



ISSN 2684-057X

Revista Jurídica Austral

Publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral

Volumen 4. Número 2. Diciembre 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 2. Diciembre 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)

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

Por cuarto año consecutivo, les presentamos a nuestros queridos lectores una nueva edición semestral de la Revista Jurídica Austral (Volumen 4, Número 2, diciembre de 2023).

En esta ocasión, les agradecemos una vez más a quienes nos confían sus manuscritos y a todos aquellos que de alguna manera participan interna o externamente en cualquiera de las etapas del proceso editorial (autores, revisores externos, equipo técnico, entre otros actores indispensables de este complejo y riquísimo entramado de profesionales).

A lo largo de las tres secciones que conforman la estructura tradicional de la Revista, nos honran en este número las valiosas contribuciones de los profesores C. Ignacio de Casas, Alan Vargas Lima, Carlos I. Massini-Correas, Ignacio Arizu, Leonardo Augusto Schoenfeld, Agustín Ulivarri Rodi, Ignacio de la Riva, Iván Fernando Romero Verdún, Ada Inés Sánchez Echevarría, María Eugenia Goya, Mariano Gagliardo y Jeremías Brusau.

Asimismo, y con motivo de haberse cumplido durante el año 2023 cuatro grandes aniversarios del derecho constitucional argentino, le hemos dedicado a estos importantísimos eventos una sección especial, en la que se destacan: el discurso de uno de los aquí presentantes, pronunciado ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires con motivo de haberse cumplido 150 años de la sanción de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; la exposición del Dr. Manuel José García-Mansilla en el Encuentro Anual de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, en ocasión de recordarse los 170 años de la Constitución de la Nación Argentina y los 200 años del nacimiento de su principal redactor, el Dr. José Benjamín Gorostiaga; y una investigación rigurosa y amena de la profesora María Verónica Nolzco sobre la vida y obra del ilustre constitucionalista argentino Joaquín V. González, al cumplirse el centésimo aniversario de su fallecimiento.

Esperamos que disfruten de la lectura de esta nueva edición, aprovechando para desearles, ante las fechas que se aproximan, una muy feliz Navidad y un próspero Año Nuevo.

Buenos Aires, diciembre de 2023

Académico Dr. Alfonso Santiago
Director

Mg. Andrés Arla
Director ejecutivo

ÍNDICE

Artículos de investigación

- 423 Análisis del uso del sintagma “estándares internacionales de derechos humanos”
C. Ignacio de Casas
- 491 Evolución histórica de la interpretación de la Constitución en Bolivia. Contexto de las leyes interpretativas sancionadas durante el siglo XX hasta la alborada del siglo XXI
Alan Vargas Lima
- 533 La tradición tomista del derecho natural en algunas de sus versiones contemporáneas
Carlos I. Massini-Correas
- 555 El problema del poder indeterminado.
Un análisis interno de las “facultades inherentes” del Poder Ejecutivo Nacional
Ignacio Arizu
- 575 Imputación vs. causalidad. Sobre los tópicos fundantes de la responsabilidad penal
Leonardo Augusto Schonfeld
- 615 La cláusula de la diversidad cultural en el Código Procesal Penal Federal
Agustín Ulivarri Rodi
- 651 ¿Es concebible un derecho de superficie administrativo?
A la luz de las facultades provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para regular los usos de los bienes públicos
Ignacio de la Riva
- 679 Un examen crítico de la posición a favor del reconocimiento judicial de estabilidad propia al personal estatal contratado
Iván Fernando Romero Verdún
- 719 La Comisión de Límites de la Plataforma Continental y la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. El caso argentino
Ada Inés Sánchez Echevarría - M. Eugenia Goya

Análisis, crónicas y comentarios

- 771 Acerca de la contratación
Mariano Gagliardo

Aniversarios del derecho constitucional argentino

- 789 A 150 años de la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873
Alfonso Santiago
- 803 Encuentro anual de graduados. Discurso pronunciado en el marco del encuentro anual de graduados, llevado a cabo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el 29 de agosto de 20233
Manuel José García-Mansilla

- 811 A 100 años del fallecimiento de Joaquín Víctor González. Perfil biográfico y aportes al derecho constitucional
María Verónica Nolazco

Resenciones

- 839 *Agreeing to Disagree. How the Establishment Clause protects Religious Diversity and Freedom of Conscience*
de Nathan S. Chapman y Michael W. McConnell
Jeremías Brusau
- 849 *Personalidad y poder. Forjadores y destructores de la Europa moderna*
de Ian Kershaw
Carlos I. Massini-Correas

Sobre los autores

853

Normas editoriales

859

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

ANÁLISIS DEL USO DEL SINTAGMA “ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS”

C. Ignacio de Casas

Universidad Austral
idecasas@austral.edu.ar

Recibido: 24/07/2023

Aceptado: 18/10/2023

Resumen

En este artículo se describe el fenómeno del uso del sintagma “estándares internacionales de derechos humanos” por parte de la doctrina, la jurisprudencia y otros organismos públicos y privados. Hay un especial desarrollo de este fenómeno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se llega a la conclusión de que quienes utilizan la expresión analizada suelen considerar que dichos estándares no se refieren únicamente a la expresión jurídica positiva de los derechos humanos en tratados, costumbre o principios generales de derecho. Yendo más allá, a tal expresión le dan un uso que incluye también los instrumentos cuya contenido jurídico-normativo o vinculatoriedad es dudosa o, cuando menos, de obligatoriedad no expresamente declarada ni reconocida por ninguna norma internacional. En la práctica, a los estándares internacionales de derechos humanos se les suele asignar un valor jurídico de fuente de derecho internacional.

Palabras clave: estándares internacionales de derechos humanos, estándares interamericanos de derechos humanos, fuentes de derecho internacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

An analysis of the Use of the Term “International Human Rights Standards”

Abstract

This article describes the phenomenon of the use of the term “international human rights standards” by academics, courts and other public and private bodies. There is a particular development of this phenomenon in the Inter-American Human Rights System. It is concluded that those who use the expression analysed tend to consider that these standards do not only

refer to the positive legal expression of human rights in treaties, custom or general principles of law. Going further, they also use the term to include instruments whose legal content or binding force is doubtful or, at the very least, whose binding force is not expressly declared or recognized by any international norm. In practice, international human rights standards are often assigned the legal value of a source of international law.

Key words: International human rights standards, Inter-American human rights standards, sources of international law, Inter-American Human Rights System, Inter-American Commission on Human Rights, Inter-American Court of Human Rights.

1. El fenómeno

En el año 2018, el Congreso de la Nación Argentina debatió por primera vez la legalización del aborto en sus recintos. La ley no se aprobaría sino hasta dos años después, pero ya aquel año se dio una amplia discusión en el seno del Congreso. A lo largo de tres meses, en más de 200 horas de debates, hubo un total de 881 exposiciones a favor y en contra de la legalización del aborto que presentaron conocimientos y opiniones en los plenarios de comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado (Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina [REDAAS], 2019, pp. 1-3). También se debatió en los recintos de ambas Cámaras, puesto que el proyecto de ley de 2018 llegó a tener media sanción, aprobado en Diputados y rechazado por el Senado.

Algo que llamó la atención de las exposiciones y debates fue el uso del derecho internacional como argumento a favor de la propia posición por parte de ambas posturas (Wechselblatt, 2020, p. 147). Unas citaban el texto de los tratados internacionales que expresamente contienen normas de protección del derecho a la vida, argumentando que ese derecho protege a la persona por nacer y lo hace desde la concepción. Otras sostenían que esas normas u otros instrumentos o pronunciamientos internacionales establecen o bien que la vida no está protegida sino desde el nacimiento (o desde antes, pero de una manera incremental) o bien que existe un derecho al aborto a pesar de no existir normas convencionales o consuetudinarias que lo contengan clara y expresamente.

Una expresión en particular fue muy repetida: aquella que se refiere a los “estándares internacionales de derechos humanos”.¹ Como he tenido ocasión

1 Pude contarla al menos 34 veces, en boca de distintos actores, en 16 sesiones distintas. Estos datos surgen de una búsqueda realizada entre todas las versiones taquigráficas de las casi 30 sesiones de plenarios de comisiones de la Cámara de Diputados y del Senado correspondientes al trámite legislativo del proyecto de Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo (2018). Las expresiones “estándares”, “estándares internacionales” o “estándares internacionales de derechos humanos” fueron dichas por

de comprobar (e intentaré demostrar en este artículo), esa expresión es utilizada asiduamente –y me atrevería a decir que cada vez con más frecuencia– tanto por operadores jurídicos y políticos nacionales como por los de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. No obstante, no resulta claro qué quieren decir cuando usan ese sintagma. No solo no existe una conceptualización clara y pacífica de estándares (internacionales) de derechos humanos, sino que pareciera que pocos se han preguntado realmente qué son (Molina Vergara, 2018, p. 237).

En este artículo procuro describir el fenómeno del uso de esa expresión por parte de la doctrina, la jurisprudencia y otros documentos o informes de origen público y privado. Este uso lo he notado sobre todo en castellano, aunque también lo he visto en algunos ejemplos en inglés y francés. El estudio, sin embargo, se refiere a su uso en el primer idioma.

La hipótesis con la que trabajo es que quienes utilizan el sintagma “estándares internacionales de derechos humanos” (en adelante, EIDH) o sus equivalentes suelen considerar que dichos estándares no se refieren únicamente a la expresión jurídica positiva de los derechos humanos en tratados, costumbre o principios generales de derecho. Por el contrario, a tal expresión le dan un uso que incluye también los instrumentos no vinculantes cuyo contenido jurídico-normativo es dudoso o, cuando menos, de obligatoriedad no expresamente declarada ni reconocida por ninguna norma internacional: v.gr., declaraciones, pactos (*compacts*), jurisprudencia de tribunales y decisiones y recomendaciones de organismos internacionales, resoluciones e informes de organizaciones internacionales, colecciones de buenas prácticas, códigos de conducta, etcétera.

Además del *contenido* que le dan a los estándares (si solo se refieren a normas convencionales, consuetudinarias y principios o si incluyen ahí también otras normas en sentido amplio), hay que analizar qué *valor jurídico* le reconocen. Esto es, si consideran que esos EIDH son fuente de derecho o no. O sea, contenido y valor son dos cosas distintas, aunque están relacionadas. Esto no es indiferente, pues atribuirles el carácter de fuente a EIDH que contienen muchas cosas es sumamente problemático, aunque queda para otro trabajo desarrollar y profundizar en esos problemas, que aquí solo me limitaré a enumerar.

expositores de ambas posturas en las sesiones del plenario de comisiones de Legislación General; Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia; Acción Social y Salud Pública; y Legislación Penal, de la H. Cámara de Diputados de la Nación, correspondientes a los días 12, 19, 24, 26 (mañana y tarde) de abril y 3, 8, 15 (mañana y tarde), 17 (mañana y tarde), 22 y 24 de mayo de 2018. Las mismas o similares expresiones fueron vertidas en tres de las reuniones plenarias de las Comisiones de Salud; de Justicia y Asuntos Penales; y de Asuntos Constitucionales, del Senado, los días 11, 17 y 18 de julio de 2018.

En efecto, la inexistencia de una noción precisa de EIDH o la falta de claridad sobre su definición genera diversas dificultades, derivadas –en parte– de la polisemia del sintagma y de las dificultades de traducción. Pero también la combinación de los descriptos *contenido amplio* y *valor de fuente* que, en muchos casos, pretende reconocérsele dan como resultado otra serie de problemas. Por un lado, que se los utiliza como fuente por ignorancia o de manera confusa con la intencionalidad ideológica de otorgarles ese valor. El resultado de lo anterior suele ser la creación de nuevas obligaciones y hasta de nuevos derechos, mediante una extralimitación en las competencias de quienes desarrollan estándares, pero carecen de facultades para crear derecho. Esto genera debilitamiento de los derechos, por inflación o por resistencia de los Gobiernos que perciben que se los recarga (algo que se ha denominado *backlash*), y dificultades para distinguir lo universal de lo relativo, lo que provoca, a su vez, problemas de implementación de los derechos. Todo ello, teñido además de un déficit de legitimidad democrática, tanto de quienes crean derecho como del derecho así creado.

2. Cuadro de análisis del uso del sintagma *EIDH*

Paso entonces a analizar dónde y cómo se usa el sintagma *EIDH*. El método de relevamiento de los materiales utilizados ha consistido fundamentalmente en búsquedas de los términos “estándares internacionales de derechos humanos” a través del buscador Google Académico y de las bases de datos digitales disponibles en HeinOnline.² En Google Académico, establecí además una alerta para que me informara periódicamente de nuevas publicaciones que contengan los mismos términos. Casi todas las semanas me fueron llegando nuevos resultados. A lo largo de un año, fui analizando y recopilando los que me parecían relevantes. En el Anexo 1 de este artículo se recogen esos usos, en un cuadro que sirve para clasificarlos. En él señalo los siguientes datos:

2 Quizás sean necesarias algunas palabras más para justificar la elección de estas bases de datos. En el caso de Google Académico o Google Scholar, la razón es que se trata de una base de datos gratuita que recoge bastante bien el material en castellano producido en Latinoamérica, con una academia muy propensa a publicar en plataformas de acceso abierto (y, en su mayoría, revistas o publicaciones no indexadas). Para materiales en otros idiomas, complementé con las bases de HeinOnline. En mi criterio, con esas dos grandes fuentes se tiene acceso a un campo suficientemente amplio para el propósito de esta investigación, que si bien fue muy amplia, tampoco requería ser exhaustiva.

Tipo de documento	Autor o emisor	Nombre del documento	Cita textual del lugar donde se usa la expresión <i>EIDH</i>	Contenido (o definición de <i>EIDH</i> según el uso que se le da)	Valor (fuente o no fuente)
-------------------	----------------	----------------------	--	---	----------------------------

Por cada documento en el que se usa la expresión *EIDH*, indico, en primer lugar, el *tipo de documento*: si es una sentencia, un informe de un organismo internacional o de una ONG, etc. Si se trata de un artículo o libro, se indica simplemente “Doctrina”. Siguen el nombre del órgano que lo emite o la persona que es su *autora* y, a continuación, el *nombre de ese documento*: título del libro, artículo, informe, denominación de la sentencia, etc. En cuarto lugar, va la *cita textual*. En este campo, que suele ser el más amplio, se transcriben el o los párrafos donde está contenida la expresión *EIDH* o equivalente. De esta manera, se brinda un contexto que permite comprender el uso que se le da a la expresión. De ahí surge la información que se recogerá en las dos columnas siguientes, aunque en la mayoría de los casos esas conclusiones se obtienen de un contexto más amplio que, por razones de espacio, no se consignan. Esos dos campos son los que se refieren al *contenido* y al *valor* de los *EIDH*, según sean utilizados o entendidos por los autores o emisores de los documentos analizados. Bajo los campos de contenido y valor, doy, en el primer caso, una posible definición –o al menos una descripción– de qué son los *EIDH* para ese documento. En el segundo caso, bajo el título “Valor”, indico si en ese contexto los *EIDH* son usados como fuente (F) o no (NF) de derecho internacional.

En los siguientes epígrafes pasaré a describir, de entre los casos analizados, los que me parecieron más emblemáticos para esta investigación. Le recomiendo al lector ir repasando el Anexo 1 a medida que se lee. Para los casos no descriptos aquí en particular, queda también el resto de la información de dicho anexo. Se aclara que el orden en el que se presentan los casos (primero la doctrina, luego los pronunciamientos de ONG, la jurisprudencia, etc.) no es un juicio sobre el valor más o menos normativo que se le atribuye a cada uno.

3. Usos en la doctrina y en la jurisprudencia

3.1 Doctrina

Comienzo la tarea señalada analizando un artículo de doctrina que, en palabras de su autora,

tiene como objetivo evaluar si las consultas en actividades de hidrocarburos se realizaron de acuerdo a los *estándares internacionales de derechos humanos*, si los

pueblos indígenas consultados pudieron discutir y decidir en una forma informada y libre sobre una medida que afectará sus derechos alrededor de 30 años. (Alva-Arévalo, 2020, p. 160)³

El artículo cuenta con toda una sección donde desarrolla cuáles serían las fuentes de esos estándares: allí se mencionan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, dictámenes en casos contenciosos, informes periódicos y comentarios generales de órganos de tratados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sentencias e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y hasta la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En otra parte, el mismo artículo concluye que “[d]e acuerdo a los estándares de derechos humanos, el Estado peruano es el único actor obligado a consultar” (Alva-Arévalo, 2020, p. 160), citando para ello a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

Según esta autora, los EIDH serían un conjunto de parámetros o requisitos aplicables a la actividad estatal que surgen de tratados, declaraciones e interpretaciones de órganos de aplicación de lo más diversos, sin hacer distinción entre esos parámetros. Según este uso, los EIDH serían una fuente de derecho internacional, pues el Estado debería seguir esos requisitos.

En la misma línea, la publicación titulada *Paraguay y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* señala lo siguiente:

E[ste] informe analiza el cumplimiento y aplicación de los DESC utilizando los criterios y estándares establecidos por los instrumentos vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, desde el PIDESC y las Observaciones Finales de su Comité de competencia (especialmente sus recomendaciones) presentadas al Paraguay, hasta las Observaciones Generales establecidas por el propio Comité DESC. Por medio de estas Observaciones Generales, el Comité establece cómo deben interpretarse estos derechos, *configurando el estándar internacional en la materia*. Paraguay, como Estado parte del PIDESC, se ha comprometido a implementar las mismas. (Torales et al., 2019, p. 9)⁴

Sus autores entienden a los EIDH como obligaciones para los Estados, fija-

3 Énfasis añadido.

4 Énfasis añadido.

das en las convenciones y en la interpretación que de ellas hacen los Comités por medio de observaciones generales y finales. También aquí usan los EIDH como fuente.

Veamos otro ejemplo, con alguna profusión de citas. Se trata de un pequeño libro editado en México llamado justamente *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*:

Para el desarrollo del contenido de este módulo (...) se tratará de ir dando respuesta a preguntas relacionadas con el DIDH, que finalmente ayudarán a la/el lector a conocer, de manera general, *cuáles son las normas e instrumentos internacionales que conforman los estándares de derechos humanos* y a partir de los cuales se puede integrar el contenido y obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. (...)

Si bien es cierto que los tratados son la fuente principal de obligaciones de los Estados, existen otras normas que complementan su contenido y que conforman el llamado *corpus iuris* internacional de los derechos humanos. En relación con este concepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que el DIDH “está conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”. Los diferentes instrumentos internacionales que conforman el *corpus iuris*, con sus naturalezas jurídicas diferentes, sirven para comprender mejor el contenido de los derechos y las obligaciones que los Estados tienen frente a los derechos humanos. (...)

Es importante destacar que esta concepción de las fuentes del derecho internacional general, traída al DIDH, no debe concebirse como una suerte de camisa de fuerza que restrinja [sic] la relevancia de los diferentes instrumentos internacionales que constituyen el *corpus iuris* de los derechos humanos, como lo ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De manera que, para la configuración del contenido del DIDH se deben considerar complementariamente las fuentes del derecho internacional público y el estándar de *corpus iuris* internacional de los derechos humanos. (...)

Las declaraciones, principios, directrices y códigos de conducta no tienen los efectos jurídicos que tienen los tratados; sin embargo, como ya se ha referido, son parte del *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (Color Vargas, 2013, pp. 14-21)⁵

En estas citas se puede apreciar que la autora concibe los EIDH como un conjunto de normas e instrumentos internacionales de derechos humanos. Aunque reconoce la distinta naturaleza de unas y otros, termina agrupando

5 Énfasis añadidos.

todo en un *corpus iuris* algo indiferenciado, lo que llega a tener por efecto que, en la práctica, le otorga el carácter de fuente a todo el conjunto, en la medida en que luego ese corpus indiferenciado será el que se utilice como fuente.

Agrego un ejemplo más de uso del sintagma, pero esta vez uno en el cual sus autores no parecen otorgarle valor de fuente, sino una utilidad auxiliar, como de colaboración. Llego a esta conclusión porque el texto distingue los compromisos del Estado de las recomendaciones de los órganos de tratados, que funcionarían como apoyo y complemento de los primeros:

El Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH) aporta un marco conceptual y metodológico *fundamentado normativamente en estándares internacionales de Derechos Humanos* y operativamente dirigido a promover, proteger y hacer efectivos los derechos humanos. (...)

El enfoque contribuye a que el proceso de formulación de políticas sea más transparente, y da a la población y las comunidades capacidad de acción para que los que tienen el deber de actuar rindan cuentas al respecto, asegurando que existan vías de reparación efectivas en caso de violación de derechos. Un enfoque del desarrollo basado en derechos legitima las demandas de lucha contra la pobreza. Para ello apoya la vigilancia de los compromisos del Estado con la ayuda de *las recomendaciones de los Órganos creados en virtud de los Tratados de Derechos Humanos, de los Procedimientos Especiales (Relatores, Expertos Independientes, Grupos de Trabajo...)* y mediante evaluaciones públicas e independientes de la actuación del Estado. (Acebal Monfort et al., 2011, pp. 25 y 27)⁶

Puede verse que a los EIDH se les da ciertamente un contenido amplio, pues incluyen como parte de ellos a las recomendaciones de los órganos de tratados y de los procedimientos especiales de Naciones Unidas. Pero no se los toma como fuente de obligaciones: no los hacen equivalentes a los compromisos del Estado.

Continuamos con un capítulo en una obra colectiva que expresa que “tiene como propósito mostrar los *estándares* en materia de interrupción del embarazo que se han desarrollado *en el derecho internacional de los derechos humanos*, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, asumiendo éstos como derechos humanos” (Gauché Marchetti, 2016, p. 46).⁷

Para su autora, estándares son tanto lo que dicen las normas e instrumentos internacionales que obligan al Estado como la interpretación que a tales nor-

6 Énfasis añadido.

7 Énfasis añadido.

mas e instrumentos han dado los distintos órganos llamados a vigilar su cumplimiento (Gauché Marchetti, 2016, p. 47). Esta interpretación puede avanzar más allá de lo dicho por las normas o instrumentos y hacerlo, incluso, cuando el caso concreto no se refiera a los derechos sobre los que se fijan esos estándares. Como cuando se refiere al caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, de 2012, de la Corte IDH:

Si bien no es el único pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano en materia de derechos sexuales y reproductivos, sí reviste la mayor importancia por la reconceptualización notable que se hace de la vida privada, la libertad personal, la no discriminación y otros derechos en relación con la salud sexual y reproductiva y por la interpretación que atribuye al artículo 4.1 de la Convención Americana, afirmando la protección gradual e incremental para el no nacido, al que no se considera persona, cuestión de la mayor centralidad cuando se habla de interrupción del embarazo. De esta manera, no siendo estrictamente un caso vinculado a la interrupción del embarazo –si no más bien a otras facetas de los derechos reproductivos–, *marca el estándar americano vigente* en el tema. (Gauché Marchetti, 2016, p. 61)⁸

Según el trabajo reseñado, los órganos de interpretación pueden usar, al fijar esos estándares, instrumentos tales como sentencias de otros tribunales, acuerdos no vigentes para las partes y *soft law*:

la Corte viene usando una enorme cantidad de instrumentos en el contexto de sus reglas de interpretación, tales como sentencias de otros tribunales internacionales, sentencias de tribunales nacionales y documentos de *soft law*, muchas veces casi como argumentos de autoridad. (...)

Como la Corte ha ido ampliando notablemente el entendimiento e interpretación de los derechos que los estados deben garantizar utilizando instrumentos que no son realmente parte del sistema interamericano, sea porque no tienen el carácter de tratado (el caso del *soft law*), sea porque se trata de acuerdos internacionales no vigentes para los estados partes o sea porque invoca sentencias de tribunales nacionales o de otros tribunales internacionales, es fácil entender las inquietudes que provoca. (Gauché Marchetti, 2016, pp. 64 y 72)

En efecto, aunque la autora lo considera aceptable y lo fomenta, reconoce que esta forma de concebir los estándares y su forma de creación son problemáticas “desde la lógica del sistema de creación de fuentes y las reglas de inter-

8 Énfasis añadido.

pretación de normas internacionales” (Gauché Marchetti, 2016, p. 64). Y no son pocos los pasajes del trabajo en los que acepta que los derechos sexuales y reproductivos han sido “construidos” por los órganos de interpretación de tratados a pesar de que expresamente nada digan sobre ellos los instrumentos vinculantes correspondientes (pp. 47-59).

Podría seguir enumerando ejemplos del uso del sintagma en obras de doctrina, pero voy a terminar con uno que me parece sintomático. Se trata de uno de los tantos artículos que se escribieron sobre derechos humanos y COVID-19. La expresión “estándares internacionales” se utiliza cuatro veces a lo largo del artículo y, en tres de ellas, no queda claro a qué estándares se refiere cuando habla de que los Estados los estarían violando. Se transcribe aquí un párrafo:

Los estándares internacionales sobre el derecho a la salud indican que los bienes, las instalaciones y los servicios de atención médica, incluido el acceso a la atención y las vacunas y curas desarrolladas para COVID-19, deben estar disponibles en cantidad suficiente para todas las personas, especialmente para los sectores más vulnerables o marginados de la población, que deben tener acceso a ellos sin discriminación. (Pinho de Oliveira, 2020, p. 341)

En ese párrafo no está claro –al igual que en los otros casos– cuáles serían esos estándares internacionales, aunque en las páginas anteriores hay una sección titulada “Las Normas Internacionales en materia de Derecho Internacional” que menciona el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Principios de Siracusa y otras opiniones de grupos de expertos de la sociedad civil, etc. Es decir, aquí parecería que los EIDH incluyen tanto normas convencionales como pronunciamientos de órganos de tratados e, incluso, pronunciamientos de organizaciones no gubernamentales (que hasta aquí no habíamos visto a ninguno que las incluyera).⁹

Decía que este ejemplo de artículo de doctrina es sintomático porque refleja

9 Es el caso de los Principios de Siracusa: en 1984, algunas ONG (la Comisión Internacional de Juristas, la Asociación Internacional de Derecho Penal, la Asociación Estadounidense para la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan de Derechos Humanos y el Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Penales) convocaron a un grupo de 31 expertos distinguidos en derecho internacional que se reunieron en Siracusa, Sicilia, en abril y mayo de 1984 para examinar las disposiciones de limitación y suspensión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos expertos eran profesores y profesionales procedentes de diversos países y organizaciones. Los participantes redactaron unos principios que, según su consideración, representaban el estado del derecho internacional en ese momento, con la excepción de algunas recomendaciones indicadas mediante la utilización de la forma condicional “deberían” en vez de la forma futura

bien cómo muchas veces el uso del sintagma *EIDH* o bien demuestra ignorancia o –más probablemente– es irreflexivo por parte de muchos autores: se usa una expresión sin saber qué significa o sin aclararlo, suponiendo que todas las personas que leen entenderán lo mismo que aquellas que escriben. Y esto es problemático cuando se usa una expresión que no es unívoca.

3.2 Organismos internacionales y tribunales

Paso ahora a dar ejemplos de otro tipo de documentos, comenzando por este comunicado de prensa de ONU-DH México:

La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) llama la atención en relación con el proceso de consulta indígena sobre el “Proyecto de desarrollo Tren Maya”, realizado del 15 de noviembre al 15 de diciembre de 2019, el cual *hasta el momento no ha cumplido con todos los estándares internacionales* en la materia. (...)

Los estándares internacionales de derechos humanos establecen que la consulta y el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas debe ser previo, libre, informado y culturalmente adecuado. (...)

Finalmente, la ONU-DH celebra la presencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de comisiones estatales y de misiones civiles de observación en las sesiones y refrenda su compromiso para mantener el diálogo con todas las partes involucradas y brindar asistencia técnica con el objetivo de lograr una *plena realización de los derechos de los pueblos indígenas en línea con los estándares internacionales en la materia y los compromisos que el Estado mexicano ha adquirido* al respecto.

Para más información sobre los derechos de los pueblos indígenas, favor de consultar los siguientes documentos (...): Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre consentimiento libre, previo e informado, Cerrando la brecha. Recomendaciones para la implementación de los derechos de los pueblos indígenas, Los derechos de los pueblos indígenas en México: una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas. (Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2019, s.p.)¹⁰

imperativa (cfr. Documento distribuido en la ex Comisión de Derechos Humanos de la ONU con el protocolo E/CN.4/1985/4, de 28 de septiembre de 1984. No se trata de una resolución de la Comisión, sino que, a pedido de un Estado miembro, se circuló a los miembros de la Comisión y de la Subcomisión como documento en el 41° período de sesiones de la primera).

10 Énfasis añadido.

Aunque por un lado la expresión *EIDH* es acompañada en un caso de la expresión “compromisos” como si fueran cosas distintas, por el uso que se le da en el resto del comunicado y por el contexto –ya que al final se incluye una lista de documentos donde obtener más información sobre derechos de los pueblos indígenas– parece indicarse que los estándares van más allá de los contenidos en un tratado –el Convenio 169, que sí son compromisos– y que incluyen también declaraciones, estudios y recomendaciones de la misma ONU-DH México. Por lo tanto, es un ejemplo de contenido amplio de los *EIDH*, a la vez que lo es de una utilización como fuente de derecho internacional.

Se pueden mencionar algunos ejemplos del uso del sintagma en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN). En el caso *Verbitzky s/Habeas Corpus*, la mayoría sostuvo que

Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas –si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal– *se han convertido*, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, *en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad*. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.¹¹

Aquí, la Corte dice que unas Reglas Mínimas de la ONU son un estándar que debe ser cumplido, a la vez que afirma que tienen menor jerarquía que un tratado. En efecto, estas Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos –que luego llegarían a llamarse Reglas Mandela–, como muchas otras Reglas de este estilo, no eran más que una resolución del Consejo Económico y Social de la ONU y, como tal, no vinculantes. Pero la CSJN las calificó de estándar a seguir en estos casos.¹² Es verdad que dice que obtiene ese rango o valor por vía de una norma constitucional, pero a continuación agrega que no cabe duda de que hay un marco internacional que se vería violado.

En otro caso de la CSJN, un juez se refiere a los estándares establecidos por un tribunal internacional, cuando en un voto sostiene que “corresponde efectuar un breve examen de los casos en los que la Corte Interamericana se ha expedido con respecto al deber de investigar y sancionar a los responsables de

11 CSJN, *Verbitsky, Horacio s/habeas corpus*, 3 de mayo de 2005, Fallos: 328:1146, considerando 39. Énfasis añadido.

12 Usándolo en este caso como un sintagma adjetival y no como uno nominal, como en todos los otros ejemplos que he dado hasta ahora.

violaciones graves a los derechos humanos para así verificar si sus estándares resultan trasladables al *sub lite*".¹³ Introduce de ese modo todo un análisis de algunas sentencias de la Corte IDH en casos contenciosos, dos de los cuales se refieren a Estados distintos de la Argentina y un tercero en el que la Argentina es parte, pero se trata de otra causa. Es decir, criterios del tribunal que no son convencionalmente vinculantes para la Argentina,¹⁴ pero que, al atribuirles el carácter de estándares, parece proveerles de esa aura de valor jurídico.

3.3 Organizaciones no gubernamentales

Ahora veamos algunos ejemplos del uso de la expresión por parte de organizaciones no gubernamentales en sus publicaciones. La ONG Save the Children España, en su informe *La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familiar. Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos* dice:

La normativa en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas frente al abuso sexual emana de tres ámbitos fundamentales: los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por España; los tratados y otra normativa vinculante de ámbito europeo; y la legislación española sustantiva y procesal. Las normas y tratados de ámbito internacional son compromisos que generan la obligación para el Estado de implementar esta normativa en el ordenamiento jurídico interno. Esto supone que los tratados internacionales son parte de la legislación interna conforme establece la Constitución Española de 1978 (artículo 96). Pero, además, establece la obligación de que las normas sobre derechos fundamentales y libertades, reconocidas constitucionalmente sean interpretadas conforme a las normas y tratados internacionales de derechos humanos (el artículo 10.2 de la CE). Por tanto, las leyes españolas (sustantivas, procesales, pero también presupuestarias, destinadas a la prevención y de asistencia) deben ceñirse a las disposiciones de las normas internacionales. (...) También existen otros estándares, como las Directrices para una justicia adaptada a la infancia del Consejo de Europa... (Román González et al., 2012, pp. 14 y 17)¹⁵

13 CSJN, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros*—Causa n° 259, 24 de agosto de 2004, Fallos: 327:3312, disidencia del Ministro Fayt, considerando 35.

14 En estricta aplicación del artículo 68, inciso 1 de la CADH, que reza: "Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Me hago cargo de que hay toda una discusión mucho más profunda sobre el valor de las sentencias de la Corte IDH, el control de convencionalidad, etc., pero aquí no es el lugar para darla, por razones de espacio y porque excede el argumento. De cualquier manera, el voto de Fayt tampoco hace referencia al control de convencionalidad, sino solo a estándares que podrían ser "trasladables" (y que, en el caso, según él mismo concluye, no lo son).

15 Énfasis añadido.

Acabo de transcribir dos párrafos: uno completo y el inicio del siguiente, donde aparece un comienzo de distinción (“otros estándares”) con lo que se mencionó antes (“compromisos que generan obligación”). Unas páginas más adelante, cita dos directrices: una del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) y otra del Consejo de Europa. Al respecto afirma:

[e]stos estándares internacionales establecen un catálogo común de actuaciones que los Estados deben poner en marcha para garantizar la efectiva realización de los derechos de los niños y las niñas víctimas de delitos ante la Administración de Justicia. Tomando como base dicho catálogo, el Estado debe garantizar: [lista omitida]. (Román González et al., 2012, p. 20)

Como se puede ver de esto último, el informe parece poner en el mismo grupo tanto las obligaciones convencionales como las directrices adoptadas por organizaciones intergubernamentales en resoluciones no vinculantes (ECOSOC, Consejo de Europa), llamándolas a todas estándares y diciendo que crean deberes para los Estados. Es decir, se engloba distintos tipos de normas, cosa que no sería problemático en sí mismo si no se los equiparara acriticamente.

De manera similar, la REDAAS, con ocasión del ya referido debate en el Congreso del 2018, reportaba lo siguiente:

La jerarquía normativa de la Constitución Nacional *brinda especial relevancia a los estándares internacionales de derechos humanos a la hora de interpretar nuestro ordenamiento jurídico*. Tal como establece nuestra Constitución Nacional, las exposiciones a favor de la legalización se centraron en el hecho de que los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella rigen “en las condiciones de su vigencia”. Se señaló que esta disposición introduce un elemento dinámico que brinda especial valor a las interpretaciones que hacen los organismos internacionales de derechos humanos encargados de velar por el respeto y garantía de cada uno de esos tratados.

(...) en línea con *los estándares internacionales*, se reconoce el valor incremental de la vida por lo que en cierta etapa del proceso gestacional prevalece el derecho de la mujer a decidir y, a medida que pasa el tiempo, *aumentan los estándares de la protección* de la vida en gestación. (REDAAS, 2019, pp. 6 y 9)

Aquí puede verse cómo la expresión *EIDH* es aplicada tanto a normas convencionales como a sus interpretaciones hechas por órganos de aplicación, adscribiendo a la concepción amplia del contenido de *EIDH* que ya se vio en muchas citas anteriores.

Un último ejemplo, de tantos que se podrían poner, surge del informe de una ONG guatemalteca titulado *Análisis de la aplicación de la legislación guatemalteca en las sentencias de reparación digna para mujeres sobrevivientes de violencia*. Este desarrolla el marco internacional aplicable a mujeres víctimas de violencia en Guatemala (Asociación Ixoqib' MIRIAM, 2018, pp. 18 y ss.). Allí se detallan desde tratados hasta declaraciones, pasando por resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la ONU y hasta el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres en Bruselas de 1976. Dicho Tribunal fue una corte popular (es decir, convocada por activistas de la sociedad civil) y de él se dice: “Fue la primera vez que se tipificaban como crímenes, los diferentes tipos de violencia cometidos contra las mujeres. Crea jurisprudencia internacional” (p. 19). A su vez, en otra parte añade:

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, año 2007: *Establece los estándares mínimos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas*, tales como la propiedad de sus tierras, los recursos naturales de sus territorios, la preservación de sus conocimientos tradicionales, la autodeterminación y la consulta previa. Esta Declaración también reconoce derechos individuales y colectivos y es un referente básico para proteger a los pueblos indígenas contra la discriminación y marginación a la que están aún expuestos. Se refuerzan mutuamente con el Convenio 169 al compartir principios y objetivos. (p. 21)¹⁶

Como se ve, se trata de un documento que recopila y pone en pie de igualdad tratados, declaraciones (que, a pesar de ser no vinculantes, igual sostiene que establecen estándares mínimos) y resoluciones de organismos intergubernamentales, así como principios promovidos por plataformas de la sociedad civil, a los que les atribuye el carácter de “jurisprudencia internacional”. Esta última afirmación quizás sea la que más llame la atención por tener origen en un acto de activismo de ONG, pero desde otro punto de vista puede decirse que es igual de voluntarista que las que atribuyen valor jurídico a actos e instrumentos no vinculantes aunque emanen de organizaciones intergubernamentales.

