.

6. Dificultades probatorias para acreditar y sancionar los casos de *mobbing*

Por todo lo expuesto hasta el momento, puede concluirse con facilidad que existe una imperiosa necesidad de prevenir y sancionar gravemente las conductas vinculadas al *mobbing* en el marco del empleo público, considerando especialmente las indeseables consecuencias que produce en las víctimas que lo padecen.

Sin perjuicio de ello y de las buenas intenciones plasmadas en la normativa antes referenciada, lo cierto es que la administración pública no puede sancionar al *mobber* sin la previa instrucción de un procedimiento disciplinario encaminado a comprobar la infracción imputada que respete el principio fundamental del debido proceso resguardado por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En ese orden, y en apretada síntesis, puede señalarse que, luego de tramitado el sumario pertinente por el instructor sumariante designado, la autoridad competente lo resuelve, previo dictamen del servicio jurídico permanente, al dictar el acto administrativo que impone una sanción administrativa u ordena el archivo de las actuaciones (Diez, 1965; Repetto, 2008; Sesín, 2011; Villegas Basavilbaso, 1951).¹⁹

Así las cosas, y si bien en teoría el acosador o *mobber* debería ser gravemente sancionado al constituir el acoso o violencia laboral una infracción grave a los deberes funcionales que le competen, lo cierto es que difícilmente un agente público en ejercicio de funciones denuncie ser víctima de *mobbing*. Ello, por

con una amplitud e indefinición tal que impidan todo juicio de previsibilidad. Ver, al respecto, Nieto (2006), Ivanega (2010) y Palacios (2013). También ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baena, Ricardo y otros v. Panamá*, 02/02/01; *López Mendoza v. Venezuela*, 01/09/11; *López Lone y otros vs. Honduras*, 05/10/15; y Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/PEN s/sumarisimo*, 04/09/18, Fallos: 341:1017.

19 Ver Reglamento de Investigaciones Administrativas, títulos I, II y III. En ese sentido, no puede dejar de recordarse que, como lo destacan los autores referidos, la aplicación de una sanción tiene tres finalidades íntimamente relacionadas entre sí: a) superar la disfunción e introducir las medidas necesarias para el mejor funcionamiento de la administración pública; b) prevenir y reprimir las transgresiones a los deberes del agente público; y c) prevenir incumplimientos futuros.

temor a no poder acreditar el hostigamiento sufrido y ser objeto de represalias que podrían implicar la pérdida de su trabajo. En tales condiciones, el primer eslabón requerido para que se inicie el procedimiento disciplinario referido falla al no poder siquiera ser iniciado.

De superarse ese temor inicial, nos encontramos luego con otra dificultad: en la medida en que no puede negarse que las situaciones de acoso suelen darse en un ámbito de privacidad, el acosado corre con la difícil carga probatoria de acreditar que fue efectivamente sometido a hostigamiento (Jaimes, 2017).²⁰

Para palear esta compleja realidad, la jurisprudencia dispuso otorgar principal importancia a las pruebas periciales que buscan determinar la existencia de daños físicos o psicológicos en la víctima y a las pruebas testimoniales prestadas por sus compañeros de trabajo, aun cuando cabe reconocer la dificultad de obtener estas declaraciones en la medida en que los referidos compañeros continúen trabajando donde se produjeron los hechos de acoso (Ivanega, 2013).

En ese mismo sentido, se destacó también la relevancia de los indicios para acreditar este tipo de violencia, toda vez que los supuestos de conductas discriminatorias, acosadoras o persecutorias son difíciles de probar, tanto porque suelen ser sutiles como porque pueden pasar inadvertidas. Como señala Ivanega (2013), la apariencia es también un factor que dificulta la acreditación de esas situaciones, ya que detrás de un aparente trato correcto, pueden esconderse actitudes agresivas e injuriantes (Arday, 2009; Jaimes, 2017; Otaola, 2021).²¹

A mayor abundamiento, la citada autora advierte que las consideraciones probatorias antes indicadas se complementan con el principio de la carga dinámica de la prueba, que desplaza el *onus probandi* a la parte con mejores condiciones para acreditar los hechos (Ivanega, 2018).

En efecto, la necesidad de la inversión de la carga de la prueba en cuestiones

20 Con cita a Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, *Rybar, Héctor v. Banco de la Nación Argentina*, 08/06/2007.

21 Arday (2009) comenta la sentencia del Juzgado Federal Nº 2 de la ciudad de Concepción del Uruguay, *D. V. J. A. s/PAMI, laboral*, Expte. Nº 674/05, del 31/03/2009, donde se consideró injustificado el despido de un médico asistente en la medida en que se le habían realizado imputaciones que no fueron probadas, no habiéndose tramitado sumario administrativo tendiente a la averiguación y constatación de los hechos imputados. Por lo demás, se advirtió que la sanción de despido impuesta era desproporcionada y se tuvo por acreditado el maltrato y hostilidad laboral hacia el actor y otros empleados a través del relato testimonial de diferentes personas. En tales condiciones, se resaltó que si bien el maltrato era general con todos los empleados, era especialmente concentrado y evidente con el actor. Asimismo, se acreditó mediante el testimonio del médico tratante del actor el estado y sintomatología que el maltrato produjo en su persona, habiéndosele aconsejado su alejamiento del medio laboral.

de discriminación fue abarcada por la OIT, que advierte que lo más frecuente es que la discriminación constituya una acción más presunta que patente y difícil de demostrar, toda vez que el motivo subyacente de la diferencia de trato habita generalmente en la mente del autor (Ivanega, 2013; Medina, 2016; Treacy, 2011). Ello, más aún cuando la información y los archivos que conforman los elementos de prueba suelen estar en manos de la persona a la que se dirige el reproche. En ese sentido, requerir que dicha discriminación sea demostrada por quien la sufre podría constituir un obstáculo insalvable para la reparación del perjuicio sufrido (Ivanega, 2016).

En tales condiciones, compartimos el criterio de Ivanega (2013) en cuanto sostiene que, para los casos de discriminación y hostigamiento moral o psicológico, se impone que la carga de la prueba no quede librada solamente al criterio judicial o a las normas procesales generales o específicamente laborales. En tal sentido, resalta que las circunstancias que suelen rodear los hechos y las conductas de tal naturaleza y la afectación a la dignidad humana justifican una regulación específica en aquel sentido, tanto en los casos de lesión del principio de igualdad como para los casos de acoso moral o psicológico.

Siguiendo esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Pellicori* indicó que la acreditación de los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia es suficiente para la parte discriminada. En ese caso, corresponderá al demandado –a quien se reprocha la comisión del trato objetado– la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido conforme las reglas de la sana crítica (Ivanega, 2018).²²

Aquí, cabe resaltar también el principio de búsqueda de la verdad material que debe regir toda la actividad administrativa, en tanto la administración siempre debe pretender llegar a aquella como mecanismo para satisfacer el interés público. Como señala Ivanega (2018), la administración pública no tiene privilegios sustentados en las potestades públicas tratándose de conductas que afectan la dignidad humana; en el caso de que por el tipo de acoso o discriminación el agente se vea impedido de recabar la prueba adecuada, la demostración de que no se configuraron las irregularidades será responsabilidad de la propia administración (Ivanega, 2018).

En definitiva, en el presente acápite se describieron las medidas y criterios

22 Con cita a Fallos: 334:1387.

probatorios imperantes en materia de *mobbing*, todos los cuales tienen por objeto compensar las dificultades antes referenciadas y, de ese modo, incentivar a las víctimas a denunciar el acoso padecido, con la intención de que no queden impunes estos actos u omisiones.

7. Conclusiones

Como advierte Sirounian (2014a), el *mobbing* es un proceso, por ende, no se trata de un acto único de violencia. Surge de manera casi invisible para convertirse, mediante conductas reiteradas en el tiempo, en un monstruo que produce graves daños a las víctimas, incluso por muchos años después de su apartamiento de la organización laboral.

No hay razón que justifique el maltrato o la denigración de un ser humano, no puede silenciarse ni normalizarse la violencia, por lo que el *mobbing* merece un accionar rápido y eficaz para tutelar a la persona agredida y apartar y sancionar a quien resulte responsable (Sirounian, 2021).