Del recuento de estos tres informes de ONG de diversos países se puede colegir que todos suscriben a concepciones amplias sobre el contenido de los EIDH y que, incluso, los dotan de exigencias que hacen pensar que los conciben como fuentes de derecho internacional. Solo que, a diferencia de lo que sucede con la doctrina y la jurisprudencia, en el caso de las ONG uno tiende a ser

16 Énfasis añadido.

más indulgente o a comprender que detrás de ese uso del sintagma puede haber una intencionalidad: no sería extraño pensar que las ONG de derechos humanos, cuya función es promover una mayor protección de estos, busquen con sus informes y doctrinas empujar más allá la concepción y valor de los EIDH. Es lo que podríamos llamar un uso “progresista” de la expresión *EIDH*, es decir, que busca extender el alcance y contenido de los derechos humanos (Soley, 2019, pp. 357-358). Usan el sintagma como enunciado performativo, persiguiendo un objetivo ideológico concreto con el significado que le atribuyen.¹⁷

3.4 Uso en el Sistema Interamericano

Una subsección aparte merece el estudio del uso del sintagma *EIDH* por parte de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Para ellos, “estándares internacionales de derechos humanos” –o “estándares interamericanos de derechos humanos”, que sería un equivalente, aunque de ámbito regional– son casi como sinónimo de derechos humanos o de las obligaciones que tienen los Estados americanos en esta materia. Tal como se verá en el análisis que haré a continuación, el contenido que le otorgan es entre amplio y amplísimo. No se refieren únicamente a la expresión jurídica positiva de los derechos humanos en los tratados, la costumbre o los principios generales del derecho, sino que incluyen también instrumentos no vinculantes como declaraciones, resoluciones de organizaciones internacionales, jurisprudencia de otros tribunales regionales o de comités, derecho comparado, etcétera.

3.4.1 Uso por parte de la CIDH

Desde 1998, la CIDH viene elaborando informes temáticos, que son básicamente compendios de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CIDH que contienen también otros insumos. En los últimos años, estos informes temáticos se han convertido en uno de los vehículos principales de los así llamados “estándares interamericanos”. De hecho, cada vez son más los que contienen esa expresión en su nombre. En el Anexo 2 brindo una lista de todos esos in-

17 Con esto no quiero decir que la función de las ONG sea necesariamente buscar el cambio del derecho y, con ello, la creación o modificación de las normas. Puesto que si el derecho tal como es actualmente coincidiera con su agenda y su concepción de cómo deben protegerse los derechos, entonces el trabajo de ellas consistiría en mantener el *status quo*, no en modificar esas normas. Pero la realidad demuestra que muchas de ellas han dedicado parte de su trabajo a la (trans)formación del derecho internacional.

formes temáticos, que hasta fines de 2022 suman en total 109. En el siguiente gráfico se puede ver cómo se han incrementado notoriamente en la última década (luego de un espectacular crecimiento en los años que hacen de bisagra entre las décadas de 2000 y 2010):

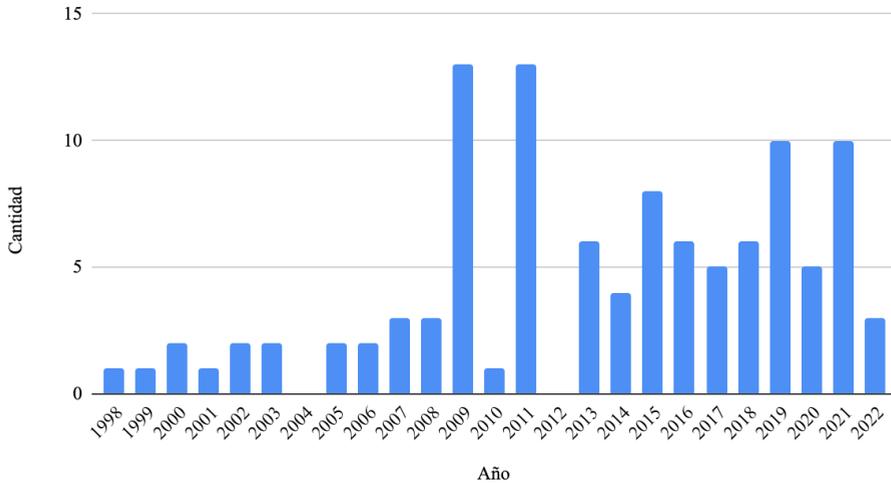


Figura 1. Número de informes temáticos de la CIDH por año.

Fuente: elaboración propia a partir de información disponible en la web de la CIDH.

Aunque la expresión *EIDH* no es utilizada por la CIDH únicamente en sus informes temáticos (sino también en informes de casos),¹⁸ el análisis a continuación se centrará en los primeros. Comienzo con uno de 2007 llamado “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, pues ahí arranca esa tendencia de vehicular a través de informes los estándares.¹⁹ En él se dice que:

la Comisión Interamericana ha elaborado el presente estudio a fin de revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH, tanto de la CIDH como de la Corte, sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: [enumeración omitida].

18 Cfr. CIDH, Caso 13.638 José Antonio Gutiérrez Navas y otros - Honduras, 2021, párr. 63, 75, 101.3; Caso 12.553 Jorge, José y Dante Peirano Basso - República Oriental del Uruguay, 2009, párrs. 182 y 241, donde la CIDH habla de estándares internacionales “establecidos en el presente informe”.

19 Vale decir que el subtítulo de este informe es “Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

Estos estándares tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana para los tribunales nacionales. Además, pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, fortalecimiento de los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas, así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia. La reseña de la jurisprudencia del sistema interamericano contribuye además a mejorar el diagnóstico de los principales problemas regionales en el acceso a los sistemas de justicia. Si bien los casos no pueden considerarse absolutamente representativos de los problemas sociales e institucionales de los países de la región, sí puede afirmarse que el sistema de peticiones es una buena caja de resonancia de esos problemas.

El presente estudio procura relevar y sistematizar los principales estándares fijados por la CIDH en sus informes sobre peticiones, informes de país e informes temáticos, así como la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH. El estudio tiene una finalidad meramente descriptiva y no realiza un examen de la jurisprudencia reseñada. Su análisis se limita a ordenar los precedentes por temas afines, y a relacionar los principios y estándares fijados con los problemas concretos y las situaciones de hecho examinadas en cada caso. La CIDH entiende que esta sistematización puede contribuir a una mejor comprensión y difusión de su jurisprudencia a fin de que sirva como guía para la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los países de la región.²⁰

En la larga descripción de los contenidos del informe y su método de elaboración, que acabo de exponer, se puede ver cómo se concibe a los estándares como una reseña sistematizada de la jurisprudencia del Sistema Interamericano. “Jurisprudencia” tanto de la CIDH (informes de casos, de país y temáticos) como de la Corte IDH (sentencias y opiniones consultivas), que tiene valor como guía de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) para tribunales nacionales y como contribución para la mejora de políticas públicas. Se puede decir, a partir de la finalidad declarada por el mismo informe, que no se concibe a estos estándares como una fuente de derecho, sino que su valor sería el de guía, recomendación, orientación o diagnóstico. Nótese, sin embargo, que se habla de ellos como guía de interpretación, por una parte, y como guía de aplicación, por otra. Esto puede parecer lo mismo, pero no lo es necesariamente.

Dos años después, la CIDH aprobó un informe de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) denominado “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente”. En él se hace una

20 CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, OEA/Ser.L/V/II.129, Doc. 4, 7 de septiembre de 2007, párrs. 43-45. Énfasis añadido.

reseña sistematizada de casos y opiniones consultivas de la Corte IDH, casos e informes de la CIDH, informes de la RELE y comunicados de prensa, declaraciones de la RELE y declaraciones conjuntas de relatores y –ocasionalmente– jurisprudencia de otros tribunales internacionales, como la Corte Europea de Derechos Humanos. Como anexos, incluye un artículo de la CADH, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobada por la CIDH) y declaraciones conjuntas de relatores.

Este informe usa un lenguaje más asertivo que el anterior, al expresar que existe “una serie de reglas sin las cuales no es posible garantizar” los derechos y que esas reglas (pautas y directrices, las llama) son las explicadas por la Corte IDH, la CIDH y la RELE a través de su doctrina, jurisprudencia y principios.²¹ De a poco se irá viendo cómo el propio entendimiento que la CIDH tiene de sus estándares se va “endureciendo”, en el sentido de un paso progresivo del *soft* al *hard law*.

Recién en un informe de 2011 es posible encontrar la primera definición explícita de *estándares* hecha por la CIDH. Se trata de un informe temático llamado “Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres”, que luego sería reeditado y actualizado en 2015. La CIDH dice al comienzo que el informe “procura analizar el grado de impacto de los estándares, recomendaciones, y decisiones del sistema interamericano en la jurisprudencia emitida por los países americanos vinculada a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres”.²² A continuación, en una nota al pie aclara:

Para efectos de este informe, se define el concepto de “estándares jurídicos” como el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término “estándares jurídicos” asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²³

21 CIDH, RELE, “Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente”, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF. 3/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 8.

22 CIDH, “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, OEA/Ser.L/V/II.143, Doc. 60, 3 de noviembre de 2011, párr. 3.

23 Ídem, nota al pie 5.

En resumen, la CIDH define el contenido de los EIDH como el conjunto de tratados internacionales, decisiones, informes temáticos y de país y otras recomendaciones de la CIDH y sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH. Es de notar que, en la definición de la nota al pie número 5, se mencionan primero las decisiones jurisprudenciales e informes, antes que las normas convencionales. Por supuesto que se agradece que se explicita de esta manera qué entiende la CIDH por *estándares*. Aunque se advierte también que no de forma muy consistente, pues, en la misma página donde usan la expresión *estándares* en una enumeración junto a recomendaciones y decisiones, definen a los estándares como conteniendo a las otras dos.

De cualquier modo, en años sucesivos veremos que cada vez con más frecuencia se sigue utilizando la expresión *EIDH* o *estándares interamericanos*, tanto en el texto de los informes temáticos como en los propios títulos de dichos informes y, sin embargo, no parece que se siga la definición de la nota 5 del informe de 2011. Es más, aunque similares, cada informe parece manejar su propio concepto de estándares. ¿Cómo es posible que la CIDH maneje distintas nociones del mismo concepto?

Una explicación plausible estaría dada por la realidad de que cada informe temático de la CIDH puede estar escrito, de hecho, por un consultor o consultora externos, distintos cada vez. Es decir, no solo no los redacta la CIDH (los comisionados, cosa que puede ser lógico), sino que ni siquiera los hace la Secretaría Ejecutiva (que, siendo personas más experimentadas, podrían tener un lenguaje común). Es verdad que algunos de los informes han sido encargados a comisionados o fueron elaborados por personal de las relatorías, pero muchas veces se elaboran externamente mediante contratos de consultoría. Es decir que quienes redactan los borradores que luego aprueba la CIDH quizás son expertos, pero eso no da garantía de uniformidad de criterios, continuidad en un lenguaje común, memoria institucional, etcétera.²⁴

24 Generalmente, los informes dan cuenta del financiador, pero no en todos los casos es posible saber quién fue el redactor del borrador del informe. En el caso del ya citado informe sobre DESC de 2007, este nos revela que estuvo encomendado al comisionado Abramovich, pero que “[e]n la elaboración de este estudio participó activamente la abogada Gabriela Kletzel, en el marco del proyecto de investigación sobre ‘estándares internacionales sobre acceso a la justicia’ que se desarrolla en la Universidad de San Andrés de Argentina” (CIDH, 2007, p. vii). También el informe sobre Empresas y Derechos Humanos contiene una nota que dice que “reconocen y agradecen el destacado desempeño del abogado especialista en derechos humanos, Luis Carlos Buob Concha, en apoyo (...) de las tareas de investigación y redacción del informe” (CIDH, REDESCA, “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, OEA/Ser.L/V/II CIDH/REDESCA/INF.1/19, 1 de noviembre de 2019, p. 5).

A fines de 2015, se aprobó el informe cuya portada reza “Movilidad humana. Estándares interamericanos”. A juzgar por los primeros párrafos, los estándares interamericanos son generados por la CIDH y la Corte IDH en casos, medidas cautelares y provisionales, informes, sentencias y opiniones consultivas, con la finalidad de hacerles frente a las violaciones de derechos humanos y a los vacíos de protección que enfrentan las personas. Es decir, un reconocimiento de que los estándares se establecen para hacer frente a vacíos legales o lagunas.²⁵ Para el establecimiento y desarrollo de esos estándares, utilizan una interpretación evolutiva y recurren a otros instrumentos (vinculantes y no vinculantes) interamericanos e internacionales, además de a la CADH y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH).²⁶

En este informe –que lleva por subtítulo “Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”– se incluye un capítulo llamado “Fuentes de Derecho”, del que resaltan dos peculiaridades:

- i. Además de mencionar las fuentes tradicionales (como convenciones, costumbres o principios), incluye declaraciones y resoluciones no vinculantes. En algún caso explica o justifica por qué éstas deberían igual tenerse en cuenta entre las “fuentes”, en otros no.
- ii. Algunas fuentes (convencionales) mencionadas no son “interamericanas”, sino universales. Y allí detalla en cada caso cuáles de los Estados miembros de la OEA las han ratificado o adherido. Pero no explica por cual mecanismo serían aplicables a todos los países sobre los que la CIDH tiene jurisdicción, ni en el caso de los Estados parte de esas convenciones (donde el mecanismo sería el art. 29 de la CADH) ni en el caso –mucho más problemático– de los que no son parte y, por tanto, no están obligados por esos otros tratados.

Analizo ahora con mayor profundidad un informe que pienso que es paradigmático del uso reciente y actual del sintagma *EIDH* por parte de la CIDH. Se trata del informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos” de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), aprobado por la CIDH a fines de 2019. Transcribo a continuación algunos de sus párrafos iniciales:

25 CIDH, “Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos. Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 46/15, 31 de diciembre de 2015, párrs. 12-13.

26 Ídem, párr. 15.

25. El análisis que se realiza en el presente informe parte de la base de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos en supuestos en los que las empresas se encuentran de alguna manera involucradas con la realización o afectación de dichos derechos. En ese sentido, no sólo sistematiza y reúne diversos pronunciamientos que se han dado dentro del sistema interamericano en relación con el tema, sino que desde un análisis sistemático y evolutivo busca clarificar, organizar y desarrollar dichos deberes estatales y los efectos que se pueden generar sobre las empresas en su cumplimiento desde la experiencia jurídica interamericana. (...) ²⁷

28. En concreto, este informe tiene por objeto principal esclarecer el contenido de las obligaciones de los Estados en este ámbito y los efectos que a nivel general se pueden producir sobre las empresas teniendo como base central los principales instrumentos interamericanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) y la Declaración Americana, la jurisprudencia interamericana existente sobre la materia y la inclusión articulada de avances internacionales a este respecto.

29. (...) En definitiva el informe busca identificar y fijar algunos elementos y estándares interamericanos que, aunque iniciales, serán centrales para el entendimiento de la materia desde las competencias de la CIDH, así como crear una oportunidad para que los Estados evalúen y revisen la efectividad o vacíos de sus sistemas internos en el ámbito de empresas y derechos humanos.

30. Para estos efectos, resulta relevante indicar la centralidad del uso de la interpretación evolutiva de los instrumentos de derechos humanos en la elaboración del presente informe (...). [E]s esencial también tomar en cuenta el conjunto creciente de instrumentos internacionales que guardan relación con la protección de los derechos humanos frente a empresas, en la medida que permiten dotar de contenido las obligaciones internacionales de los Estados (...).

Si bien el informe no contiene ninguna definición expresa de *estándares internacionales* o *interamericanos*, se puede deducir de los párrafos citados y del resto del informe que los EIDH son una colección sistematizada y desarrollada evolutivamente a partir de la CADH, la DADDH, otros instrumentos internacionales vinculantes o no, informes temáticos y de casos de la CIDH, jurisprudencia de la Corte IDH y otros órganos del sistema universal, así como otros documentos elaborados por organizaciones no estatales, que tiene por objeto esclarecer el contenido de las obligaciones de los Estados y los efectos que pueden producir sobre empresas.

Pero el problema es que el documento incluye varios conceptos distintos de *estándares*. A veces, lo usa como equivalente a “normas”, a “principios in-

27 CIDH, REDESCA, “Empresas y Derechos Humanos...”, cit., párrs. 25, 28-30. Énfasis añadido.

ternacionales”, a “disposiciones convencionales” o a “marcos normativos”. Por momentos, en cambio, distingue los estándares de las “normas”, de los “instrumentos jurídicos”, “marcos”, “obligaciones”, “convenios internacionales”, “principios”, “obligaciones”, “pronunciamientos”, “alertas”, “salvaguardas”, etcétera.

A la luz de la finalidad declarada en el párrafo 28 (“este informe tiene por objeto principal esclarecer el contenido de las obligaciones de los Estados en este ámbito”), cabe preguntarse si los estándares son una descripción de obligaciones contenidas en otras fuentes o si ellos mismos generan nuevas obligaciones. En ese sentido, el capítulo 3 del informe podría arrojar algo de luz. El párrafo 32 dice que dicho capítulo es “parte central de este informe” y que “desarrolla las obligaciones que los Estados deben cumplir en estos contextos desde la perspectiva del sistema interamericano”. No es claro si la expresión “desarrolla” se utiliza en el sentido de que las describe o de si es capaz de crear nuevas normas y obligaciones.

El capítulo 3 se titula “*Obligaciones internacionales de los Estados en el contexto de actividades empresariales a la luz de los estándares interamericanos*”²⁸ y tiene dos subtítulos por las dos obligaciones generales de los Estados: respeto y garantía.

En cuanto a la obligación de respeto, el capítulo va analizando los instrumentos vinculantes de derechos humanos que incluyen obligaciones de los Estados en actividades donde hay empresas involucradas.²⁹ Es de destacar que, además de tratados, se incluyen dos declaraciones: la DADDH –cuyo carácter vinculante justifica adecuadamente– y otra que sorprende un poco más –y justifica menos–: la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Luego, al analizar la obligación de garantía, dice:

De acuerdo a los estándares emitidos en el marco de la protección de los derechos humanos bajo el sistema interamericano y teniendo en cuenta las reglas de interpretación *de estas normas* así como los Principios Rectores, la CIDH y su REDESCA identifican cuatro deberes estatales claros para dar cumplimiento a la obligación de garantía en el contexto de actividades empresariales: (...) ³⁰

28 Énfasis añadidos.

29 “[N]o existe duda de que bajo el sistema interamericano de derechos humanos se recogen obligaciones estatales en materia de derechos humanos vinculadas explícitamente a actuaciones de actores no estatales, como las empresas, así como estándares específicos para el efectivo respeto y protección de dichos derechos en tales contextos”, cfr. ídem, párr. 66.

30 Ídem, párr. 86. El resaltado me pertenece.

No queda claro a qué normas se refiere, si a los estándares que acaba de mencionar o a otras. Lo primero implicaría reconocer que los estándares son normas.

Un poco más adelante hay un párrafo sintomático:

También cabe recordar que como ha afirmado la Corte Interamericana: “la obligación estatal de adecuar la legislación interna a las *disposiciones convencionales* no se limita al texto constitucional o legislativo, sino que debe irradiar a todas las disposiciones jurídicas de carácter reglamentario y traducirse en la efectiva aplicación práctica de los *estándares* de protección de los derechos humanos”. De este modo, una parte integrante del proceso de dar efectiva aplicación y cumplimiento a los *marcos normativos* en este contexto consiste en que los Estados tomen las medidas necesarias para asegurar no sólo que las acciones de sus agentes cumplan las *obligaciones jurídicas* tanto nacionales como internacionales sino, en este caso, verificar que el comportamiento de las empresas bajo su jurisdicción esté ajustado a los *estándares* reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Por ello, junto con el marco legal, se requiere contar con un aparato institucional que permita hacer efectivas las normas existentes, de manera que se asegure en la práctica el cumplimiento de este deber.³¹

Dos veces se menciona a los estándares en oraciones en las que menciona obligaciones convencionales y no queda claro si son cosas distintas o lo mismo. Parecen casos de sinonimia referencial, o un uso poco feliz de la variación elegante, pues contribuye a la confusión: ¿“disposiciones convencionales” son lo mismo que “estándares de protección de derechos humanos”, o lo mismo que “marcos normativos” o que “obligaciones jurídicas (...) internacionales” o, por último, “estándares reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”?

En otra parte, se afirma que

[c]on el objeto de seguir los estándares internacionales en la materia, también valora de forma positiva documentos elaborados por organizaciones especializadas en la materia y subraya la pertinencia de que los Estados los tomen en cuenta al momento de la elaboración de sus PNA.³²

Y por organizaciones especializadas remite a informes de ONG o instituciones estatales, como el Danish Institute for Human Rights. Lo que no queda

31 Ídem, párr. 105. Todas las cursivas fueron añadidas.

32 Ídem, párr. 108. PNA significa “Planes Nacionales de Acción”.

claro es si se considera que esos informes contienen estándares por sí mismos o sirven para conocer los estándares elaborados por quienes estarían autorizados para hacerlos.

Si bien no es claro el concepto de estándares que presupone, por todo lo dicho es posible pensar que ha de ser amplio en cuanto a su contenido. Incluso es posible afirmar que propone un uso de la expresión que reconoce a los EIDH como fuente y no solo como guía, a pesar de la primera advertencia del párr. 29 del documento, en el que se afirma que son “iniciales” o se proponen como guía “para el entendimiento”.

Para terminar con el análisis de la CIDH, pondré de resalto que esta promueve el uso del sintagma *EIDH* más allá de sus informes temáticos. Por ejemplo, en escritos de ofrecimiento de prueba ante la Corte IDH se encuentran muchas solicitudes de peritajes para declarar sobre cuestiones como “los estándares internacionales de derechos humanos en materia de justicia penal juvenil...” o “sobre los estándares internacionales de derechos humanos aplicables en materia de salud mental en centros de detención, y las obligaciones estatales derivadas de dichos estándares”.³³

Es interesante pensar el efecto del principio de *iura novit curia* –que la propia Corte IDH ha utilizado en numerosas ocasiones–,³⁴ en el entendimiento de cuál es el contenido de esos EIDH. Por dicho principio se supone que los jueces ya conocen el derecho, con lo cual no queda claro cuál sería el rol de unos peritos para que digan el derecho y no otro tipo de conocimientos técnicos o fácticos. Acaso el contenido de los EIDH sobre los que declaran no es de derecho internacional, sino doméstico, como suele ser el contenido por el que se cita a peritar en tribunales internacionales a expertos en derecho (pero, en ese caso, ¿por qué los llamarían estándares “internacionales” de derechos humanos?). Y respecto del valor, claramente no puede ser que esas declaraciones periciales sean consideradas EIDH *per se*, es decir, no son fuentes de derecho internacional solo porque lo dice un perito, sino, en todo caso, porque da testimonio –desde su experticia– de que son EIDH por otros fundamentos.

33 Estos dos ejemplos se encuentran en la carta fechada el 17 de junio de 2011, en el marco del Caso No. 12.651, César Alberto Mendoza y otros (Prisión y reclusión perpetuas de adolescentes) – Argentina, dirigida al secretario de la Corte IDH. Ambas pruebas, para que sendos peritos rindan su declaración en los mismos términos, fueron aceptadas mediante resolución del Presidente de la Corte IDH (cfr. Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Resolución del Presidente, 1 de agosto de 2012).

34 Cfr. Corte IDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*, 2016, párr. 151; *Caso Pueblos Kallina y Lokono vs. Surinam*, 2015, párr. 259; entre muchos otros.

3.4.2 Uso por parte de la Corte IDH

Se ha señalado que la Corte IDH “es una de las principales creadoras de estándares a través de su jurisprudencia” (Molina Vergara, 2018, p. 246). A continuación, pondré algunos ejemplos del uso que la propia Corte IDH le da a la expresión *EIDH*. En primer lugar, señalo un párrafo que incluye una formulación del sintagma usualmente utilizada por la Corte:

En otras oportunidades, este Tribunal ha establecido que una “persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”. (...) Igualmente, esta Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure, *dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos*, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentan dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incommunicación fue inhumano y degradante.³⁵

Como dije, esta es una fórmula que se repite varias veces en casos similares. Ella remite a los estándares para calificar una situación como violatoria de derechos humanos. En ese sentido, los estándares serían normas de derechos humanos no explicitadas en el razonamiento de la Corte, pero a las que se remite para aplicar una solución concreta al caso. Los *EIDH* aquí son utilizados como fuente de derecho internacional.

Veamos otro ejemplo donde la Corte IDH cita jurisprudencia de otro tribunal internacional:

Por su parte, en el caso *Celebici*, la Cámara de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia analizó *estándares normativos del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos*, con base en los cuales definió trato inhumano o cruel como: “[...] un acto u omisión intencional, que [...] juzgado objetivamente, es intencional y no accidental, que causa graves sufrimientos o daños mentales o físicos, o constituye un serio ataque a la dignidad humana.”³⁶

35 Corte IDH, *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 103, 27 de noviembre de 2003, párr. 87. Énfasis añadido.

36 Corte IDH, *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 123, 11 de marzo de 2005, párr. 68. Énfasis añadido.

Aquí se invocan los estándares como normas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tal como han sido interpretados o aplicados por otro tribunal internacional, pero sin explicitar en qué normas jurídicas concretas y específicas se basó esa otra decisión, con lo cual parece estar otorgándole valor de fuente en sí misma a esos EIDH.

Añado un ejemplo en el que los EIDH son considerados como fuentes no tradicionales de derecho internacional:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al *objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*.³⁷

En la frase destacada al final del párrafo, al distinguir “el estándar” del “instrumento internacional”, parece claro que la intención es mostrar algo que va más allá del último, que le agrega algo. Es decir, el control de convencionalidad busca que las normas internas no vayan en contra ni del tratado ni del estándar. Si esto es así, los EIDH serían algo distinto de la mera norma convencional.

A continuación, incluiré un ejemplo extraído de un voto razonado de un juez *ad hoc* y que, por tanto, podría pensarse que no refleja claramente el pensar del tribunal. Sin embargo, el voto que se analizará fue redactado nada más y nada menos que por Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, quien luego se convertiría en juez miembro de la Corte y hasta en su presidente, incluso en uno de sus jueces que más ha influido en su actual jurisprudencia. Veamos qué decía en 2010, en un parágrafo de su voto razonado y su correspondiente nota al pie:

51. El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que *se crea* en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado na-

37 Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 186, 12 de agosto de 2008, párr. 180. Énfasis añadido.

cional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.¹⁶⁴¹ Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del “control difuso de convencionalidad”, pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido “parte material”, equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.

[Nota al pie 64, correspondiente al pár. 51] De esta manera, por ejemplo, *pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del corpus juris interamericano y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.*³⁸

Ferrer Mac-Gregor dice sin ambages que estima que la Corte IDH, con su jurisprudencia, crea estándares, que cuando interpreta tiene por finalidad crear estándares para toda la región y que esas creaciones son –ni más ni menos– que normas convencionales, o al menos crear normas convencionales interpretadas (pero al hablar de creación no parece referirse solo a fijar interpretaciones de normas ya existentes, sino que la expresión tiene una carga más fuerte, como de establecer nuevas normas).

Por otra parte, para hacer eso, la Corte IDH puede incluir como contenido de esos EIDH no solo su jurisprudencia de otros casos en los que un Estado no ha sido parte, sino también jurisprudencia de la Corte EDH, tratados del sistema universal, resoluciones de Comités de la ONU, recomendaciones de la CIDH e informes de relatores de la OEA y de la ONU, por el simple mecanismo de “hacerlos suyos”. Es útil tener en cuenta el contenido de este voto para poder desentrañar cómo la Corte IDH concibe a los EIDH. Se trata de un ejemplo más de lo que señala Neuman (2014, p. 193) cuando dice que, en algunos casos, la Corte IDH está convirtiendo *soft law* global en *hard law* regional cuando toma estándares precisos y elaborados, articulados por medio de

38 Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 220, 26 de noviembre de 2010, voto razonado del Juez ad hoc Ferrer Mac-Gregor, párr. 51. Énfasis añadido.

procesos no vinculantes de las Naciones Unidas, para proveer el contenido con el que dan efecto a normas de la Convención Americana menos determinadas, pero vinculantes.

Florencia Ratti es una autora que ha analizado mucho la jurisprudencia de la Corte IDH. A ella –y al equipo de investigación del que forma parte (Lafferriere y Lell, 2021)– pertenece el concepto de “fórmulas usuales” o habituales, que son criterios hermenéuticos o parámetros abstractos que la Corte reproduce cada vez que se enfrenta a un mismo escenario fáctico o problema jurídico (Ratti Mendaña, 2021). El trabajo de esta autora revela que, en el discurso de la Corte IDH, las citas que ella hace de fórmulas usuales de su propia jurisprudencia se encuadran dentro del tipo “cita de conceptos comunes”, en contraposición a las llamadas “citas de analogía”. Mientras que las primeras contienen conceptos jurídicos abstractos que se utilizan como soporte argumental, en las segundas se comparan plataformas fácticas, y es la analogía fáctica entre los distintos casos la que se transforma en un vínculo de autoridad (pp. 27-28). Esto significa que cuando la Corte se cita a sí misma, cuando se repite, no es porque piense que los nuevos casos que resuelve son iguales que los anteriores, sino que piensa que su jurisprudencia creó derecho que luego ella misma aplica. De esta manera, la investigación de Ratti revela que la Corte IDH concibe a las fórmulas usuales no como precedentes, sino justamente como estándares. Me atrevería a afirmar que esto confirma que los estándares de la Corte no son el resultado de una mera operación de aplicación o interpretación del derecho, sino de una verdadera creación de derecho (De Casas, 2019).

No obstante lo anteriormente dicho, hay que reconocer que la Corte IDH también usa la expresión *EIDH* sin darle valor de fuente en muchos casos. En efecto, es frecuente que un tipo de medida de no repetición ordenada por la Corte sea formulada así: “la Corte considera oportuno que el Estado diseñe e implemente un programa de capacitación sobre derechos humanos y estándares internacionales en materia de personas privadas de la libertad, dirigido a agentes policiales y penitenciarios”.³⁹ Este es un ejemplo, de entre muchos, que la Corte IDH tiene en materia de reparaciones: ordena capacitar en *EIDH*, pero sin aclarar o concretar a qué se refieren o cuáles deberían ser los contenidos curriculares de esas capacitaciones. Evidentemente, no está citándolos como fuente para decidir el caso, sino que ordena enseñarlos, difundirlos, con vistas a que sean conocidos e implementados por las autoridades locales así

39 Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 150, 5 de julio de 2006, párr. 149.

educadas. Aunque podría alegarse que el hecho de que no los cite como fuente no quiere decir que no los reconozca como tal.

En un caso más reciente, al dictar medidas de no repetición relativas a adoptar legislación para tipificar adecuadamente el delito de tortura, la Corte señaló:

Dado el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en el sentido de que el artículo 201 bis del Código Penal referente a que la tipificación de la tortura aún *no se ha adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos* y que en la Sentencia del caso Ruiz Fuentes y otra vs. Guatemala en el párrafo 225 se ordenó, como una garantía de no repetición, que se adecúe en un plazo razonable la tipificación del delito de tortura contenida en el artículo 201 bis del actual Código Penal a *los estándares internacionales de derechos humanos*. Por tanto, la Corte considera que no es necesario reiterar a Guatemala medidas de reparación sobre la *adecuación de sus disposiciones de derecho interno a la Convención Americana a este respecto*, toda vez que el cumplimiento de dicha medida será analizado por parte de la Corte en la etapa supervisión de cumplimiento correspondiente de dicho caso.⁴⁰

El párrafo es confuso porque menciona dos veces con términos similares que una legislación interna debe adecuarse a los EIDH y en un tercer momento habla de que esa adaptación debe hacerse adecuándose a la CADH. La confusión viene porque o bien debemos entender, basados en la última parte del párrafo, que los EIDH coinciden con la CADH o bien atenernos a la más consolidada posición de la Corte de que los EIDH tienen un contenido que va más allá de la CADH. ¿La última oración del párrafo es sólo una sinécdoque que usó la Corte para no repetir por tercera vez el sintagma *EIDH* o la medida de reparación indicada es adecuar el derecho interno sólo a la CADH? Si fuera lo primero, y la Corte no ha variado su opinión, lo deseable es que se evitara este uso tan poco claro de la variación elegante, como dije más arriba respecto de la CIDH.

Todos los ejemplos dados hasta ahora son de decisiones de la Corte en sentencias o resoluciones. Pero hay otros documentos elaborados institucionalmente por ella, como materiales de difusión, en los que también aparece la expresión. Es el caso de los llamados *Cuadernillos de Jurisprudencia*:

La serie Cuadernillos de Jurisprudencia se compone de publicaciones que sistematizan temáticamente o por países los estándares de derechos humanos adop-

40 Corte IDH, *Caso Valenzuela Ávila vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 386, 11 de octubre de 2019, párr. 243. Énfasis añadido.

tados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...). Su propósito es difundir, de manera accesible, las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal respecto de diversos temas de relevancia e interés regional.⁴¹

En definitiva, del análisis anteriormente realizado puede advertirse un uso ambiguo del sintagma *EIDH* por parte de la Corte IDH. Al respecto, Molina Vergara (2018) dice:

De su lectura podemos evidenciar la falta de precisión en su invocación, siendo demasiado amplios para ser exigibles como mínimo esperado, su redacción con manto de autoridad y obligatoriedad dado por la Corte, pero al mismo tiempo su dilución en los mecanismos efectivos de controlar su cumplimiento, pues queda aún la duda si un estándar entregado por la Corte IDH es norma obligatoria incorporada al derecho interno a través de las facultades interpretativas de la Corte sobre la CADH, o son meras declaraciones de principios con términos laxos como “recomendar” “promover” o “alentar”, los cuales transforman el contenido jurídico de un estándar a una categoría de mera recomendación. (pp. 246-247)

Nicolás Lafferriere y Helga Lell (2021, p. 78) han señalado que este estado de cosas encierra una tensión, si se tiene en cuenta la doctrina del control de convencionalidad creada pretorianamente por la propia Corte. Para estos autores,

por un lado, la función de la Corte es resolver casos concretos y no generar estándares, pero, por el otro, al requerirse que los Estados efectúen un control de convencionalidad, la variedad de usos y la falta de claridad sobre ellos en torno a [conceptos clave] atenta contra dicho control. (Lafferriere y Lell, 2021, p. 78)⁴²

3.4.3 Conclusión sobre el SIDH

Como se ha visto hasta aquí, “[t]anto la CIDH como la Corte IDH en su jurisprudencia han tendido a la creación de estándares internacionales en diversas materias, siendo luego promovidos como algo asumido con obviedad y claridad” (Molina Vergara, 2018, p. 249). Ambos órganos,⁴³ pero en especial la

41 Corte IDH, “Control de convencionalidad”, No. 7 de la Serie *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2021, portadilla.

42 En la cita se refieren específicamente al concepto de dignidad como concepto clave, pero en este contexto considero que se puede generalizar y los autores estarían de acuerdo con esa generalización.

43 Cfr. Torres Zúñiga (2023, p. 74). También del tribunal se ha dicho que “To a unique extent, the

CIDH, al hacer sistematizaciones de estándares por y para ciertas materias, dejan en evidencia la amplitud, subjetividad de interpretación y de construcción de estos (p. 252).

Por otra parte, ni los informes de la CIDH ni las decisiones de la Corte analizadas manejan una definición clara del concepto de estándares, o al menos no una única o unívoca. Sin embargo, y no puedo pensar que lo hagan de manera inadvertida, muchas veces los invocan como regla de conducta para los Estados.⁴⁴ Una vez más, como en el caso mencionado de las ONG, es posible que este término se utilice persiguiendo una intencionalidad ideológica específica al atribuir un significado: una forma más o menos técnica de desarrollar progresivamente los derechos humanos.

Con esto coincidiría Molina Vergara (2018, p. 253), pues habla de múltiples intereses detrás de la invocación del sintagma. Y claramente lo demuestran Navas et al. (2020) cuando dicen:

En varios temas, el SIDH ha sido pionero en la inclusión y desarrollo de instituciones jurídicas dentro de los estados: derechos de los pueblos indígenas, prohibición de la censura previa y responsabilidad ulterior, excepcionalidad de la prisión preventiva, tipificación e investigación de la desaparición forzada de personas, derecho a la vida digna, protección a niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad, derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes, no discriminación de personas LGBTI, violencia contra la mujer, entre otros. Organizaciones como CEJIL han estudiado los efectos favorables que han tenido las actuaciones del SIDH, las decisiones de sus órganos han logrado en muchos casos movilizar sectores sociales y funcionarios públicos para la implementación de decisiones que no siempre van dirigidas en contra de los estados que deciden adoptar *nuevos estándares*. Cabe añadir que la doctrina del control de convencionalidad ha permitido a jueces, juezas, tribunales y cortes nacionales tener un rol más activo en la implementación de los *estándares internacionales de derechos humanos*. En conclusión, el SIDH es una plataforma valiosa, no solo porque permita a las personas y pueblos que sufren violaciones de derechos humanos contar con una instancia adicional a la cual acudir en búsqueda de una reparación integral a sus derechos, sino que es además *un foro en el que se adelantan reformas constitucionales, legales y de políticas públicas* en favor de las personas y los pueblos de las Américas. (pp. 41-45)⁴⁵

Inter-American Court draws on the jurisprudence and standards of other supra-national forums and instruments in international human rights law” (Yamin y Ochoa, 2023, párr. 6).