En tal sentido, este tipo de conductas deberían idealmente prevenirse, especialmente considerando que los daños que ocasionan en muchos casos pueden llegar a ser irreversibles. Pero cuando no fuera posible su prevención, corresponde su visibilización, erradicación y sanción (Otaola, 2021).

En esta última instancia, ya sancionatoria, advertimos en este trabajo que, en el marco del empleo público nacional, el CCT prevé expresamente una medida sancionatoria grave para los casos de *mobbing*, como lo es la cesantía.

Juzgamos que ello constituye una decisión acertada, por lo que entendemos que esa conclusión debería extenderse, eventualmente, a los casos en los que dicho CCT no se llegara a aplicar, en tanto consideramos que las conductas involucradas se encuentran genéricamente contempladas en los artículos 23 y 24 de la LMREPN, y destacamos la importancia de los principios y garantías que afecta el acoso laboral, los que justifican la aplicación de una sanción grave cuando se ven severamente afectados.

Sin perjuicio de todo ello, advertimos que las buenas intenciones del CCT se esfuman en la realidad, ya que difícilmente el acosado logre llegar a la instancia disciplinaria y, de lograr hacerlo, cuenta con la difícil carga probatoria del hostigamiento padecido. En función de ello, la jurisprudencia sentó los criterios específicos precedentemente mencionados en un intento por paliar las dificultades referidas.

En ese contexto, se destaca la necesidad de la existencia de controles y en-

tornos laborales que adviertan y prevengan este tipo de violencia para no tener que arribar a la etapa sancionatoria, la que para la salud del acosado puede ser demasiado tarde.

Finalmente, en el marco de las dificultades referidas y como advierte Otaola (2021), debe resaltarse el rol protagónico que tienen las instituciones para prevenir, mitigar y erradicar los casos de hostigamiento laboral, del Poder Legislativo para el dictado de normas eficaces a esos fines, del Poder Ejecutivo para emitir medidas que permitan atender esta problemática y del Poder Judicial para sancionar e intentar reparar en última instancia el acoso laboral padecido.

Bibliografía

- Abajo Olivares, F. J. (2006). *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*. Lexis Nexis.
- Ardoy, J. J. (2009). *Mobbing. Bossing. Daño moral. Daño moral. Ilícito extracontractual. Médico asistente. Despido directo. Responsabilidad civil. Responsabilidad del funcionario público. Violencia en el empleo público. Derecho administrativo. Derecho del trabajo. Responsabilidad del Estado y los Tratados de Derechos Humanos. La Ley*, TR LALEY AR/DOC/4147/2009.
- Buteler, A. (2008). *Empleo público y derechos fundamentales. La Ley*, TR LALEY AR/DOC/2546/2018.
- 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*, 565.
- Cassagne, J. C. (2000). *Derecho Administrativo* (Tomo I, 6ª ed.). Abeledo Perrot.
- Díaz, V. L. (2008). Violencia laboral: de lo conceptual a lo específico. *Revista de Derecho Laboral*, I, (2), 375-396.
- Diez, M. M. (1965). *Derecho Administrativo* (Tomo III). Bibliográfica Omega.
- Foglia, R. A. (2008). Acoso laboral e indemnización del daño moral. *La Ley*, tomo A.
- García Pullés, F. (2005). Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional. Lexis Nexis.
- González de Rivera, J. L. (2002). *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del mobbing y otras formas de acoso*. Espasa Práctico.
- Hirigoyen, M. F. (2001). *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*. Paidós.
- Ivanega, M. M. (2003). Control judicial de la potestad disciplinaria de la Administración. *Revista de Administración Pública*. Ediciones Especiales, Control de la Administración Pública.
- Ivanega, M. M. (2010). *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. Ediciones RAP.
- Ivanega, M. M. (2013). La discriminación, el acoso en el empleo público y la afectación de la igualdad. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, (2013), 245-254.
- Ivanega, M. M. (2018). *Mobbing y acoso laboral en el empleo público. Referencias a la jurisprudencia de la República Argentina. Anuario Jurídico Villanueva*, (12), 183-198.

- Jaimes, E. D. (2017). Diferencias y similitudes de abuso del ius variandi y mobbing laboral. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/3635/2017.
- Kruger, V. L. (2016). El Mobbing dentro de la relación de empleo público. Su necesaria inclusión como enfermedad profesional. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/4331/2016.
- Medina, G. (2016). Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las “categorías sospechosas”: Una visión jurisprudencial. *La Ley*, F, 872.
- Molina Navarrete, C. (2001). Una «nueva» patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing). Reflexiones a propósito de la STS 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001. *La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, (7), 1553-1571.
- Nieto, A. (2006). *Derecho Administrativo Sancionador* (4ª ed.). Tecnos.
- Otaola, M. A. (2021). Mobbing o acoso laboral en Argentina: visibilizar para prevenir y disuadir. *Revista Ideidez*, (63). <http://revista-ideides.com/mobbing-o-acoso-laboral-en-argentina-visibilizar-para-prevenir-y-disuadir/>.
- Palacios, L. P. (2013). Derechos humanos y sanción disciplinaria a los agentes públicos. En Alonso Regueira, E. M. (Dir.), *Estudios de Derecho Público* (pp. 1135-1158). Asociación de Docentes, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/estudios-de-derecho/0011-edp4-palacios.pdf>.
- Perugini, A. (2009). Relaciones de empleo público regidas por convenios colectivos. Competencia de la justicia nacional del trabajo. *La Ley*, C-675.
- Repetto, A. L. (2008). *Procedimiento administrativo disciplinario. El sumario*. Ed. Cátedra Jurídica.
- Reston, A. (2006). Mobbing: problemáticas y tratamiento. *Doctrina Judicial* (2006-3).
- Rodríguez, M. J. (2007). Negociación colectiva en el sector público: sentido e implicancias. Cuestiones de contratos administrativos. *Revista de Administración Pública*, (347), 387-408
- Santiago, A. y Linde, G. (2015). Mobbing vertical y responsabilidad política de los magistrados judiciales. El caso Roxana Romero de la Provincia de Corrientes. *La Ley*, TR LA LEY AR/DOC/3516/2015.
- 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.
- Sirounian, M. (2013). Mobbing. Importancia de su diagnóstico diferencial. Distinción con la figura del estrés laboral. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/4977/2013.
- Sirounian, M. (2014a). Violencia y hostigamiento laboral. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/5040/2014.
- Sirounian, M. (2014b). Violencia en la organización empresarial. Mobbing. Acoso sexual y otras figuras. *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/5039/2014.
- Sirounian, M. (2021). Violencia en la organización laboral. Medidas cautelares de protección de la víctima. Ley 26.458. Ley 27.372 y Convenio OIT 190. *El Derecho*, (6).
- Stortini, D. E. (2012). ¿Cuándo hay mobbing? *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/6606/2011.
- Treacy, G. F. (2011). Categorías sospechosas y control de constitucionalidad. *Lecciones y Ensayos*, (89), 181-216.
- Villegas Basavillbaso, B. (1951). *Derecho Administrativo* (Tomo III). Tipografía Editora Argentina.

Jurisprudencia citada

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Baena, Ricardo y otros v. Panamá, 02/02/01.

López Lone y otros vs. Honduras, 05/10/15.

López Mendoza v. Venezuela, 01/09/11.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires c/PEN s/sumarísimo, 04/09/18, Fallos: 341:1017.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala IV

Cabrera, Jorge Rodolfo c/EN- M Seguridad PNA y otro s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg., 27/03/18.

HVN c/EN- M. de Defensa- FFAA y otros s/personal militar y civil de las FFAA y de seguridad, 03/09/2015.

Rodríguez, Mirta Liliana c/EN- M Defensa- FAA y otros s/personal militar y civil de las FFAA y de Seg., 23/09/21.

Sala V

Pérez, Liliana Esther c/EN- JGM y otro s/daños y perjuicios, 16/06/2016.

Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal

Sala III

A.V.A c/Estado Nacional- Ministerio del Interior- Policía Federal s/daños y perjuicios, 21/06/2012.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Sala II

Repetto, María Macarena c/FST S. A. y otros s/despido, 29/05/2009.

Sala VII

Rybar, Héctor v. Banco de la Nación Argentina, 08/06/2007.

Juzgado Federal N° 2 de la ciudad de Concepción del Uruguay

D. V. J. A. s/PAMI- laboral, Expte. N° 674/05, 31/03/2009.

RECENSIONES

LA DIGNIDAD A DEBATE: USOS DEL CONCEPTO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jorge Nicolás Lafferriere y Helga María Lell (editores)

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Marcial Pons, 2021, 218 páginas.¹

En las últimas décadas, la noción de dignidad ha arraigado en el discurso jurídico referido a los derechos humanos. Junto con la masificación del concepto, la indeterminación de su significado –que otrora parecía una “soportable levedad” (Glendon, 2011)– hoy justifica la búsqueda de precisiones. Es que, a medida que crece el corpus de protección de los derechos, se exploran aristas cada vez más delicadas de la existencia humana y las definiciones se tornan necesarias.

En este estado de las cosas, Jorge Nicolás Lafferriere y Helga María Lell comandaron una investigación² que examinó de qué modo y con qué variantes la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha incorporado el concepto de dignidad en sus decisiones (pp. 7-8).³ Los principales hallazgos se condensan en la obra colectiva *La dignidad a debate: usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicada por la editorial Marcial Pons (2021). Semejante labor se suma a los esfuerzos académicos que testimonian un creciente interés en el tribunal regional como institución políti-

1 La reseña se realizó en el marco del Proyecto-IUS titulado: “El concepto de ser humano en el Sistema Interamericano” (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, 2022-2024).

2 Proyecto de investigación PICTO UCA 2017-0032: “El concepto de Dignidad Humana según la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, financiado conjuntamente por la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Agencia Nacional de Promoción de Ciencia y Tecnología de la República Argentina.

3 En la recensión se seguirá el criterio adoptado por los editores de la obra analizada (véase p. 50, nota al pie 8); consecuentemente, para mencionar la “dignidad” se aludirá indistintamente a “palabra”, “concepto”, “término” e incluso “noción”.

ca y jurídica, y que en Argentina vienen dando resultados concretos.⁴ El estudio, además, coincide con las propuestas que, frente a las dificultades que supone la definición de “dignidad”, apuntan a descifrar el funcionamiento del concepto “en la práctica” del derecho y su interacción con otras nociones jurídicas.⁵

En esta oportunidad, la empresa investigativa dirigida por Lafferriere y Lell llevó a los miembros del equipo a realizar un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de la Corte IDH. Sus resultados se materializaron en la sistematización de los datos obtenidos de un modo que no registra antecedentes en Latinoamérica. Me refiero a la producción de una base de datos que se encuentra disponible en el repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica Argentina.⁶

La dignidad a debate... comienza con una breve introducción de los editores y luego se estructura en seis capítulos. Los primeros tres operan como una parte general: se explican allí la relevancia y los debates *iusfilosóficos* que rodean al concepto de dignidad (capítulo I); se propone una “sistematización de los usos semánticos” del término (capítulo II) y se exponen los resultados más relevantes de la investigación (capítulo III). La segunda mitad de la obra contiene trabajos especializados que abundan en el estudio de los usos del vocablo “dignidad” en tres líneas jurisprudenciales: la primera, sobre la dignidad de las personas privadas de la libertad (capítulo IV); otra, referida al “derecho a la dignidad” (capítulo V); y una tercera que estudia la función de la dignidad en relación con los derechos implícitos (capítulo VI). Por cierto, el libro no es el único fruto cosechado en esta investigación. Las páginas de cierre traen un índice de la totalidad de las publicaciones de los integrantes del proyecto PICTO UCA 2017 – 0032, un listado de los encuentros académicos organizados (pp. 185-187) y un cuadro bibliográfico sobre la dignidad ordenado por temas (pp. 189-195).

En el inicio, Gabriel Maino adentra al lector en el problema filosófico y en la evolución del concepto de dignidad. Este acercamiento permite apreciar el devenir de la noción y sus distintas acepciones mediante un abordaje que se nutre con referencias históricas, documentales y jurisprudenciales (capítulo I).

Para Maino, una primera manera de comprender la dignidad –como “límite a la libertad de los individuos” (p. 11)– amalgamaba las ideas de dos tradiciones

4 Quizás, el más representativo, aunque no el único, fue el encarado en la *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Santiago y Bellocchio, 2018).

5 Por ejemplo, acerca de la relación entre dignidad y “desarrollo humano” puede verse el libro editado por Carozza y Sedmak (2020).

6 Véase Lafferriere et al. (2021).

filosóficas: el pensamiento cristiano y la filosofía con base en las ideas de Kant, que, a pesar de sus diferencias, coincidían en la existencia de una “naturaleza humana” (pp. 11-12). La noción de dignidad, explica el autor, se tornó vidriosa en la segunda mitad del siglo XX: en efecto, la firma de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) requirió la búsqueda de “acuerdos” entre los países signatarios, que incorporaron la dignidad a su texto, pero sin definirla. La inclusión del término en los instrumentos internacionales catapultó el concepto al centro de los discursos filosóficos, jurídicos y políticos. Rápidamente, se difundió una visión diferente de la dignidad –ahora “como reforzador[a] del derecho a la intimidad” (p. 16)–, en buena medida, desligada de la tradición anterior (pp. 15-16). La nueva noción tuvo acogida judicial y pronto tiñó la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la de su par regional, la Corte IDH.

Conviene decir que Maino asume las dificultades de la palabra “dignidad” y de las variaciones en su uso, mas no se conforma con una actitud puramente descriptiva. Por el contrario, desde una mirada realista, invita a recorrer una senda superadora: ese camino “de vuelta” podría reconducir a la comprensión de la analogía del término “dignidad” y al restablecimiento de las bases metafísicas de su noción conceptual (pp. 18-20).

Una vez asentados los cimientos filosóficos, Lafferriere y Lell retoman el problema de la “pluralidad semántica” del término (p. 43) y trazan una suerte de estado de la cuestión de la dignidad (capítulo II). Para eso, repasan la presencia de la palabra en los instrumentos de protección de los derechos humanos más importantes del Sistema Universal, del Europeo y del Africano y, por supuesto, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). También sintetizan los principales estudios doctrinarios sobre la utilización del término “dignidad” en las normas positivas y en la jurisprudencia de tribunales internacionales y domésticos y las clasificaciones de los usos de la noción delineadas por los autores consultados (pp. 23-39). El trabajo culmina con una propuesta clasificatoria de los diversos significados de “dignidad” (pp. 39-43).

Sin duda, el corazón de la obra se encuentra en el tercer capítulo, en el que se explican los resultados más relevantes de la investigación. La presentación, también a cargo de Lafferriere y Lell, se realiza de modo claro, sistemático, y se acompaña con tablas y gráficos que le facilitan al lector la captación de los datos recabados (capítulo III). Con sentido propedéutico, primero se describe el método adoptado para la selección y el examen de las decisiones de la Corte IDH, esto es, las 372 sentencias y las 25 opiniones consultivas emitidas entre

1982 y 2018, cuya compulsa se hizo a partir de una “ficha” de análisis estandarizada (pp. 51-53).

Luego, se desglosan las conclusiones obtenidas. Una síntesis numérica evidencia que la dignidad adquirió progresivo protagonismo en las decisiones de la Corte IDH y no solo en aquellos casos relativos a los artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) que expresamente mencionan la palabra (artículos 5, 6 y 11), sino también en casos referidos a otros artículos que no traen tal mención. Más adelante, se revelan los hallazgos cualitativos. Se destaca, entre otros, el reconocimiento de 124 “fórmulas literales” que la propia Corte IDH diseña y, en ocasiones, reitera (pp. 59 y ss.). A partir de las “fórmulas” enunciadas, Lafferriere y Lell esbozan una tríada de funciones posibles de la dignidad en las decisiones de la Corte IDH: como “principio”, como adjetivo para la “calificación de un derecho” o como un “derecho a la dignidad”. Se añade a la terna una categoría que engloba los usos que no pueden ser encasillados en las clasificaciones anteriores (pp. 66-70).

Al final, las reflexiones recobran el tono valorativo. En efecto, los autores se detienen en el concepto antropológico que subyace al discurso de la Corte IDH –o, mejor, en las fórmulas identificadas– cada vez que se recurre al concepto de dignidad. Mayoritariamente, dicen Lafferriere y Lell, la Corte IDH refiere a la dignidad como “un valor sustantivo”, inherente al individuo (p. 72). Sin embargo, en los últimos veinte años de actividad del tribunal, se registra un nuevo uso de la dignidad “como autonomía o como igualdad formal en libertad”, que implicaría una equiparación entre la dignidad y “la facultad de determinar un plan de vida, cualquiera sea este” (p. 72).