44 Digo “muchas veces” y no “siempre” porque sigue habiendo ejemplos de casos de EIDH que la CIDH y la Corte IDH no aplican como fuente. Ver los mencionados como “NF” en el cuadro de análisis del Anexo I.

45 Énfasis añadido.

Estas deducciones o intuiciones sobre el uso “performativo” del enunciado *EIDH* parecen confirmarse –en el caso de la CIDH– con el informe temático de 2021 titulado “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos”. Allí se dice:

El presente compendio se elaboró a partir de la revisión, sistematización y análisis de los *estándares* desarrollados por la CIDH en materia de la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los *estándares* interamericanos de derechos humanos.⁴⁶

Es decir, son estándares sobre la obligatoriedad de implementar estándares. El informe no es explícito sobre cuáles son los segundos estándares, pero lo deja entrever en varias partes y es coherente con lo que viene sosteniendo en otros informes de estándares interamericanos: “[L]as normas contenidas en los instrumentos interamericanos y los estándares desarrollados por los órganos del sistema”⁴⁷ o, como dice en otra parte, “todo el corpus jurídico interamericano de derechos humanos”.⁴⁸ O sea, los Estados tendrían obligación de adecuar su normativa interna no sólo a las normas jurídicas vinculantes de fuente convencional o consuetudinaria, sino también a todos los *EIDH* que han ido desarrollando los órganos del SIDH, concebidos en términos amplios.

En resumen, y utilizando la terminología del cuadro de análisis del Anexo 1, hoy la postura de la CIDH sobre los *EIDH* es que estos tienen un contenido entre amplio y amplísimo, y éstos, a su vez, tienen valor de fuente de derecho. Lo mismo cabe decir de la postura de Corte IDH, deducida del uso más común que hace ese tribunal del sintagma *EIDH*.

4. Recapitulación y conclusiones generales

En este artículo se describe el fenómeno del uso del sintagma “estándares internacionales de derechos humanos” por parte de la doctrina, la jurisprudencia y otros organismos públicos y privados. Hay un especial desarrollo de este

46 CIDH, “Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 11, 25 de enero de 2021, párr. 8. Énfasis añadido.

47 Ídem, párr. 30. En el párr. 27 se equipara a los estándares con “la normativa del Sistema Interamericano” y se habla de “fuente normativa”.

48 Ídem, párr. 18.

fenómeno en el SIDH. Luego de un extenso análisis, se demostró la hipótesis de trabajo, llegando a la conclusión de que quienes utilizan la expresión *EIDH* o sus equivalentes suelen considerar que dichos estándares no se refieren únicamente a la expresión jurídica positiva de los derechos humanos en tratados, costumbre o principios generales de derecho. Yendo más allá, a tal expresión le dan un uso que incluye también los instrumentos cuyo contenido jurídico-normativo o vinculatoriedad es dudoso o, cuando menos, de obligatoriedad no expresamente declarada ni reconocida por ninguna norma internacional. Es decir, el *contenido* que le dan a la categoría de los estándares es amplio: no solo se refieren a normas convencionales, consuetudinarias y principios, sino que también incluyen ahí otras normas, criterios, jurisprudencia o pronunciamientos. La práctica formada por los doctrinarios, la jurisprudencia y otros agentes suele asignarles a esos *EIDH* un *valor jurídico* de fuente de derecho internacional. Es decir que todos los *EIDH* serían jurídicamente vinculantes.

Como adelanté, la inexistencia de una noción precisa de *EIDH* o la falta de claridad sobre su definición generan diversos problemas, derivados –en parte– de la polisemia del sintagma y de dificultades de traducción. Pero también la combinación de los descriptos *contenido amplio* y *valor de fuente* que, en muchos casos, pretende reconocerse dan como resultado otra serie de problemas, que espero tratar en un futuro trabajo. La acumulación de problemas no es menor, a punto tal que un célebre jurista como Prosper Weil (1983) ha llegado a decir que “no cabe duda de que nos encontramos ante un fenómeno patológico de la normatividad internacional” (p. 416).

En otra parte ya he explicado (De Casas, 2019) que no es conveniente concebir los *EIDH* tal como se los utiliza generalmente –según se ha visto hasta aquí– y propongo un uso distinto del sintagma que solo se refiera con ese término a aquellas normas no vinculantes de derecho internacional, reservando la expresión “obligaciones de derechos humanos” o “derechos humanos” a secas para aquellas fuentes que claramente crean obligaciones para los Estados. Lamentablemente, considero que las herramientas con las que hasta ahora cuenta el derecho internacional público para determinar el verdadero valor jurídico de los así llamados *EIDH* no han facilitado la tarea.

Bibliografía

- Acebal Monfort, L., Fernández-Aller, C. y De Luis Romero, E. (2011). *El enfoque basado en derechos humanos y las políticas de cooperación internacional: Análisis comparado con especial atención al caso español*. Red EnDerechos.
- Alva-Arévalo, A. (2020). De la teoría a la práctica: Evaluando las consultas sobre hidrocarburos en el Perú desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos. *Deusto Journal of Human Rights*, 5, 155-186. <http://dx.doi.org/10.18543/djhr.1793>.
- Asociación Ixoqib' MIRIAM. (2018). *Análisis de la aplicación de la legislación guatemalteca en las sentencias de reparación digna para mujeres sobrevivientes de violencia*.
- Color Vargas, M. (2013). *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- De Casas, C. I. (2019). ¿Qué son los estándares de derechos humanos? *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9(2), 291-301. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/ridh/article/view/711>.
- Gauché Marchetti, X. (2016). Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos. Aportes para su consideración en la discusión en Chile del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. En Casas Becerra, L. y Lawson, D. (Eds.), *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile* (pp. 45-76). Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- Lafferriere, J. N. y Lell, H. M. (Eds.). (2021). *La dignidad a debate: Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Marcial Pons.
- Molina Vergara, M. (2018). Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 25(1), 233-256. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532018000100233>.
- Navas, A. C., Cordero Heredia, D. y Guerrero Salgado, E. (2020). La necesidad de una Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes. *Revista Ruptura*, (02), 35-48. <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.58>.
- Neuman, G. L. (2014). Importación, exportación y consentimiento regional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 4, 175-218.
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (19 de diciembre de 2019). *ONU-DH: el proceso de consulta indígena sobre el Tren Maya no ha cumplido con todos los estándares internacionales de derechos humanos en la materia*. <https://hchr.org.mx/comunicados/onu-dh-el-proceso-de-consulta-indigena-sobre-el-tren-maya-no-ha-cumplido-con-todos-los-estandares-internacionales-de-derechos-humanos-en-la-materia/>.
- Pinho de Oliveira, M. F. (2020). Vigencia de los Derechos Humanos en el marco de los diferentes planes de Emergencia que han aplicado los Estados con motivo del COVID-19. *Derechos en Acción*, 15(15), 336-364. <https://doi.org/10.24215/25251678e403>.
- Ratti Mendaña, F. (2021). Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 3-37. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002021000200003>.
- Ratti Mendaña, F. S. (26 de octubre de 2021). Notas metodológicas para un análisis dinámico

- de la jurisprudencia a partir de fórmulas usuales o estándares. *La Ley*, 8-LA LEY2021-F (Suplemento Constitucional).
- Red de Acceso al Aborto Seguro Argentina. (2019). *De la Clandestinidad al Congreso. Un análisis del debate legislativo sobre la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en Argentina*. <https://redaas.org.ar/documentos-redaas/de-la-clandestinidad-al-congreso-2019/>.
- Román González, Y., Naredo, M., Orjuela, L. y Rodríguez, V. (2012). *La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familiar. Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos*. Save the Children España. <https://resourcecentre.savethechildren.net/library/la-justicia-espanola-frente-al-abuso-sexual-infantil-en-el-entorno-familiar-un-analisis-de>.
- Soley, X. (2019). The Crucial Role of Human Rights NGOs in the Inter-American System. *AJIL Unbound*, 113, 355-359. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.68>.
- Torales, J., Rodríguez, M., Arce, L. y Rojas, G. (2019). *Paraguay y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC): Sus compromisos, acciones y cumplimiento*. Centro de Análisis y Difusión de la Economía Paraguaya.
- Torres Zúñiga, N. (2023). *The Inter American Court of Human Rights: The Legitimacy of International Courts and Tribunals*. Taylor & Francis.
- Wechselblatt, L. (2020). El rol del derecho internacional de los derechos humanos en las estrategias de incidencia de los movimientos sociales pro-aborto. Una perspectiva latinoamericana y argentina. *Revista Estado y Políticas Públicas*, 14, 131-154.
- Weil, P. (1983). Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*, 77(3), 413-442.
- Yamin, A. E. y Ochoa, S. (16 de marzo de 2023). *What's at Stake in the Abortion Case Before the Inter-American Court of Human Rights?* EJIL: Talk! <https://www.ejiltalk.org/whats-at-stake-in-the-abortion-case-before-the-inter-american-court-of-human-rights/>.

#	Tipo de documento	Autor/Emisor	Nombre del documento	Fecha	Cita textual del lugar donde se usa la expresión EIDH (las negritas me pertenecen)	Contenido (o definición de EIDH según el uso que se le da)	Valor (fuente o no fuente)
1	Comunicado de prensa	ONU-DH México	ONU-DH: el proceso de consulta indígena sobre el ITren Maya no ha cumplido con todos los estándares internacionales de derechos humanos en la materia	2019	<p>“La Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) llama la atención en relación con el proceso de consulta indígena sobre el “Proyecto de desarrollo ITren Maya”, realizado del 15 de noviembre al 15 de diciembre de 2019, el cual hasta el momento no ha cumplido con todos los estándares internacionales en la materia. (...) Los estándares internacionales de derechos humanos establecen que la consulta y el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas debe ser previo, libre, informado y culturalmente adecuado. (...) Finalmente, la ONU-DH celebra la presencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de comisiones estatales y de misiones civiles de observación en las sesiones y reafirma su compromiso para mantener el diálogo con todas las partes involucradas y brindar asistencia técnica con el objetivo de lograr una plena realización de los derechos de los pueblos indígenas en línea con los estándares internacionales en la materia y los compromisos que el Estado mexicano ha adquirido al respecto. Para más información sobre los derechos de los pueblos indígenas, favor de consultar los siguientes documentos, el link de acceso se encuentra en el nombre: Convenio 169 de la OIT, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre consentimiento libre, previo e informado, Cerrando la brecha. Recomendaciones para la implementación de los derechos de los pueblos indígenas. Los derechos de los pueblos indígenas en México: una mirada desde los organismos del Sistema de Naciones Unidas.”</p>	<p>Aunque por un lado la expresión EIDH es acompañada en un caso de la expresión “compromisos” como si fueran cosas distintas, por el uso que se le da en el resto del comunicado y por el contexto -ya que al final se incluye una lista de documentos donde obtener más información sobre derechos de los pueblos indígenas- parece indicarse que los estándares van más allá de los contenidos en el tratado (169 OIT) -que sí son compromisos- sino que incluyen también declaraciones, estudios, y recomendaciones de la misma ONU-DH México</p>	F

2	Doctrina	Zalaquett Daher, José	La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas	2008	<p>“Por tanto, si bien una declaración de Naciones Unidas puede calificarse, dado que estrictamente carece de fuerza vinculante, de <i>soft law</i> o “derecho blando”, habitualmente da impulso a un proceso que culmina en una convención internacional vinculante. Más aún, en la práctica, los derechos y estándares proclamados en una declaración determinada comienzan a invocarse desde ya por organizaciones no gubernamentales y movimientos de derechos humanos en sus campañas en pro del respeto de determinados derechos, independientemente de su carácter jurídico de <i>soft law</i>; del mismo modo, las declaraciones contribuyen al desarrollo de opiniones doctrinarias y, por esa y otras vías, influyen en los razonamientos y decisiones de tribunales nacionales y de las cortes u otros órganos de protección de los derechos humanos, sean internacionales o regionales. (...) el propósito de mucho del contenido de las declaraciones o convenciones sobre estas materias es no sólo jurídico, sino también político y educativo.” (p. 142)</p> <p>“Como se advierte de los fallos citados en esta sección, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido aplicando a los casos de demandas de derechos de los pueblos indígenas que ha conocido, los conceptos, estándares y normas desarrollados en la evolución de la doctrina sobre esta materia, así como los que brotan [del] lo que llama el <i>corpus juris</i> internacional sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas.” (p. 147)</p>	NF
3	Doctrina	Quinche Ramirez, Manuel Fernando	Los estándares de la Corte Interamericana y la ley de justicia y paz	2009	<p>El libro describe varios usos de la expresión, tanto en la jurisprudencia constitucional colombiana, como en justicia transicional, y finalmente su uso por parte de la Corte IDH.</p>	F
4	Doctrina	Acebal Fonfort et al	El enfoque basado en derechos humanos y las políticas de cooperación internacional: análisis comparado con especial atención al caso español	2011	<p>“El Enfoque Basado en Derechos Humanos (EBDH) aporta un marco conceptual y metodológico fundamentado normativamente en estándares internacionales de Derechos Humanos y operativamente dirigido a promover, proteger y hacer efectivos los derechos humanos.” (p. 25)</p> <p>“El enfoque contribuye a que el proceso de formulación de políticas sea más transparente, y da a la población y las comunidades capacidad de acción para que los que tienen el deber de actuar rindan cuentas al respecto, asegurando que existan vías de</p>	NF

<p>reparación efectivas en caso de violación de derechos. Un enfoque del desarrollo basado en derechos legítima las demandas de lucha contra la pobreza. Para ello apoya la vigilancia de los compromisos del Estado con la ayuda de las recomendaciones de los Órganos creados en virtud de los Tratados de Derechos Humanos, de los Procedimientos Especiales (Relatores, Expertos Independientes, Grupos de Trabajo...) y mediante evaluaciones: públicas e independientes de la actuación del Estado" (p. 27)</p>	<p>2013</p>	<p>F</p>	<p>Conjunto de normas e instrumentos internacionales de derechos humanos, donde se destaca la diferente naturaleza de unos y otros, pero sin embargo, agrupando todo finalmente en un corpus iuris algo indiferenciado</p>
<p>5 Doctrina</p>	<p>Color Vargas, Marycamen</p>	<p>Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos</p>	<p>"Para el desarrollo del contenido de este módulo, como ya se hizo referencia en la presentación de éste, se tratará de ir dando respuesta a preguntas relacionadas con el DIDH, que finalmente ayudarán a la/el lector a conocer, de manera general, cuáles son las normas e instrumentos internacionales que conforman los estándares de derechos humanos y a partir de los cuales se puede integrar el contenido y obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos." (p. 14)</p> <p>"Si bien es cierto que los tratados son la fuente principal de obligaciones de los Estados, existen otras normas que complementan su contenido y que conforman el llamado corpus iuris internacional de los derechos humanos. En relación con este concepto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha referido que el DIDH está conformado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Los diferentes instrumentos internacionales que conforman el corpus iuris, con sus naturalezas jurídicas diferentes, sirven para comprender mejor el contenido de los derechos y las obligaciones que los Estados tienen frente a los derechos humanos." (p. 18)</p> <p>"Es importante destacar que esta concepción de las fuentes del derecho internacional general, traída al DIDH, no debe concebirse como una suerte de camisa de fuerza que restrinja [sic] la relevancia de los diferentes instrumentos internacionales que constituyen el <i>corpus iuris</i> de los derechos humanos, como lo ha referido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De manera que, para la configuración del contenido del DIDH se deben considerar complementariamente las fuentes del derecho internacional público y el estándar de corpus iuris internacional de los derechos humanos." (pp. 18-19)</p> <p>"Las declaraciones, principios, directrices y códigos de conducta no tienen los efectos jurídicos que tienen los tratados; sin embargo, como ya se ha referido, son parte del corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos." (p. 21)</p>

6	Doctrina	Serrano, Sandra	Los estándares internacionales de los derechos humanos: un sistema de derechos en acción	2015	<p>“Es la lógica de la interrelación entre derechos, principios y obligaciones lo que genera aquello que llamamos “estándares internacionales”, de tal forma que no se trata solo de mirar al derecho como concepto, sino de entenderlo en su funcionamiento, cuando se relaciona con las obligaciones y en la forma como se presenta en cada contexto así, los estándares internacionales son una constante construcción de los órganos encargados de proteger los derechos humanos, pero también de aquellos encargados de cumplirlos.</p> <p>Los principios y las obligaciones cumplen la promesa de la constante creación de los derechos humanos, pues aún después de alcanzados los mínimos y los estándares exigibles, siempre permanecerán como una promesa a futuro. En este sentido los derechos humanos siempre serán los derechos por venir.” (p. 67)</p>	<p>F</p> <p>Construcción de los órganos de protección de ddhh y de los encargados de cumplirlos; se generan mediante la interrelación entre derechos, principios y obligaciones, es algo en funcionamiento</p>
7	Doctrina	Gauché Marchetti, Ximena	Estándares sobre derechos sexuales y reproductivos en el derecho internacional de los derechos humanos. Aportes para su consideración en la discusión en Chile del proyecto de ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales	2016	<p>“Este trabajo tiene como propósito mostrar los estándares en materia de interrupción del embarazo que se han desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, en el marco de los derechos sexuales y reproductivos, asumiendo éstos como derechos humanos. Se considerará tanto lo que dicen las normas e instrumentos internacionales que obligan a Chile, como la interpretación que a tales normas e instrumentos han dado los distintos órganos llamados a vigilar su cumplimiento por los estados.” (pp. 46-47)</p> <p>[En varios pasajes del artículo la autora reconoce que los derechos sexuales y reproductivos han sido creados por los órganos de interpretación a pesar de que expresamente nadie diga sobre ellos los instrumentos vinculantes correspondientes] (pp. 47 a 59)</p>	<p>F</p> <p>Tanto lo que dicen las normas e instrumentos internacionales que obligan al Estado, como la interpretación que a tales normas e instrumentos han dado los distintos órganos llamados a vigilar su cumplimiento. Esta interpretación puede avanzar más allá de lo dicho por las normas o instrumentos, y hacerlo incluso cuando el caso concreto no se refiera a los derechos sobre los que se fijan esos estándares. Los órganos de interpretación pueden usar, al fijar esos estándares, instrumentos tales como sentencias de otros tribunales, acuerdos no vigentes para las partes y soft law</p> <p>“Me refiero al Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, de 2012. Si bien no es el único pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano en materia de derechos sexuales y reproductivos, sí reviste la mayor importancia por la reconceptualización notable que se hace de la vida privada, la libertad personal, la no discriminación y otros derechos en relación con la salud sexual y reproductiva y por la interpretación que atribuye al artículo 4.1 de la Convención Americana, afirmando la protección gradual e incremental para el no nacido, al que no se considera persona, cuestión de la mayor centralidad cuando se habla de interrupción del embarazo. De esta manera, no siendo estrictamente un caso vinculado a la interrupción del embarazo –si no más bien a otras facetas de los derechos reproductivos–, marca el estándar americano vigente en el tema.” (p. 61)</p>

8	Doctrina	Pittier, Lautaro	"Control de convencionalidad en Argentina", Revista IIDH, 64	2016	<p>"la Corte viene usando una enorme cantidad de instrumentos en el contexto de sus reglas de interpretación, tales como sentencias de otros tribunales internacionales, sentencias de tribunales nacionales y documentos de <i>soft law</i>, muchas veces casi como argumentos de autoridad.</p> <p>(...) problemas que el fallo ofrece a los interesados en el derecho internacional, desde la lógica del sistema de creación de fuentes y las reglas de interpretación de normas internacionales" (p. 64)</p> <p>"Como la Corte ha ido ampliando notablemente el entendimiento e interpretación de los derechos que los estados deben garantizar utilizando instrumentos que no son realmente parte del sistema interamericano, sea porque no tienen el carácter de tratado (el caso del <i>soft law</i>), sea porque se trata de acuerdos internacionales no vigentes: para los estados partes o sea porque invoca sentencias de tribunales nacionales o de otros tribunales internacionales, es fácil entender las inquietudes que provoca." (p. 72)</p>	F
					<p>Creaciones de la Corte IDH (u otros tribunales de DDHH) que luego los jueces domésticos tienen el deber de conocer para utilizarlos: para resolver</p> <p>"Quizás sea éste el mayor desafío para los jueces nacionales de todas las instancias, porque la CADH marca un deber genérico para todos ellos, que los coloca muchas veces en una situación incómoda frente a sus propias obligaciones constitucionales y a la vez, si las hacen prevalecer por sobre los estándares internacionales que elabora la Corte IDH, dejan expuesto al Estado a la responsabilidad internacional." (p. 185)</p> <p>"No es posible desconocer que esas dificultades se generan en las particularidades de cada país en materia de jurisdicción, competencias de control, normativa constitucional e infraconstitucional. Esas diferencias muchas veces provocan situaciones de difícil solución porque los sistemas implementados a nivel nacional no siempre han evolucionado en igual medida que lo ha hecho la Corte IDH y otros tribunales en la materia, al crear nuevos estándares para resolver conflictos en el ámbito de los derechos humanos.</p> <p>El desarrollo progresivo de los derechos humanos exige el esfuerzo de complementación y coordinación del derecho nacional e internacional en lo que hace a la interpretación conforme a la protección de los derechos humanos, porque la finalidad del sistema es lograr que los jueces domésticos, siendo quienes tienen la inmediatez con el problema, sean quienes resuelvan mediante la utilización de los mencionados estándares internacionales.</p> <p>El trabajo incipiente de los jueces requerirá mayores esfuerzos en el conocimiento y manejo de los estándares internacionales específicos para poder atender y dictar justicia a los planteos sobre regresividad." (p. 186)</p>	

9	Doctrina	Yahyaoui Krivenko, Ekaterina	2016	<p>“No es posible desconocer que esas dificultades se generan en las particularidades de cada país en materia de jurisdicción, competencias de control, normativa constitucional e infraconstitucional. Esas diferencias muchas veces provocan situaciones de difícil solución porque los sistemas implementados a nivel nacional no siempre han evolucionado en igual medida que lo ha hecho la Corte IDH y otros tribunales en la materia, al crear nuevos estándares para resolver conflictos en el ámbito de los derechos humanos.</p> <p>El desarrollo progresivo de los derechos humanos exige el esfuerzo de complementación y coordinación del derecho nacional e internacional en lo que hace a la interpretación conforme a la protección de los derechos humanos, porque la finalidad del sistema es lograr que los jueces domésticos, siendo quienes tienen la intermediación con el problema, sean quienes resuelvan mediante la utilización de los mencionados estándares internacionales.</p> <p>El trabajo incipiente de los jueces requerirá mayores esfuerzos en el conocimiento y manejo de los estándares internacionales específicos para poder atender y dictar justicia a los planteos sobre regresividad.” (p. 186)</p>	F y NF
<p>“Thus, from the very beginning of its activities, the CEDAW Committee simply assumed, or pretended, that violence against women was a matter within its competence and that it was also covered by various provisions of the CEDAW, creating obligations for states parties. The attitude of the CEDAW Committee is that it is performing a norm-filling function by articulating soft law standards on violence against women. However, against the background of the historical development sketched above, the Committee’s actions can be regarded as norm-creating. From now on states have to address certain issues that they were unwilling to include in the text of the CEDAW during the drafting process.” (p. 57)</p> <p>“Seemingly, the Committee sidestepped the soft law stage in the development of the prohibition of violence against women propelling it immediately into the realm of hard law. As mentioned previously, the outcome of the Copenhagen Conference in 1980 indicated that the prohibition of violence against women did not even attract the degree of traction required for a soft law standard, not to speak of hard law.” (p. 58)</p> <p>“Other human rights bodies followed the strategy of framing violence against women as violations of other already well-es</p>					

<p>10 Doctrina</p>	<p>Gauché Marchetti, Ximena</p>	<p>Comentarios a la Opinión Consultiva 24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de identidad de género</p>	<p>2018</p>	<p>tablised human rights standards. However, this development does not mean that violence against women in all its forms and manifestations became part of established human rights law. This simply indicates that some forms of violence against women can be addressed, to some extent, under the existing hard law standards." (p. 61)</p>	<p>F y NF</p>	
		<p>"En este comentario se asume que de esta forma se han generado verdaderos "estándares internacionales" que deberán seguir los estados parte del sistema en lo que toca a las materias contenidas en esta Opinión Consultiva. Si bien reconozco que la expresión "estándares internacionales" es una que puede abarcar diferentes significados en el derecho internacional, con distintas consecuencias según cual sea ese significado atribuido e incluso pudiendo ser acusada de vaga e imprecisa y en tal sentido, como prejudicial para la seguridad jurídica, propongo la aceptación de su uso desde un sentido específico dado en el derecho internacional de los derechos humanos. Ello por las manifestaciones que existen en ese ámbito del uso de esta categoría jurídica.</p>	<p>Así, pudiendo una discusión conceptual o gramatical sobre el término "estándares internacionales" ser de gran riqueza para la academia, no será abordada en este comentario por el propósito que persigue, entendiendo de esta forma que tal debate no debe nublar la mirada en relación al uso y consecuencias que la expresión tiene en la práctica internacional jurisdiccional y en la de los estados, tanto en los planos normativo como de políticas públicas.</p>	<p>Por cierto, no se pretende acá que todo lo que emane de la sociedad internacional y sus actores pueda ser ligeramente calificado de "estándar internacional". La expresión se usa en este comentario como aquello a lo que la práctica internacional le ha dado un sentido que se puede entender aceptado por los estados, aunque no por ello el único posible. Para ese fin, puede ser citada como punto de partida la comprensión que han hecho los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos define como estándares jurídicos "al conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término "estándares jurídicos" asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente</p>	<p>"aquello a lo que la práctica internacional le ha dado un sentido que se puede entender aceptado por los estados, aunque no por ello el único posible."</p> <p>Comprensión del alcance y contenido mínimo exigible o recomendable en relación a determinadas normas u obligaciones internacionales, realizado por quien tiene autoridad por razón de la confianza en su actuar desde un punto de vista de la ética y lo profesional, derivada a su vez de un mandato convencional entregado para ese fin por los estados a quienes obligan tales normas. Este estándar puede estar dado por la misma norma cuando ella es clara en su sentido y alcance, o dado por la norma y la interpretación de su sentido y alcance que realicen los órganos a quienes esta determinación se ha comisionado.</p>	

<p>se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”</p> <p>Resulta así que la expresión se puede entender como referida a la comprensión del alcance y contenido mínimo exigible o recomendable en relación a determinadas normas u obligaciones internacionales, realizado por quien tiene autoridad por razón de la confianza en su actuar desde un punto de vista de la ética y lo profesional, derivada a su vez de un mandato convencional entregado para ese fin por los estados a quienes obligan tales normas.</p> <p>De esta manera, el “estándar jurídico” puede estar dado por la misma norma cuando ella es clara en su sentido y alcance, o dado por la norma y la interpretación de su sentido y alcance que realicen los órganos a quienes esta determinación se ha comisionado. Esta comprensión sería una forma de operativizar su uso. Además, por los principios universalmente aceptados del <i>pro persona</i> y de la progresividad, así como por la fuerza expansiva de los derechos humanos, debe entenderse que una vez desarrollado un cierto estándar como exigible o recomendable no se podrá sino avanzar en un sentido garantista, y nunca pretender un sentido que los limite o restrinja.” (pp. 182-184)</p>	<p>2018</p> <p>Estándares internacionales de protección de derechos humanos aplicables al instituto de extradición. Su incidencia en la práctica argentina</p> <p>González Napolitano, Silvana (dir)</p> <p>Doctrina</p> <p>11</p> <p>NF</p> <p>Sistematización de jurisprudencia y normativa convencional relativa a derechos humanos. En al menos un capítulo de la obra se incluye en la “jurisprudencia” sistematizada tanto pronunciamientos de la Corte IDH contenidos en OC, como también del TEDH, y de Comités en casos contentiosos y en comentarios generales</p> <p>“Por último, con relación a la doctrina, existen estudios sobre la jurisdicción universal, la obligación de juzgar o extraditar, las inmunidades penales de los funcionarios del Estado, los derechos humanos. Sin embargo, no se destaca un estudio pormenorizado y actualizado de estándares internacionales de protección de derechos humanos aplicables directamente a los procedimientos de extradición. Se destaca la importancia que podría implicar, tanto para la práctica como para el ámbito académico, contar con una herramienta que sistematice y analice la jurisprudencia, los instrumentos internacionales en la materia y sus efectos en los procedimientos de extradición en la República Argentina. (...)</p> <p>En síntesis, el <i>objetivo general</i> de la investigación ha sido estudiar los estándares internacionales de protección de derechos humanos que se aplican en los procedimientos de extradición. Los <i>objetivos específicos</i> fueron:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar los tratados de derechos humanos que incluyen cláusulas de extradición; - Identificar las cláusulas vinculadas a la protección de derechos humanos en los tratados multilaterales de otras materias que contengan cláusulas de extradición; - Analizar las cláusulas vinculadas a la protección de derechos humanos en los tratados bilaterales de extradición suscriptos por la República Argentina;
--	---

<p>- Analizar las cláusulas vinculadas a la protección de derechos humanos en la Ley argentina de cooperación internacional en materia penal (ley 24.767);</p> <p>- Analizar la aplicación de causales de denegación por los tribunales regionales de derechos humanos;</p> <p>- Estudiar la práctica de la República Argentina, en los procedimientos de extradiciones y la incidencia de los estándares internacionales de protección de derechos humanos;</p> <p>- Evaluar si la obligación de extraditar o juzgar por crímenes internacionales constituye una norma consuetudinaria o se trata de desarrollo progresivo;</p> <p>- Analizar la relación que existe entre la jurisdicción universal y la obligación <i>aut dedere aut iudicare</i>;</p> <p>- Analizar la naturaleza del ofrecimiento de reciprocidad ante la ausencia de un Tratado de extradición;</p> <p>- Analizar la interacción entre las normas de protección internacional de refugiados y el instituto de la extradición;</p> <p>- Analizar la interacción entre las normas relativas a las inmunidades jurisdiccionales de determinados funcionarios del Estado y las relativas a la extradición.” (pp.10-11)</p>	<p>2018</p> <p>El derecho de la sociedad civil a participar en la creación del derecho internacional (tesis doctoral)</p> <p>Maisley Nahuel</p>	<p>12</p> <p>Doctrina</p> <p>Equivalente a soft law, especie residual del género soft law, del que forma parte, junto a guías, declaraciones, resoluciones, etc. sin efectos vinculantes</p> <p>NF</p>
<p>- En el primer capítulo abordaremos el catálogo de derechos, garantías, principios y estándares que se desprenden del <i>corpus juris</i> DIDH relativos al establecimiento de sanciones penales a adolescentes infractores de ley. Así, abordaremos el estatuto general de garantías y derechos contemplados en aquellos Tratados Internacionales suscritos por Chile o aplicables por ser elementos informadores del corpus del DIDH, contemplado en los siguientes instrumentos: Carta de las Naciones Unidas (1945), Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (en adelante indistintamente: DUDH), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (en adelante indistintamente: CADH), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) (en adelante indistintamente: Pacto o PIDCP), Y en cuanto a los Instrumentos de carácter especial, abarcaremos las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración</p>	<p>2019</p> <p>Adolescentes en la Ley de Control de Armas (tesis de grado)</p> <p>González Guzmán, Benjamin Eduardo y Gutiérrez Teuber, Javier Ignacio</p>	<p>13</p> <p>Doctrina</p> <p>Un elemento normativo más, junto a derechos, garantías y principios. Pueden surgir de fuentes formales vinculantes (tratados) o de otros instrumentos no vinculantes (como Reglas mínimas de NU)</p> <p>F</p>

<p>14</p> <p>Doctrina</p> <p>Torales, Jaime y ots</p> <p>Paraguay y el Pacto Inter-nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC): Sus compromisos, acciones y cumplimiento</p> <p>2019</p>	<p>“El informe analiza el cumplimiento y aplicación de los DESC utilizando los criterios y estándares establecidos por los instrumentos vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos, desde el PIDESC y las Observaciones Finales de su Comité de competencia (especialmente sus recomendaciones) presentadas al Paraguay, hasta las Observaciones Generales establecidas por el propio Comité DESC. Por medio de estas Observaciones Generales, el Comité establece cómo deben interpretarse estos derechos, configurando el estándar internacional en la materia. Paraguay, como Estado parte del PIDESC, se ha comprometido a implementar las mismas.” (p. 9)</p>	<p>F</p> <p>Obligaciones para los Estados establecidas en las convenciones y en la interpretación de ellas hacen los comités, por medio de observaciones generales y finales.</p>
<p>15</p> <p>Doctrina</p> <p>Alva-Arévalo, Amélie</p> <p>De la teoría a la práctica: evaluando las consultas sobre hidrocarburos en el Perú desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos</p> <p>2020</p>	<p>“Este artículo tiene como objetivo evaluar si las consultas en actividades de hidrocarburos se realizaron de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, si los pueblos indígenas consultados pudieron discutir y decidir en una forma informada y libre sobre una medida que afectará sus derechos alrededor de 30 años.” (p. 160) (y cuenta con todo un subtítulo donde desarrolla cuáles serían las fuentes de esos estándares: allí se mencionan el Convenio 169 de la OIT, la UN-D RIP, pronunciamientos contenciosos, de informes periódicos y comentarios generales de órganos de tratados de ONU, sentencias e informes de la Corte IDH y la CIDH y hasta la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)</p> <p>“De acuerdo a los estándares de derechos humanos, el Estado peruano es el único actor obligado a consultar” (y cita a la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo) (p. 160)</p>	<p>F</p> <p>Conjunto de parámetros o requisitos aplicables a la actividad que debería seguir el Estado y que surgen de tratados, declaraciones e interpretaciones de órganos de aplicación de lo más diversos, sin hacer distinción entre esos parámetros.</p>
<p>16</p> <p>Doctrina</p> <p>González-Morales, Felipe</p> <p>El monitoreo mediante visitas a países de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p> <p>2020</p>	<p>“... hay que hacer notar que en el contexto actual, post-dictaduras en la gran mayoría de los Estados de la región, en un porcentaje muy alto de las denuncias interpuestas ante la CIDH esta exige el agotamiento de los recursos internos, es decir, hace efectivo el requisito establecido como regla general en la Convención Americana y en el Derecho Internacional en general. Esto implica que en la gran mayoría de los casos, lo que evalúa la Comisión en último término es acaso una decisión judicial firme a nivel interno satisface o no los estándares internacionales de derechos humanos. La alegación recurrente de los Estados, a veces casi como un argumento ritual, es que con ello se vulnera la prohibición de que la CIDH actúe como</p>	<p>F</p> <p>Dado el contexto y los temas a los que se refiere, parece suscribir un sentido amplio de la expresión, que va más allá de las obligaciones convencionales y consuetudinarias.</p>

<p>una "cuarta instancia" (p. 29) "... dados los graves problemas de seguridad ciudadana que existen en muchos países de la región, es muy habitual que la Comisión incluya en su agenda reuniones con fuerzas militares y de la policía. Hay que considerar también al respecto que en una serie de países las FF.AA. desempeñan labores de control del orden público, incluso en contravención a los estándares internacionales en la materia." (p. 33)</p>	<p>2020</p>	<p>La necesidad de una Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes.</p>	<p>Navas et al</p>	<p>2020</p>	<p>Jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano como sinónimo de EIDH. Menciona que éstos se aplican (o tienen efecto) en otros Estados distintos a los que esos casos se refieren, pero esto no necesariamente los hace fuente, pues pueden ser tomados como recomendación o meta</p>	<p>NF</p>
<p>17 Doctrina</p>	<p>2020</p>	<p>La necesidad de una Convención Interamericana para Prevenir, Castigar y Erradicar la violencia contra Niños, Niñas y Adolescentes.</p>	<p>Navas et al</p>	<p>2020</p>	<p>Organizaciones como CEJIL han estudiado los efectos favorables que han tenido las actuaciones del SIDH, las decisiones de sus órganos han logrado en muchos casos movilizar sectores sociales y funcionarios públicos para la implementación de decisiones que no siempre van dirigidas en contra de los estados que deciden adoptar nuevos estándares. Cabe añadir que la doctrina del control de convencionalidad ha permitido a jueces, juezas, tribunales y cortes nacionales tener un rol más activo en la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos. En conclusión, el SIDH es una plataforma valiosa, no solo por que permita a las personas y pueblos que sufren violaciones de derechos humanos contar con una instancia adicional a la cual acudir en búsqueda de una reparación integral a sus derechos, sino que es además un foro en el que se adelantan reformas constitucionales, legales y de políticas públicas en favor de las personas y los pueblos de las Américas." (pp. 41-45)</p>	<p>F</p>
<p>18 Doctrina</p>	<p>2020</p>	<p>Vigencia de los Derechos Humanos en el marco de los diferentes planes de Emergencia que han aplicado los Estados con motivo del COVID-19</p>	<p>Pinho de Oliveira, Maria Fatima</p>	<p>2020</p>	<p>La expresión "estándares internacionales" se utiliza cuatro veces a lo largo del artículo, en tres de ellas no queda claro a qué estándares se refiere cuando habla de que Estados los estarían violando. Se transcribe aquí un párrafo (p. 341): "Los estándares internacionales sobre el derecho a la salud indican que los bienes, las instalaciones y los servicios de atención médica, incluido el acceso a la atención y las vacunas y curas desarrolladas para COVID-19, deben estar disponibles en cantidad suficiente para todas las personas, especialmente para los sectores más vulnerables o marginados de la población,</p>	<p>Normas convencionales, pronunciamientos de órganos de tratados y pronunciamientos de organizaciones no gubernamentales</p>