Lafferriere y Lell advierten que si bien esta noción se ha empleado como un criterio hermenéutico ampliatorio del catálogo de derechos humanos, podría conllevar la erosión del concepto de dignidad en el discurso jurídico. En este sentido, ponen en palabras un interrogante inevitable: si dignidad y autonomía son lo mismo, ¿la noción de dignidad pierde densidad conceptual? (pp. 76-77). Tales apreciaciones me inclinan a formular otras preguntas: ¿acaso la Corte IDH exhibe en su narrativa contradicciones en torno a la concepción del ser humano? Dicho de otro modo, ¿mantiene un concepto antropológico coherente en su jurisprudencia al abordar los distintos conflictos de derechos humanos que se le plantean?, ¿ha mutado la concepción del ser humano que inspira las decisiones del tribunal?, ¿esa perspectiva es consistente con los términos de la CADH?⁷

7 La “transformación” en materia de derechos humanos y en la concepción del hombre que los detenta –es decir, que es titular de dichos derechos– ha sido expuesta por Puppink (2022), quien se

Ya en la segunda parte del libro, Florencia Ratti se ocupa del relevamiento de los usos de la noción de dignidad en las decisiones sobre personas privadas de libertad, una de las temáticas que más despliegue ha tenido en los casos resueltos por el tribunal regional (capítulo IV). La consideración de ese grupo de sentencias le permitió la identificación de “fórmulas usuales” que, según explica, son

criterios interpretativos, estándares o reglas que la Corte IDH desarrolla en su discurso y replica cada vez que se encuentra frente a un escenario fáctico determinado, a fin de evaluar si ha habido o no una vulneración concreta de la CADH. (p. 84).

Para el estudio de campo, Ratti se apoya en el método de análisis del precedente de López Medina.⁸ Se parte de la sentencia más reciente (“sentencia arquimédica”) y, sobre la base de sus citas y referencias, se hace un recorrido por el andar jurisprudencial del tribunal “hacia atrás” hasta arribar a la llamada “sentencia fundacional” (p. 87). Como resultado de la exploración, la autora distingue las fuentes consideradas al utilizar las “fórmulas” y previene sobre la autorreferencialidad de la Corte IDH, que principalmente recurre a sus decisiones anteriores para fundamentar las más nuevas y no siempre lo hace con la precisión adecuada (pp. 88 y ss.). El hallazgo se hilvana con la explicitación del uso, identificación y estudio de las “fórmulas usuales” creadas por el tribunal en el tratamiento jurisprudencial de la dignidad de las personas privadas de la libertad, cuya reiteración, dice Ratti, –aun si se presentan variaciones sutiles y cambios en su formulación textual– es ya una “práctica arraigada en la Corte IDH” (p. 95). La enunciación de cada una de las “fórmulas usuales” se acompaña con una indicación de las decisiones que las mencionan (incluida la “sentencia fundacional”); las fuentes de las que se ha servido el tribunal para su construcción; en su caso, la evolución, las imprecisiones o fluctuaciones en su uso (pp. 96-109) y el vínculo entre las “fórmulas usuales” y los “escenarios fácticos”.

ha dedicado al estudio de la jurisprudencia del TEDH. El profesor francés identifica dos modos de entender la dignidad: de un lado, se concibe una “dignidad encarnada”; del otro, se postula una visión de “dignidad desencarnada”. Una y otra reflejan modos antagónicos de pensar al ser humano (Puppinck, 2022, pp. 171-185).

8 Ratti se inspira en la metodología explicada en *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. En el capítulo 5 del libro, López Medina (2006) desarrolla un mecanismo “dinámico” para el análisis del precedente, que permite la “reconstrucción” o “racionalización” de las “líneas jurisprudenciales” elaboradas por un tribunal para la resolución de un “problema jurídico” concreto en varias de sus sentencias (pp. 139-192).

ticos subyacentes a las fórmulas” (pp. 109-114). Como puede intuirse, el reconocimiento de las denominadas “fórmulas usuales” es en sí mismo un aporte, en especial porque están presentes en toda la producción jurídica del tribunal. Por eso, si el capítulo anterior de Lafferriere y Lell reúne los avances nucleares de la investigación cumplida, con su contribución, Ratti asienta el soporte para las indagaciones futuras.⁹

El capítulo culmina con una crítica a la práctica adoptada por el tribunal en el proceso de armado de sus fallos y en el uso de las “fórmulas usuales”. Se señala el carácter “aleatorio” y un tanto desordenado de las citas que la Corte IDH hace de sus decisiones previas, no solo desde el punto de vista del orden de aparición de las sentencias referenciadas, sino también en términos de la reconstrucción de las líneas jurisprudenciales. Asimismo, se repara en la inexactitud en la selección de los casos que se referencian, dado que la “plataforma fáctica” no siempre es análoga a la del caso bajo consideración (pp. 115-119). La crítica se completa con una serie de apreciaciones formales sobre las citas y referencias que incorpora el tribunal regional (pp. 119-121). En realidad, como lo ha hecho notar Ratti en un artículo posterior, el manejo “defectuoso” de fuentes no es solo achacable a la Corte IDH. Al contrario, esas dificultades incumben a los jueces de América Latina en general y es otro punto que debe impulsar a la comunidad jurídica a la reflexión.¹⁰

Seguidamente, Giuliana Busso se concentra en el reconocimiento y en los contornos del “derecho a la dignidad” en el SIDH (capítulo V). La mayor riqueza de su trabajo reside en el análisis de las sentencias del tribunal que receptaron un “derecho a la dignidad”. Según la autora, su primera aparición se produjo a principios del siglo XXI, cuando la Corte IDH relacionó el “derecho a la dignidad” con el resguardo de los restos mortales del ser humano;¹¹ solo después se expandió su aplicación a otros derechos previstos en el texto de la CADH en casos que involucraban violaciones sexuales, el derecho a la honra, la esclavitud, el consentimiento informado, la autonomía y la seguridad social (pp. 140-153). El cotejo lleva a Busso a decir que la Corte IDH no ha brindado demasiadas precisiones acerca del contenido del “derecho a la dignidad” y que, por ahora, no

9 El equipo hoy continúa trabajando en un nuevo proyecto dirigido por Ratti, titulado: “PCyT: ‘Análisis jurisprudencial dinámico de las fórmulas usuales sobre dignidad humana en el discurso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos’ (800 202103 00012 CT)”.

10 Véase el artículo “Buenas prácticas en el uso de fuentes y citas en sentencias judiciales”, referido principalmente al caso de la Corte Suprema argentina (Ratti Mendaña, 2022, pp. 288-317).

11 Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002 (reparaciones y costas)

tiene “un objeto claro” y distintivo, pues en el discurso del tribunal ha quedado solapado con otros derechos expresamente contemplados en el tratado.

En el último capítulo, Florencia Verra examina la relación que existe entre la dignidad humana y los derechos no enumerados en la jurisprudencia de la Corte IDH (capítulo VI). Verra descubre un vínculo entre los derechos implícitos y la “interpretación expansiva” de la CADH propiciada por el tribunal regional, y busca una solución armonizadora a la dicotomía que plantea la revisión textualista de los artículos 29 y 31 (pp. 164-165). Con este marco, se adentra en el análisis de los derechos implícitos acogidos por la Corte IDH: el derecho a la identidad, a la verdad, a la vida digna y al proyecto de vida; en cada caso, observa el rol que ha jugado la dignidad en su reconocimiento (pp. 166-175). La autora insiste en la relevancia de los actos judiciales interpretativos en la materia. En ese punto, destaca que la protección de los derechos no enumerados se apoya en buena medida en el principio *pro homine*, estrechamente ligado a la noción de dignidad, que se ha erigido simultáneamente como “norte axiológico” y como criterio interpretativo ordenador (pp. 175-177). De cualquier manera, se matizan los beneficios de la actitud expansiva del tribunal y se da cuenta de las voces que han alertado sobre los dislates que el activismo judicial desenfrenado puede causar.