<p>que deben tener acceso a ellos sin discriminación.” No está muy claro –al igual que en los otros casos– cuáles serían esos estándares internacionales, aunque en las páginas anteriores hay una sección titulada “Las Normas Internacionales en materia de Derecho Internacional” que menciona al PIDESC, resoluciones del Comité DESC, los Principios de Siracusa, y opiniones de grupos de expertos de la sociedad civil.</p>	<p>19 Doctrina Sánchez Moreno, Manuel 2020 Las políticas de memoria democrática en España: entre la impunidad y las obligaciones internacionales</p> <p>F</p> <p>Recomendaciones de mecanismos convencionales y extraconvencionales de Naciones Unidas; del EPU, de la OACNUDH, y de un Relator Especial</p> <p>“2. Las recomendaciones internacionales a España en materia de memoria Las Naciones Unidas a través de sus mecanismos convencionales y extraconvencionales de protección de derechos humanos insisten sobre las responsabilidades de España ante estas cuestiones. Durante 2019 y 2020 España se está sometiendo a su III Examen Periódico Universal, donde ya ha informado de algunas medidas legislativas que está llevando a cabo. Aún no hay un resultado a este examen, pero la posición de España no varía mucho respecto a exámenes anteriores. Esta posición se basa en la ley 52/2007 de memoria histórica y otras proposiciones legales, como la ley de bebés robados que veremos seguidamente y la sacralidad de la Transición y su ley de Amnistía de 1977, cerrando cualquier proceso penal. Este hecho fomenta la impunidad, contraviniendo los estándares internacionales de derechos humanos y los propios principios de justicia transicional como hemos visto.</p> <p>La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en consonancia con asociaciones memoria-listas y de derechos humanos, insiste en que (...)</p> <p>A la espera también del último informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías, podemos detenernos en su estudio de 2014, (...)” (pp. 42-43)</p>
<p>20 Doctrina Terán Andrade, Emilio Gabriel 2020 La garantía de los derechos humanos en un Estado constitucional de derechos y justicia: la acción por incumplimiento en el Ecuador (tesis doctoral)</p> <p>F</p> <p>El autor lo da por supuesto, y no explica qué son los EIDH. En algún momento cita a la misma Corte IDH usando la misma expresión.</p> <p>“La adecuación de las disposiciones al ordenamiento interno, propone dos acciones específicas: por una parte, que las nuevas leyes aprobadas deban estar adecuadas al ordenamiento internacional de protección de los derechos humanos a través de sus obligaciones contraídas en el artículo 1.1 de la Convención; y por otra, la de adecuar las normas anteriores a la adopción de estas obligaciones, a los estándares internacionales de derechos humanos como lo establece el artículo 2 de la Convención “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” (p. 39)</p>	

21	Doctrina	Vargas Alvarado, Jota	Las personas trans y el mecanismo de alternancia electoral a la luz de la OC-24/17	2020	<p>“El control de convencionalidad es el análisis y la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos que realiza una persona o institución operadora jurídica como lo es el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE), en su actuar y en sus distintas resoluciones (...) utilizando como parámetro normativo no solo la Constitución Política y los principios que la informan, sino además los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos suscritos y ratificados por el país; ejercicio que, en sí mismo, implica tal control de convencionalidad.” (p. 196)</p> <p>“En el mismo sentido, en Costa Rica ‘las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen «pleno valor», ya que, como lo ha entendido la Sala Constitucional, tratándose de Derechos Humanos lo indicado en estas vinculan al Estado costarricense’ (...) y que la Corte IDH es el órgano natural para emitir criterios sobre la Convención, la fuerza de interpretaciones y enjuiciamiento de normas nacionales, aunque sea en una mera consulta; tendrá, entonces, el mismo valor de la norma que interpreta.” (p. 193)</p> <p>“EITSE no debería sostener una postura contraria a los estándares internacionales de derechos humanos, sino que debe ejercer un control de convencionalidad” (p. 204)</p>	F
22	Doctrina	Serrano, Sandra	La recepción de los criterios interamericanos en las cortes de Colombia y México: de las ideas a los resultados	2021	<p>“De ello surge una primera elección terminológica. En lugar de ahondar o aportar a la discusión sobre el <i>diálogo</i> o el derecho común, el punto de partida es la idea de recepción de los criterios interamericanos; puesto que la pretensión no es teórica, sino operativa. La ‘recepción’ se refiere a la acción de tomar y hacerse cargo de una interpretación producida por la Corte IDH; mientras que ‘criterios interamericanos’ se refiere a las interpretaciones de los derechos producidas por la Corte Interamericana que podrían ser consideradas como jurisprudencia, precedentes o estándares. Por tanto, no se prejuzga sobre el valor de las interpretaciones del tribunal interamericano.” (p. 4)</p> <p>“Finalmente, la interacción entre la Corte IDH y los tribunales constitucionales ha sido calificada a lo largo de este trabajo como proceso, debido a que el impacto de los estándares internacionales no puede ser comprendido en toda su magnitud con un caso aislado, sino que debe verse como un conjunto que se modifica en el tiempo, y en el que intervienen factores de distinta naturaleza, además de los ya expuestos.” (p. 18)</p>	F y NF

23	Doctrina	Salazar y Cerqueira	Estrategias de la Fundación para el Debido Proceso para promover nuevos estándares y ampliar el impacto del SIDH	inédito	<p>“hay que distinguir cumplimiento de decisiones del SIDH” de impacto de los estándares interamericanos. El primer concepto guarda relación con la consecución de medidas de reparación dictadas en decisiones finales sobre casos contentiosos. El segundo se refiere a la capacidad del SIDH de generar parámetros de actuación estatal y lograr que sean observados por los usuarios del SIDH en general y por los órganos y agentes estatales en particular.</p> <p>Por otro lado, es necesario aclarar a qué nos referimos cuando empleamos la expresión ‘estándares interamericanos’. La etimología de la palabra ‘estándar’ remite a su homóloga ‘standard’ en inglés, cuyo significado se refiere a un modelo de comportamiento exigible en cumplimiento de una determinada obligación. La doctrina define estándares interamericanos como [y aquí transcribe la definición de Quinche Ramírez, p. 28]”</p>	F	<p>Parámetros de actuación estatal derivados de los pronunciamientos de los órganos del Sistema Internacional de protección</p>
24	Folleto informativo	ONU-DH México	20 claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos	2016	<p>Se menciona una sola vez la expresión “estándares internacionales” al describir las actividades del ONU-DH: “Promueve la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos en las actividades del Poder Judicial.”</p> <p>Pero es interesante notar cómo define y explica las “normas internacionales de derechos humanos”:</p> <p>“Las normas en materia de derechos humanos a nivel internacional tienen su origen, principalmente en:</p> <p>Tratados internacionales: (...)</p> <p>Derecho internacional consuetudinario: (...)</p> <p>Las normas de derechos humanos también se encuentran en otro tipo de instrumentos: declaraciones, recomendaciones, conjuntos de principios, directrices y códigos de conducta.” (p.10)</p> <p>Lo notable es que, luego (p. 12, 13 y 16), aclara que sólo serían “normas de derechos humanos” las que tengan origen estatal, creadas por estados, directamente o en el ámbito de organizaciones internacionales como la ONU o regionales. Pero no se menciona como fuentes u origen de normas de DDHH a comités de expertos o tribunales</p>	F	<p>Aunque no es explícito, podría entenderse que se equipara esas normas internacionales de derechos humanos con los estándares, y en ese caso se podrían definir como aquello que se encuentra en tratados, costumbre, declaraciones, recomendaciones, directrices, etc. que tienen origen estatal, es decir, que son hechos y acordados por los estados.</p>
25	Informe ONG	Save the Children	La justicia española frente al abuso sexual infantil en el entorno familiar. Un análisis de casos a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos	2012	<p>“La normativa en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas frente al abuso sexual emana de tres ámbitos fundamentales: los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por España; los tratados y otra normativa vinculante de ámbito europeo; y la legislación española sustantiva y procesal. Las normas y tratados de ámbito internacional son compromisos que generan la obligación para el Estado de implementa</p>	F	<p>Pone en el mismo grupo tanto a obligaciones convencionales como a directrices adoptadas por organizaciones internacionales en resoluciones no vinculantes (ECOSOC, Consejo de Europa) llamándolas “estándares”, y diciendo que crean deberes para los Estados</p>

<p>26 Informe ONG</p>	<p>Asociación Ixoqib' MIRIAM</p>	<p>2018</p>	<p>Análisis de la aplicación de la legislación guatemalteca en las sentencias de reparación digna para mujeres sobrevivientes de violencia</p>	<p>En la p. 18 y ss. se desarrolla el Marco internacional aplicable a mujeres víctimas de violencia en Guatemala. Allí se detallan desde tratados hasta declaraciones, pasando por resoluciones de la AG y el CS de la ONU y hasta el Tribunal Internacional de Crímenes contra las Mujeres en Bruselas de 1976, que es un tribunal popular (es decir, convocado por activistas de la sociedad civil), del que dice: "Fue la primera vez que se tipificaban como crímenes, los diferentes tipos de violencia cometidos contra las mujeres. Creo jurisprudencia internacional". p. 19</p> <p>En la p. 21 dice, sobre la "Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, año 2007: Establece los estándares mínimos de respeto a los derechos de los pueblos indígenas, tales como la propiedad de sus tierras, los recursos naturales de sus territorios, la preservación de sus conocimientos tradicionales, la autodeterminación y la consulta previa. Esta Declaración también reconoce derechos individuales y colectivos y es un referente básico para proteger a los pueblos indígenas contra la discriminación y marginación a la que están aún expuestos. Se refuerzan mutuamente con el Convenio 169 al compartir principios y objetivos."</p>	<p>Se recopilan y ponen en pie de igualdad tratados, declaraciones y resoluciones de organismos intergubernamentales, así como principios promovidos por plataformas de la sociedad civil, a los que atribuye el carácter de "jurisprudencia internacional". Respecto de la UNDRIP, se dice que establece estándares mínimos.</p>
-----------------------	----------------------------------	-------------	--	---	---

r esta normativa en el ordenamiento jurídico interno. Esto supone que los tratados internacionales son parte de la legislación interna conforme establece la Constitución Española de 1978 (artículo 96). Pero, además, establece la obligación de que las normas sobre derechos fundamentales y libertades, reconocidas constitucionalmente sean interpretadas conforme a las normas y tratados internacionales de derechos humanos (el artículo 10.2 de la CE). Por tanto, las leyes españolas (sustantivas, procesales, pero también presupuestarias, destinadas a la prevención y de asistencia) deben ceñirse a las disposiciones de las normas internacionales." (p. 14)

"También existen **otros estándares**, como las Directrices para una justicia adaptada a la infancia del Consejo de Europa, ..." (p.17)

En la p. 20 cita dos directrices, una del ECOSOC y otras del Consejo de Europa, y añade: "**Estos estándares internacionales establecen un catálogo común de actuaciones que los Estados deben poner en marcha para garantizar la efectiva realización de los derechos de los niños y las niñas víctimas de delitos ante la Administración de Justicia**. Tomando como base dicho catálogo, el Estado debe garantizar."

F

27	Informe ONG	REDAAS	De la Clandestinidad al Congreso. Un análisis del debate legislativo sobre la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo en Argentina	2019	<p>“La jerarquía normativa de la Constitución Nacional brinda especial relevancia a los estándares internacionales de derechos humanos a la hora de interpretar nuestro ordenamiento jurídico. Tal como establece nuestra Constitución Nacional, las exposiciones a favor de la legalización se centraron en el hecho de que los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a ella rigen en las condiciones de su vigencia. Se señaló que esta disposición introduce un elemento dinámico que brinda especial valor a las interpretaciones que hacen los organismos internacionales de derechos humanos encargados de velar por el respeto y garantía de cada uno de esos tratados.” (p. 6)</p> <p>“...en línea con los estándares internacionales, se reconoce el valor incremental de la vida por lo que en cierta etapa del proceso gestacional prevalece el derecho de la mujer a decidir y, a medida que pasa el tiempo, auumentan los estándares de la protección de la vida en gestación.” (p. 9)</p>	F	<p>La expresión EIDH parece aplicarse tanto a normas convencionales como a sus interpretaciones hechas por órganos de aplicación.</p>
28	Informe temático	CIDH	El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales	2007	<p>“43. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana ha elaborado el presente estudio a fin de revisar y sistematizar la jurisprudencia del SIDH, tanto de la CIDH como de la Corte, sobre cuatro temas centrales que ha estimado prioritarios respecto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales y; 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.</p> <p>44. Estos estándares tienen un importante valor como guía de interpretación de la Convención Americana para los tribunales nacionales. Además, pueden contribuir a mejorar la institucionalidad de las políticas y servicios sociales en los países americanos, fortalecimiento de los sistemas de fiscalización, transparencia y rendición de cuentas; así como los mecanismos de participación y vigilancia social de las políticas públicas en esta materia. La reseña de la jurisprudencia del sistema interamericano contribuye además a mejorar el diagnóstico de los principales problemas regionales en el acceso a los sistemas de justicia. Si bien los casos no pueden considerarse absolutamente representativos de los problemas sociales e institucionales de los países de la región, sí puede afirmarse que el sistema de peticiones es una buena caja de resonancia de esos problemas.</p>	NF	<p>Reseña sistematizada de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, tanto de la CIDH (informes de casos, de país y temáticos) como de la Corte IDH (jurisprudencia y OC), que tiene valor como guía de interpretación de la CADH para tribunales nacionales, y como contribución para la mejora de políticas públicas</p>

<p>Derechos Humanos (en adelante "la Convención Americana" o la "Convención"), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante "la Declaración Americana"), así como en otros instrumentos interamericanos e internacionales relevantes."</p> <p>45. El presente estudio procura relevar y sistematizar los principales estándares fijados por la CIDH en sus informes sobre peticiones, informes de país e informes temáticos, así como la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH. El estudio tiene una finalidad meramente descriptiva y no realiza un examen de la jurisprudencia reseñada. Su análisis se limita a ordenar los precedentes por temas afines, y a relacionar los principios y estándares fijados con los problemas concretos y las situaciones de hecho examinadas en cada caso. La CIDH entiende que esta sistematización puede contribuir a una mejor comprensión y difusión de su jurisprudencia a fin de que sirva como guía para la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en los países de la región."</p>	<p>29 Informe temático</p> <p>CIDH (RELE)</p> <p>Estándares de libertad de expresión para una radiodifusión libre e incluyente</p> <p>2009</p> <p>"Para lograr tales objetivos se requiere que los Estados se sometan a una serie de reglas sin las cuales no es posible garantizar todos los extremos mencionados. Tanto la Corte interamericana como la CIDH se han detenido en la explicación de estas pautas y directrices. En la parte que sigue de este documento, se recoge la doctrina y la jurisprudencia de ambos órganos especializados y se desarrollan algunos de los principios que éstos han planteado" (párr. 8)</p> <p>El informe hace una reseña sistematizada de casos y OC de la Corte IDH, casos e informes de la CIDH, informes de la RELE y comunicados de prensa, declaraciones de la RELE y declaraciones conjuntas de relatores, y → ocasionalmente - jurisprudencia de otros tribunales internacionales, como la Corte EDH. Como anexos, incluye un artículo de la CADH, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (aprobada por la CIDH), y declaraciones conjuntas de relatores.</p> <p>F</p> <p>Pautas y directrices explicadas por la Corte IDH, la CIDH y la RELE, a través de su doctrina, jurisprudencia, y principios, que establecen una serie de reglas sin las cuales no es posible garantizar los derechos</p>
---	--

30	Informe temático	CIDH	Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres	2011	<p>el presente informe procura analizar el grado de impacto de los estándares, recomendaciones, y decisiones del sistema interamericano en la jurisprudencia emitida por los países americanos vinculada a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres. (par. 3)</p> <p>Para efectos de este informe, se define el concepto de “estándares jurídicos” como el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término “estándares jurídicos” asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (n. 5)</p>	F, Y/NF	<p>Conjunto de tratados internacionales, decisiones judiciales, informes temáticos y de país y otras recomendaciones de la CIDH y sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.</p> <p>En la misma página que usa la expresión estándares en una enumeración junto a recomendaciones y decisiones, define a los estándares como conteniendo a las otras dos.</p>
31	Informe temático	CIDH	Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres (actualización)	2015	<p>“La tercera es que los estándares del sistema interamericano de derechos humanos se definen en este informe de forma comprehensiva, incluyendo decisiones de fondo, informes temáticos y de país y otros pronunciamientos jurídicos de la CIDH; e incluye asimismo las sentencias de la Corte Interamericana. Asimismo comprende las disposiciones contenidas en los instrumentos marco del sistema interamericano, como la Declaración Americana, la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará, entre otros instrumentos interamericanos de derechos humanos relevantes para la igualdad de género y los derechos de las mujeres.” (p. 10)</p>	F, Y/NF	<p>Conjunto de disposiciones contenidas en tratados internacionales, más decisiones judiciales, informes temáticos y de país y otros pronunciamientos jurídicos de la CIDH, y sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH</p>
32	Informe temático	CIDH	Movilidad humana. Estándares interamericanos	2015	<p>“12. (...) Una de las principales acciones a través de las que la Comisión y su Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes han hecho frente a las violaciones a los derechos humanos y los vacíos de protección que enfrentan las personas en el contexto de la movilidad humana, ha sido a través del establecimiento de estándares en la materia mediante informes de peticiones y casos, medidas cautelares, así como informes de países e informes temáticos. La CIDH también ha impulsado el desarrollo jurisprudencial y de las opiniones consultivas que posteriormente la Corte Interamericana ha adoptado con relación a estas personas. A su vez, la Corte Interamericana ha desarrollado una importante jurisprudencia por medio de los estándares establecidos en sentencias, medidas provisionales y opiniones consultivas.”</p> <p>13. En este orden de ideas, a través del presente informe, la Comisión Interamericana busca presentar los estándares jurídicos desarrollados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos</p>	F	<p>Desarrollos generados por la CIDH y la Corte IDH en casos, medidas cautelares y provisionales, informes, sentencias y opiniones consultivas, con la finalidad de hacer frente a las violaciones de derechos humanos y a los vacíos de protección que enfrentan las personas. Para el establecimiento y desarrollo de estándares se utiliza una interpretación evolutiva y el recurso a otros instrumentos (vinculantes y no vinculantes) interamericanos e internacionales además de la CAHDH y la DADDH.</p>

<p>(en adelante "Corte Interamericana", "Corte" o "Corte IDH"), con relación al alcance y contenido de los derechos humanos de las personas en el contexto de la migración, de conformidad con las obligaciones derivadas de los instrumentos interamericanos, en particular las de la Convención Americana sobre</p>	<p>15. La Comisión y la Corte Interamericana han adoptado una interpretación evolutiva al desarrollar sus estándares con relación a los derechos humanos de las personas en el contexto de la movilidad humana. En este sentido, la Corte ha establecido que la interpretación debe atender a "la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"; y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar. Para tal fin, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han recurrido a las disposiciones generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la Convención Americana."</p>	<p>[El informe, que lleva por subtítulo "Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos" incluye un capítulo llamado "Fuentes de Derecho" del que resaltan dos peculiaridades:</p>	<p>-además de mencionar fuentes en sentido formal (como convenciones, costumbres o principios, incluye declaraciones y resoluciones no vinculantes. En algún caso explica o justifica por qué deberían tenerse igual en cuenta, en otros no. -algunas fuentes (convenciones) mencionadas no son "interamericanas", sino universales. Y allí detalla en cada caso cuáles de estados miembros de la OEA las han ratificado o adherido. Pero no explica por qué mecanismo serían aplicables a todos los países sobre los que la CIDH tiene jurisdicción, ni en el caso de los estados parte de esas convenciones (el mecanismo sería el 29 CADH) ni en el caso -mucho más problemático- de los no miembros.</p>	<p>33 Informe temático</p>	<p>CIDH (RELE)</p>	<p>Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente</p>	<p>2017</p>	<p>NF</p>	<p>Elaboración a partir de principios vigentes y sistematización de jurisprudencia, emitidos por la CIDH y la RELE, para iluminar el análisis sobre los derechos y así asistir a los estados y otros actores en su esfuerzo por respetar esos derechos.</p>
---	---	--	--	----------------------------	--------------------	---	-------------	-----------	---

<p>entendido que el derecho a la libertad de expresión es instrumental en el ejercicio de los derechos humanos en internet y por ende los estándares en esta materia iluminan el análisis sobre los derechos que se encuentran interrelacionados. Su objetivo es asistir a los Estados miembros y actores relevantes en sus esfuerzos para incorporar un enfoque basado en los derechos humanos, particularmente en el derecho a la libertad de expresión, en el diseño, desarrollo e implementación de las políticas que afectan internet.”</p>	<p>“C. Metodología” 20. El compendio sobre el principio de igualdad y no discriminación fue elaborado por la CIDH a partir de la revisión, sistematización y análisis de los estándares interamericanos desarrollados en la materia por la Comisión.</p> <p>21. Con el propósito de presentar un instrumento actualizado y completo, el compendio fue elaborado a partir de la revisión de informes publicados por la CIDH desde el año 2000 hasta el año 2018. En particular, se examinaron los informes temáticos y de país emitidos durante el periodo identificado, así como las decisiones sustantivas sobre casos presentados ante el sistema interamericano de protección, entre las cuales se incluyen los informes publicados por la CIDH de conformidad con el artículo 51 de la CADH, y los informes relativos a los casos remitidos a la Corte Interamericana de conformidad con el artículo 61 de la CADH y el artículo 45 del Reglamento de la CIDH. De esta forma, la Comisión Interamericana procura exponer de qué manera ha sido entendido, aplicado y desarrollado este principio en el sistema de casos individuales, en los informes de fondo y de país publicados.</p> <p>22. Este compendio recoge el trabajo que ha llevado adelante la Comisión en el desarrollo de su mandato e incluye algunos extractos relevantes de la jurisprudencia desarrollados, en particular, por la Corte Interamericana y por otros órganos del sistema universal de protección de derechos humanos, que hayan sido referidos por la CIDH.”</p>	<p>F</p> <p>Colección sistematizada a partir de informes temáticos y de casos de la CIDH, jurisprudencia de la Corte IDH y otros órganos del sistema universal referidos por la CIDH</p>
<p>34 Informe temático</p>	<p>CIDH</p> <p>Compendio sobre la igualdad y no discriminación. Estándares Interamericanos</p> <p>2019</p>	<p>F</p>

35	Informe temático	CIDH	Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos	2019	<p>“86. La Comisión considera que los vínculos entre la lucha por la erradicación de la corrupción y la protección efectiva de los derechos humanos, están dados por el potencial que tienen ambas agendas para un abordaje más efectivo de este fenómeno que permita transformar las realidades hemisféricas y garantizar el goce y disfrute de los derechos humanos. En efecto, mientras que la lucha contra la corrupción puede tener un efecto positivo en el goce y ejercicio de los derechos humanos, el fomento de los derechos humanos reduce las posibilidades de actos de corrupción. A partir de este enfoque de convergencia sería factible elaborar estrategias efectivas para prevenir y erradicar la corrupción desde una perspectiva de derechos humanos. A juicio de la Comisión, interpretar el contenido y alcance de los derechos humanos en una lógica vinculada con la lucha contra la corrupción permite el desarrollo de estándares interamericanos referidos a la modificación de estructuras que favorecen la vigencia de estos actos y la definición de las medidas necesarias para su erradicación, así como para evitar la repetición crónica de la corrupción en detrimento de los derechos humanos de las personas y comunidades, especialmente de aquellas en situación de especial vulnerabilidad.”</p> <p>174. [Viene hablando de empresas y derechos humanos] “En ese sentido, la Comisión y su REDESCA consideran necesario indicar la importancia de utilizar, en lo aplicable para el contexto de la lucha contra la corrupción, los estándares desarrollados y el contenido de las obligaciones de los Estados identificados tanto a nivel interamericano como universal desde este campo de estudio.”</p> <p>“485. En este capítulo la Comisión Interamericana analiza los principios que deben guiar un enfoque de derechos humanos para enfrentar el fenómeno de la corrupción. Como ha sido señalado por la CIDH, el enfoque de derechos humanos interpela a los Estados a adoptar como marco referencial de su actuación a los principios y las normas que reconocen los derechos fundamentales plasmados tanto en instrumentos internacionales como en las constituciones y normas nacionales. En ese sentido, la CIDH aspira a poder traducir algunos de sus estándares y recomendaciones en lineamientos prácticos que los Estados y otros actores puedan utilizar para realizar las adecuaciones necesarias desde un enfoque de derechos humanos de dichas prácticas, instituciones, políticas y normativas.”</p>	NF
----	------------------	------	---	------	--	----

36	Informe temático	CIDH	Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes (Anexo 1)	2019	<p>El informe tiene un Anexo 1 titulado “Principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes” que no tiene ninguna definición sobre qué entiende por estándares (aunque sea una colección de ellos), pero de las fuentes se puede deducir: cita tratados, casos contentiosos y OC de la Corte IDH, Informes de casos, de país y temáticos de la CIDH, comunicados de prensa de la CIDH, observaciones/comentarios/recomendaciones generales de varios comités de NU (CEDAW, CCPR, CDESC, CDN y CDDP), relatores de NU, una guía del MESECVI y hasta un comunicado de prensa de ACNUJR.</p>	F, Y, NF
37	Informe temático	CIDH (REDES-CA)	Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos	2019	<p>“25. El análisis que se realiza en el presente informe parte de la base de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos en supuestos en los que las empresas se encuentran de alguna manera involucradas con la realización o afectación de dichos derechos. En ese sentido, no sólo sistematiza y reúne diversos pronunciamientos que se han dado dentro del sistema interamericano en relación con el tema, sino que desde un análisis sistemático y evolutivo busca clarificar, organizar y desarrollar dichos deberes estatales y los efectos que se pueden generar sobre las empresas en su cumplimiento desde la experiencia jurídica interamericana.”</p>	F y NF

El documento incluye varios conceptos distintos de estándares. A veces usa estándares como equivalente a “normas”, o a “principios internacionales” o a “disposiciones convencionales” o a “marcos normativos”. Por momentos, en cambio, distingue los estándares de las “normas”, de los “instrumentos jurídicos”, “marcos”, “obligaciones”, “convenios internacionales”, “principios”, “obligaciones”, análisis, pronunciamientos, alertas, salvaguardas, etc.

28. En concreto, este informe tiene por objeto principal **esclarecer el contenido de las obligaciones de los Estados en este ámbito y los efectos que a nivel general se pueden producir sobre las empresas teniendo como base central los principales instrumentos interamericanos, en particular la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana o CADH) y la Declaración Americana, la jurisprudencia interamericana existente sobre la materia y la inclusión articulada de avances internacionales a este respecto.**

29. (...) En definitiva el informe busca identificar y fijar algunos elementos y estándares interamericanos que, aunque iniciales, serán centrales para el entendimiento de la materia desde las competencias de la CIDH, así como crear una oportunidad para que los Estados evalúen y revisen la efectividad o vacíos de sus sistemas internos en el ámbito de empresas y derechos humanos.

30. Para estos efectos, resulta relevante indicar la centralidad del uso de la interpretación evolutiva de los instrumentos de

<p>derechos humanos en la elaboración del presente informe (...). [Es esencial también tomar en cuenta el conjunto creciente de instrumentos internacionales que guardan relación con la protección de los derechos humanos frente a empresas, en la medida que permiten dotar de contenido las obligaciones internacionales de los Estados (...)].”</p>	<p>2020</p>	<p>Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>CIDH</p>	<p>38 Informe temático</p>	<p>NF</p>
<p>79. [Tratados fuera del Sistema Interamericano]”La CIDH carece de competencia <i>ratione materiae</i> para pronunciarse sobre violaciones a los derechos contenidos en tratados fuera del Sistema Interamericano, sin perjuicio que pueda recurrir a los estándares establecidos en otros tratados a fin de interpretar las normas de la Convención en virtud del artículo 29 de la misma.”</p>	<p>2020</p>	<p>Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>CIDH</p>	<p>38 Informe temático</p>	<p>NF</p>
<p>”Capítulo 4.D.5. Interpretación de otros tratados o estándares no relacionados directamente con la competencia material de la CIDH para establecer violaciones específicas a los mismos”</p>	<p>2020</p>	<p>Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>CIDH</p>	<p>38 Informe temático</p>	<p>NF</p>
<p>253. [Criterio general] “[E]n relación con los demás instrumentos internacionales alegados por los peticionarios, la Comisión carece de competencia para establecer violaciones a las normas de dichos tratados, sin perjuicio de lo cual podrá tomarlos en cuenta como parte de su ejercicio interpretativo de las normas de la Convención Americana en la etapa de fondo del presente caso, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana.”</p>	<p>2020</p>	<p>Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>CIDH</p>	<p>38 Informe temático</p>	<p>NF</p>
<p>255. [Convención sobre los Derechos del Niño] “[L]a Comisión recuerda que no posee competencia para declarar violaciones a derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero se encuentra facultada para recurrir a sus estándares a los efectos de interpretar las normas de la Convención Americana en virtud del artículo 29 de la Convención”</p>	<p>2020</p>	<p>Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>CIDH</p>	<p>38 Informe temático</p>	<p>NF</p>
<p>257. [Estatuto de Roma] “[E]n relación con el reclamo de las peticionarias sobre la presunta violación del artículo 7.1, inciso h del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Comisión observa que no tiene competencia para pronunciarse respecto a violaciones a dicho Estatuto. Sin embargo, según los principios de interpretación de los tratados y el artículo 29 de la Convención, de estimarlo pertinente, se encuentra facultada para recurrir a los estándares establecidos en otros tratados a fin de interpretar las normas de la Convención Americana”</p>	<p>2020</p>	<p>Digesto de decisiones sobre admisibilidad y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p>	<p>CIDH</p>	<p>38 Informe temático</p>	<p>NF</p>

39	Informe temático	CIDH	2020	<p>Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria</p>	<p>F</p>
<p>8. La respuesta de los Estados para abordar las complejas situaciones de desplazamiento de personas en la región debe guiarse por la atención a las normas y estándares más altos en materia de derechos humanos y de derecho internacional de los refugiados. Asimismo, dichas prácticas y procedimientos pueden ser perfeccionados a través del continuo intercambio de las mejores prácticas de la región, relativas al derecho a buscar y recibir asilo, la protección complementaria y la apatridia. De esta manera, la Comisión tiene como objetivo aportar al desarrollo progresivo de los estándares y de las políticas públicas a partir de un enfoque integral de los derechos humanos a través de esta compilación práctica de garantías para que dichos procedimientos se lleven a cabo de manera adecuada y de acuerdo con los estándares interamericanos.</p>				<p>Aunque al nombrarlos a los estándares los distingo de las normas y de la jurisprudencia, por momentos parece identificarlos. Surgen de los tratados internacionales, pero también de protocolos, de la práctica estatal, de pronunciamientos de organismos internacionales, de jurisprudencia del SIDH. No sólo eso, sino que expresamente reconoce que cuando estos faltan o no son suficientes, la CIDH hace un esfuerzo dirigido a la profundización y adopción de nuevos estándares.</p>	
<p>24. En ese sentido, la Comisión observa que, tanto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos como de distintos pronunciamientos de organismos regionales e internacionales, como el Comité Ejecutivo del ACNUR, se desprenden normas y estándares mínimos que deben existir en los procedimientos para el reconocimiento de la condición de refugiado.</p>					
<p>26. (...) Mientras que el desarrollo histórico de la protección internacional a las personas refugiadas a través de sucesivos tratados, protocolos y la práctica estatal produjeron un corpus jurídico que detalló muchos de los trámites y especificidades procedimentales y, por consiguiente, acompañó el desarrollo de la protección complementaria, la apatridia tiene una peculiaridad. Los Estados tienen amplia discreción en el diseño y ejecución de los procedimientos de determinación de la apatridia, y, adicionalmente, las Convenciones relativas al tema de la apatridia no establecen un procedimiento como tal para su determinación. De igual manera, su internalización reciente en muchos Estados de la región impactó el desarrollo de otras fuentes institucionales. Por esta razón, la Comisión consideró esencial incluir un esfuerzo específico dirigido a la profundización de los estándares referentes la apatridia en el presente informe, en un capítulo específico. (...)</p>					
<p>31. El presente informe recopila jurisprudencia y estándares producidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así como de otras fuentes jurídicas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Humanitario y de las Personas</p>					

<p>Refugiadas pertinentes a la protección de personas refugiadas, apátridas, solicitantes de refugio y otras personas con demandas de protección. En el desarrollo de este análisis, recolectó también comentarios de la sociedad civil, de académicos, autoridades y especialistas en el tema, e hizo uso de la información recibida mediante mecanismos de su monitoreo ordinario de la situación de derechos humanos en la región, tales como las visitas de observación.</p>	<p>2021</p> <p>CIDH</p> <p>Informe temático</p>	<p>Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos</p> <p>2021</p> <p>CIDH</p> <p>Informe temático</p>	<p>F</p> <p>Conjunto de tratados interamericanos (incluyendo en esa expresión a la DADDH), informes de fondo, temáticos y de país y otras recomendaciones de la CIDH y sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH.</p> <p>“8. El presente compendio se elaboró a partir de la revisión, sistematización y análisis de los estándares desarrollados por la CIDH en materia de la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos.”</p> <p>Es decir, son estándares sobre la obligatoriedad de implementar estándares. El Informe no es explícito sobre cuáles son los segundos estándares, pero lo deja entrever en varias partes y es coherente con lo que viene sosteniendo en otros informes de estándares interamericanos: “las normas contenidas en los instrumentos interamericanos y los estándares desarrollados por los órganos del sistema” (par. 30) (o como dice en otra parte, “todo el corpus jurídico interamericano de derechos humanos” par. 18). En el par. 27 se equipara a los estándares con “la normativa del Sistema Interamericano” y se habla de “fuente normativa”.</p>
<p>40</p> <p>Informe temático</p>	<p>2003</p> <p>Corte IDH</p> <p>Sentencia</p>	<p>Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103</p>	<p>F</p> <p>La fórmula se repite varias veces en casos similares, siendo una que remite a los estándares para calificar una situación, convirtiéndola en violatoria de derechos humanos. En ese sentido, los estándares serían normas de derechos humanos no explicitadas en el razonamiento pero a las que se remite para aplicar una solución concreta al caso.</p> <p>“87. En otras oportunidades, este Tribunal ha establecido que una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulnere otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad”. Además, ha señalado que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se sometió la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Esta incomunicación produce en el detenido sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas y lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad. Igualmente, esta Corte ha señalado que basta con que la detención ilegal haya durado breve tiempo para que se configure dentro de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, una conculcación a la integridad psíquica y moral, y que cuando se presentaran dichas circunstancias es posible inferir, aun cuando no mediaran otras evidencias al respecto, que el trato que la víctima recibió durante su incomunicación fue inhumano y degradante.”</p>

42	Sentencia	Corte IDH	Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, Sentencia de 23 de noviembre de 2004 (Excepciones Preliminares)	2004	<p>“En el dominio de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, el crecimiento y consolidación de las jurisdicciones internacionales de derechos humanos en los continentes americano y europeo dan testimonio de los avances notables del antiguo ideal de la justicia internacional en nuestros días. Tanto la Corte Europea como la Interamericana han establecido correctamente límites al voluntarismo estatal, han salvaguardado la integridad de las respectivas Convenciones de derechos humanos y la primacía de consideraciones de <i>ordre public</i> sobre la voluntad de Estados individuales, han establecido estándares más altos de comportamiento estatal y cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas por parte de los Estados, y han, de modo alentador, fortalecido la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad procesal!” (disidencia Cançado Trindade, par. 47)</p>	F	Pautas sobre comportamiento estatal fijadas por tribunales internacionales
43	Sentencia	Corte IDH	Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C No. 123	2005	<p>“68. Por su parte, en el caso <i>Celebici</i>, la Cámara de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia analizó estándares normativos del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, con base en los cuales definió trato inhumano o cruel como: “[...] un acto u omisión intencional, que [...] juzgado objetivamente, es intencionado y no accidental, que causa graves sufrimientos o daños mentales o físicos, o constituye un serio ataque a la dignidad humana.”</p>	F	Se invocan los estándares como normas de DIH y DIDH tal como han sido interpretados o aplicados por otro tribunal internacional, pero sin explicitar en qué normas jurídicas concretas y específicas se basó esa otra decisión
44	Sentencia	Corte IDH	Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Caña) vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de Julio de 2006. Serie C No. 150	2006	<p>“149. De igual forma, la Corte considera oportuno que el Estado diseñe e implemente un programa de capacitación sobre derechos humanos y estándares internacionales en materia de personas privadas de la libertad, dirigido a agentes policiales y penitenciarios.”</p>	NF	Un ejemplo de entre los muchos que la Corte IDH tiene en materia de reparaciones: ordena capacitar en IDH, pero sin aclarar o concretar a qué se refieren o cuáles deberían ser los contenidos programáticos de esas capacitaciones
45	Sentencia	Corte IDH	Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186	2008	<p>“180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entren en violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por</p>	F	Al distinguirlo del “instrumento internacional” parece clara que la intención es mostrar algo que va más allá de él, que le agrega algo. Es decir, el control de convencionalidad busca que las normas internas no vayan en contra ni del tratado ni de los estándares; luego los IDH son algo distinto, algo más, que la mera norma convencional