La dignidad a debate... constituye, por muchas razones, un aporte de gran valía. Ante todo, es una clase magistral de metodología y de destreza en el manejo de fuentes y una demostración cabal de que el fondo y la forma son, como lo ha señalado Toller (2015, pp. 22, 37 y ss.), dos aspectos complementarios en la tarea del escritor. En este sentido, se trató de un proyecto de investigación modélico¹² y, al mismo tiempo, de una reivindicación del estudio jurisprudencial en el ámbito de la ciencia del derecho. Me atrevo a decir que el libro deja mucha tela para cortar y que es un incentivo para quienes ansían transitar el arduo camino del investigador. Con seguridad, el lector atento sabrá hallar insinuados una variedad de tópicos y puntapiés que bien podrían convertirse en líneas de trabajo para nuevos proyectos.

Los capítulos del libro afrontan de manera novedosa dos temáticas de gran actualidad: las dificultades del uso de un término análogo –como lo es el de dignidad– y el estudio de las decisiones de la Corte IDH. Con un apoyo filosófico sólido, el análisis de casos aporta datos concretos y numéricos a un debate complejo. El examen corrobora que, en general, en forma espontánea y posiblemente no deliberada, la Corte IDH se sirve de la noción de dignidad en

12 Ya se ha advertido que el libro atraerá a lectores variados y, en particular, a quienes se dedican a la metodología de la investigación (De Casas, 2022, p. 313).

sentido análogo. No obstante, por la incertidumbre del término, su uso no está exento de problemáticas, riesgos y equívocos.

Uno de los puntos que motiva fuertes inquietudes refiere al empleo de “dignidad” en clave de autonomía. Como se ha explicado en la obra, tal identificación podría diluir la conexión por participación entre los diversos significados de la palabra y, consecuentemente, desdibujar su noción (p. 76). Lafferriere y Lell llaman a profundizar en su estudio, porque este uso del término “dignidad” –que descansa en una concepción peculiar del ser humano– ha sido invocado en casos sobre cuestiones altamente sensibles (p. 74). Recientemente, Santiago explicaba que si bien por el momento la idea de la autonomía moral holgada y expansiva como fundamento de la dignidad parece circunscribirse a cuestiones específicas, la difusión de esta comprensión a otros ámbitos del derecho y de las relaciones humanas podría tornar quimérica la “convivencia social” (Santiago, 2022, p. 205). De allí que sea importante seguir de cerca su desarrollo en la filosofía del derecho en general y en el discurso del tribunal regional en particular.

Finalmente, el relevo metódico de sentencias de *La dignidad a debate...* nos acerca a la profusa jurisprudencia de la Corte IDH y nos permite observar aciertos y fallas. En esto, proporciona una perspectiva adicional a una cuestión que, desde hace unos años, emerge con fuerza en Latinoamérica y pone el foco en los retos funcionales de coordinación, de límites y de moderación en la definición de estándares que, más temprano que tarde, el SIDH deberá superar.¹³ La Corte IDH no es ajena a esos desafíos:¹⁴ la revisión de las sentencias y de las opiniones consultivas, así como la reconstrucción de sus líneas jurisprudenciales, prueba que el tribunal regional tiene mucho para ofrecer y otro tanto por mejorar.

Sofía Calderone

Pontificia Universidad Católica Argentina

sofiacalderone@uca.edu.ar

13 Algunos de los puntos más acuciantes están sintetizados en la “Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, firmada en Asunción por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay (República del Paraguay, 2019).

14 Debe celebrarse que, en el último tiempo, el propio tribunal ha mostrado una apertura –cuando menos, teórica– a la consideración de los desafíos que su funcionamiento le propone. En efecto, el 1° de enero de 2023 comenzó a regir el primer *Código de ética de juezas y jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, que expresamente reconoce el deber de los magistrados de “ejercer con moderación y prudencia la responsabilidad que acompaña al ejercicio de la función jurisdiccional”

Bibliografía

- Carozza, P. G. y Sedmak, C. (Eds.). (2020). *The Practice of Human Development and Dignity*. University of Notre Dame Press.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (10 de octubre de 2022). *Código de ética de juezas y jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. <https://www.corteidh.or.cr/docs/Codigo-etica.pdf>.
- De Casas, C. I. (2022). Jorge Nicolás Lafferriere y Helga María Lell (Eds.). *La dignidad a debate: Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Marcial Pons-Universidad Católica Argentina-FONCYT, 2021, 218 pp. *Revista de Derecho*, XXI(42), 313-315. <https://doi.org/10.47274/DERUM/42.13>.
- Glendon, M. A. (15 de mayo de 2011). *The Bearable Lightness of Dignity*. First Things. <https://www.firstthings.com/article/2011/05/the-bearable-lightness-of-dignity>.
- Lafferriere, J. N., Lell, H. M. y Escudero Giménez, R. A. (2021). *Dignidad en la Corte Internacional de Derechos Humanos 1982-2018* (versión 1.0) [Base de datos]. Proyecto de Investigación PICTO UCA 2017-0032 (2021). Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11519>.
- López Medina, D. (2006). *El Derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (2ª ed.). Legis.
- Puppink, G. (2022). La transformación de los derechos humanos, de los derechos naturales a los transnaturales. *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, (14). 171-185. <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/FORUM/article/view/4574>.
- República del Paraguay. (24 de abril de 2019). *Gobiernos de Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay se manifiestan sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Ministerio de Relaciones Exteriores. <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>.
- Ratti Mendaña, F. (2022). Buenas prácticas en el uso de fuentes y citas en sentencias judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 52(136), 288-317. <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v52n136.a12>.
- Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Ábaco.
- Santiago, A. y Bellocchio, L. (Dirs.). (2018). *Historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Ley.
- Toller, F. (2015). *Sistema de citas y redacción en Derecho. Manual hispanoamericano*. Marcial Pons.

Jurisprudencia citada

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002 (reparaciones y costas).

(véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022, punto IV).

IN MEMORIAM

JOSEPH RATZINGER:

LA PÉRDIDA DE UN PENSADOR ESENCIAL

Hace muy poco tiempo falleció uno de los pensadores de la segunda mitad del siglo XX y comienzos del actual que pueden denominarse justamente como “esenciales”, en el doble sentido de que no solo abordan y desarrollan los temas centrales del pensamiento filosófico, del actual y del de todos los tiempos, sino también en el de que sus ideas suponen horizontes originales y que marcan los caminos a seguir para el pensamiento contemporáneo y el ulterior. Por otra parte, su fallecimiento no solo enluta a la Iglesia católica romana, sino que también significa una pérdida para toda la cultura de Occidente, ya que, además de sus notables estudios teológicos, Ratzinger ha efectuado contribuciones de relevancia en el ámbito de la antropología filosófica, la ética, la filosofía política y el pensamiento jurídico.¹

En ese sentido, este pensador bávaro no solo ha dedicado su vida intelectual al esclarecimiento, análisis y difusión de la revelación cristiana –tarea de la que dan cuenta, entre muchos otros, los tres tomos de su libro *Jesús de Nazaret*, traducidos hace pocos años al castellano–, sino que, además, ha escrito varios textos de filosofía, en los que parte de la experiencia integral de la realidad, la analiza descompositiva y causalmente y la valora intelectualmente, siempre con referencia a los principios primeros –ontológicos y cognitivos– de todas las realidades. En esta indagación, se pone de manifiesto, por otra parte, su preferencia por la filosofía platónico-agustiniana y, entre las corrientes actuales, por el personalismo humanista. Él mismo lo reconoce cuando escribe que, en el Seminario,

en los dos primeros años, desde el inicio me fascinó la filosofía, sobre todo en la figura de San Agustín, [...] tuve una completa visión de conjunto sobre toda la indagación del espíritu humano, desde Sócrates y el círculo de los presocráticos hasta el presente. (Ratzinger, 2005a, p. 69)

1 Véase Gómez de Pedro (2021).

Ahora bien, de la totalidad de su amplio pensamiento filosófico es posible seleccionar en este lugar tres temas principales, a los fines de exponer, con la brevedad propia de un texto recordatorio, algunos de los aspectos de su contribución filosófica; estos temas son: el de la libertad humana, el de la defensa de la razón y el del valor del gobierno del derecho. Comenzando por el primero de ellos, Ratzinger defiende la concepción clásica de la libertad, para la cual esa dimensión humana no se encuentra desgajada del resto de los aspectos de la humanidad, sino que solo puede concebirse en el marco de un contexto racional, o cognitivo-racional, y de la índole relacional propia del hombre. Dicho en otras palabras, la libertad humana –explica y defiende este autor– no es la que correspondería a una imposible autonomía absoluta y sin sentido, sino que es el modo humano de alcanzar el bien, que se logra solo con la mediación de la libertad. De la experiencia –sensible e intelectual– del modo propiamente humano de actuar, es decir, libremente, se sigue el carácter *intencional* de este actuar, que consiste –según Ratzinger– en “la tensión constante y perenne hacia un objeto”, que es lo que le otorga sentido y lo hace posible de comprensión y desarrollo perfecto.

Por ello, la voluntad humana, como facultad en la que reside la libertad, tiene un sentido intrínseco que la orienta a aquellas realidades –bienes– que plenifican y realizan al hombre, ya que “la perfección de la potencia depende de la de su objeto [y] entonces la persona como un todo alcanzará su perfección únicamente en la medida en que se trascienda y salga de sí misma” (Gómez de Pedro, 2014, p. 40), hacia otro u otros, que es con quienes puede alcanzar su realización personal. Es decir, la vida humana lograda solo puede serlo con otros y hacia otros, y es por eso que una libertad pensada de modo meramente individualista es una libertad trunca y sin sentido, que se vuelve egoístamente sobre el que la ejerce y lo priva de aquellas perfecciones, prácticamente de todas, que sólo son posibles en una apertura hacia otro y hacia la realidad como un todo.

Y con relación a la defensa rigurosa de la razón humana emprendida por Ratzinger, es interesante comenzar con un texto especialmente expresivo. Sostuvo este autor en la Conferencia de Subiaco:

El cristianismo, desde el principio, se ha comprendido a sí mismo como la religión del “logos”, como la religión según la razón. No ha encontrado sus precursores entre las otras religiones, sino en esa ilustración filosófica [griega] que ha limpiado el camino de las tradiciones [míticas] para salir en búsqueda de la verdad y el bien [...]. El cristianismo debe acordarse siempre que es la religión del

“logos” [...]. Esta debería ser precisamente hoy su fuerza filosófica, pues el problema actual estriba en saber si el mundo proviene de lo irracional [...], o si bien el mundo proviene de la razón y ésta es consiguientemente su criterio y su meta. La fe cristiana se inclina por esta segunda tesis. (Ratzinger, 2005c, párrs. 31-36)

Y este sentido profundo del necesario rescate de la razón por parte de la filosofía ha sido asumido por Ratzinger en diferentes dimensiones: la teológica, la filosófico-teorética y también la filosófico-práctica, elaborando un cuerpo de doctrina sapiencial de una especial solidez, un rigor excepcional y de consecuencias decisivas para la vida humana. Además, para el papa emérito,

la razón no se fortalece en un puro *razonar*, sino utilizándola para conocer la realidad, de tal manera de que demos testimonio de su valor y de su sentido. Y esta tarea puede cumplirla la razón cuando está ligada, arraigada en el vínculo profundo de la experiencia humana en su unidad e integridad. (Prades, 2008, p. 23)

Este vínculo de la filosofía con la experiencia tiene como consecuencia un pensamiento objetivista, realista y riguroso que supera los numerosos reduccionismos y quimeras ideológicas en las que ha caído gran parte del pensamiento contemporáneo. En este punto, Ratzinger critica especialmente al marxismo, al positivismo, al constructivismo kantiano y al existencialismo, que reducen la experiencia solo a la economía, las ciencias positivas, las ideas meramente construidas por la razón o a la pura autonomía humana, entendida como un absoluto totalmente carente de sentido y de verdad (Ratzinger, 2005b, pp. 200 ss.). Por eso, sostiene el papa emérito en un discurso a profesores universitarios, que la filosofía

supone el ensanchamiento de nuestra comprensión de la racionalidad. Una correcta comprensión de los desafíos planteados por la cultura contemporánea [...] debe adoptar un enfoque crítico de los intentos estrechos y fundamentalmente irracionales de limitar el alcance de la razón. El concepto de razón, en cambio, tiene que “ensancharse” para ser capaz de explorar y abarcar los aspectos de la realidad que van más allá de lo puramente empírico. (Ratzinger, 2007, párr. 8)

Y en otro texto presenta

una propuesta de investigación que, en mi opinión, puede suscitar interés con vistas a la reactivación de la filosofía y de su papel insustituible dentro del mundo académico y cultural. Esa propuesta [...] consiste en “ensanchar los horizontes de la racionalidad”. (Ratzinger, 2008, párr. 6)

Finalmente, con referencia a los desarrollos intelectuales realizados por Ratzinger acerca del fundamento y valor del gobierno del derecho, es posible remitir al discurso que pronunciara en el Parlamento británico en 2010, en el que sostiene –dirigiéndose a los parlamentarios– que

vuestra visión particular de los respectivos derechos y deberes del estado y de las personas, así como de la separación de poderes, siguen inspirando a muchos en todo el mundo [...]. En este proceso, Gran Bretaña se ha configurado como una democracia pluralista que valora enormemente la libertad de expresión, la libertad de afiliación política y el respeto por el papel de la ley, con un profundo sentido de los derechos y deberes y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. (Ratzinger, 2010, párrs. 1-3)

Y en su discurso ante el Bunderstag alemán concluyó:

Nosotros, los alemanes, sabemos por experiencia que estas palabras no son una mera quimera. Hemos experimentado cómo el poder se separó del derecho [...] de manera que el Estado se transformó en un instrumento para la destrucción del derecho; se transformó en una cuadrilla de bandidos muy bien organizada, que podía organizar al mundo entero y llevarlo hasta el borde del abismo. Servir al derecho y combatir el dominio de la injusticia es y sigue siendo el deber fundamental del político. (Ratzinger, 2011, párr. 2)

Hay que rescatar también, con respecto a la temática del *rule of law*, que Ratzinger evidencia y cuestiona contundentemente, en primer lugar, el ataque frontal y decisivo de los totalitarismos, tanto en sus versiones extremas –el comunismo y el nazismo– como en sus sucedáneos populistas menos radicales, a la idea de que el gobierno político ha de someterse al derecho. Los Gobiernos despóticos combaten la división de poderes, los derechos naturales (o derechos humanos) de las personas, la libertad de opinión y de prensa y la limitación de la autoridad por el derecho establecido. De ese modo, los Gobiernos de este tipo instrumentalizan a las personas y a las instituciones, convirtiéndolas en meras herramientas de la voluntad de nudo poder y de la corrupción sistemática de los gobernantes (Massini-Correas, 2021, pp. 322-328).

Es por ello que Ratzinger recalca y reitera que “es la verdad la que debe servir de cimiento a la praxis humana”, que “donde no hay derecho, incluso el amor pierde su ambiente vital” y, finalmente, que “la eliminación del derecho significa el desprecio del hombre”. Esto implica que el derecho, siempre que se mantenga en los márgenes de su significación focal, supone siempre una

barrera a la manipulación y la desdignificación humana. Se trata, entonces, de si se pretende salvar la humanidad en las personas, de atender las palabras del intelectual recientemente fallecido y de seguir sus recomendaciones, para que la razón abierta e integral sea el artífice privilegiado de una convivencia ordenada constitutivamente al bien humano, a través –aunque no solo– del derecho, tanto natural como positivo.²

De lo anterior puede concluirse que existe en la obra de Ratzinger una línea de pensamiento claramente filosófica, de carácter estrictamente racional, realista, humanista y de firme superación de los reduccionismos de toda índole. Sus ideas acerca de la libertad humana y su sentido, de una razón abierta a toda la realidad (y, por lo tanto, no reduccionista y no relativista) y del enorme valor ético del gobierno limitado por el derecho son una clara manifestación del extraordinario valor y relevancia de su especulación filosófico-racional. Estudiar su legado en toda su amplitud, actualizarlo, profundizarlo y difundirlo es una tarea ineludible para todos aquellos que aman la verdad, cultivan la razón abierta y procuran descubrir el camino seguro de la realización humana, tanto personal como comunitaria.