<p>el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del Instrumento Internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.”</p>	<p>46 Sentencia</p>	<p>Corte IDH</p>	<p>Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220</p>	<p>2010</p> <p>Voto razonado del Juez ad hoc Ferrer MacGregor</p> <p>“51. El Juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del <i>corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región</i> sobre su aplicabilidad y efectividad (64). Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del ‘control difuso de convencionalidad’, pues pretendir reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional sólo a los casos donde el Estado ha sido ‘parte material’, equivaldría a nulificar, la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional.</p> <p>(64) De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comités de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del <i>corpus juris interamericano</i> y crear la norma convencional interpretada como estándar interamericano.”</p>	<p>F</p> <p>Incluye jurisprudencia de la Corte IDH de otros casos en los que el Estado no ha sido parte, jurisprudencia de la Corte EDH, tratados del sistema universal, resoluciones de Comités de la ONU, recomendaciones de la CIDH, informes de relatores de la OEA y de la ONU, siempre y cuando la Corte IDH los haga suyos</p>
<p>47 Sentencia</p>	<p>Corte IDH</p>	<p>Caso Valenzuela Ávila vs. Guatemala, Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de octubre de 2019. Serie C No. 386</p>	<p>2019</p> <p>“D. Medidas de no repetición</p> <p>a) <i>Adoptar legislación para tipificar adecuadamente el delito de tortura</i></p> <p>243. Dado el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, en el sentido de que el artículo 201 bis del Código Penal referente a que la tipificación de la tortura aún no se ha adecuando a los estándares internacionales de derechos humanos y que en la Sentencia del caso <i>Ruiz Fuentes y otros vs. Guatemala</i> en el párrafo 225 se ordenó, como una garantía de no repetición, que se adecúe en un plazo razonable la tipificación del delito de tortura contenida en el artículo 201 bis del actual Código Penal a los estándares internacionales de derechos humanos. Por tanto, la Corte</p>	<p>NF?</p> <p>El párrafo es confuso por cuanto dos veces menciona (para sendas medidas de reparación) que una legislación interna debe adecuarse a los EIDH y en un tercer momento habla de que esa adaptación debe hacerse adecuándose a la CADH. La confusión viene porque o bien debemos entender, basados en la última parte del párrafo, que los EIDH coinciden con la CADH, o bien tomamos esa oración última como una sinécdoque que en realidad mantiene la más consolidada posición de la Corte de que los EIDH son más que sólo la CADH</p>	

48	Sentencia	CSJN	Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Causa n° 259/24/08/2004	2004	<p>considera que no es necesario reiterar a Guatemala medidas de reparación sobre la adecuación de sus disposiciones de derecho interno a la Convención Americana a este respecto, toda vez que el cumplimiento de dicha medida será analizado por parte de la Corte en la etapa supervisión de cumplimiento correspondiente de dicho caso.”</p> <p>“Que de tal modo corresponde efectuar un breve examen de los casos en los que la Corte Interamericana se ha expedido con respecto al deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos para así verificar si sus estándares resultan trasladables al sub lite.” (disidencia Fayt, cons. 35)</p>	F	<p>Describir la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en la determinada materia que está por analizar. En esa sentencia, a continuación de esa cita la CSJN pasa a analizar casos contenciosos de la Corte IDH, dos de los cuales se refieren a Estados distintos de la Argentina, y el otro es vs. Argentina, pero en otra causa</p>
49	Sentencia	CSJN	Verbitsky s/Habeas Corpus	2005	<p>“Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas—si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad. No cabe duda de que hay un marco normativo, no sólo nacional sino también internacional que, de confirmarse y continuarse la situación planteada, estaría claramente violado en la Provincia de Buenos Aires.” (cons. 39)</p>	F	<p>Dice que unas Reglas Mínimas de la ONU son un estándar que debe ser cumplido, a la vez que afirma que tienen menor jerarquía que un tratado.</p>
50	Sentencia	CSJN	Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa, 29/10/2013	2013	<p>El voto del juez Maqueda cita unos estándares de libertad de expresión de la RELE, aunque dice “confr. arg.” como si no los usara como argumento de autoridad sino a título de ejemplo, <i>obiter dicta</i>, o algo así.</p> <p>El voto de la jueza Argibay dice expresamente que una Declaración de principios sobre libertad de expresión citada no tiene el rango del art. 75 inc. 22 CN (lo que no quita que los tengan en cuenta, pero no como si obligaran)</p>	NF	<p>Declaraciones no vinculantes</p>

Anexo 2

Año	Cantidad	Título informe
2022	3	<p>Guía Práctica: Protección internacional y regularización de la condición legal en el contexto de movimientos mixtos a gran escala en las Américas</p> <p>Tercer Informe del Mecanismo Especial de Seguimiento al Asunto Ayotzinapa (MESA)</p> <p>Situación de personas privadas de libertad en Ecuador</p>
2021	10	<p>Derecho a la libre determinación de los Pueblos Indígenas y Tribales</p> <p>Declaración de Principios Interamericanos sobre Libertad Académica y Autonomía Universitaria</p> <p>Guía de Buenas Prácticas y Orientaciones Básicas para la Implementación de Decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</p> <p>Guía Práctica para la eliminación de la violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes</p> <p>Niñez, libertad de expresión y medios de comunicación</p> <p>Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las personas afrodescendientes, Estándares Interamericanos para la prevención, combate y erradicación de la discriminación racial estructural</p> <p>Directrices Básicas para la investigación de delitos contra personas defensoras de derechos humanos en el Triángulo Norte</p> <p>Compendio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre verdad, memoria, justicia y reparación en contextos transicionales</p> <p>Guía Práctica sobre lineamientos y recomendaciones para la elaboración de planes de mitigación de riesgos de personas defensoras de derechos humanos</p> <p>Compendio sobre la Obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los estándares interamericanos de derechos humanos</p>
2020	5	<p>Compendio sobre derechos laborales y sindicales. Estándares Interamericanos</p> <p>Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida, y el otorgamiento de protección complementaria</p> <p>Informe sobre Personas privadas de libertad en Nicaragua en el contexto de la crisis de derechos humanos iniciada el 18 de abril de 2018 - Sitio Multimedia</p> <p>Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales - Sitio Multimedia</p> <p>Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos - Sitio Multimedia</p>
2019	10	<p>Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes - Sitio Multimedia</p> <p>Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes Anexo 1: Estándares y recomendaciones</p> <p>Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes Anexo 2: Impacto de casos</p> <p>Corrupción y Derechos Humanos</p> <p>Personas defensoras de derechos humanos y líderes sociales en Colombia</p> <p>Protesta y Derechos Humanos</p> <p>Compendio sobre la Igualdad y no Discriminación</p> <p>Pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia</p> <p>Migración forzada de personas nicaragüenses a Costa Rica</p> <p>Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos</p> <p>Desplazamiento interno en el Triángulo Norte de Centroamérica - Sitio Multimedia - Guía Práctica</p> <p>Reconocimiento de derechos de personas LGBTI</p>
2018	6	<p>Violencia policial contra afrodescendientes en Estados Unidos</p> <p>Libertad de expresión en Cuba</p> <p>Mujeres periodistas y libertad de expresión - Sitio Multimedia</p>

		<p>Informe Final: Mecanismo de Seguimiento al Asunto Ayotzinapa</p> <p>Niños, niñas y adolescentes en el sistema penal adulto de EEUU</p> <p>Impacto de las Soluciones Amistosas - Edición actualizada</p>
2017	5	<p>Políticas integrales de protección de personas defensoras</p> <p>Garantía de derechos Niñas, niños y adolescentes - Sitio Multimedia</p> <p>Pobreza y derechos humanos</p> <p>Mujeres Indígenas - Sitio Multimedia</p>
		<p>Medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva - GUÍA PRÁCTICA para reducir la prisión preventiva</p>
2016	6	<p>Zonas Silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión</p>
		<p>Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente</p> <p>Movilidad Humana. Estándares Interamericanos</p> <p>Los órganos de supervisión del derecho de acceso a la información pública</p> <p>Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos</p> <p>Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes, industrias extractivas</p>
2015	8	<p>Violencia, niñez y crimen organizado</p> <p>Violencia contra personas LGBTI</p> <p>Acceso a la información, violencia contra las mujeres y administración de justicia</p> <p>Universalización del sistema interamericano de derechos humanos</p> <p>Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres</p> <p>Refugiados y migrantes en Estados Unidos: familias y niños no acompañados</p> <p>Hacia el cierre de Guantánamo</p> <p>Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá</p>
2014	4	<p>Derecho a la verdad en América</p> <p>Impacto del procedimiento de solución amistosa</p> <p>Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México</p> <p>Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas</p>
2013	6	<p>Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas</p> <p>Libertad de Expresión e Internet</p> <p>Violencia contra periodistas y trabajadores de medio</p> <p>Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia</p> <p>Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas</p> <p>Informe de la CIDH sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras</p>
2012	0	-
2011	13	<p>La pena de muerte en el sistema interamericano de derechos humanos: de restricciones a abolición</p> <p>Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: La educación y la salud</p> <p>Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas</p> <p>Segundo Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas</p> <p>La situación de las personas Afrodescendientes en las Américas</p> <p>Estándares jurídicos vinculados a las igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación</p> <p>Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica</p> <p>Acceso a la Información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos</p>

		<p><u>El camino hacia una democracia sustantiva: La participación política de las mujeres en las Américas</u></p> <p><u>El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales</u></p> <p><u>Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas</u></p> <p><u>Informe sobre Inmigración en Estados Unidos: Detenciones y Debido Proceso</u></p> <p><u>Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2010</u></p>
2010	1	<u>Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos</u>
2009	13	<p><u>El derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos</u></p> <p><u>El Derecho de Acceso a la Información en las Américas: Documentos Básicos</u></p> <p><u>Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales</u></p> <p><u>Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos</u></p> <p><u>Comunidades Cautivas: Situación del pueblo indígena guaraní y formas contemporáneas de esclavitud en el Chaco de Bolivia</u></p> <p><u>Informe sobre el Castigo Corporal y los Derechos de Humanos de las Niñas, Niños y Adolescentes</u></p> <p><u>Observaciones preliminares de la CIDH tras la visita del Relator sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial a la República de Colombia</u></p> <p><u>Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política</u></p> <p><u>El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y discriminación en Haití</u></p> <p><u>Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión</u></p> <p><u>Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión</u> Formato MS Word</p> <p><u>Derecho de Acceso a la Información en el Marco Jurídico Interamericano (2009)</u></p> <p><u>Estándares de Libertad de Expresión para una Radiodifusión Libre e Incluyente</u></p>
2008	3	<p><u>La infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos</u></p> <p><u>Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales</u></p> <p><u>Lineamientos principales para una política integral de reparaciones</u></p>
2007	3	<p><u>El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos</u></p> <p><u>Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas</u></p> <p><u>Estudio sobre el derecho de acceso a la información</u></p>
2006	2	<p><u>Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas</u></p> <p><u>Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia</u></p>
2005	2	<p><u>Informe de Progreso de la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias</u></p> <p><u>Estudio Especial sobre la Situación de las Investigaciones sobre el Asesinato de Periodistas por motivos que pudieran ser relacionados con la Actividad Periodística</u></p>
2004	0	-
2003	2	<p><u>Informe Especial sobre la situación de los Derechos Humanos en la cárcel de Challapalca, Departamento de Tacna, República del Perú</u></p> <p><u>Situación de los derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El derecho a no ser objeto de violencia y discriminación</u></p>
2002	2	<p><u>Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos</u></p> <p><u>Informe sobre la Libertad de Expresión en las Américas</u></p>
2001	1	<u>Fuentes en el Derecho Internacional y Nacional del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas</u>
2000	2	<p><u>La Situación de los Derechos Humanos de los Indígenas en las Américas</u></p> <p><u>Recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Promoción y Protección de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental</u></p>

C. Ignacio de Casas | Análisis del uso del sintagma “estándares internacionales de derechos humanos”

1999	1	Informe de Progreso sobre la Situación de los Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio
1998	1	Informe de la CIDH sobre la Condición de la Mujer en las Américas

109 **Suma total de informes temáticos desde 1998 hasta 2022**

Fuentes:

<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm?File=/es/cidh/informes/tematicos.asp>

<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm?File=/es/cidh/informes/guias.asp>

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN EN BOLIVIA. CONTEXTO DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS SANCIONADAS DURANTE EL SIGLO XX HASTA LA ALBORADA DEL SIGLO XXI

Alan Vargas Lima

Academia Boliviana de Estudios Constitucionales
alanvargas4784@gmail.com

Recibido: 12/05/2023

Aceptado: 27/09/2023

Resumen

El presente trabajo tiene el propósito esencial de mostrar algunos rasgos históricos de lo que fue la enseñanza básica de la interpretación de las normas de la Constitución en Bolivia y describir el panorama normativo y las características de las leyes interpretativas que fueron sancionadas por mandato constitucional durante gran parte del siglo XX hasta comienzos del siglo XXI, haciendo énfasis en el resurgimiento de la interpretación constitucional encargada a un órgano especializado en el país y teniendo en cuenta los avances de la jurisprudencia constitucional sobre esta temática.

Palabras clave: Constitución boliviana, leyes interpretativas, Poder Legislativo, interpretación constitucional.

Historical Evolution of the Interpretation of the Constitution in Bolivia. Context of the Interpretative Laws Enacted during the 20th Century through the Early 21st Century

Abstract

This article has the essential purpose of showing some historical features of what was the basic teaching of the interpretation of constitutional rules in the Constitution in Bolivia, describing in turn the normative panorama and the characteristics of the interpretative laws that were enacted under the Constitution during a large part of the 20th century through the beginning of

the 21st century. Emphasis is made on the resurgence of constitutional interpretation entrusted to a specialised body in the country, taking into account the advances of constitutional caselaw on this matter.

Key words: Bolivian Constitution, interpretive laws, Legislative power, constitutional interpretation.

1. Nota preliminar

A inicios del mes de junio, tuve la oportunidad de participar en el Diplomado Iberoamericano “Constitucionalismo & Derechos fundamentales” (Edición 2022),¹ gracias a la gentil invitación del director del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica LATIN IURIS, Dr. Damián Armijos, quien me propuso exponer brevemente algunos “Principios que guían la interpretación constitucional”. En aquella ocasión, quise contextualizar y desarrollar mi exposición sobre la base de hallazgos existentes, antecedentes y datos de revisión bibliográfica que fueron puntualizados hace bastante tiempo atrás por el ilustre profesor peruano Domingo García Belaunde (2006) en su famoso ensayo titulado: “La interpretación constitucional como problema”;² ello, para

1 La información básica sobre este importante diplomado internacional, incluyendo los materiales de lectura y videos de las exposiciones de los profesores en los distintos módulos, ahora se encuentran disponibles en el blog del Instituto Latin Iuris: <http://latin-iuris.blogspot.com/2022/04/diplomado-iberoamericano-en.html>.

2 Aquel ensayo constituye en realidad la brillante ponencia que el profesor García Belaunde presentó en el Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, organizado por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, del 4 al 7 de mayo de 1993), conjuntamente con el patrocinio de otras instituciones. Es el resumen de diversas conferencias impartidas tanto en Lima como en el exterior, así como de un cursillo que sobre el tema impartió en la Maestría de Derecho Constitucional de la Universidad Católica del Perú. Como tal, fue publicada en las correspondientes memorias (Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 647-676) y luego, con diversas correcciones, fue reproducida en otras revistas especializadas, tanto en España (García Belaunde, 1994a) como en América Latina (García Belaunde, 1994b). Luego de aquellas publicaciones, el tema también fue presentado por su autor en la Primera Convención Latinoamericana de Derecho, que fue organizada por diversas instituciones académicas del Perú, durante los días 20 al 24 de noviembre de 1995 en la cálida ciudad de Ica (Palomino Manchego y Velásquez Ramírez, 1997, pp. 99-132). “Si bien en esa época –agrega García Belaunde– eran muy pocos los constitucionalistas que abordaban el tema, en los últimos años han menudeado las publicaciones sobre la materia, tanto en los países europeos como en la América Latina [para referirnos a lo nuestro, baste citar por todos el monumental *Tratado de Interpretación Constitucional*, publicado por Segundo V. Linares Quintana (1998)]. Por cierto que todo lo publicado desde 1993, constituyen aportaciones que en su momento habrá que considerar. No obstante ello y pese al tiempo transcurrido, pienso que mi trabajo, en sus lineamientos esenciales, es todavía rescatable, motivo por el cual he accedido al pedido de mi buen amigo Eduardo Ferrer Mac-Gregor para reproducirlo nuevamente, con algunas ligeras correcciones que no afectan ni el fondo del texto, ni tampoco la fecha en la cual fue concluido” (García Belaunde, 2006, p. 24).

luego mostrar algunos avances de la doctrina constitucional contemporánea aplicados al contexto boliviano.

En ese sentido, y considerando que la Constitución es una norma de características muy peculiares (ley suprema y fundamental del ordenamiento jurídico), requiere la utilización de principios propios de la interpretación constitucional, entre los que se destacan: el principio de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de eficacia integradora, de eficacia o efectividad e inclusive el principio de favorabilidad o *in dubio pro libertate* (Durán Ribera, 2011), los cuales constituyen algunas de las ideas rectoras que en la actualidad siguen (o deberían seguir) las autoridades (judiciales o administrativas) al momento de abordar la labor interpretativa de las normas aplicables para los casos que les corresponde conocer y resolver en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, ¿cuándo surge el interés por la interpretación constitucional?, ¿qué estudios se hicieron en los países latinoamericanos?, ¿era un tema considerado relevante para la enseñanza universitaria?, ¿existía alguna regulación normativa sobre la interpretación de la Constitución en Bolivia? Son cuestiones que surgen al abordar este estudio y que a continuación intentaremos responder.

En ese propósito, debo admitir que el tema de la interpretación constitucional es uno que siempre ha llamado mi atención, tanto por su amplitud de contenidos como por la diversidad de autores que lo han abordado desde diferentes perspectivas de análisis, aunque, sin embargo, no existen estudios específicos sobre el tema que se hayan realizado en Bolivia, salvo las contadas publicaciones que he podido encontrar –y que detallo en este estudio–; por ello, ahora he visto pertinente y necesario recopilar algunos aspectos poco conocidos acerca de la aparición del tema de la interpretación constitucional en América Latina, incorporando, además, algunos datos históricos que he logrado indagar personalmente sobre lo que fue la enseñanza básica de la interpretación jurídica en Bolivia; ello, con el objetivo de describir el panorama normativo y las características de las leyes interpretativas que fueron sancionadas por mandato constitucional durante gran parte del siglo XX hasta comienzos del siglo XXI en el país, haciendo énfasis en el resurgimiento de la interpretación constitucional especializada, sin descuidar los avances existentes en la jurisprudencia constitucional sobre esta temática.

2. Surgimiento del problema de la interpretación

Domingo García Belaunde (2006) considera que el problema de la interpretación surge con la codificación en el siglo XIX, aunque no se puede negar la existencia de enfoques filosóficos y dogmáticos de más antigua data (que se remontan al derecho romano y luego a los glosadores y posglosadores).

Pero, en rigor de verdad, la interpretación jurídica, como algo orgánico y estructurado aparece en el siglo XIX, aunque este esfuerzo se da alrededor del derecho privado, más propiamente, del derecho civil. Y esto, por muchas razones: en primer lugar, es la rama más antigua del derecho, que se remonta a la época romana, y además es la que más influencia tiene en la vida de la sociedad y de la que se han derivado todas las demás ramas jurídicas. Por otro lado, si bien en el siglo XIX aparecen las primeras constituciones, este no fue precisamente el siglo del constitucionalismo, sino, por el contrario, de su negación y, más aún, de la lucha por implantarlo. Tampoco fue el siglo de los grandes tratados en materia constitucional, los que se configuraron recién al finalizar el siglo XIX y más propiamente a principios del siglo XX.

Por tanto, según afirma García Belaunde (2006), no había demasiado interés –ni político, ni práctico ni académico– en hacer interpretación constitucional.

Aún más, se pensaba que la interpretación que se usaba en el Derecho Privado, era la misma para todos los ámbitos del Derecho y, por tanto, no se percibía la peculiaridad de la interpretación constitucional. Este era el panorama en el mundo europeo-continental, que se apreciaba también en la América Latina. (p. 27)

No obstante, el mencionado profesor peruano advierte también que el interés por la interpretación constitucional³ crece cuando hay contornos que la favorecen y que curiosamente surgen tan sólo después de la Segunda Guerra Mundial: democratización política en diversos países, surgimiento de entes con características especiales como los tribunales constitucionales,⁴ auge de los

3 Actualmente, existe un Curso de Interpretación Constitucional estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: Teoría de la Constitución e Interpretación Constitucional, cuyos materiales de estudio se encuentran en la Biblioteca Digital de la Academia de la Magistratura del Perú, disponible para descarga y lectura en: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/711>.

4 Un breve análisis sobre la notable expansión de los mecanismos de justicia constitucional a través de las reformas constitucionales emprendidas durante las décadas de 1980 y 1990, especialmente en América Latina, puede encontrarse en el trabajo de Pablo Pérez Tremps (2003). Acerca de la implementación de tribunales constitucionales –prácticamente en todos los países de América Latina– y la consiguiente coexistencia de distintos modelos de control de constitucionalidad, puede consultarse (García Belaunde, 2004). Así también, un análisis sobre los múltiples problemas que atraviesa el desarrollo progresivo de la jurisdicción constitucional en esta parte del continente puede

derechos humanos, retorno a la democracia en muchos países de la América Latina (desde 1982, en el caso de Bolivia), procesos de integración regionales, globalización de la economía, etcétera.

3. Revisión bibliográfica sobre los estudios realizados en América Latina (1949-2005)

Según lo indagado por García Belaunde (2006), probablemente el primer libro que se publicó sobre la materia corresponde al autor Eloy G. Merino Brito (1949), que si bien destacó la peculiaridad de la interpretación constitucional, presenta interesantes reflexiones que tienen como base la jurisprudencia norteamericana en materia constitucional, aunque al parecer no fue muy lejos en sus investigaciones.

Sin embargo, poco después, en la Argentina se destaca el notable esfuerzo realizado por el profesor Segundo V. Linares Quintana, quien en la primera edición de su monumental *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (1953) dedica un especial tratamiento al tema de la interpretación, lo cual era realmente inusual para esa época, ya que aun ahora son poco frecuentes los manuales o tratados de derecho constitucional que dedican un tratamiento especial a la interpretación (no sólo en América Latina, sino también en Europa).

Hay que destacar también el mérito de Linares Quintana, pues años más tarde introduce la voz “interpretación constitucional” en la Enciclopedia Jurídica Omeba (1967), quizá la más completa de su género en el idioma castellano.⁵

verse en el breve trabajo de Néstor Pedro Sagüés (2004). Por otro lado, para conocer un panorama reciente sobre el papel de los jueces constitucionales en América Latina y la capacidad de las cortes y tribunales constitucionales de proteger derechos individuales y arbitrar conflictos entre las ramas del gobierno, resulta de mucha utilidad consultar la interesante obra de (Helmke y Ríos Figueroa, 2010). Asimismo, un interesante ensayo que analiza los retos de la justicia constitucional latinoamericana, poniendo a prueba las posibilidades de fortalecimiento de sus (anhelables) roles de defensa de la Constitución, puede encontrarse en el trabajo de Víctor Bazán (2012). Es destacable también el amplio análisis acerca de la evolución institucional de la jurisdicción constitucional en el ámbito geográfico de América del Sur, desde modelos de jurisdicción constitucional difusos en manos de tribunales ordinarios de justicia hasta sistemas mixtos que incorporan el control concentrado de constitucionalidad, que puede encontrarse en Nogueira Alcalá (2013). Finalmente, es muy importante el aporte del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, que ha difundido la versión digital de la obra colectiva sobre Tribunales y Justicia Constitucional, que consta de dos partes: “Mirada comparada a los tribunales constitucionales” y “Corte Constitucional colombiana. El ensayo y error en la justicia constitucional” (Estupiñán Achury et al., 2017). También resulta de mucha utilidad el volumen colectivo que describe los diversos sistemas y modelos de justicia constitucional existentes en el derecho comparado (Mezzetti y Velandia Canosa, 2017).

5 Y fue posteriormente, ya en la década 1990, que este autor argentino publicó un muy documentado y grueso volumen titulado *Tratado de Interpretación Constitucional* (Linares, 1998).

Lo importante de destacar aquí es que, alrededor de la década de 1970, se incrementa el interés por la materia interpretativa. Así, Jorge Tapia Valdés publica un interesante libro sobre Hermenéutica constitucional (1972); poco después, el Primer Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, celebrado en 1973 en Guadalajara, dedica una de sus secciones al mismo tema, en las que participan destacados constitucionalistas mexicanos y extranjeros, como Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo, Rolando Tamayo y Salmorán, James Clifford Grant y Humberto Quiroga Lavié.⁶

Hay que mencionar algunos trabajos valiosos publicados posteriormente, como el de José Alfredo de Oliveira Baracho (1977) y los de Luis Carlos Sáchica (1980), Germán J. Bidart Campos (1987), Néstor Pedro Sagüés (1980, 1991), Gustavo Planchart Manrique (1990), Pinto Ferreira (1992) y Paulo Bonavides (1993).

Finalmente, también se pueden mencionar algunos de los más importantes esfuerzos hechos en España en relación con este tema: en primer lugar, los trabajos de Pablo Lucas Verdú desde la década de 1960 (1974, 1985), así como el de José Zafra Valverde y Antonio E. Pérez Luño y ensayos y monografías de Nicolás López-Calera, Eduardo García de Enterría, Francisco Rubio Llorente, M. Rodríguez Molinero, Luis Prieto Sanchís, Manuel Aragón, Miguel Beltrán, Modesto Saavedra, Juan A. Santamaría Pastor y Teresa Freixes Sanjuán, además de dos importantes libros: el de Enrique Alonso García (1984) y el de Raúl Canosa Usera (1988).

Una década más tarde desde aquella última publicación, nuevamente destaca el notable trabajo del profesor Segundo V. Linares Quintana, quien publica la primera edición de su monumental *Tratado de Interpretación Constitucional* (1998), que se divide en dos partes: la primera, donde desarrolla la teoría general de la hermenéutica constitucional, y una segunda, específicamente referida a la metodología de la interpretación constitucional, en la cual explica los métodos y enfoques interpretativos; además, incluye un Apéndice con otros escritos adicionales de su autoría.

En lo relacionado con el Perú, según considera García Belaunde (2006), el tema es novísimo. Por cierto, al igual que en otras latitudes, ha sido monopolizado por los cultores del derecho civil y de la filosofía del derecho. En materia filosófica, cabe resaltar los trabajos de Mariano Iberico (1990), Francisco Miró Quesada (1956) y Mario Alzamora Valdez (1964). En el derecho privado, es im-

6 Las ponencias de aquel evento fueron publicadas en el volumen colectivo titulado *La interpretación constitucional* (Fix-Zamudio et al., 1975).

portante el ensayo de José León Barandiarán (1952). Un último ensayo valioso en el mundo iusfilosófico es el de Carlos Thorne Boas (1989).

A nivel estrictamente constitucional, el primer texto que se publica sobre la materia en Perú es de Anibal Quiroga León (1985), que es una inteligente glosa de Hesse, a quien contribuyó a difundir. Asimismo, debe citarse el libro conjunto de Enrique Bernales y Marcial Rubio (1987), quienes dedican todo un capítulo al tema de la interpretación constitucional, aun cuando incurre en descuidos doctrinarios. De interés es también el texto de Armando Calmet Luna (1988). Recientemente, dentro de un contexto mayor, se encuentra el libro de Víctor Julio Ortecho Villena (1991).⁷

Cabe agregar el aporte de la Comisión Andina de Juristas, que en su serie *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 13 (1997) publicó un texto específicamente dedicado a analizar los derechos fundamentales en relación con la interpretación constitucional que realizaban en aquella época la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional del Perú.⁸

A nivel latinoamericano, también es importante anotar, por su amplio alcance y variedad de enfoques, el libro colectivo *Interpretación Constitucional*, compilado por el profesor mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2005), que reúne más de ochenta colaboraciones de autores latinoamericanos y europeos y presenta un panorama amplísimo sobre lo que el concepto significa, siendo uno de los mejores del idioma (García Belaunde, 2009, p. 347).

Luego de esta breve revisión, se hace evidente esta acertada deducción del profesor García Belaunde (2006):

La conclusión que sacamos es que el tema de la interpretación constitucional, no tuvo ninguna importancia en el siglo XIX, y a lo más se entendía que era un problema para civilistas y filósofos del Derecho, pues se pensaba que las categorías elaboradas por estas disciplinas, eran más que suficientes. En términos generales, la misma situación se daba en Europa y en los Estados Unidos, y por cierto de manera más acusada en la América Latina. Cabe expresar adicionalmente que el tema ha tenido un súbito despertar a partir de la segunda posguerra, en donde empieza un desarrollo lento pero indetenible, que se incrementa en forma sustanciosa y por demás creadora, a partir de la década de 1960. Hoy se es

7 Como aprecia García Belaunde (2006), el interés por el estudio de la interpretación constitucional ocurre tan sólo a partir de 1985 y en forma por cierto limitada. Sin embargo, como se verá más adelante, en el caso de Bolivia, el interés por estudiar la interpretación de la Constitución no se manifestó sino aproximadamente una década después.

8 Cfr. “Derechos fundamentales e interpretación constitucional” (Comisión Andina de Juristas, 1997).

consciente de que la interpretación constitucional existe y es necesaria, pero no está del todo aceptado que sea realmente un problema. (p. 30)

4. La enseñanza rudimentaria de la interpretación de las leyes en el país

En el caso de Bolivia, el estudio de la interpretación como tal es también muy reciente y se mantiene casi inexplorado, dado que durante el siglo pasado y hasta hace algunos años atrás, en la mayoría de las facultades de Derecho del país, el tema era relativamente desconocido o sólo mencionado superficialmente, sin haberse advertido la necesidad de profundizar o realizar un mayor análisis acerca de sus alcances.

Así, por ejemplo, en el manual de Introducción al Derecho, escrito por el profesor boliviano Jaime Moscoso Delgado (publicado originalmente en la segunda mitad del siglo XX y que tuvo sucesivas ediciones actualizadas hasta comienzos del nuevo milenio), se destinaba un solo capítulo referido a la técnica de aplicación del derecho, en cuyo contenido se desarrollaban básicamente: la interpretación y producción de normas subordinadas, el sentido propio y evolutivo de la norma y los métodos de interpretación: a) gramatical; b) *ratio juris*; c) integración sistemática; d) concierto con la realidad social; y e) la justicia, criterio decisivo.

Asimismo, se debe hacer notar que los primeros manuales sobre derecho civil que se utilizaban a nivel universitario durante gran parte del siglo XX, tales como *Derecho Civil Boliviano* (1958), elaborado por el entonces catedrático de la materia en la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA), Dr. Carlos Terrazas Torrez; los famosos *Apuntes de Derecho Civil Boliviano* (1969), escritos por el ilustre profesor y magistrado boliviano Dr. Raúl Romero Linares; el libro *Derecho Civil* (1983), publicado por el Dr. Raúl Romero Sandoval (descendiente del anterior); las *Lecciones de Derecho Civil* (1988), elaboradas por el catedrático de la Academia Nacional de Policías, Dr. Raúl Jiménez Sanjinés –los cuales ciertamente constituyen los textos más significativos y didácticos que se han escrito sobre la materia en Bolivia durante el siglo pasado–, solamente hacían referencia de manera muy general a la interpretación de la ley a fin de denotar su relevancia en materia civil, siguiendo además los clásicos métodos de interpretación del profesor Friedrich Karl von Savigny (ello, principalmente porque el Código Civil boliviano era una copia del Código Civil francés del siglo XIX), quien sostenía que, para interpretar la ley, básicamente debían utilizarse al menos cuatro métodos: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

Estas premisas básicas del derecho civil fueron luego trasplantadas también al ámbito penal, lo cual se vio claramente reflejado en los primeros estudios sobre derecho penal en el país. Ello se puede apreciar, por ejemplo, en los famosos “Apuntes de Derecho Penal Boliviano” (1966), escritos por deslumbrantes catedráticos de la materia en aquella época, como fueron los doctores Huáscar Cajías y Benjamín Miguel, quienes enseñaban que interpretar la ley consiste en fijar los exactos límites y la significación de ella, es descubrir su sentido y reconocer los alcances que tiene. Ellos agregaban: “La tarea interpretativa no es excepcional sino sumamente corriente; cualquier exposición de Derecho Penal la exige. Es indispensable para el juez, cuando busca aplicar la ley a cada caso concreto” (Cajías y Miguel, 1966, p. 53). Sin embargo, estos autores también eran enfáticos al sostener que los límites de la interpretación en materia penal están dados por la ley misma, dejando en claro que no se puede ir más allá de lo que ella dispone, pues se incurriría al menos en dos errores: “1) El destruir el principio de legalidad, que rige entre nosotros y que es esencial como garantía. 2) El de convertir la tarea interpretativa en tarea legislativa, lo que es inadmisibles” (Cajías y Miguel, 1966, p. 56).

Posteriormente, merecen destacarse los libros de derecho penal escritos por los prestigiosos catedráticos de esa materia: el Dr. Benjamín Miguel Harb (1987, 1988),⁹ en la UMSA, y el Dr. Fernando Villamor Lucía (1995, 1985), en la Universidad Católica Boliviana. Estos constituyen manuales indispensables de estudio, que ciertamente guiaron por muchos años la enseñanza-aprendizaje de la materia en varias universidades del país. Entre los temas que eran abordados en el contenido de la parte general de estos manuales universitarios, se encontraban por ejemplo: concepto de derecho penal, evolución histórica del derecho de castigar, historia del derecho penal boliviano, las escuelas penales, las fuentes del derecho penal: la ley penal, la validez de la ley penal en el tiempo, en el espacio y en relación a las personas, el delito y sus elementos: acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, y finalmente el *iter criminis* o vida del delito.

9 Por su enorme utilidad conceptual y contenido didáctico, estas obras del profesor Miguel Harb pronto se convirtieron en libros de lectura indispensable para la enseñanza y aprendizaje de la materia durante la década de 1990 en la Facultad de Derecho de la UMSA, llegando a su sexta y última edición actualizada en el año 1998 (incluyendo en su contenido una somera explicación sobre los alcances de la reforma penal boliviana de 1997), forjando así eficazmente los conocimientos de muchas generaciones de profesionales abogados que se formaron en esa casa superior de estudios. Sin embargo, y ante las constantes reformas posteriores que se fueron insertando en el Código Penal boliviano a partir de 1999, estos textos quedaron levemente desactualizados, aspecto que no pudo remediarse a tiempo ante el sensible fallecimiento de su autor en el año 2008.

Sin embargo, el profesor Miguel Harb (1987) consideraba necesario dedicar un breve capítulo de su obra para desarrollar el tema de la interpretación de la ley penal, bajo la premisa de que el principio de legalidad –tal como lo planteaba Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (Milán, 1738-1794)– es una valla infranqueable que se opone a la interpretación,

por el peligro que representa para este autor, el dejar dependiente de la interpretación incluso la libertad, pero él entendía la interpretación en un sentido distinto, no quería que la ley sea considerada en un sentido extensivo para abarcar conductas no comprendidas en el texto, para eliminar el arbitrio judicial de la época. (p. 99)

En el mismo sentido se pronunciaba el profesor español Eugenio Cuello Calón, quien en su manual sobre Derecho Penal señalaba que: “El juez al aplicar la ley al caso concreto, ha de averiguar su sentido y su finalidad, ha de interpretarla; en esto consiste la interpretación, en determinar la voluntad de la ley” (Cuello Calón, 1947, como se citó en Miguel Harb, 1987, p. 99). Esta cita realizada por el profesor Miguel Harb se complementaba con el argumento de que desde el momento en que la ley está en vigencia, tiene su propio ser, independientemente de la voluntad y ser del legislador que la crea, por lo cual, “sobre la voluntad propia de la ley versa la interpretación y no sobre lo que dijo o quiso decir el legislador. Interpretar es fundamentalmente conocer con criterio lógico” (Miguel Harb, 1987, p. 100).

En todo caso, creemos que el precario abordaje del tema de la interpretación de la ley penal en los primeros textos universitarios se debe probablemente a la influencia de lo expuesto en las principales fuentes bibliográficas existentes sobre la materia en el tiempo de su aparición, y que necesariamente tuvieron que ser consultadas para la exposición y desarrollo del tema, como es el caso del “Tratado de los Delitos y de las Penas”, de Cesare Beccaria,¹⁰ siguiendo

10 Cajías y Miguel (1966) entendían, por ejemplo, que la tarea interpretativa no es excepcional, sino sumamente corriente; sin embargo, y pese a que ello era una realidad, admitían que la interpretación ha tenido enemigos; “por ejemplo, lo era Beccaria, cuando negaba al juez la facultad de interpretar la ley. Sin embargo, es obvio que Beccaria tomaba la palabra interpretación en sentido distinto; lo que él trataba era de evitar la extensión de la ley hasta cubrir conductas no preestablecidas como delitos; o sea, deseaba poner atajo al arbitrio judicial tal como se lo practicaba el siglo XVIII. La necesidad de la interpretación no es discutida hoy porque a fin de cuentas allá busca simplemente que la ley sea comprendida”. Asimismo, enseñaban que la interpretación puede clasificarse desde tres puntos de vista: “a) Según el sujeto u órgano que la realiza, puede ser: 1) Auténtica; 2) Judicial y 3) Doctrinal. b) Según los medios que se emplean, puede ser: 1) Gramatical; 2) Lógica y 3) Sistemática. c) Según el objetivo a que se pretende llegar, puede ser: 1) Declarativa; 2) Restrictiva y 3) Extensiva” (p. 53).

también las clases de interpretación que pregonaba el famoso penalista español don Luis Jiménez de Asúa,¹¹ quien en sus estudios sobre “La Ley y el Delito” –publicados originalmente en la primera mitad del siglo XX– sostenía que la interpretación se divide conforme al sujeto que la hace, a los medios que se emplean y al resultado al que se llega. Conforme al sujeto, puede ser auténtica, doctrinal y judicial. Según los medios usados, será literal y teleológica. Y de acuerdo con los resultados, podemos considerarla declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva; todo ello, siempre en concordancia con los clásicos postulados de interpretación señalados por Savigny.¹² Así, también es evidente la utilidad que prestó aquel antiguo manual de derecho penal escrito durante la década de 1950 por el profesor español Eugenio Cuello Calón, cuya sistemática –plasmada y adecuada al contexto boliviano por el profesor Miguel Harb– sirvió de base para estructurar el programa oficial de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés, en la ciudad de La Paz.

Fuera de esos ámbitos de estudio, era muy raro, desconocido y tal vez hasta “paradójico” hablar de interpretación en general y/o de interpretación constitucional en el ámbito boliviano (menos con la comprensión y alcance que tiene el tema en la actualidad),¹³ dado que, durante mucho tiempo, la Constitución

11 Luis Jiménez de Asúa nació en Madrid el 19 de junio de 1889 y murió en el exilio, en Buenos Aires, a los 81 años de edad, el 16 de noviembre de 1970. Un perfil biográfico acerca de la trayectoria política y académica del profesor español puede verse en Laveaga (2018, pp. 163-172).

12 “En suma: es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas han de serlo, no sólo las oscuras. El hecho de aplicar la ley supone interpretarla, ya que al hacer el cotejo de su contenido con el hecho real se precisa un proceso de subsunción al que contribuyen los órganos interpretativos –a veces el legislador, con eficacia obligatoria, el científico y siempre el juez– con medios literales o teleológicos y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos o progresivos. A menudo, los Códigos civiles dan normas interpretativas que pueden ser aplicadas al Derecho penal, aunque teniendo en cuenta su especialidad” (Jiménez De Asúa, 1958, p. 101).

13 Cabe precisar que, en la actualidad, existen muchos autores que han desarrollado el tema con bastante solvencia y análisis nuevos. Valga citar por todos a Riccardo Guastini, quien ha sido profesor de Derecho Constitucional y actualmente es catedrático de Filosofía del Derecho y director del Dipartimento di Cultura Giuridica “Giovanni Tarello” de la Universidad de Génova, además de cofundador y director de importantes revistas como *Ragion Pratica* y *Analisi e Diritto*. Ha sido profesor visitante en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona), en la Cardozo School of Law (Nueva York) y en el Institut des Hautes Études Internationales (París). Entre sus obras más importantes se destacan *Dalle fonti alle norme* (1991), *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto* (1996), *Estudios de teoría constitucional* (2001), *Estudios sobre la interpretación jurídica* (2004) y *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (2008). Entre sus trabajos recientes, es recomendable consultar Guastini (2015, pp. 2011-2086). Por otro lado, son también destacables los estudios del profesor alemán Peter Häberle, como su trabajo “Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas” (2010), donde se refiere al derecho comparado como el quinto método de interpretación jurídica, a la importancia que debe dársele al contexto cultural en el ámbito de la interpretación constitucional y a la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Finalmente, para analizar el contexto

en nuestro país era reformada y aprobada sólo para revestir de legalidad a los Gobiernos de facto que asaltaban el Poder Ejecutivo, en consecuencia, era considerada solo como un “programa político”, es decir, una mera declaración de principios con algunos derechos reconocidos literalmente sin mayor relevancia, dado que las garantías jurisdiccionales para hacerlos efectivos frente a las autoridades –como es el caso del *habeas corpus* y del *amparo constitucional*– recién se pusieron en vigencia a partir de 1938 y 1967, respectivamente, sin olvidar además que la garantía jurisdiccional del *habeas data* no fue parte de los mecanismos de tutela sino hasta la reforma constitucional de 2004, vale decir, a comienzos del siglo XXI.

5. El mandato constitucional y su origen legislativo

En el caso de nuestro país, como se verá más adelante, se debe precisar que el único órgano de poder que tenía la potestad de interpretar el alcance de las normas de la Constitución era el Legislativo. En efecto, a través de la reforma constitucional de 1839, se decidió otorgarle al Congreso Nacional la facultad de resolver todas las dudas sobre la “inteligencia” o comprensión de los artículos de la Constitución a través de leyes interpretativas.

Entonces, lo que existía en Bolivia –y así se enseñaba de manera muy superficial en algunos manuales clásicos de derecho público o constitucional que se difundieron durante el siglo XX– era una interpretación “política”, a la que constantemente se hallaba sometida la Constitución; con ello nos referimos específicamente a la interpretación que realizaban de manera exclusiva los miembros del Congreso Nacional (diputados y senadores), quienes, al sancionar “leyes interpretativas” por mayoría de votos, determinaban el significado y la comprensión que debería dársele a las normas previstas en la Constitución boliviana.

Esta situación es comprensible si tenemos en cuenta que así se manifestó también en el contexto europeo del siglo pasado, confirmando aquella “tradicional ausencia de la interpretación del derecho constitucional” a la que se refería el profesor español Javier Pérez Royo en su *Curso de Derecho Constitucional*, al sostener que la interpretación brilla por su ausencia desde los orígenes del derecho constitucional a comienzos del siglo XIX hasta por lo menos la década de 1950. Al efecto, explica lo siguiente:

interpretativo boliviano, es de utilidad consultar el estudio sobre la interpretación final de la Constitución en Bolivia escrito por Arias López (2018).

Basta consultar los Manuales o Tratados de Derecho Constitucional del siglo pasado, o de las primeras décadas de este, para comprobarlo. Ninguno de ellos contenía no ya una lección, sino ni siquiera un apartado dedicado a la interpretación de la Constitución. Se trataba de una cuestión inexistente. A nadie se le ocurrió que ahí pudiera haber un problema y, en consecuencia, a nadie se le pasó por la imaginación incluirlo en la exposición. Esta ha sido la tradición europea en la Ciencia del Derecho Constitucional. (...) En realidad, la ausencia de la interpretación del Derecho Constitucional es una consecuencia insoslayable del principio de *soberanía parlamentaria* importado de Inglaterra en el continente europeo a lo largo del siglo XIX. Si el Parlamento es soberano y no hay límites jurídicos para su manifestación de voluntad, la Constitución solo puede tener una *interpretación política*: la que hace el Parlamento al dictar la ley. La Constitución es un documento político que está a disposición del legislador, que lo interpreta políticamente, porque es de la única manera que un Parlamento puede hacerlo. (Pérez Royo, 2014, pp. 96-97)

6. Estudios constitucionales realizados en Bolivia durante el siglo XX

Similar situación se presentaba en los estudios constitucionales realizados en Bolivia durante gran parte del siglo XX, cuando la interpretación de la Constitución era un tema desconocido, poco comprendido. En realidad, solamente era invocado en la medida de su utilidad y conveniencia para conseguir los fines políticos del Gobierno de turno en aquella época.

Entre los estudios realizados sobre este tema durante la primera década de aquel siglo se puede señalar, por ejemplo, el libro escrito por el doctor Luis Paz,¹⁴ quien publicó un amplio estudio sobre derecho público constitucional boliviano titulado *Constitución Política de la República de Bolivia. Su texto, su historia y su comentario* (1912), que constituye en realidad un comentario exegético –con cita de algunos antecedentes históricos importantes– de las normas de la Constitución de 1878 (con las modificaciones realizadas en 1880 vigentes en el tiempo de su publicación), y en donde el autor se mostraba convencido de que

14 El Dr. Luis Paz fue un esclarecido hombre público que prestó relevantes servicios al país como político, historiador y presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia (1920). Por ello en aquel tiempo, y ante su sensible fallecimiento, se emitió la Ley de 6 de octubre de 1928 por la cual se declaró duelo de tres días en la República para tributarle los honores de capitán general, de acuerdo con las ordenanzas militares. Asimismo, el Poder Ejecutivo estaba encargado de dictar las disposiciones convenientes para las solemnes honras fúnebres que se le tributarían al ilustre extinto.

La constitución de un país no puede ser la obra de una sola época ni de un solo hombre. Trazar una constitución es poca cosa: el gran arte es el de apropiarse a los hombres a la ley que ellos deben amar. (p. 485)

El doctor Paz (1912) era consciente de la necesidad de estudiar lealmente la Constitución Política

tomando cada una de sus prescripciones desde su origen, siguiéndolas en su tradición, en los debates o controversias a que ha dado lugar en nuestra historia, apelando a las fuentes legítimas de su interpretación y comentario, ocurriendo a los maestros de nuestro derecho constitucional. (p. 486)

De esa manera, el autor justificaba con claridad la estructura y plan de su obra, siendo destacable su noble propósito, consistente en que “el pueblo estudie y aprenda a deletrear y a amar la cartilla de sus derechos y garantías, para que la practique honradamente y la defienda de las tiranías” (Paz, 1912, p. 486).

Asimismo, el autor daba cuenta de que en 73 años (de 1826 a 1899) “se ha constituido doce veces la República de Bolivia, sin que hasta ahora se haya llegado a afianzar el régimen constitucional, en toda su verdad” (sic) (Paz, 1912, p. 27), y reflejaba crudamente la realidad y la falta de vigencia de la Constitución al señalar que en nuestro país:

nosotros hemos querido remediar los defectos de nuestras leyes patrias, revocándolas y dando otras en su lugar. Nuestras constituciones han caído a golpe de sable: no hemos entendido lo que es reforma o adición, ni interpretación; para remediar la violación de un artículo, los hemos derogados todos. (Paz, 1912, p. 486).

Por ello, explicaba también que

se remedian los defectos de la Constitución, no por la abrogación ni por las reformas intempestivas, sino por la interpretación. Para ello tienen expedido, las cámaras legislativas, el recurso que les franquea el artículo 136, de resolver cualesquiera dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno o algunos artículos de la constitución, si se declaran fundadas por dos tercios de votos. (Paz, 1912, p. 486).

Años más tarde, en las aulas de la Facultad de Derecho de la UMSA durante la década de 1950, el destacado constitucionalista don **Ciro Félix Trigo** (1952)¹⁵

15 Una nota periodística con algunos datos biobibliográficos acerca de la vida, obra y pensamiento del Dr. **Ciro Félix Trigo** ahora puede encontrarse en mi blog jurídico: <https://bit.ly/3bKRDXU>.

enseñaba que nuestra Constitución no solo dispone el procedimiento para la revisión constitucional, sino que también prevé la interpretación de los artículos deficientes, ininteligibles o ambiguos.¹⁶ Así, por ejemplo, el artículo 181 de la Constitución (reformada en 1947) establecía que las Cámaras Legislativas

podrán resolver cualesquiera dudas que ocurran sobre la inteligencia de alguno o algunos artículos de la Constitución, si se declaran fundadas por dos tercios de votos, observándose en lo demás las formalidades prescritas para una ley ordinaria. Las leyes interpretativas, no pueden ser observadas por el Presidente de la República.¹⁷

Justificaba el profesor Trigo (1952): “Tenemos así que la determinación precisa de un precepto constitucional en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la justicia” (p. 53).

De ello se puede deducir que, en aquella época, era muy remota –y casi impensable– la posibilidad de realizar una interpretación judicial de la Constitución.¹⁸

16 En realidad, esa concepción sobre la utilidad de la interpretación para determinados casos corresponde a una visión reduccionista de la interpretación constitucional, que en su momento fue acertadamente criticada por el profesor José Antonio Rivera, quien precisamente nos informa que, respecto a la oportunidad o los casos en los que se debe realizar la interpretación constitucional, existen corrientes reduccionistas que sostienen la tesis de que sólo debe efectuarse cuando la norma constitucional es confusa, ambigua o imprecisa (entre ellos, Konrad Hesse, quien señalaba que la interpretación constitucional en sentido estricto solo se da cuando existe un problema sobre el significado de sus normas que la Constitución no puede resolver de forma inequívoca), frente a lo cual, el autor concluyó señalando lo siguiente: “No compartimos la posición reduccionista antes señalada, porque consideramos que la aplicación de una norma constitucional a un determinado caso requiere de una interpretación para establecer el sentido y alcance de la norma, contrastándola con la dimensión histórica, social y económica, entonces se puede afirmar que aun siendo clara y precisa la norma constitucional para aplicarla correctamente, se debe interpretarla” (Rivera, 2001, p. 81).

17 Esta norma ciertamente tiene su origen en la reforma constitucional de 1839, cuando se decidió otorgarle al Congreso Nacional la facultad de resolver las dudas sobre la “inteligencia” o comprensión de algunos artículos de la Constitución a través de leyes interpretativas, para lo cual se requería necesariamente el apoyo de dos tercios de los votos de sus miembros, no pudiendo ser dichas leyes observadas por el presidente de la República. Según la explicación del profesor Valencia Vega (1964), esta norma establecía lo que se llama interpretación auténtica o legislativa para las leyes constitucionales demasiado amplias o demasiado breves en su texto, y siendo que dichas leyes era formuladas directamente por el Poder Legislativo, “no están sometidas a la potestad de veto del Poder Ejecutivo, porque no es atribución de éste la interpretación de las leyes, sino su aplicación o ejecución” (p. 465). Este entendimiento se mantuvo vigente hasta la reforma constitucional de 1967 –reformada posteriormente en 1994 y 2004–, que en su artículo 234 disponía expresamente que: “Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República” (Galindo de Ugarte, 1991, pp. 652-653).

18 Esta temática solamente fue analizada y abordada con bastante solvencia en las publicaciones que

Entonces, y sobre la base de dicho mandato constitucional vigente en aquel tiempo, el profesor *Ciro Félix Trigo* (1952) afirmaba que el Poder Legislativo era el único con capacidad para interpretar las normas constitucionales, “ya que las leyes ordinarias son interpretadas por el Poder Judicial mediante la jurisprudencia en su aspiración creadora de Derecho” (p. 53), por lo cual consideraba que dicha instancia legislativa gozaba de una prerrogativa singular, de la que está obligado a hacer el mejor y más discreto uso,

porque si no observa una conducta severa al ejercer esta facultad, podría ocurrir que la arbitrariedad sea amparada por la interpretación, llegándose a extremos en que baste una simple discrepancia de criterio para que se pretenda vulnerar la rigidez e inmutabilidad de las reglas fundamentales. (p. 54)

Como se puede apreciar, este autor reivindicaba la potestad interpretativa del Poder Legislativo establecida por mandato constitucional, sin embargo –y con notable sabiduría proveniente de sus estudios constitucionales y experiencia parlamentaria–, aconsejaba también un uso sereno (alejado de pasiones políticas momentáneas) y prudente (con sensatez necesaria) de dicha facultad. Por ello, consideraba que la interpretación constitucional “es un medio adecuado para remediar las insuficiencias de los preceptos, a fin de alcanzar el perfeccionamiento de los procedimientos, confirmar el contenido de las normas supremas y determinar cuáles son los límites de su validez” (Trigo, 1952, p. 54).

Finalmente, cabe destacar el pensamiento de este gran constitucionalista boliviano, quien tenía mucha razón cuando en su comentario de análisis a cada reforma constitucional (a través de sus Constituciones comentadas, publicadas en sucesivas ediciones desde 1945 hasta 1967), dejaba claramente establecido el deber fundamental de todo ciudadano(a) boliviano:

Jurar la Constitución, guardar fidelidad a sus preceptos, divulgarla, respetarla e interpretarla con altruismo, es deber ineludible de todo ciudadano y al que no se puede ni se debe renunciar. Su observancia nos engrandecerá y el amor que por ella sintamos nos dignificará, convirtiéndonos en fortaleza inexpugnable a la tiranía y al caos. (Trigo, 1967, pp. 25-33)¹⁹

surgieron recién en la década de 1990 (Carmona Tinoco, 1996; Sagiés, 1998).

19 Con posterioridad a esta última publicación de su autoría, se comunicó el fallecimiento de este notable jurista en la ciudad de Buenos Aires (mientras ejercía el cargo de embajador de Bolivia en Argentina), y como un póstumo homenaje a su memoria, el Gobierno nacional emitió el Decreto Supremo 8157 del 26 de noviembre de 1967, a través del cual declaró “duelo nacional sin cierre de oficinas públicas ni suspensión de actividades particulares, el día lunes 27 de noviembre del presen-

En la misma época, sobresale también el *Manual de Derecho Constitucional*, publicado por el Dr. Alipio Valencia Vega (1964), entonces catedrático de Derecho Político y Constitucional de la UMSA –vigente como texto universitario durante la segunda mitad del siglo XX–, que contenía sólo un capítulo dedicado a la elaboración de la ley, en donde se hacía referencia también a su interpretación, entendiendo el autor la interpretación de la ley como la fijación de su sentido exacto, la determinación de sus verdaderos alcances y, sobre todo, la conciliación del contenido de la norma con la realidad social vigente. A ese efecto, desarrollaba en su texto diferentes clases de interpretación, literal, extensiva y restrictiva, dogmática, histórica y sociológica, judicial, doctrinaria y autentica o legislativa (Valencia Vega, 1964, pp. 267-279).

En la década de 1970, al parecer no existieron muchas publicaciones sobre derecho constitucional que fueran editadas en Bolivia; ello probablemente se haya debido a que, en aquella etapa de nuestra vida republicana, precisamente el sistema constitucional boliviano se encontraba en una situación muy crítica por el asalto al poder que se produjo con los continuos golpes de Estado, que instauraron regímenes de facto no solo en el país,²⁰ sino en toda América Latina.

te año, debiendo izarse a media asta la enseña patria en todos los edificios públicos”. Es importante rescatar el aporte de este jurista boliviano, dado que, como bien ha precisado el analista político Carlos Böhrtr Irahola (2010), no debe perderse de vista que Ciro Félix Trigo fue el responsable de la redacción del proyecto de Constitución de 1967, quien –sin lugar a dudas– poseía información y doctrina actualizadas sobre teoría constitucional y derechos fundamentales. Ello, claro está, debido a que el 1° de diciembre de 1965, la entonces Junta Militar de Gobierno –mediante Decreto Ley 7409– le encomendó de forma expresa a Ciro Félix Trigo la redacción de un Anteproyecto de Reformas Constitucionales, que sería sometido a revisión por una Comisión creada al efecto, “para luego ser enviado a consideración del próximo Congreso Constituyente”, según se dispuso expresamente. “Prueba incontestable de la versación de Trigo en el área de los derechos humanos se encuentra en su libro *Derecho Constitucional Boliviano*, en cuyas páginas, desde la primera edición, se discute con experticia el tema” (Böhrtr Irahola, 2010, pp. 40, 48).

- 20 Ciertamente, la historia republicana de Bolivia se ha caracterizado por una constante inestabilidad político-institucional; ello, debido a los continuos “asaltos” al poder político por la fuerza de las armas para deponer al Gobierno democrático legalmente constituido e instaurar regímenes de facto en manos de dictadores militares o civiles. Una muestra de ello es que, hasta por lo menos el año 1980, en Bolivia se produjeron doscientos golpes de Estado en apenas 155 años de vida republicana, lo que dio lugar a que, en este período de tiempo, 74 presidentes de la República condujeran el Estado, con un promedio de 2,09 años de duración en el mandato cada uno. En ese contexto, la Constitución no siempre tuvo una vigencia permanente y menos cumplió su función primordial en el ordenamiento jurídico estatal de limitar el ejercicio del poder político y de lograr la estabilidad social, política y económica; no mereció el respeto, ni la consideración ni el acatamiento como la ley suprema del ordenamiento jurídico del Estado por quienes, a su turno, ejercieron el poder político y asumieron el gobierno (Rivera Santivañez, 2008). Por el contrario, la Constitución fue invocada en tanto en cuanto respondía a los intereses de los detentadores circunstanciales del poder o de aquellos que tomaban el poder por la fuerza de las armas; en cuanto la Constitución, se oponía a

Sin embargo, me parece importante rescatar las ideas del entonces profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés, Dr. René Canelas López, quien a tiempo de perfilar un “Nuevo Derecho Constitucional Boliviano” (1972) se refería brevemente a la importancia de la interpretación de las normas jurídicas, precisando –con ojo clínico– que la interpretación de las normas constitucionales

no sólo compromete el estudio de la anatomía de ellas, sino también de su fisiología; interpretarlas es darles mayor objetividad, mayor precisión en sus alcances, más exactitud en su función reguladora; para ello, no es suficiente conocer el fundamento y objeto de la norma, es necesario establecer si los hechos a los que ha de aplicarse tienen sentido jurídico, es decir si por su repetición frecuente, si por su calidad de inherentes a la vida social y a las condiciones de su desenvolvimiento histórico deben ser alcanzados por la norma. (p. 37)

Asimismo, el mencionado autor explicaba el sentido del artículo 234 de la Constitución vigente en ese entonces (1967), señalando que la interpretación de las reglas constitucionales, para su aplicación a los hechos, tiene un requisito importante, dado que

es una facultad del Congreso el expedir leyes interpretativas de la Constitución, pero con la aprobación de los dos tercios de los votos presentes. Los trámites son los mismos que se señalan para las leyes ordinarias. Las leyes interpretativas no pueden ser vetadas por el Presidente de la República; no requieren de la venia del Ejecutivo para ser válidas, puesto que fijan el sentido de una regla anterior en vigencia. La ley interpretativa no contiene legislación nueva, simplemente explica con precisión un texto oscuro o ambiguo. (Canelas López, 1972, p. 38)

sus intereses, era simplemente ignorada, vulnerada o, en su caso, reformada por procedimientos no previstos legalmente, habiéndose llegado inclusive al extremo de subordinar la Constitución a un decreto supremo dictado por un régimen de facto. Así, por ejemplo, el presidente de facto Gral. Hugo Banzer Suárez emitió el Decreto Supremo 11947, de 9 de noviembre de 1974, en cuyo artículo 3º se dispuso la vigencia restringida de la Constitución. La norma referida disponía textualmente lo siguiente: “Declárase vigente la Constitución Política del Estado de 1967 en todo aquello que no se oponga al presente Estatuto de gobierno, a las de carácter institucional y a los Decretos Leyes que en función de los superiores intereses de la Patria adopte el Gobierno Nacional” (Rivera Santivañez, 1999b, p. 31).

7. Leyes interpretativas –y reformas constitucionales implícitas– que se pusieron en vigencia

Luego de revisar los estudios realizados en Bolivia –detallados anteriormente– y de acuerdo a los datos histórico-legislativos que nos brinda el profesor Ciro Félix Trigo, durante los siglos XIX y XX en nuestro país se presentaron algunos casos de interpretación constitucional; por ejemplo, la realizada por Ley del 6 de septiembre de 1898, que interpretó el artículo 47 constitucional en sentido de que “las inmunidades de los Senadores y Diputados alcanzan a todo el período de su mandato, sin discontinuidad desde el día de su elección”; según afirma, esta interpretación confirmó el voto parlamentario de 1892.

Asimismo, el referido autor señala que, en otra oportunidad, también se había deliberado ampliamente la interpretación del artículo 31 de la Constitución, y después de un debate “luminoso” en el H. Senado Nacional, se promulgó la Ley del 20 de diciembre de 1948, que señaló lo siguiente: “Se interpreta el Art. 31 de la Constitución Política del Estado en sentido de que la irretroactividad que proclama no alcanza a las leyes sociales”.²¹

Sin embargo, luego de una breve investigación acerca de la producción legislativa en nuestro país, y entre otras disposiciones legales –leyes interpretativas y de reformas implícitas– que fueron aprobadas por el entonces H. Congreso Nacional de Bolivia durante el siglo XX, se pueden enumerar las siguientes:²²

1. En la Constitución reformada en 1880 (que además tuvo una larga vigencia),²³ el artículo 2° (como una herencia de la Constitución bolivariana) disponía expresamente que: “El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica, romana; prohibiendo el ejercicio público de todo otro culto, excepto en las colonias, donde habrá tolerancia”. Años más tarde,

21 Sin embargo, Trigo (1952) no estaba de acuerdo con esta última interpretación, puesto que consideraba que: “Con esta Ley, prácticamente, por vía de interpretación, se ha derogado el Art. 31, cuando de lo que se trataba era de determinar el alcance de su contenido, vale decir su espíritu, fijando con precisión sus límites. La irretroactividad no puede ser proclamada en forma absoluta; tiene que admitir salvedades necesarias e imperiosas que se imponen a mérito de causales muy legítimas. Los derechos adquiridos no pueden ser vulnerados por una ley posterior; en cambio, las meras expectativas (sic) no constituyen una valla para la acción del legislador” (p. 55).

22 En este recuento de leyes interpretativas, se han consultado las siguientes fuentes de información: Jémio (1925) y Ordoñez López (1914).

23 La Constitución sancionada por la Convención Nacional de 1880 fue adoptada por la Convención Nacional de 1899, que es la que ha regido hasta el 12 de julio de 1920. Posteriormente, la Convención Nacional de 1921 puso en vigor esa misma Constitución por Ley de 24 de enero de 1921, que establecía: “(...) Artículo 4°.- Se declara en vigor la Constitución Política que ha regido hasta el 12 de julio de 1920, pudiendo la actual Convención Nacional, sustituirla, reformarla o modificarla, sin sujetarse a los procedimientos establecidos por ella” (sic) (Bustillos, 1924, p. 25).

la Ley del 14 de septiembre de 1905 declaró la necesidad de reformar la Constitución en los siguientes términos: “El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica, romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto. Comuníquese...”. Al año siguiente, la Ley del 27 de agosto de 1906 –operando una reforma constitucional– dispuso:

Artículo único.- Se declara la necesidad de la reforma del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, quedando en consecuencia sancionada la ley constitucional en esta forma: El Estado reconoce y sostiene la religión católica, apostólica, romana, permitiendo el ejercicio público de todo otro culto. Comuníquese, etc. (Ordoñez López, 1914, pp. 81-82)

2. En la misma Constitución reformada en 1880, el artículo 9 disponía que: “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa. Sólo los que gozan de fuero militar podrán ser juzgados por consejos de guerra”. Años más tarde, la Ley del 29 de octubre de 1906 declaró la necesidad de reformar la Constitución, añadiendo los siguientes preceptos:

Artículo 1. No se reconoce fuero alguno en materias comunes, sean civiles o penales, excepto el caso de los militares en campaña por causa de guerra; quedando aún en este caso salvado lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución. Artículo 2. Los militares en servicio y los eclesiásticos, serán juzgados por sus jefes y autoridades, solamente en todo aquello que atañe a sus ordenanzas, ritos o cánones. Comuníquese...

Sin embargo, la Ley del 3 de octubre de 1910 –operando prácticamente una reforma constitucional– dispuso:

Art. 1º.- Queda abolido el fuero militar, excepto el caso de los militares en campaña, por causa de guerra, salvo lo dispuesto por el artículo 25 de la Constitución. Artículo 2º.- Los militares en servicio serán juzgados por sus jueces y autoridades, conforme a sus reglamentos y ordenanzas. Comuníquese, etc. (Ordoñez López, 1914, pp. 573-574)

3. Asimismo, el artículo 16 constitucional establecía que: “La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de la ley o sentencia ejecutoriada”. Posteriormente, la Ley interpretativa de 15 de marzo de 1920 dispuso lo siguiente:

Artículo Único.- En uso de la facultad reconocida por el artículo 136 de la Constitución Política del Estado, las Cámaras legislativas interpretan el artículo 16 de la misma, en sentido de que la igualdad de las contribuciones no queda desvirtuada con impuestos de tarifas diferenciales o progresivas. Comuníquese, etc.

4. De igual manera, el antes citado artículo 25 constitucional preveía expresamente que: “Los que ataquen los derechos y garantías constitucionales, no gozan de fuero y quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”. Posteriormente, la Ley del 29 de septiembre de 1906 dispuso: “Artículo Único.- Se deroga el fuero eclesiástico. Los asuntos comunes sean civiles o penales de los eclesiásticos, quedan sometidos a los tribunales ordinarios”.
5. Así también, entre las normas sobre el estado de sitio, el artículo 29 constitucional preveía expresamente que: “El Congreso dedicará sus primeras sesiones al examen de la cuenta a que se refiere el Artículo precedente, pronunciando su aprobación o bien declarando la responsabilidad del Poder Ejecutivo. (...)”. Sin embargo, posteriormente, la Resolución Legislativa de 6 de diciembre de 1921 –realizando prácticamente una interpretación de los alcances de dicha norma constitucional– estableció: “La cuenta que el Poder Ejecutivo está obligado a rendir, de los motivos y del uso que hubiese hecho del estado de sitio, debe ser considerada por ambas Cámaras reunidas en Congreso. Comuníquese, etc.”.
6. Igualmente, la Constitución estableció expresamente que el Poder Legislativo reside en el Congreso Nacional, compuesto de dos cámaras –una de diputados y otra de senadores–, a lo cual, el artículo 40 constitucional agregaba que este:

Se reunirá ordinariamente cada año en la capital de la República, el día 6 de agosto, aunque no haya habido previa convocatoria; sus sesiones durarán sesenta días útiles, prorrogables hasta noventa, a juicio del mismo Congreso, o a petición fundada del Poder Ejecutivo.

Posteriormente, la Ley del 22 de noviembre de 1916 –interpretando los alcances de dicha norma constitucional– estableció lo siguiente:

Artículo 1°.- La instalación del Congreso nacional ordinario, tendrá lugar el día 6 de agosto de cada año a las dos de la tarde. Artículo 2°.- El Presidente y Vicepresidentes electos de la República, prestarán el juramento prescrito por

los artículos 80 y 81 de la Constitución Política del Estado, el día 15 de agosto a horas dos de la tarde, fecha en la que terminará el período constitucional de cuatro años, establecido por el artículo 76 de la referida Constitución.

7. Por otro lado, la Constitución reformada en 1880 establecía, por ejemplo, que cuando faltara el presidente de la República por renuncia, inhabilidad o muerte, o cuando se pusiera a la cabeza del ejército en caso de guerra extranjera o civil, sería llamado a desempeñar sus funciones el primer vicepresidente, que era electo junto con aquél, hasta la terminación del periodo de mandato constitucional; y a falta del primer vicepresidente y en todos los casos previstos anteriormente, le reemplazaría el segundo vicepresidente, elegido de la misma manera. La Constitución de aquel tiempo también establecía que los vicepresidentes no podían ser reelectos en su cargo ni elegidos presidente en el periodo inmediato si habían ejercido el Poder Ejecutivo para completar el mandato, y si faltaran los vicepresidentes, harían sus veces el presidente del Senado o, a falta de este, el de la Cámara de Diputados. Además, mientras el primer vicepresidente no ejercía el Poder Ejecutivo, desempeñaba el cargo de presidente del Senado, sin perjuicio de que el Senado podía elegir a su presidente en ausencia de aquél. Sin embargo, al año siguiente, mediante Ley del 10 de agosto de 1881, se complementaron estas disposiciones, estableciendo expresamente que: “A falta del Primer Vicepresidente de la República, desempeñará las funciones de Presidente del Senado el segundo Vicepresidente; en caso de impedimento de ambos, la Cámara nombrará su Presidente” (Ordoñez, 1914, pp. 36-38). Años más tarde, y una vez instalada la Convención Nacional el 25 de diciembre de 1920, en ejercicio de su facultad constituyente, sancionó la supresión de la segunda vicepresidencia, que había sido incorporada en la reforma constitucional de 1880. Dicha disposición fue puesta en vigencia mediante Ley del 24 de enero de 1921 (Alvarado, 1994, p. 298).
8. Asimismo, en la reforma constitucional de 1880, el art. 47 establecía expresamente que

Ningún Senador o Diputado, desde el día de su elección hasta el término de la distancia para que se restituya a su domicilio, podrá ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito *in fraganti* sujeto a pena corporal, si la Cámara a que pertenece no da licencia. Tampoco podrán ser demandados civilmente desde sesenta días antes de la reunión del Congreso, hasta el término de la distancia

para que se restituyan a su domicilio. Pero en ningún tiempo serán arraigados, apresados o apremiados corporalmente en materia civil, sin previa licencia de la Cámara a que pertenecen, pudiendo, fuera del término indicado, concurrir como actores o demandados en los juicios civiles. (...)

En este sentido –e interpretando los alcances de la referida norma constitucional–, la Ley del 8 de noviembre de 1895 dispuso expresamente lo siguiente: “Artículo Único.- El Vicepresidente de la República goza de las mismas inmunidades que los Senadores y Diputados por su calidad de Presidente del Senado y del Congreso Nacional. Comuníquese, etc.”.

9. Así también, entre las normas sobre la fuerza pública, el artículo 129 constitucional establecía que: “La fuerza armada es esencialmente obediente; en ningún caso puede deliberar, y está en todo sujeta a los reglamentos y ordenanzas militares, en lo relativo al servicio”. Posteriormente, la Ley del 10 de noviembre de 1888 –que interpreta los alcances de la citada norma constitucional– dispuso lo siguiente:

Artículo Único.- El artículo 129 de la Constitución Política del Estado, que declara a la fuerza armada sujeta a los reglamentos y ordenanzas militares, en todo lo relativo al servicio, no deroga el fuero militar establecido por las leyes secundarias que rijen (sic) la materia, en cuanto a delitos comunes, salvo lo dispuesto en el artículo 25 de la misma Constitución. Comuníquese, etc.

10. Sin embargo, como ya vimos, la Ley del 3 de octubre de 1910 abolió (parcialmente) el fuero militar.
11. Finalmente, entre las normas sobre la formación y promulgación de las leyes y resoluciones del Poder Legislativo, el artículo 66 constitucional establecía que: “Aprobado un proyecto de ley en la Cámara de su origen, pasará inmediatamente a la otra para su discusión y aprobación en el periodo de aquella legislatura”. Posteriormente, la Ley del 3 de octubre de 1905 –que interpreta y amplía los alcances de la citada norma constitucional– dispuso lo siguiente: “Se declara de resolución preferente, en ambas Cámaras, los proyectos de ley que se pasen en revisión, no pudiendo ser retardados por más de una legislatura”.
12. En la misma sección sobre la formación y promulgación de las leyes, el artículo 70 constitucional establecía que

Todo proyecto de ley sancionado por ambas Cámaras, podrá ser observado por el Presidente de la República en el término de diez días desde aquél en que se le hubiese remitido; pero solamente en el caso de que en su discusión no hubiese estado presente el Ministro a cuyo departamento corresponda la ley (...).

Al respecto, la Resolución Legislativa del 27 de noviembre de 1917 –realizando prácticamente una interpretación de los alcances de dicha norma constitucional–, disponía expresamente que: “A la discusión del veto, constitucionalmente opuesto por el Poder Ejecutivo, será siempre llamado el Ministro del ramo correspondiente a la Ley observada. Comuníquese, etc.”.

Este es un breve panorama de las disposiciones legales que estuvieron vigentes en nuestro país durante el siglo pasado; como se puede apreciar, muestran la recurrencia con la que se aprobaban leyes interpretativas para determinar el sentido y los alcances de ciertas normas constitucionales, práctica que muchas veces se hacía de manera explícita, aunque otras veces implícitamente se lograban efectuar auténticas reformas constitucionales –solamente vía interpretación–, lo cual era factible dado que la misma ley fundamental había facultado al Congreso Nacional para dictar leyes interpretativas de la Constitución, posicionándose en consecuencia como el único órgano estatal legitimado para interpretar las normas constitucionales. Esa situación se mantuvo vigente durante gran parte del siglo XX.

Encontrándonos ya en pleno siglo XXI, el entonces Congreso Nacional hizo uso nuevamente de su facultad interpretativa de la Constitución boliviana,²⁴ que había sido reformada el año 2004 a efecto de incorporar mecanismos de participación ciudadana como el referéndum y la Asamblea Constituyente. Fue así que, a través de la Ley 3090 de 6 de julio de 2005, se aprobó una “Ley interpretativa del artículo 109 de la Constitución Política del Estado”,²⁵ cuyo Artículo Único referente a las Elecciones de Prefectos por voto popular estableció lo siguiente:

Artículo Único (Elección de Prefectos por voto).- Se interpreta el Artículo 109, de la Constitución Política del Estado, estableciéndose que la designación presidencial de los Prefectos de Departamento se realizará precedida de un proceso de elección por voto universal y directo por simple mayoría. En este caso, los Prefectos cumplirán períodos de gestión de cinco años coincidentes con las elecciones municipales.