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza. Universidad Austral

carlos.massini@um.edu.ar

Bibliografía

- Gómez de Pedro, M. E. (2014). *Libertad en Ratzinger. Riesgo y tarea*. Encuentro.
- Gómez de Pedro, M. E. (2021). El pensador y filósofo Joseph Ratzinger: algunas influencias filosóficas. *Humanitas*, (101), 562-577.
- Herrera, D. (2013). El problema de la razón moderna y el estado de derecho según Joseph Ratzinger. *Prudentia Iuris*, (75), 25-46.
- Massini-Correas, C. I. (2021). Razón, política y derecho en el pensamiento filosófico-práctico de Joseph Ratzinger. *Persona y Derecho* (85), 313-344.
- Prades, J. (2008). Un testigo eficaz: Benedicto XVI. En Benedicto XVI, Glucksmann, A., Fa-

2 Véase, en este punto, Herrera (2013, pp. 25-46).

- rouq, W., Nusseibeh, S., Spaemann, E., Bueno, G., Juaristi, J., Prades, J. y Weiler, J., *Dios salve a la razón* (pp. 7-27). Encuentro.
- Ratzinger, J. (2005a). *Mi vida. Recuerdos 1927-1977*. Encuentro.
- Ratzinger, J. (2005b). *Iglesia, ecumenismo y política*. BAC.
- Ratzinger, J. (2005c). *La última conferencia de Ratzinger: Europa en la crisis de las culturas*. <https://es.zenit.org/2005/05/18/la-ultima-conferencia-de-ratzinger-europa-en-la-crisis-de-las-culturas/>.
- Ratzinger, J. (23 de junio de 2007). *Discurso del papa Benedicto XVI a los participantes en el Encuentro Europeo de Profesores Universitarios*. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2007/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20070623_european-univ.html.
- Ratzinger, J. (7 de junio de 2008). *Discurso del papa Benedicto XVI al Sexto Simposio Europeo de Profesores Universitarios*. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2008/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20080607_docenti-univ.html.
- Ratzinger, J. (17 de septiembre de 2010). *Encuentro con representantes de la sociedad británica. Discurso del santo padre Benedicto XVI*. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2010/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20100917_societa-civile.html.
- Ratzinger, J. (22 de septiembre de 2011). *Visita al Parlamento Federal. Discurso del santo padre Benedicto XVI*. https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2010/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20100917_societa-civile.html.

SOBRE LOS AUTORES

Leandro A. Ardoy

Abogado (Universidad Nacional del Litoral), especialista en Derecho Penal de la misma Universidad y máster en Razonamiento Probatorio (Universidad de Girona, España). Fue presidente de la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Es Auxiliar fiscal del Ministerio Público Fiscal de la Nación en Paraná (Entre Ríos) y docente de Derecho Procesal Constitucional y de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

Correo electrónico: ardoyleandro@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4024-3328>

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

Sofía Calderone

Abogada, graduada con diploma de honor (UCA). Diplomada en Derechos Humanos (Universidad Austral). Alumna del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA). Adjunta a la Cátedra de Derechos Humanos (UCA) y asistente en la Cátedra de Formación del Pensamiento Jurídico Político (UCA). Ayudante de segunda de Teoría General del Derecho (UBA). Prosecretaria del Centro de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, UCA). Presidente de la Comisión de Seguimiento de Jurisprudencia del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

Correo electrónico: soficalderone@uca.edu.ar

Ezequiel Caride

Abogado (UCA), especialista en Derecho de Familia (UCA) y en Derecho Administrativo (UNR). Egresado en el Área de Derecho Privado -Plan 2019- (Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires). Doctorando (UCA) y profesor de posgrado e investigador (UCA).

Correo electrónico: ezequielcaride@uca.edu.ar

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7935-3965>

Roberto Cruz Palmera

Bachiller del Colegio Anglo Colombia School de Barranquilla (Colombia). En el año 2018 defendió su tesis doctoral, por la que recibió la calificación de Sobresaliente Cum Laude en la Universidad de Navarra. También ha recibido la beca PIE de la Universidad de Navarra y la beca ERASMUS. En su trayectoria en investigación, se destaca la autoría de cuarenta publicaciones, entre artículos científicos, capítulos de libro, comentarios a jurisprudencia, un libro y manuales de derecho penal (Parte General y Parte Especial). Actualmente trabaja como profesor de Derecho Penal y director general del grado en Derecho en la Universidad Isabel I de Castilla, Burgos. Además, colabora como columnista en el diario de difusión jurídica más importante de Colombia: *Ámbito Jurídico*.

Correo electrónico: rcruz@uva.es

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4236-1261>

Manuel José García-Mansilla

Abogado (Universidad del Salvador). Master of Laws (LL.M.) en Georgetown University Law Center. Profesor de grado y posgrado (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, del Instituto “Segundo V. Linares Quintana” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y miembro individual de la International Association of Constitutional Law. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Correo electrónico: MGarciaMansilla@austral.edu.ar

Pasquale Gianniti

Es magistrado desde 1990. Ha sido juez del Tribunal Civil y Penal de diversas ciudades de Italia. Desde 2015 es Consigliere de la Corte Suprema di Cassazione, con sede en Roma. Es autor de diversas monografías y trabajos relacionados con su especialidad, además de director de obras colectivas. Correo electrónico: pasquale.gianniti@gmail.com

Juan Pablo Gómez Moreno

Filósofo y abogado (Universidad de los Andes) con especialización en Derecho de los Negocios Internacionales. Latin American International Arbitration Course del Center for International Dispute Settlement. Posee una maestría en Derecho Privado (Universidad de los Andes) y una especialización en Construction Management (Columbia University). Es editor regional para América Latina del grupo de investigación en derecho internacional privado (American Society of International Law), profesor de un seminario preparatorio sobre derecho internacional económico (Kenyatta University School of Law), profesor de cátedra de Introducción al Derecho y Derecho de Propiedad (Universidad El Bosque), profesor de cátedra de la Maestría en Derecho Internacional y de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Económico (Universidad de los Andes), además de profesor asistente de veinte clases de pregrado en Derecho y asistente de investigación (Universidad de los Andes). Es autor de artículos en revistas nacionales e internacionales sobre temas de su especialidad. Actualmente se desempeña en Merizalde Abogados SAS como asociado y asistente de tribunal en casos de arbitraje internacional comercial y de inversión.

Correo electrónico: jpgomez@adellmerizalde.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8224-3852>

Jerónimo Lau Alberdi

Abogado (Universidad Austral), LL.M. (Law Center, Georgetown University) y LL.M. en Derecho Constitucional (Universidad Austral). S.J.D. Candidate (School of Law, University of Virginia). Profesor de Derecho Constitucional (Universidad Austral). Correo electrónico: JLauAlberdi@austral.edu.ar

Carlos I. Massini-Correas

Abogado, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y doctor en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza (Argentina), donde dirige el Instituto de Filosofía Práctica. En el nivel de posgrado, es profesor de los doctorados de la Universidad Austral de Buenos Aires, de la Universidad Panamericana de México y de la Universidad de Los Andes de Santiago de Chile. Se desempeñó como investigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET), como director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y como secretario académico de la Universidad de Mendoza. Tiene publicados 30 libros y más de 200 artículos en América y en Europa sobre temas de filosofía del derecho, filosofía política, ética y bioética. Entre los últimos libros publicados cabe destacar: *Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético* (Rialp, 2019); *Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico de John Finnis* (Marcial Pons, 2019) y *Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida*

(UNAM, 2020). Ha sido Visiting Scholar en las universidades de Münster, París, Navarra, La Coruña, Notre Dame-Indiana, Panamericana de México, De los Andes de Santiago de Chile, entre otras. Correo electrónico: carlos.massini@um.edu.ar

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: luliobligado@hotmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8924-9173>

Mariano Palacios

Abogado (UCA). 41st. Annual Academy of American and International Law (The Center for American and International Law, formerly The Southwestern Legal Foundation). Especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA) y en Derecho Constitucional (UBA). Profesor en ECAE-PTN, en la Facultad de Derecho de la UCA y de la UBA, en la Universidad Nacional de La Matanza, en CEARE, en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA y en la Universidad Austral. Secretario de redacción en la *Revista de Derecho Administrativo* (Abeledo Perrot, Buenos Aires). Director ejecutivo de la *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* (Ábaco, Buenos Aires). Director adjunto del Centro Internacional de Estudios, Investigación y Prospectiva Parlamentarios (CIDEIPP) de la Escuela de Gobierno de la Universidad Austral.