24 Acerca de la vigencia de las Leyes interpretativas en Bolivia en el siglo XXI, a la luz de las normas de la Constitución aprobada en el año 2009, recomendamos consultar el artículo de Vargas Lima (2015).

25 El texto de la Ley ahora se encuentra disponible en la página web de la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia: <http://gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/3090>.

Como efecto de lo anterior, el 12 de agosto de 2005, todos los bolivianos y bolivianas acudieron a las urnas a votar para la elección de prefectos o prefectas en cada uno de los nueve departamentos, siendo que por primera vez en la historia de Bolivia dichas autoridades fueron elegidas democráticamente a través del voto popular.²⁶

Sin embargo, esa no fue la última vez que el entonces Congreso Nacional utilizó su facultad interpretativa de la Constitución boliviana. En efecto, después de la conclusión de las labores y entrega del texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente –a finales del año 2007– y con la finalidad de realizar “ajustes” introduciendo modificaciones ilegítimas al referido texto constitucional, el Congreso sancionó la Ley 3941 de 21 de octubre de 2008, en virtud de la cual –y amparándose en lo establecido por el artículo 233 de la Constitución Política del Estado vigente en ese entonces– dispuso interpretar los alcances del artículo 232 de la misma ley fundamental, a cuyo efecto se señaló lo siguiente:

Artículo 2°.- (Interpretación) En aplicación de la Institucionalidad Republicana, el principio de Soberanía Popular, el Estado Social y Democrático de Derecho, determinados en los Artículos 1, 2 y 4 de la Constitución Política del Estado, estableciéndose que es facultad del Honorable Congreso Nacional contribuir al proceso constituyente y realizar los ajustes necesarios al texto constitucional aprobado por la Asamblea Constituyente, sobre la base de la voluntad popular y el interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes, se interpreta los alcances del Artículo 232 constitucional, en los términos siguientes:

Artículo 232°.-

I. La reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de Convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de votos de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República.

II. Concluido el proceso constituyente, y recibida la propuesta constitucional para ser sometida a consideración del pueblo soberano, el H. Congreso Nacional podrá realizar los ajustes necesarios sobre la base de la voluntad popular y del interés nacional, por ley especial de Congreso, aprobada por dos tercios de votos de sus miembros presentes.

III. Los ajustes no podrán afectar la esencia de la voluntad del constituyente.

26 El Documento de Información Pública elaborado por la entonces Corte Nacional Electoral acerca del referido proceso electoral del año 2005 se encuentra disponible en: <https://www.bivica.org/files/prefectos-elecciones.pdf>.

Esta última ley claramente pone en evidencia la hipótesis referida anteriormente, en el sentido de que la interpretación de la Constitución en Bolivia siempre ha sido un tema poco comprendido y solamente invocado por las autoridades públicas, en la medida de su utilidad y conveniencia para concretizar fines políticos.

8. La reforma constitucional de 1994 y el resurgimiento de la interpretación constitucional

Luego de examinar el panorama normativo de la aprobación de leyes interpretativas en el país y para conocer las circunstancias del resurgimiento de la interpretación constitucional en el contexto boliviano, cabe hacer referencia al año 1993, cuando el entonces Congreso Nacional aprobó la Ley 1473 que declaró la necesidad de reformar la Constitución Boliviana, proponiendo, entre otros aspectos, la incorporación de tres instituciones esenciales para consolidar la democracia y proteger los derechos de las personas: el *Defensor del Pueblo*, el *Tribunal Constitucional* y el *Consejo de la Judicatura*, las cuales fueron incorporadas como parte de la institucionalidad boliviana a través de la Ley 1585 de Reforma a la Constitución Política del Estado, de 12 de agosto de 1994, cuyas disposiciones introdujeron diversas modificaciones al texto constitucional que hasta ese entonces se hallaba vigente sin cambio alguno desde el año 1967.

En efecto, mediante dicha reforma constitucional, se modificaron aproximadamente 35 artículos de la Constitución boliviana, cuyo alcance puede resumirse en lo siguiente: a) *inserción de los pueblos originarios y comunidades indígenas a la estructura social del Estado*, a cuyo efecto se definió la estructura social como multiétnica y pluricultural, así como de las bases de su organización, como son la unión y la solidaridad; b) *modificaciones en el sistema electoral*, cambiando el requisito de la edad para el ejercicio de la ciudadanía de 21 años –que regía hasta entonces– a 18 años; c) *fortalecimiento del entonces Poder Legislativo* a través de la reforma del sistema de elección de los diputados para devolverles legitimidad y representatividad, con la introducción del sistema del doble voto en circunscripciones uni y plurinominales; d) *estabilidad y gobernabilidad en el ejercicio del gobierno nacional*, reformando las reglas para la elección congresal del presidente y vicepresidente de la República, en aquellos casos en los que ninguno de los candidatos obtenga mayoría absoluta de votos en las elecciones generales; e) *plena vigencia y protección de los derechos humanos* como base del orden democrático constitucional, a cuyo efecto se ha creado la Defensoría del Pueblo con la mi-

sión de velar por la vigencia y cumplimiento de los derechos y garantías de las personas con relación al sector público; f) *fortalecimiento de los Gobiernos locales autónomos* como unidades básicas del desarrollo sostenible sobre la base de la planificación participativa y el control social; g) *seguridad jurídica y fortalecimiento del orden constitucional* reformando la estructura del entonces Poder Judicial, mediante la creación del *Tribunal Constitucional*, asignándole la función del control concentrado de constitucionalidad (Rivera Santivañez, 2002, p. 10).

A todo ello se le debe agregar que dicha reforma constitucional indudablemente se constituye en un hecho trascendental con una importancia histórica sin precedentes dentro del sistema constitucional, puesto que en aquella oportunidad –y por primera vez en la historia republicana de nuestro país– se reformó la ley fundamental, dando cumplimiento a los mecanismos y procedimientos especialmente previstos al efecto por la propia Constitución. Vale decir que previamente se aprobó la Ley declaratoria de necesidad de reforma y luego se sancionó y promulgó la Ley de Reforma Constitucional en cumplimiento de las normas previstas por los artículos 230 al 232 del texto constitucional vigente en ese tiempo, dejándose de lado aquella mala práctica de aprobar reformas constitucionales, inobservando los mecanismos y procedimientos previstos por las normas de la Constitución vigente.²⁷

Sin embargo, cabe señalar que, no obstante la vigencia de la Constitución reformada, el Tribunal Constitucional de Bolivia no ingresó en funciones sino hasta julio de 1998, cuando el entonces Congreso Nacional, previa calificación de méritos, designó a los magistrados del primer Tribunal Constitucional de Bolivia, que se instaló formalmente el 5 de agosto de 1998 e inició sus labores jurisdiccionales el 1° de junio de 1999 (luego de su *vacatio legis*), con el respal-

27 Cabe señalar que el ejercicio del poder constituyente reformador en Bolivia fue indebido en razón a que las reformas constitucionales realizadas entre 1831 a 1967 no se ajustaron a los mecanismos y procedimientos previstos por las normas de la Constitución vigente, que –de manera sostenida y reiterada– previó la reforma constitucional parcial por vía del poder constitucional reformador (Congreso Nacional), con un procedimiento rígido caracterizado por la exigencia de una votación cualificada para la aprobación de las leyes de reforma constitucional. Es así que, “desconociendo los mecanismos y procedimientos de reforma constitucional previstos por la Constitución vigente, los gobernantes de turno, después de cada golpe de Estado, rebelión o sedición armada, convocaron a las mal llamadas Asambleas o Convenciones Constituyentes (1831, 1861, 1868, 1871, 1878, 1880, 1938), en algunas ocasiones, o convirtieron al Congreso Nacional en Congreso Constituyente o Congreso Extraordinario (1834, 1839, 1843, 1851, 1945, 1947), para luego proceder a la reforma de la Constitución. Entonces, si bien podría afirmarse que formalmente se trataba de un ejercicio del poder constituyente reformador, existen sobradas razones para afirmar que no fue tal, toda vez que no se cumplieron con los requisitos, condiciones y procedimientos previstos en la Constitución, de la que supuestamente derivó dicho poder reformador” (Rivera, 2009, p. 63).

do de la Ley 1836 del 1° de abril de 1998, emitida para regular su estructura, organización y funcionamiento.

En aquel tiempo, la Constitución boliviana reformada en el año 1994 establecía en su art. 59 que una de las atribuciones del entonces Poder Legislativo consistía en: “1. Dictar leyes, abrogarlas, derogarlas, modificarlas e interpretarlas”; asimismo, en su art. 234 señalaba que: “Es facultad del Congreso dictar leyes interpretativas de la Constitución. Estas leyes requieren dos tercios de votos para su aprobación y no pueden ser vetadas por el Presidente de la República”.

9. La configuración del primer Tribunal Constitucional en Bolivia

Por otro lado, el artículo 116 de la Constitución reformada reconoció expresamente que: “El control de constitucionalidad se ejerce por el Tribunal Constitucional”, y en el artículo 119.I se estableció que: “El Tribunal Constitucional es independiente y está sometido sólo a la Constitución”. Según el profesor José Antonio Rivera Santivañez, el espíritu de dicha norma fue que el Tribunal Constitucional gozara de independencia en su función jurisdiccional (estando integrado en aquel tiempo sólo por cinco magistrados que conformaban una sola sala), empero, orgánica y administrativamente, formaba parte de la estructura del Órgano Judicial, lo cual es inadecuado, pues, como dice Francisco Fernández Segado,

ciertamente, el Tribunal Constitucional es un órgano de naturaleza jurisdiccional; su procedimiento de actuación, el estatuto de sus miembros y el valor de sus decisiones se hallan en la órbita de la jurisdicción, pero no es menos evidente que un Tribunal Constitucional no es un órgano que deba ser encuadrado en la común organización judicial, como en alguna medida viene a hacer el artículo 116 de la Constitución de Bolivia tras su reforma de 1994 (Fernández Segado, citado por Rivera Santivañez, 1999a, p. 215).

Por otro lado, Rivera Santivañez (1999a) también recuerda que el texto propuesto para el artículo 121 de la Constitución –a través de la Ley 1473 Declaratoria de Necesidad de Reforma– le reconocía al Tribunal Constitucional la función de *interpretación judicial* de la Constitución. Sin embargo, en el texto final aprobado por la Ley 1585 de Reforma Constitucional para el artículo 116 de la CPE, en el que se instituye el Tribunal Constitucional y se señala su labor, se consigna simplemente la labor del control de constitucionalidad, suprimiendo la parte del texto referida a la labor del intérprete judicial de la Constitución,

por lo que, a tiempo de analizar los alcances del control de constitucionalidad en Bolivia, el citado autor boliviano concluía lo siguiente:

Consideramos un grave error legislativo la supresión del texto constitucional referido cuando, por otro lado, se ha mantenido el texto del artículo 234 de la Constitución, norma que asigna la atribución de dictar leyes interpretativas de la Constitución al Congreso Nacional. Empero, ello no le priva al Tribunal Constitucional de la labor de interpretación judicial de la Constitución, es decir que si bien la Constitución no señala expresamente que el Tribunal Constitucional es el máximo intérprete judicial de la Constitución, tampoco lo prohíbe. En definitiva, la labor que realiza el Tribunal Constitucional implica el desarrollo de la labor de interpretación constitucional, pues esa es la esencia de su papel de control de constitucionalidad; máxime si, como manifiesta el constitucionalista peruano Domingo García Belaúnde la interpretación “en sentido amplio es buscar el sentido de la norma para poder aplicarla”, lo que implica que la interpretación supone un cierto tipo de razonamiento para alcanzar los fines que nos proponemos, o como sostiene Carlos Maximiliano, “la interpretación no es más que la aplicación al caso concreto de los principios fijados por la norma”. (Rivera Santivañez, 1999a, p. 215)

Este notable desacierto fue razonablemente criticado también por varios constitucionalistas extranjeros especialistas en el tema. Así, por ejemplo, el jurista español Francisco Fernández Segado (2000), a tiempo de analizar la función interpretativa del Tribunal Constitucional creado en 1994, señalaba:

Varias reflexiones se imponen en relación con ésta cuestión. Ante todo, conviene decir que una cosa es dictar una ley interpretativa de la Constitución y otra bien distinta interpretar los preceptos de la Norma Suprema, al hilo del ejercicio de la función del control de la constitucionalidad de las normas. Todo ello, al margen ya de significar la improcedencia de una norma como la contenida por el artículo 234 (de la Constitución reformada en 1994), que choca de modo frontal con la atribución a un Tribunal Constitucional de la función de controlar la constitucionalidad (artículo 116.IV, CPE de 1994). No en vano esta función presupone, como ha reconocido el Tribunal Constitucional español, custodiar la permanente distinción entre la objetivación del poder constituyente y la actuación de los poderes constituidos, correspondiendo al Tribunal el monopolio de la determinación con carácter vinculante de lo que ha querido decir el constituyente. Ello, a su vez, debe traducirse en la expresa prohibición para todos los operadores jurídicos, incluido el legislador estatal, de dictar normas puramente interpretativas de la Constitución. (p. 49)

Por su parte, el autor alemán Norbert Lusing (2002), a tiempo de realizar

su análisis comparativo *Jurisdiccionalidad Constitucional en América Latina*, en el caso de Bolivia puso de relieve lo siguiente:

Un obstáculo adicional que debe salvar el Tribunal Constitucional, es la poca aceptación en la vida política y en la doctrina constitucional, de la interpretación legal y constitucional vinculante que haga un tribunal especializado. De igual modo a como ocurre en otros países latinoamericanos, en Bolivia muchos juristas todavía son de la opinión de que la interpretación de la Constitución debería reservarse al legislador. Esa competencia sería ejercida mediante la expedición de leyes interpretativas. El Tribunal Constitucional por consiguiente, no debería ocuparse de la interpretación de la Constitución. Aunque desde hace mucho esa opinión ya ha sido superada en la actual doctrina constitucional (por absurda) al menos en el papel, se impuso en la reforma. Todas las referencias y alusiones a una interpretación de la Constitución a través del Tribunal Constitucional finalmente fueron suprimidas del artículo 120 de la Constitución de 1994 (...). (p. 246)

Posteriormente, luego de señalar de manera taxativa todas las atribuciones que le fueron asignadas por el constituyente (en el ámbito de control normativo, competencial y tutelar), en la misma Constitución reformada en 1994 se estableció categóricamente que, contra las sentencias del Tribunal Constitucional, no cabe recurso ulterior alguno y que, además, una ley reglamentará la organización y el funcionamiento del Tribunal Constitucional, así como las condiciones para la admisión de los recursos y sus procedimientos.

En efecto, la Ley 1836 estableció una norma expresa sobre los nuevos alcances de la interpretación constitucional en Bolivia, señalando claramente que

En caso excepcional de que una ley, decreto, o cualquier género de resolución admita diferentes interpretaciones, el Tribunal Constitucional en resguardo del principio de conservación de la norma adoptará la interpretación que, concuerde con la Constitución. Los tribunales, jueces y autoridades aplicarán a sus decisiones la interpretación adoptada por el Tribunal Constitucional.

Por ello, es oportuno remarcar que la adopción del sistema de control concentrado de constitucionalidad en Bolivia (modelo europeo-kelseniano), a través de la reforma constitucional efectuada en el año 1994 y la consiguiente implementación del Tribunal Constitucional como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, ha dado lugar, a su vez, al resurgimiento de la interpretación constitucional en Bolivia.

En consecuencia, se puede deducir que el lamentable desconocimiento y

falta de comprensión integral en el que se encontraba esta materia se mantuvo vigente hasta por lo menos el año 1999, cuando el primer Tribunal Constitucional del país –poco antes de dar inicio a sus labores jurisdiccionales– comenzó la labor de pedagogía constitucional,²⁸ organizando seminarios internacionales y especializados sobre Justicia Constitucional. Fue en esa época en la que se produjo la visita a nuestro país del destacado profesor español Francisco Fernández Segado –catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela–, quien brindó su conferencia titulada “Reflexiones en torno a la Interpretación de la Constitución”, que se publicó en la *Revista Constitucional* editada por el propio Tribunal Constitucional de Bolivia (Fernández Segado, 1999a, pp. 1-29),²⁹ texto fundacional sobre una materia que se había mantenido casi completamente inexplorada hasta ese tiempo, dado que poco o nada se había escrito o investigado en el ámbito jurídico boliviano.

Ante este panorama, es importante resaltar que, en aquel ensayo, el profesor español abordó distintas problemáticas importantes sobre el tema, a cuyo efecto comienza desarrollando algunas ideas sobre el carácter normativo de la Constitución, trazando las características peculiares de la norma constitucional; asimismo, revisa las generalidades sobre la interpretación jurídica y los

28 Cabe destacar que, en varios de sus escritos, el primer presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia, Dr. Pablo Dermizaky, resaltaba la importancia de la pedagogía constitucional entre las labores cotidianas del Tribunal Constitucional, explicando su estrecha relación con las funciones esenciales de la jurisdicción constitucional en el siguiente sentido: “En otras palabras, no es suficiente declarar los derechos e identificar las garantías respectivas, sino que es necesario aplicar éstas mediante un mecanismo que asegure su oportunidad y eficacia. Ese mecanismo no es otro que la jurisdicción constitucional o justicia constitucional, que es el conjunto de procedimientos destinados, según la concepción de Bidart Campos, a la defensa, control e interpretación de la Constitución. La jurisdicción constitucional cumple, pues, una triple función, a la que nosotros hemos agregado una cuarta en el Tribunal Constitucional: la de pedagogía constitucional, que es concurrente e inseparable de las otras tres, pues, en la medida en que la jurisdicción constitucional responde a las expectativas y a las necesidades sociales, la sociedad en su conjunto aprende de ella, la aprecia y la apoya, retroalimentándola en un proceso de interacción que es vital para su mantenimiento y superación” (Dermizaky, 2005, pp. 45-46).

29 Al parecer –y según el registro existente en Dialnet–, ese mismo año el texto de la conferencia también fue publicado a nivel internacional únicamente en la revista de derecho de la Universidad Santiago de Compostela (Fernández Segado, 1999b). Ese mismo año, el entonces presidente del Tribunal Constitucional de Bolivia escribió también una primera aproximación al tema, considerando que la interpretación es una de las tareas más importantes de la jurisdicción constitucional y, probablemente, una de las menos divulgadas. A este efecto, hizo referencia brevemente a la polémica sostenida en el constitucionalismo estadounidense (entre originalistas y revisionistas), pasando revista a la tendencia de la jurisprudencia mecánica y las escuelas progresista y realista, para luego concluir que no es aconsejable aferrarse a los extremos para interpretar la Constitución. Finalmente, hace referencia a los métodos de interpretación literal, sistemática, y teleológica o finalista (Dermizaky, 1999, pp. 3-7). Al año siguiente, en ocasión de un evento internacional organizado por el mismo

criterios clásicos de interpretación formulados por Savigny, a los cuales agrega otros criterios hermenéuticos contemporáneos. Luego, desentraña las particularidades de la interpretación de la Constitución –según la doctrina constitucional europea–, desarrollando a su vez una serie de criterios particulares para llevar adelante la interpretación de las normas constitucionales: a) el principio de unidad de la Constitución; b) el principio de armonización de las normas constitucionales en tensión; c) el principio de la conformidad constitucional; y d) el principio de interpretación conforme a la Constitución, todo ello acorde al desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional español.

Como se puede ver, el contenido de aquel texto era de notable importancia para el estudio del tema a nivel del derecho comparado, sin embargo, no se volvió a publicar sino cuando fue incluida años más tarde en aquella gigante obra colectiva dividida en dos tomos –que mencionamos anteriormente– sobre interpretación constitucional, compilada por el profesor mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2005).³⁰

10. El Tribunal Constitucional como guardián y máximo intérprete de la Constitución

Dos años después de aquella memorable conferencia internacional de 1999, el tema de la interpretación constitucional aparece desarrollado por vez primera, de manera ordenada y sistemática, en la primera edición de la obra *Jurisdicción Constitucional* (2001)³¹ escrita por el Dr. José Antonio Rivera Santivañez, quien con bastante maestría señala el concepto y los casos en que procede la interpretación de la Constitución, exponiendo de manera muy amplia y didáctica

Tribunal, este notable jurista continuaba haciendo énfasis en la importancia de los métodos de interpretación constitucional en el desarrollo de las labores jurisdiccionales, dejando establecido lo siguiente: “Para este efecto, la interpretación debe ser sistemática y finalista; la primera, porque la Constitución es un todo armónico e integrado, donde cada parte arranca o se refleja en las otras, lo que hace de la Constitución un sistema coherente y unido. A esta interpretación se le llama también orgánica, porque considera a la Constitución como un órgano vivo cuyas funciones se coordinan y desarrollan recíprocamente. (...) La interpretación finalista o teleológica tiene en mente el fin o telos de la Constitución que, como se ha dicho, es la defensa y protección de los derechos fundamentales. Un interpretación que se aleja de los principios y valores mencionados (la vida, la libertad, la dignidad y la justicia) no será un instrumento adecuado para la jurisdicción constitucional. Dos principios apoyan esta interpretación: uno es el de la posición preferente (preferred position), que concede valor preferente a los derechos fundamentales, declarando la inconstitucionalidad de los actos que los lesionan, cualquiera sea su origen; y otro es el de favor libertatis, que da preeminencia a la libertad individual y a todos los derechos que de ésta derivan (...)” (Dermizaky, 2001, p. 21).

30 Una reseña bibliográfica sobre esta obra colectiva fue publicada por Brage Camazano (2006).

31 La reseña bibliográfica sobre esta obra primigenia fue publicada por Fernández Rodríguez (2002).

sobre las condiciones y clases de interpretación constitucional existentes, así como sobre los principios y criterios a tener en cuenta en la interpretación constitucional.

Sobre la base de lo expuesto en aquella publicación, el mismo autor –quien en aquel entonces desempeñaba funciones como magistrado del Tribunal Constitucional– tiempo después ofreció la brillante conferencia *La Interpretación Constitucional y su vinculatoriedad* (2003), que fue expuesta en el VI Seminario Internacional sobre Justicia Constitucional, realizado en conmemoración del 5° aniversario de la instalación del Tribunal Constitucional en Bolivia. En aquel ensayo, el brillante conferencista reflexionaba que, en Bolivia, el estudio teórico y sistematizado del tema de la interpretación constitucional es aún primario, pues si bien fue abordado de manera muy elemental en el ámbito doctrinal del derecho civil y penal (como ya hemos visto anteriormente), surgió con mayor sustento y profundidad a consecuencia de la creación e implementación del Tribunal Constitucional:

En efecto, es a raíz de la interpretación constitucional que en la práctica viene desarrollando el Tribunal Constitucional en la resolución de los casos concretos sometidos a su jurisdicción, que han surgido preocupaciones e inquietudes en algunos académicos, abogados del foro, así como jueces y tribunales respecto a los alcances y efectos de la interpretación realizada por la jurisdicción constitucional, al grado tal que, incluso se ha puesto en duda que el Tribunal Constitucional sea el máximo intérprete de la Constitución, y si el resultado de la interpretación desarrollada y contenida en la jurisprudencia constitucional es vinculante y fuente directa del Derecho. En ese ámbito de dudas y preocupaciones, este trabajo pretende contribuir con algunos elementos de juicio para el análisis, reflexión y debate sobre el tema de la interpretación constitucional. (Rivera Santivañez, 2003, p. 57)

Asimismo, en aquella oportunidad, y luego de explicar ampliamente la naturaleza jurídica de la interpretación constitucional, el profesor José Antonio Rivera Santivañez (2003) llegó a precisar algunas conclusiones importantes sobre el estado de la cuestión, señalando lo siguiente:

1° En la doctrina contemporánea del Derecho Constitucional, la interpretación constitucional se constituye en el núcleo esencial de la Teoría de la Constitución.
2° La interpretación constitucional tiene sus propias peculiaridades que la diferencian de la interpretación jurídica general, lo que significa que la interpretación de las normas constitucionales no puede equipararse a la interpretación de las demás normas jurídicas ordinarias.

3° Si bien son aplicables a la interpretación constitucional, los métodos de la interpretación jurídica, dada la peculiaridad de aquella no son suficientes, lo que supone que la interpretación constitucional exija la aplicación de métodos, principios y criterios propios de interpretación.

4° Si bien existen diversos intérpretes de la Constitución, en un sistema constitucional que cuenta con un mecanismo de control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la Ley Fundamental, que es la jurisdicción constitucional, cuya interpretación tiene el carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y los ciudadanos.

5° En la actualidad, se ha reconocido la enorme trascendencia que han adquirido los jueces constitucionales en virtud de su carácter de intérpretes oficiales y definitivos de la Constitución, esto ha llevado paulatinamente a la realidad la famosa frase del Juez norteamericano Charles Evan Hughes: “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. (p. 77)

Años más tarde, y a tiempo de escribir sus reflexiones sobre la necesidad de consolidación y fortalecimiento institucional del Tribunal Constitucional en Bolivia, el profesor Rivera Santivañez (2007) sostenía que en el siglo XXI no existe ni puede existir un Estado constitucional sin un Tribunal Constitucional como guardián y máximo intérprete de la Constitución y protector de los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

En este sentido, sustentaba su posición afirmando que el Tribunal Constitucional boliviano se constituye en el defensor de la Constitución y del régimen democrático, encargado de la protección efectiva e idónea de los derechos fundamentales de las personas; por ello, es el máximo guardián y último intérprete de la Constitución; así se infiere de las normas previstas por la Ley Fundamental. En consecuencia:

Es el *máximo guardián* de la Constitución, porque el constituyente le ha encomendado la labor de resguardar la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico ordinario desarrollando el control especializado y concentrado de la constitucionalidad de las disposiciones legales, emitiendo sentencias con efecto general o *erga omnes*, anulando la disposición legal incompatible con la Constitución y expulsando del ordenamiento jurídico del Estado.

Dada la naturaleza jurídica de la función que desempeña, es el *supremo intérprete* de la Constitución, lo cual no significa que el resto de los órganos del poder público en general, los jueces y tribunales, en particular, estén impedidos de realizar la interpretación de la Constitución para resolver el caso concreto sometido a su conocimiento; lo que sucede es que, si bien todas las autoridades y funcionarios públicos interpretan la Constitución, quien cierra el proceso realizando una interpretación que vincula a todos los órganos del poder público, autoridades

y particulares es el Tribunal Constitucional, por ello se convierte en el último intérprete de la Constitución. (Rivera Santivañez, 2007, pp. 58-59)

Bajo esas premisas esenciales del constitucionalismo contemporáneo es que ahora el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) está cumpliendo la labor interpretativa que le ha asignado el constituyente, dado que por mandato del art. 196.II de la CPE: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

Al respecto, la Sentencia Constitucional Plurinacional 0850/2013, del 17 de junio, ha precisado por ejemplo que cuando la interpretación se refiere a la Constitución, la utilización de métodos de interpretación no es solamente una cuestión de elección del intérprete, sino que además entra en juego la satisfacción misma del principio democrático por la relevancia que representa para la institucionalidad de un país interpretar la Constitución. Y para comprender los alcances de la citada norma constitucional, ha señalado lo siguiente:

Ahora bien, respecto al art. 196. II de la CPE, contiene un mandato expreso no excluyente para que el Tribunal Constitucional Plurinacional apele en primera instancia a la voluntad constituyente, al texto literal y posteriormente a otros métodos interpretativos, puesto que si bien el Constituyente ha determinado dos métodos expresos de interpretación en dicha norma constitucional, no ha determinado prohibición alguna a la utilización de otros métodos. Así, el Constituyente en el artículo mencionado, determinó que el intérprete constitucional busque en primera instancia “la voluntad del Constituyente” afirmación que en inicio parece concluir que el Constituyente busca la interpretación originalista pero a la vez también es verdad que esa voluntad debe enmarcarse en una valoración finalista de la propia Constitución, no otra consecuencia puede tener la inclusión en el texto constitucional de normas específicas que proclaman los fines, principios y valores. (arts. 8 y ss. de la CPE)

Por su parte, el Código Procesal Constitucional prevé de manera descriptiva, en su art. 2.II, que

(...) podrá aplicar: 1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. En caso de

que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional.

En ese entendido, el TCP ha señalado que los métodos interpretativos que tanto la norma suprema como el Código Procesal Constitucional otorgan son los siguientes: 1) la interpretación constitucional a través del criterio del tenor literal de la norma; 2) la interpretación constitucional mediante el criterio de la voluntad del constituyente; y 3) la interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado. Estos aspectos se encuentran ampliamente desarrollados en los fundamentos jurídicos de la Declaración Constitucional Plurinacional N° 0001/2020, del 15 de enero.

11. Conclusiones

A fin de no exceder el marco histórico de la temática propuesta en el presente trabajo, vamos a concluir esta exposición señalando que, en el caso de Bolivia, el estudio de la interpretación es muy reciente y aún se mantiene casi inexplorado, dado que durante el siglo pasado y hasta hace algunos años atrás, en la mayoría de las facultades de Derecho del país, el tema era relativamente desconocido o superficialmente mencionado en las aulas, sin haberse advertido la necesidad de profundizar su análisis y comprensión.

Asimismo, es evidente que durante gran parte del siglo XX lo que existía en Bolivia era una interpretación “política”, a la que constantemente se hallaba sometida la Constitución, dado que –como se ha explicado– el único órgano de poder que tenía la potestad de interpretar el sentido y alcance de las normas de la Constitución era el entonces Poder Legislativo. Una muestra de ello es aquella interpretación que realizaban de manera exclusiva los miembros del entonces Congreso Nacional, quienes al sancionar las “leyes interpretativas” –que se han detallado ampliamente en el presente trabajo– decidían el significado y la comprensión que debería dársele a las normas deficientes, ininteligibles o ambiguas previstas en la Constitución boliviana a lo largo del tiempo; en muchos casos, esta facultad sirvió para aprobar implícitamente reformas al texto constitucional.

En todo caso, la interpretación de la Constitución en Bolivia siempre fue un tema desconocido y poco comprendido por la ciudadanía, aunque también es cierto que en realidad solamente era invocado por las autoridades públicas en la medida de su utilidad y conveniencia para conseguir los fines políticos del Gobierno de turno en cada época.

Por otro lado, también se ha considerado oportuno remarcar que desde la adopción del sistema de control concentrado de constitucionalidad en Bolivia y la implementación del Tribunal Constitucional –ahora denominado Plurinacional– como máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, ciertamente se ha producido un resurgimiento de la interpretación constitucional en Bolivia.

En consecuencia, se debe comprender que, en la actualidad, si bien existen diversos intérpretes de la Constitución, en un sistema constitucional como el nuestro, que cuenta con un mecanismo de control de constitucionalidad, existe un intérprete máximo de la ley fundamental, que es precisamente la jurisdicción constitucional, cuya interpretación tiene carácter vinculante para los órganos del poder público, las autoridades públicas y también para los ciudadanos.

Finalmente, es importante tener presente el pensamiento del profesor José Antonio Rivera Santivañez (2007), cuando aseguraba que en el siglo XXI no existe ni puede existir un Estado constitucional sin un tribunal constitucional como guardián y máximo intérprete de la constitución que actúe como protector eficaz de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, cuya vigencia se encuentra reforzada actualmente a través del reconocimiento del bloque de constitucionalidad.

Bibliografía

- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. CEC.
- Alvarado, A. (1994). *Del Constitucionalismo Liberal al Constitucionalismo Social*. Editorial Judicial.
- Alzamora Valdez, M. (1964). *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A.
- Arias López, B. W. (2018). El intérprete final de la Constitución: reflexiones desde la realidad boliviana actual. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (39), 89-106. <https://bit.ly/3qPIUtR>.
- Barandiarán, J. L. (1952). Interpretación de la ley. *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, XVII(I), 653-664.
- Bazán, V. (2012). *Dificultades operativas e institucionales y retos de la Justicia Constitucional en América Latina*. <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=34&idedicion=97>.
- Bernales, E. y Rubio, M. (1987). *Constitución: fuentes e interpretación*. Mesa Redonda Editores.
- Bidart Campos, G. J. (1987). *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Ediar.

- Böhrt Irahola, C. (2010). *Introducción al nuevo sistema constitucional boliviano*. En *Miradas Nuevo Texto Constitucional* (pp. 37-66). Vicepresidencia del Estado Plurinacional/Universidad Mayor de San Andrés/Instituto Internacional para la Democracia. <https://bit.ly/3LFRXoI>.
- Bonavides, P. (1993). *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores Ltda.
- Brage Camazano, J. (2006). Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. Interpretación constitucional. *Cuestiones Constitucionales*, (14), 321-333, <https://bit.ly/3p3IXPC>.
- Bustillos, M. (1924). *Constitución Política del Estado*. Presidencia del H. Senado Nacional (La Paz, Bolivia).
- Cajías H., y Miguel, B. (1966). *Apuntes de Derecho Penal Boliviano* (2ª ed.). Editorial UMSA.
- Calmet Luna, A. (1988). La interpretación constitucional. *Dominici*, (1-2), 20-30.
- Canelas López, R. (1972). *Nuevo Derecho Constitucional Boliviano*. Editorial Letras.
- Canosa Usera, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. CEC.
- Carmona Tinoco, J. U. (1996). *La Interpretación Judicial Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Comisión Nacional de Derechos Humanos. <http://bit.ly/3ZUH6gJ>.
- Comisión Andina de Juristas. (1997). Derechos fundamentales e interpretación constitucional. *Lecturas sobre temas constitucionales*, (13).
- Cuello Calón, E. (1947). *Derecho Penal, conforme al nuevo Código Penal, texto refundido de 1944* (Tomo I, Parte General). Bosch Editorial.
- Dermizaky Peredo, P. (1999). La Interpretación Constitucional. *Revista del Tribunal Constitucional*, (1).
- Dermizaky Peredo, P. (2001). Del Estado de Derecho a la Justicia Constitucional. En Tribunal Constitucional de Bolivia (Ed.), *IV Seminario Internacional: Justicia Constitucional (12 y 13 de Octubre de 2000)*. Memoria N° 5. Editorial Judicial.
- Dermizaky Peredo, P. (2005). *Justicia Constitucional y Estado de Derecho* (2ª ed.). Editorial Alexander.
- Durán Ribera, W. R. (2011). La Constitución vigente y sus Leyes de desarrollo ¿Guardan compatibilidad con la idea Estado de Derecho? *Revista Boliviana de Derecho*, (11), 6-23. <http://bit.ly/1f9163W>.
- Enciclopedia Jurídica Omeba*. (1967). Editorial Bibliográfica Argentina.
- Estupiñán Achury, L., Hernández, C. A. y Jiménez, W. G. (2017). *Tribunales y Justicia Constitucional. Homenaje a la Corte Constitucional colombiana*. Universidad Libre/Universidad de Bolonia. <https://bit.ly/3eT79yu>.
- Fernández Rodríguez, J. J. (2002). José Antonio Rivera Santivañez. Jurisdicción Constitucional. Procedimientos constitucionales en Bolivia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (6), 779-783. <https://bit.ly/3p8krww>.
- Fernández Segado, F. (1999a). Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución. *Interpretación Constitucional. Una aproximación al debate*. *Revista Constitucional*, (2). Editorial Judicial.
- Fernández Segado, F. (1999b). Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución. *Dereito: Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 8(2), 97-120. <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/7696>.
- Fernández Segado, F. (2002). *La Jurisdicción Constitucional en Bolivia. La Ley número 1836 de 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México.
- Ferreira, P. (1992). *Comentários à Constituição brasileira* (Tomo 5). Editora Saraiva.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2005). *Interpretación Constitucional* (2 tomos). Editorial Porrúa.
- Fix-Zamudio, H., Carpizo, J., Grant, J. A. C., Limón Rojas, M., Pérez Carrillo, A., Quiroga Lavié, H. y Tamayo y Salmorán, R. (1975). *La interpretación constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bit.ly/3SA0xIj>.
- Galindo de Ugarte, M. (1991). *Constituciones Bolivianas Comparadas 1826-1967*. Editorial Los Amigos del Libro.
- García Belaunde, D. (1994a). La interpretación constitucional como problema. *Revista de Estudios Políticos*, (86), 13-36. <https://bit.ly/3BG9rhH>.
- García Belaunde, D. (1994b). La interpretación constitucional como problema. *Revista Pensamiento Constitucional*, 1(1), 9-37. <https://bit.ly/3BDmWi9>.
- García Belaunde, D. (2004). *Los tribunales constitucionales en América Latina*. <http://bit.ly/2bfkWvo>.
- García Belaunde, D. (2006) *La Constitución y su dinámica* (2ª ed.). <http://www.garciabelaunde.com/Biblioteca.htm>.
- García Belaunde, D. (2009). La interpretación constitucional en América Latina. En Tribunal Constitucional de Bolivia (Ed.), *Justicia Constitucional en Bolivia. 10 años* (Tomo II, 1999-2009, pp. 350-370). Imprenta Editorial Túpac Katari.
- Guastini, R. (1991). *Dalle fonti alle norme*. Giappichelli.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Giappichelli.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea. <https://bit.ly/3dZjwfy>.
- Guastini, R. (2004). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bit.ly/3PU2tZM>.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bit.ly/3dZIPiI>.
- Guastini, R. (2015). La Interpretación de la Constitución. En Fabra Zamora, J. L. y Spector, E. (Coords.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 3, pp. 2011-2086). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bit.ly/3K7cjGD>.
- Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (13), 379-414. <https://bit.ly/3TDexBT>.
- Helmke, G. y Ríos Figueroa, J. (Coords.). (2010). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2016-10/TRIBUNALES%20CONSTITUCIONALES%20EN%20AM%C3%89RICA%20LATINA%2083568_0.pdf
- Iberico, M. ([1944] 1990). Principios de lógica jurídica. *Ius et Praxis*, (16), 303-381. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1990.n016.3478>.
- Jémio, I. (1925). *Bolivia. Leyes Políticas (Manual Legislativo)*. Litografías e Imprentas Unidas.
- Jiménez de Asúa, L. (1943). *Cuestiones penales de eugenesia, filosofía y política*. Cuaderno N° 3. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Mayor de San Francisco Xavier.
- Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito* (3ª ed.). Abeledo Perrot/Sudamericana. <https://bit.ly/3C0n7nZ>.
- Jiménez Sanjinés, R. (1988). *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Popular.
- Laveaga, G. (Coord.). (2018). *Rostros y Personajes de las Ciencias Penales*. Instituto Nacional de Ciencias Penales (México). <https://bit.ly/3D9YbJD>.