Correo electrónico: mpalacios-ext@austral.edu.ar

Mariela Gladys Puga

Fue coordinadora de la Dirección Nacional de Acceso a la Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2016-2020), directora ejecutiva del Fondo de Mujeres del Sur (2010-2016) y coordinadora legal del Centro de Derechos Humanos y Ambiente (2002-2004). Actuó como asesora del Gobierno de la Provincia de Formosa, del Gobierno de CABA, de la Cámara de Diputados de la Nación y de la Municipalidad de Córdoba. Es investigadora adjunta del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica (CONICET) y profesora titular de la cátedra de Derecho Constitucional en la Escuela de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de Entre Ríos. También es consultora internacional para el Public Interest Law Initiative, la Ford Foundation y OCDE. Actualmente, es docente de posgrado en la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, la Universidad Autónoma de Barcelona y docente visitante de la Universidad Federal Do Paraná (Curitiba).

Correo electrónico: mariela.puga@unc.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4898-3889>

María Alejandra Svetaz

Abogada con especial dedicación en Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa. Asesora y redactora legislativa en el Congreso nacional desde 1984 (Universidad Nacional de Rosario). Docente universitaria en Derecho Constitucional y Parlamentario y profesora en la Diplomatura Derecho Parlamentario (Universidad Austral). Capacitadora en temas parlamentarios y técnica legislativa en legislaturas provinciales y concejos deliberantes. Coautora de dos manuales de práctica parlamentaria, dos textos sobre técnica legislativa y reglas de técnica legislativa y autora de distintos trabajos sobre asesoramiento parlamentario, calidad de la deliberación, listados de verificación y nuevas tecnologías aplicadas a la redacción legislativa. Redactora de manuales de funcionamiento de comisiones legislativas. Doctoranda en la Universidad Nacional de Rosario. Consultora internacional en temas de gestión y capacitación parlamentaria.

Correo electrónico: alejandrasvetaz@yahoo.com.ar

NORMAS EDITORIALES

Temática y alcance

La Revista Jurídica Austral es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que tiene por fin primordial difundir investigaciones científicas originales e inéditas de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, con el propósito de realizar aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho válidos y útiles para sus lectores.

Sus destinatarios son, fundamentalmente, académicos, investigadores, profesores, alumnos universitarios, miembros de los tres poderes del Estado (en cualquiera de sus niveles), centros de investigación, organismos públicos y privados y operadores del derecho en general.

Selección de artículos

Los trabajos serán recibidos y examinados por el Consejo Editorial, que corroborará su pertinencia en relación a la temática y alcance de la RJA, analizando, además, la originalidad, importancia, calidad académica e interés científico. El Consejo Editorial decidirá la aceptación o rechazo de los artículos recibidos, comunicando su decisión a los remitentes. El rechazo podrá ser sometido a reconsideración del mismo órgano dentro del plazo de diez días de comunicado al autor.

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 currículum que no exceda las diez líneas, dirección de correo electrónico y perfil ORCID.

Los trabajos se recibirán por medio del sistema Open Journal System, al cual se accede a través de este portal. El envío debe contener todos los requisitos que solicita el sistema.

Para asegurar la integridad de las evaluaciones anónimas por pares de los envíos, se hará todo lo posible para impedir que los autores conozcan la identidad de los revisores y viceversa. Para ello, se deben comprobar que se han seguido los siguientes pasos relacionados con el texto y con las propiedades del archivo:

* Los autores del documento han borrado sus nombres del texto y han evitado autorreferenciarse.

* En el caso de los documentos de Microsoft Office, también deberá quitarse la identificación del autor de las propiedades del archivo haciendo clic en las opciones que se indican a continuación. Empezar con Archivo en el menú principal de la aplicación de Microsoft: Archivo > Guardar como > Herramientas (u Opciones en Mac) > Seguridad > Eliminar información personal de las propiedades del archivo al guardar > Guardar.

Artículos

Se publicarán artículos de investigación originales e inéditos, de todas las ramas del derecho, nacional y comparado, los cuales deben ofrecer aportes significativos al desarrollo de las distintas disciplinas jurídicas, proporcionando criterios de análisis e interpretación del derecho que resulten válidos y útiles para los lectores. Deberán incluir un resumen de entre 200 y 300 palabras y de 4 a 8 palabras clave, todo tanto en español como en inglés.

Extensión: de 20 a 40 páginas (entre 9000 y 18000 palabras en total 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 palabras en total aproximadamente).

Resensiones

Se publicarán resensiones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este.

Extensión: hasta 4 páginas (1800 palabras 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 Buergenthal (1985), “parecen prestarse más fácilmente que los casos contenciosos a la articulación de principios legales generales” (p. 18).

Si tiene 40 palabras o más, se coloca en párrafo aparte con una sangría de 1,5, sin comillas ni cursiva:

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

Si una cita textual extraída de un trabajo publicado en formato digital no tiene identificado el número de página, se debe identificar el número de párrafo:

Nótese que un gobierno podría –en una ley procesal, que puede sancionar por mayoría simple– agrupar todos los jueces que le molestan y asignarlos a una sala a la que le atribuya competencia marginal, y dejar jueces más favorables en una sala temática a la que le asigne centralidad y mayor chance de intervención. (Arballo, 2014, párr. 9)

Las citas textuales en idioma extranjero se ponen entre comillas y sin cursiva.

Se recomienda a los autores evitar la autorreferencialidad, es decir, citarse a sí mismo en el cuerpo del texto.

Bibliografía

Se ordena en orden alfabético de autores y en orden cronológico cuando se citen varios trabajos del mismo autor. Si hubiera trabajos del mismo autor con la misma fecha, se identificarán agregando una letra minúscula, por ejemplo: 2006a, 2006b.

Se recomienda seguir el siguiente estilo:

* Libro impreso

Apellido, N. (año). *Título del trabajo*. Editorial.

* Libro en línea

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://doi.org>.

Apellido, N. y Apellido, N. (año). *Título del libro*. Editorial. <https://www.url.com>.

* Libro con editor, coordinador, director

Apellido, N. (Ed.) (año). *Título del libro*. Editorial.

Apellido, N. y Apellido, N. (Coords.) (año). *Título del libro*. Editorial.

* Capítulo de libro

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

Apellido, N. (año). Título del capítulo o entrada. En Apellido, N. (Ed.), *Título del libro* (xx ed., Vol. xx, pp. inicio-fin del capítulo). Editorial.

* Artículo en revista

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), número de las páginas xx-xx.

Apellido, N. (año). Título del artículo. *Nombre de la revista*, volumen(número), número de las páginas xx-xx. <https://doi.org>.

Normas editoriales

- 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 ratificadorias de tratados internacionales
- * Constituciones
- * Códigos
- * Leyes
- * Decretos
- * Resoluciones
- * Disposiciones

Estilo a seguir:

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución de la Nación Argentina, artículo 75, inciso 2 (o 75.2.).

Leyes

Ley 11723.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933.

Ley 11723 de Propiedad Intelectual, BO 30/09/1933, artículo 5.

Decretos

Decreto 245/2002.

Decreto 245/2002, BO 28/11/2002, artículo 5.

Resoluciones

Resolución 2030/2015.

Resolución 2030/2015, BO 12/06/2015, artículo 1.

Disposiciones

Disposición 306/2015.

Disposición 306/2015, BO 28/05/2015.

Jurisprudencia

* Corte Suprema (nacional, federal, provincial, internacional)

* Tribunales internacionales

* Tribunales del sistema interamericano

Estilo a seguir:

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fernández Arias c/Poggio*, 19/09/1960, Fallos 247:646.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, *Vasena Marengo, José Francisco y otra c/Rodríguez, Jorge Mario y otra*, 28/09/2004.

Cámara Federal de Casación Penal: *Di Plácido, Jorge Alberto*, 22/05/2014, [FBB/7963/2013/CFC1, Registro 864/14].

Suprema Corte de los Estados Unidos, *Wood v. Milyard*, 566 U.S. 463 (2012).

Suprema Corte de Carolina del Norte, *Bayard v. Singleton*, 1 N.C. 5 (1787).

Sentencia del Tribunal Constitucional, 83/2016, 28 de abril. [España].

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C, Nº 154.

Fallos: 329:2316.



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

DERECHO