- Linares Quintana, S. V. (1953). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (Tomo II). Editorial Alfa.
- Linares Quintana, S. V. (1978). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (2ª ed., tomo III). Plus Ultra.
- Linares Quintana, S. V. (1998). *Tratado de Interpretación Constitucional*. Abeledo Perrot.
- López Medina, D. E. (2003). *La Interpretación Constitucional: Desarrollo, función y técnicas del Nuevo Derecho Constitucional desde una perspectiva hispanoamericana*. Instituto de la Judicatura de Bolivia.
- Losing, N. (2002). *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica* (Trad. M. Anzola Gil). Konrad Adenauer Stiftung/Dykinson.
- Merino Brito, E. G. (1949). *La interpretación constitucional*. Ed. Jesús Montero.
- Mezzetti, L. y Velandia Canosa, E. A. (Coords.). (2017). *Justicia Constitucional. Sistemas y Modelos Comparados*. Ediciones Nueva Jurídica. <https://bit.ly/3zW3sA>.
- Miró Quesada, F. (1956). El formalismo y las ciencias normativas. *Diánoia*, 2(2), 270-281.
- Moscoso Delgado, J. (1961). *Introducción al Derecho*. Empresa Editora Universo.
- Miguel Harb, B. (1987). *Derecho Penal* (Tomo I, Parte General). Librería Editorial Juventud.
- Miguel Harb, B. (1988). *Derecho Penal* (Tomo II, Parte Especial). Librería Editorial Juventud.
- Nogueira Alcalá, H. (2013). *La jurisdicción constitucional sudamericana y su evolución en las tres últimas décadas: algunos aspectos relevantes*. <https://es.readkong.com/page/la-jurisdiccion-constitucional-sudamericana-y-su-evolucion-3288411>.
- Oliveira Baracho, J. A. de. (1977). Hermenéutica constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, (18).
- Ordoñez López, M. (1914). *Constitución Política de la República de Bolivia. Leyes y Reglamentos orgánicos que le son referentes*. Imp. y Lit. Boliviana Hugo Heitmann & Co.
- Ortecho Villena, V. J. (1991). *Criterios de aplicación de las leyes*. Editorial Libertad.
- Palomino Manchego, J. F. y Velásquez Ramírez, R. (1997). *Modernas tendencias del Derecho en América Latina*. I Convención Latinoamericana de Derecho. Editorial Grijley.
- Paz, L. (1912). *Constitución Política de la República de Bolivia. Su texto, su historia y su comentario*. Imprenta de M. Pizarro. <https://books.google.com.bo/books?id=L5spAQAAMAA-J&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.
- Pérez Royo, J. (2014). *Curso de Derecho Constitucional* (14ª ed.). Marcial Pons.
- Pérez Tremps, P. (2003). *La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina*. <http://bit.ly/2b1ONsc>.
- Planchart Manrique, G. (1990). Reflexiones sobre el control de la constitucionalidad y la interpretación constitucional. *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, (119-120).
- Quiroga León, A. (1985). La interpretación constitucional. *Revista Derecho de la PUCP*, (39), 323-343. <https://bit.ly/40mRZsh>.
- Rivera Santivañez, J. A. (1999a). El Control de Constitucionalidad en Bolivia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (3). <https://bit.ly/3K3Za0Q>.
- Rivera Santivañez, J. A. (1999b). *Reformas Constitucionales. Avances, debilidades y temas pendientes*. Talleres Gráficos Kipus.
- Rivera Santivañez, J. A. (2001). *Jurisdicción Constitucional. Procedimientos Constitucionales en Bolivia*. Grupo Editorial Kipus.
- Rivera Santivañez, J. A. (2002). Reforma Constitucional en Democracia. En Academia Bolivia-

- na de Estudios Constitucionales (Ed.), *Análisis de la Reforma a la Constitución Boliviana* (pp. 1-40). Editorial El País.
- Rivera Santivañez, J. A. (2003). La Interpretación Constitucional y su vinculatoriedad. En Tribunal Constitucional de Bolivia (Ed.), *VI Seminario Internacional: Justicia Constitucional y Estado de Derecho (Sucre, 26 y 27 de junio de 2003)*. Memoria Nº 7 (pp. 57-77). Imprenta Editorial Túpac Katari.
- Rivera Santivañez, J. A. (2007). *El Tribunal Constitucional Defensor de la Constitución. Reflexiones sobre la necesidad de su consolidación y fortalecimiento institucional*. Imprenta Editorial Túpac Katari.
- Rivera Santivañez, J. A. (2008). La evolución político-institucional en Bolivia entre 1975 a 2005. *Estudios constitucionales*, 6(2), 173-210. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002008000100007>.
- Rivera Santivañez, J. A. (2009). Las tendencias del proceso constituyente en Bolivia. En Serna de la Garza, J. M. (Coord.), *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina. Tendencias y Perspectivas* (pp. 63-90). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2728>.
- Roldán Cañizares, E. (2019). *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio*. Dykinson.
- Romero Linares, R. (1969). *Apuntes de Derecho Civil Boliviano*. Editorial Universitaria.
- Romero Sandoval, R. (1983). *Derecho Civil*. Los Amigos del Libro.
- Sáchica, L. C. (1980). *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*. Temis.
- Sagüés, N. P. (1980). La interpretación constitucional mutativa. *Revista de Ciencias Sociales*, (16).
- Sagüés, N. P. (1991). La interpretación de la Constitución (Poder Judicial versus Poder Constituyente). *Lecturas sobre temas constitucionales*, (7).
- Sagüés, N. P. (1998). *La interpretación judicial de la Constitución*. Editorial Depalma.
- Sagüés, N. P. (2004). *Desafíos de la Jurisdicción Constitucional en América Latina*. <http://bit.ly/1T51Joc>.
- Tapia Valdés, J. (1972). *Hermenéutica constitucional*. Editorial Jurídica.
- Terrazas Torrez, C. (1958). *Derecho Civil Boliviano*. Editorial Universitaria.
- Thorne Boas, C. (1989). *La interpretación de la ley*. Editorial Universidad Ricardo Palma.
- Trigo, C. F. (1952). *Derecho Constitucional Boliviano*. Editorial Cruz del Sur.
- Trigo, C. F. (1967). *Constitución Política del Estado. Notas del Dr. Ciro Félix Trigo, Catedrático de Universidad* (12ª ed.). Gisbert y Cía. S.A./Libreros Editores.
- Universidad Externado de Colombia. (1993). *Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita. Simposio Internacional sobre Derecho del Estado* (Tomo II).
- Valencia Vega, A. (1964). *Manual de Derecho Constitucional*. Editorial Juventud.
- Vargas Lima, A. E. (2012). *El Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Alcances y limitaciones normativas*. Editorial El Original.
- Vargas Lima, A. E. (2015). La reelección presidencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. La ilegítima mutación de la Constitución a través de una Ley de Aplicación Normativa. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (19), 446-469. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000100019&lng=es&tlng=es.
- Vargas Lima, A. E. (2017). *La Justicia Constitucional en el Estado Plurinacional. Bases del Modelo de Control Concentrado y Plural de Constitucionalidad en Bolivia*. Grupo Editorial Kipus.

Verdú, P. L. (1974). *Curso de Derecho Político* (Tomo II). Tecnos.

Verdú, P. L. (1985). *El sentimiento constitucional*. Reus.

Villamor Lucía, F. (1985). *Apuntes de Derecho Penal Boliviano* (Parte Especial). Editorial Popular.

Villamor Lucía, F. (1995). *Apuntes de Derecho Penal Boliviano* (Parte General). Editorial Popular.

LA TRADICIÓN TOMISTA DEL DERECHO NATURAL EN ALGUNAS DE SUS VERSIONES CONTEMPORÁNEAS

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza. Universidad Austral
carlos.massini@um.edu.ar

Recibido: 22/08/2023

Aceptado: 13/09/2023

Resumen

En el presente trabajo se sostiene que, dentro de la tradición tomista de la ley natural jurídica, existen varias corrientes alternativas de una riqueza notable y que merecen ser incorporadas en el debate iusfilosófico contemporáneo. Se estudian brevemente estas alternativas actuales y luego se establece toda una serie de conclusiones precisivas y valorativas.

Palabras clave: derecho, derecho natural, escuelas, objetivismo, bienes humanos, iusnaturalismo, experiencia jurídica.

The Thomistic Tradition of Natural Law in Some of its Contemporary Versions

Abstract

This article maintains that, within the Thomist tradition of legal natural law, there are several alternative currents of notable richness and that deserve to be incorporated into the contemporary legal-philosophical debate. These current alternatives are briefly studied and then a whole series of precise and evaluative conclusions are established.

Key words: law, natural law, schools, objectivism, human goods, natural law, legal experience.

1. Introito

A los 700 años de su canonización y faltando menos de dos años para el 800 aniversario de su nacimiento en el castillo de Roccaseca, la figura intelectual –además de la santidad– de Tomás de Aquino continúa siendo una guía firme, profunda y esclarecedora para el pensamiento occidental, en especial en sus

dimensiones filosóficas y teológicas.¹ Y para los que han dedicado gran parte de su vida al cultivo de la filosofía práctica y, dentro de ella, primordialmente al de la filosofía del derecho, reviste una importancia capital la doctrina del Aquinate sobre la esencia del derecho, así como sobre la ley natural, que cuando está referida al ámbito de lo jurídico puede denominarse también “derecho natural” y es uno de los elementos centrales de lo que Isaiah Berlin (1991) denominó acertadamente “tradición central de occidente”.

Ahora bien, para el tratamiento de estos temas –el de la esencia del derecho y del derecho natural– es preciso reconocer ante todo que la filosofía, especialmente en sus mejores expresiones, se ha desarrollado y enriquecido siempre en el contexto de alguna tradición de pensamiento e investigación. En este punto, el recientemente fallecido filósofo italiano Giuseppe Abbà (1996) ha sostenido con rigor y precisión que

ningún filósofo comienza a pensar desde cero; antes bien, se encuentra enfrentado a los problemas filosóficos que le resultan planteados por la lectura que él ha hecho de las obras de otros filósofos [...]. Esto, que vale para un filósofo individual, vale también para un conjunto de filósofos que adoptan, en tiempos diversos, la misma figura de filosofía elaborada por el fundador de una estirpe o escuela filosófica. Continuando su desarrollo, defendiéndola, corrigiéndola, modificándola bajo la presión de nuevos problemas, de nuevas objeciones, de nuevas críticas, de nuevas figuras, ellos dan vida a lo que se llama acertadamente una tradición de investigación. (p. 27)²

En un sentido similar y refiriéndose puntualmente a la tradición de pensamiento e investigación que comienza con el Aquinate, Mark C. Murphy (2011), profesor de la Universidad de Georgetown, ha escrito que una forma ideal de abordar la cuestión de la ley natural

es una que tome como su punto de partida el papel central que juega la teoría moral de Tomás de Aquino en la tradición de la ley natural. Si alguna teoría es una teoría de la ley natural, esa es la de Tomás de Aquino. (s.p.)

Esto implica que el significado focal o primer analogado de la “teoría de la ley natural” corresponde a la propuesta por el Aquinate, y a ella habrá que referirse especialmente para explicitarla y desarrollarla en el contexto de la tradición clásica.

1 Véase, en este punto, Davies (1993, *passim*).

2 Véase también MacIntyre (1988, p. 12).

De lo que se ha expuesto hasta ahora, se sigue que el núcleo sólido de las doctrinas clásicas de la ley-derecho natural se integra y abreva en una tradición de pensamiento –en este caso, de pensamiento ético– que tiene sus raíces en la síntesis realizada por Tomás de Aquino,³ a partir principalmente de dos líneas de reflexión anteriores a él: la aristotélica y la agustiniana. Esto ha sido estudiado en detalle por el filósofo escocés, radicado en los Estados Unidos, Alasdair MacIntyre, en especial en su relevante libro *Three Rival Versions of Moral Enquiry* (2006, pp. 105 y ss.), así como por el filósofo canadiense Joseph Boyle en varios de sus trabajos, principalmente en el titulado “Natural Law and the Ethics of Traditions” (1994, pp. 3-30). En otras palabras, para estudiar adecuadamente la cuestión de la ley natural jurídica, es oportuno partir del modelo de filosofía práctica elaborado oportunamente por el Aquinate y desarrollada, difundida y puesta a punto por su gran cantidad de discípulos y seguidores a lo largo de más de siete siglos.

Pero en esta tarea es conveniente recordar que, tal como lo propone Abbà (1996) en el texto citado más arriba, investigar y pensar en el marco de una tradición de estudio e indagación de forma metódica y realista supone cumplir con varios requisitos: (i) conocer con rigor las afirmaciones centrales del *fundador* de la tradición, así como de sus principales representantes en la historia del pensamiento; (ii) estudiar objetivamente y sin prejuicios la obra de los *voceros contemporáneos* de esa tradición, con la intención franca y abierta de incorporar, ampliar y debatir sus ideas centrales y de asumir sus contribuciones más valiosas; (iii) conocer con mente abierta el *status quaestionis* de la filosofía moral y jurídica hodierna, de modo tal que sea posible conocer sus tesis, sus supuestos, sus modos de argumentación y de presentación de sus afirmaciones, haciendo de este modo posible criticarlas, discutir con ellas y recoger de esas afirmaciones aquellas ideas que pudieran resultar convenientes para el desarrollo y difusión de la tradición central; (iv) hacerse cargo de las *impugnaciones* y críticas que se han dirigido y se dirigen a las ideas nucleares de la tradición, de modo de refutarlas y superarlas eficazmente y de modo riguroso; y finalmente (v) no reducir la filosofía de una tradición a la mera *repetición mecánica* –o cuasi mecánica– de los textos de su fundador o de alguno de sus intérpretes; esto puede ser, en el mejor de los casos, historia de la filosofía, que es un supuesto del trabajo filosófico, pero que no puede suplantarlos ni eliminarlos.⁴

Adicionalmente, y antes de comenzar el desarrollo del tema a tratar, corres-

3 Véase Mondin (1985, *passim*).

4 En este punto, véase Abbà (2009, pp. 103-151).

ponde también efectuar una precisión en el punto relativo al uso del lenguaje en la tradición filosófica que se inicia con el Aquinate; en el comienzo mismo de la *Suma contra Gentiles*, este autor advierte que “el uso corriente [del lenguaje] que, según cree el Filósofo, ha de seguirse al denominar las cosas” (Tomás de Aquino, *Suma contra Gentiles*, I, 1.), aclarando adicionalmente que “es mejor seguir el uso corriente [del lenguaje], ya que según el filósofo los nombres deben ser empleados en su sentido usual por la mayoría [*utendum est ut plures*]” (Tomás de Aquino, *Resp. ad lect. Venetum*, como se citó en Martinelli, 1963, p. 73). Esto significa claramente que uno de los elementos de una tradición de pensamiento –en este caso, la de Tomás de Aquino– es que las ideas de esa tradición han de expresarse en el lenguaje usual en el momento de exponerlas y no en el habla propia de cuando fueron expresadas originalmente. Y esto es así porque el lenguaje es un instrumento de comunicación de las ideas y, para que pueda cumplir con esa misión, resulta necesario que sea fácilmente comprensible por sus destinatarios. Dicho de otro modo, las ideas de una tradición que se mantiene viva y actuante no deberían expresarse en un lenguaje arcaico, que no sea el vigente en el tiempo y el lugar en el que esas ideas han de ser transmitidas y repensadas.⁵

2. Taxonomía provisoria del iusnaturalismo clásico contemporáneo

En un intento de, cumpliendo con esos requisitos, ensayar un estado de la cuestión del iusnaturalismo contemporáneo, se enumerarán a continuación –en cada caso, con una breve información– las principales corrientes o ensayos de presentar una exposición del iusnaturalismo clásico y que se han desarrollado y difundido con posterioridad a la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En primer lugar, es posible distinguir, dentro del iusnaturalismo desarrollado en los últimos setenta años, y siempre en el contexto general de la “tradición central de occidente”,⁶ tres grandes corrientes de investigación y estudio: (i) la que se centra en el texto de *Summa Theologiae* I-II, q. 92, a. 2, referido a “si la ley natural tiene muchos preceptos o solamente uno”, corriente que puede denominarse “legalista” o bien “normativista”; (ii) la que se refiere principalmente al texto de *Summa Theologiae* II-II, q. 57, a. 1 y ss., que se ocupa de “si el derecho es el objeto de la justicia” y que generalmente se llama concepción

5 Véase en este aspecto Copleston (1991, pp. 248 y ss.). Y también Massini-Correas (2008, pp. 1-16 y 35-58).

6 Véase George (1995, p. 19). Este autor toma la expresión del libro de Isaiah Berlin (1991).

“objetivista” o “realista” del derecho; y (iii) la que intenta una concepción más analógica y más amplia de los textos de Aquino, centrada en el derecho como praxis humana social, que puede denominarse “práctica” o “analógica”. Sobre estas denominaciones existen ciertos debates y desacuerdos, pero es posible aceptarlas aclarando bien en cada caso en qué sentido se toman las palabras o las expresiones utilizadas en ellas.

Si se comienza el tratamiento de sus contenidos por la primera de ellas, es decir, por las propuestas “legalistas”, se puede recurrir a una distinción que hace Tomás de Aquino –aunque no *expressis verbis*– en el primero de los textos citados. Allí, el Aquinate, en el intento de responder a la cuestión de si la ley natural tiene varios preceptos o uno solo, hace referencia expresa a tres dimensiones de la problemática de la ley natural, incluida la jurídica: los *bienes humanos*, las *inclinaciones naturales* del hombre y, finalmente, la *naturaleza humana*. Paralelamente, existen tres grupos de pensadores que elaboran sus explicaciones del derecho natural centrándose en cada una de estas dimensiones o elementos; de este modo, existe un grupo de pensadores “derivacionistas”, otro de “inclinacionistas” y un tercero de estudiosos que lo centran analógicamente en los “bienes humanos”.⁷

En el caso de los primeros, para conocer los preceptos de la ley natural –incluida la jurídica– sería necesario, antes que nada, estar al tanto de la estructura esencial y los caracteres propios de la índole humana y, a partir de este conocimiento –de innegable carácter teórico–, inferir los preceptos que dirigen la conducta a la realización humana. En este sentido, afirma Frederick Copleston (1991) que “el bien concreto para el hombre solo puede ser conocido por una reflexión sobre la naturaleza humana, tal como se la conoce por la experiencia” (p. 232), y Anthony Lisska (1995) ratifica que “la concepción del bien [...] tal como es discutida por Aristóteles y Tomás de Aquino, está derivada de la esencia o naturaleza humana” (p. 143). Por supuesto que esta concepción, como todas las otras, ha sido objeto de numerosas críticas, que se obviarán *brevitatis* causa en este caso y en el de todas las posiciones que se expondrán brevemente.⁸

Por su parte, el grupo de los “inclinacionistas” es menos numeroso en nuestros días, pero tiene, no obstante, varios representantes destacados, v.gr., Reginaldo Pizzorni, Dario Composta y J. Budziszewski. El primero ha sostenido que “Santo Tomás determina el contenido del Derecho Natural en base a las

7 En este punto, véase Massini-Correas (2020, pp. 63-77). Véase también Duke y George (2017, *passim*).

8 Sobre algunas de esas críticas, véase Massini-Correas (1990, pp. 161-172).

tres inclinaciones esenciales del hombre” (Pizzorni, 1978) y, por su parte, Budziszewski (2014) afirma que “se debe ver el primer precepto [de la ley natural] a través de los lentes de las inclinaciones naturales” (p. 253). Es bien sabido que el Aquinate distingue en el lugar citado entre tres inclinaciones humanas naturales: la conservación en la existencia, la reproducción humana y la realización de las dimensiones de las dimensiones racionales del hombre. A la primera, el Aquinate la considera común a todos los seres; a la segunda, común a todos los entes animados; y a la tercera, como exclusiva de la naturaleza humana, y del conocimiento de cada una de ellas derivaría –para los autores “inclinacionistas”– la aprehensión normativo-práctica de los mandatos de la ley natural.⁹ Se volverá en breve sobre esta cuestión.

En el caso de los pensadores que parten de la captación de los “bienes humanos”, la mayoría de los cuales se incluyen en la denominada “Nueva Escuela del Derecho Natural” o bien “Escuela Neoclásica de Derecho Natural”,¹⁰ las normas de la ley natural adquieren su sentido –y, por lo tanto, es posible conocer su contenido– a partir de los bienes humanos a los que se ordenan. Tal como lo sostiene, entre otros, John Finnis, para estos autores de lo que se trata es de seguir el “principio epistemológico” de Tomás de Aquino, según el cual “por los objetos conocemos los actos, por los actos las potencias y por las potencias la esencia [o naturaleza] del alma” (Tomás de Aquino, 1979, Lec. VI, n. 308). A su vez, a los bienes humanos primeros o básicos los conocemos de un modo intuitivo, por evidencia intelectual o analítica, y a los demás por inferencia práctica a partir de los primeros. El Aquinate enumera varios de estos bienes a modo de ejemplo y, cuando se refiere a la inclinación racional, remite al conocimiento de la verdad y a la sociabilidad humana, pero termina remitiendo “a otros semejantes”, con lo que queda en claro que existen otros igualmente primeros, de los que se deriva el conocimiento de todos los demás.¹¹

El principal problema que se plantea a la interpretación de estas corrientes es que, en la mayoría de los casos, los expositores de cada uno de esos grupos han considerado sus afirmaciones como no éticamente excluyentes, es decir, como radicalmente incompatibles entre sí. Esto conduce a exposiciones encontradas y, en cierto sentido, reductivas de la problemática iusnaturalista. Pero es bastante claro, al menos en el contexto de la tradición clásico-realista, que los

9 Véase Massini-Correas (1995, *passim*).

10 Véase, en un sentido crítico, Biggar y Black (2016, *passim*). Asimismo, véase Massini-Correas (1999, pp. 461-478).

11 Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2, *corpus in fine*.

nombres y los conceptos son, en ese ámbito, de carácter analógico,¹² tal como lo muestra un estudio riguroso de la experiencia de las “cosas humanas”,¹³ como llamaba el Estagirita a las que se constituyen en –o a través de– las praxis humanas, aunque casi siempre con una raíz natural.

Ahora bien, si las cosas son así, es decir, si *ley natural* es una expresión y un concepto analógico, es posible que tanto la naturaleza humana, cuanto las inclinaciones que se siguen de ella, y los bienes que son su objeto sean, en sentidos parcialmente diferentes, el origen y la justificación del conocimiento de la ley natural. Ha escrito en este sentido Finnis (2011) que si se adopta una perspectiva

ontológica [o metafísica], el mismo principio metodológico, en su aplicación a los seres humanos, presupone y por lo tanto implica que la bondad de todos los bienes humanos [...] está derivada de (i.e. depende de) la naturaleza humana, a la que, en razón de su bondad, esos bienes perfeccionan [...]. Por lo tanto, el *debe* depende ontológicamente –y en este sentido seguramente puede decirse que está derivado– del *es*. (p. 147)

Sobre este tema de la analogía de la ley natural, conviene remitir al artículo citado precedentemente en la nota octava.

3. Las concepciones “objetivistas”

Ahora bien, si se pasa ahora al tratamiento de los autores y corrientes denominadas “objetivistas”, conviene comenzar con su principal pionero, el hasta hace unos años catedrático de la Universidad de París Michel Villey.¹⁴ Este autor, como todos los que integran esta categoría, se centra con insistencia en el ya citado *passus* de Tomás de Aquino en la *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, en especial en un párrafo en el que el Aquinate afirma, en su respuesta a la objeción de Celso (la primera) en el sentido de que “justicia” es el “arte de lo bueno y lo equitativo”, que el nombre “derecho” primeramente se dijo de “la misma cosa justa” y luego, por analogía, de otras realidades, como el arte de decir el derecho, las sentencias de los jueces y otras más. Villey, en su notable libro *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique* (1987), escribe que el derecho es

12 En este punto, véase De Rosa (2022, pp. 101-145).

13 Véase Rodrigo (1998, *passim*).

14 Sobre este autor, véase Rabbi-Baldi (1990), Rials (2000) y Vigo (1992).

to *dikaion*: esto surge de un análisis gramatical elemental. El nombre es un neutro sustantivado. No significa la acción justa, a la que designa un verbo constituido a partir de la misma raíz: *dikaioprattēin*. Ni su sujeto, el *dikaios*, sino su objeto, la cosa justa [...]. Por lo tanto es una cosa, y sucede lo mismo con el latín de los jurisperitos. El *jus* es también para ellos una cosa, algo, como dice el cuerpo del artículo, *ipsa res iusta*. (p. 117)

Y un poco más adelante, el profesor de París precisa qué entiende por “cosa” (*chōse*) en la expresión tomista *res iusta*.

¿Qué clase de cosa? De ningún modo una substancia, tal como lo son una persona, una casa, una suma de dinero, sino esa otra especie de *res* que los nominalistas trataron de excluir del mapa del mundo: una *relación* entre substancias, por ejemplo entre las casas y las sumas de dinero que en la comunidad política se reparten entre sus propietarios. Una proporción; *analogon*, según Aristóteles; *aequum* en latín; una *aequalitas* [...]. Esta relación es en definitiva un *bien* [...]. El derecho tiene naturaleza de finalidad, de término al que *tiende* ‘la justicia’ - *id ad quod terminatur actio iustitiae*. (Villey, 1987, p. 119)

Por otra parte, para Villey (1987, pp. 119-121), las normas jurídicas no son propiamente *derecho*, sino sólo por analogía extrínseca o metonimia, en razón de que son sólo su causa modélica, y crítica a los iusfilósofos modernos, inclusive los escolásticos como Vitoria y Suárez, porque colocan el sentido focal o el caso central de *ius* en las normas que son su medida y no en las relaciones humanas que son su objeto.¹⁵

Y en lo que respecta al *derecho natural*, Villey lo reduce a aquellas realidades-cosas que la experiencia percibe como justas en sí y, consecuentemente, excluye de esta denominación al resto de las dimensiones de la juridicidad: normas, facultades, sentencias, principios, etc. Y conviene recordar también que Villey tuvo muchos discípulos en Francia y en el extranjero, que en general han seguido al pie de la letra las enseñanzas del maestro de París: Alfred Dufour, Marcel Thomann, Guy Augé, Michel Bastit, Francois Valancon, Philippe André-Vincent, Carlos Raúl Sanz, Gonzalo Ibáñez, Mahomed El Shakankiri y varios más.

Otro que puede ser incluido en el número de los autores iusnaturalistas “objetivistas” es el hace poco fallecido catedrático de Filosofía de Derecho de

15 Véase también Villey (1975-1979, 1976).

la Universidad de Navarra, Javier Hervada.¹⁶ Entre sus numerosas obras, todas ellas rigurosas y de buena factura, se hará especial referencia a la que muchos autores consideran su volumen más logrado, que es *Introducción crítica al Derecho Natural* (1981), del que existen varias ediciones y traducciones a diversos idiomas.¹⁷ En este libro, sostiene que

lo justo (*ius*) es el objeto de la justicia, esto es, aquella cosa [res, realidad] que la virtud de la justicia impele dar a otro por constituir lo suyo. En otras palabras, lo justo es lo suyo de cada cual, su derecho, aquello que la justicia da [o ha de dar]. (Hervada, 1981, pp. 41-42)

Y aclara más adelante que

la cosa que le está atribuida a alguien por algún título [...] recibe el nombre de *ius* o lo suyo o derecho, en virtud de una cualidad que la sitúa en el mundo de lo jurídico: esa cosa es *debida* en sentido estricto, o sea, constituye una deuda: he aquí una primera cualidad de lo justo, ser *ius*, derecho, esto es, algo debido y, por lo tanto, exigible. (Hervada, 1981, p. 43)

Por supuesto que Hervada (1981), cuando habla de la “cosa”, justa no se refiere solo a las realidades meramente materiales, sino también a acciones, omisiones, entrega de cosas físicas o no, etc., es decir, a cualquier tipo de prestación o beneficio que un sujeto jurídico (deudor) debe entregar, o realizar o abstenerse de actuar en favor de otro sujeto (acreedor).

Por eso, más adelante aclara que

la cosa se hace jurídica, se hace *ius*, o derecho, en virtud de su cualidad de debida. Esta cualidad es una cualidad de la cosa y, por ello, la cosa misma es derecho o *ius*. [Pero] la juridicidad no revela una sustancia sino una relación. Siempre que a algo lo denominamos jurídico estamos denominando a una relación. (Hervada, 1981, p. 45)

Y lo explica y determina con más detalle cuando escribe que

el derecho en sentido realista denota la relación de atribución de la cosa respecto del sujeto de atribución, a la vez que una relación bilateral: la cosa está –o puede estar– en poder de otro sujeto que no es el sujeto de atribución; por eso es una

16 Sobre Hervada y su obra, véase (Rivas, 2005, pp. 35-55).

17 También puede verse Hervada (1991, pp. 43 y ss.).

cosa debida y, en consecuencia, exigible. La palabra derecho o *ius* connota en la cosa la relación de deuda y exigibilidad. (Hervada, 1981, p. 45)

Y en lo que respecta al derecho natural, Hervada (1981) sostiene que la medida o regla que establece que algo sea debido a otro y, por lo tanto, derecho, es la ley, es decir, los juicios deónticos que establecen lo que debe hacerse en el ámbito de lo justo. “Será pues, norma jurídica toda regla de conducta cuyo cumplimiento sea una obligación de justicia, una deuda justa, tanto si procede de la autoridad social [derecho positivo], o [...] de la naturaleza humana” (p. 137). Por lo tanto, continúa, “el derecho natural –o conjunto de normas jurídicas naturales– está constituido por prescripciones de la razón natural que enuncian un deber de justicia” (p. 138). Por otra parte, la ley natural jurídica o derecho natural no es claramente una mera construcción de los individuos humanos, sino algo que se conoce fundamentalmente por experiencia, es decir, por conocimiento directo de las estructuras esenciales y tendenciales del ser humano.

Además, su contenido se conoce cuando se captan los fines naturales de los seres humanos, los cuales se corresponden con las estructuras tendenciales de su esencia humana, que fundamentan inclinaciones a aquellos fines que, al realizarlos, constituyen la realización de las personas humanas. ¿Cuáles son estos fines y las inclinaciones que los tienen por objeto y que se descubren en la experiencia de las cosas humanas? Hervada (1981, pp. 145-146) enumera siete, sin señalar un orden de importancia: la inclinación o tendencia a la conservación del ser –vida e integridad física y moral–, la inclinación a la unión conyugal, la inclinación a la relación con Dios como manifestación de la *creaturidad*, la tendencia al trabajo y al descanso y a la actividad lúdica, la inclinación a la sociedad –especialmente la política–, la tendencia a la comunicación interhumana y la inclinación al conocimiento y a las diferentes formas de cultura y del arte.¹⁸

Pero es necesario consignar, además, que en el pensamiento del profesor de Pamplona

la prescripciones o preceptos de la ley natural corresponden a exigencias de la naturaleza humana. La razón capta esas exigencias y las presenta como prescripciones o enunciados obligatorios, o sea, en forma de ley [...]: la ley natural se capta conociendo la naturaleza humana; o desde otra perspectiva, se conoce la ley natural captando el estatuto ontológico del ser humano y sus fines naturales. (Hervada, 1981, p. 152)

18 Sobre la fundamentación y estructura de esta enumeración, véase Massini-Correas (2015, pp. 229 y ss.).

En este último texto, queda en claro que, para Hervada (1981), tanto la “cosa justa” como la ley jurídica son propiamente derecho, si bien con la mediación de una analogía, y que, por lo tanto, ambas pueden ser denominadas con el término “derecho”. Por otra parte, es conveniente precisar que la pretensión de que los contenidos del derecho natural puedan derivarse directa y exclusivamente de las notas esenciales de la naturaleza humana ha sido objeto de numerosas discusiones entre iusnaturalistas y iuspositivistas, las que no se han zanjado definitivamente aún.¹⁹

4. El derecho como bien humano

Finalmente, dentro de este segundo grupo de pensadores iusnaturalistas corresponde hacer referencia al profesor de la Università della Santa Croce de Roma, Carlos José Errázuriz. De nacionalidad chilena, hizo su tesis doctoral en Derecho bajo la dirección de Javier Hervada, la cual fue publicada en un volumen de más de 600 páginas con el título de *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen* (Errázuriz, 1986). Más adelante, publicó también varios trabajos y libros, en general sobre temas de derecho canónico –materia de la cual es profesor en la citada Universidad–, hasta la reciente edición de su último libro: *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto* (2021), del que ya ha aparecido una edición española publicada muy cuidadosamente por la editorial EUNSA de la Universidad de Navarra (Errázuriz, 2023).²⁰ En este libro, el autor presenta una versión más amplia y abierta de la concepción “objetivista” del derecho y del derecho natural, que expone afirmando inicialmente que

en la historia del realismo jurídico clásico, Santo Tomás de Aquino (1225-1274) ocupa indudablemente un puesto de relieve excepcional. En efecto, él es el primero de los pensadores cristianos que presenta y desarrolla una visión específica y completa del derecho y de la perspectiva de la justicia. (Errázuriz, 2023, p. 52)

Una vez insertado en la tradición iusnaturalista que tiene por fundador al Aquinate, Errázuriz (2023) continúa el desarrollo de esa tradición, pero explicitando esta doctrina de un modo especialmente decidido y claro, afirmando ante todo el carácter analógico del concepto y del nombre “derecho” y reconociendo el carácter de analogado jurídico principal al bien humano, que es el

19 Véase Massini-Correas (1995, *passim*).

20 En lo sucesivo se citará como DCBG.

objeto que busca realizar la justicia (lo justo), y a partir del cual los restantes analogados merecen ser designados como “derecho”: las normas en cuanto precisan su contenido y las facultades jurídicas o derechos subjetivos en cuanto lo tienen por objeto de su exigencia. Por ello, concluye el autor en este punto,

el analogado principal entre los significados de “derecho” es el del bien jurídico. Propiamente por su índole prioritaria en cuanto analogado, esa prioridad lógica implica sostener que, ontológicamente, el bien jurídico constituye el punto de referencia esencial de la juridicidad o, en otros términos, la esencia del derecho. (Errázuriz, 2023, p. 26)

En consecuencia, la tarea del filósofo del derecho habrá de ser la de abordar y analizar en términos universales y de raíces la esencia del derecho, así como todas las cuestiones que devienen jurídicas por su relación real con esa esencia.

Luego de haber realizado, de modo breve, pero agudo y profundo, el análisis de las propuestas positivistas y las de algún modo transpositivistas de varios autores, Errázuriz (2023) pasa a estudiar los caracteres propios de la concepción realista del derecho como bien jurídico, comenzando por la *alteridad*, es decir, por la necesaria presencia de dos o más sujetos, individuales o colectivos, algunos de los cuales han de ser titulares del bien debido por el otro sujeto jurídico, y siguiendo por la *obligatoriedad* de ese bien por parte del deudor al titular del bien jurídico. A continuación, el autor estudia la inevitable *exterioridad* del bien jurídico, su constitutiva relación con la *justicia*, entendida como virtud y como valor propio del bien jurídico, para concluir con un breve, pero ilustrativo, estudio de la *exigibilidad* y la *coercibilidad* propia de los bienes jurídicos.

Errázuriz (2023) termina estudiando el lugar que les corresponde al derecho natural y al positivo en la constitución del fenómeno jurídico y sostiene que se trata de dimensiones de una única realidad: el derecho. En estas dimensiones, que están siempre presentes en la estructura de lo jurídico, la preminencia normativa corresponde al derecho natural, que cumple las funciones de fundamento, de dador de sentido y de límite del derecho concebido como un todo.

Hechas estas precisiones es preciso insistir sobre la *inseparabilidad entre los aspectos naturales y positivos* de los bienes jurídicos. En la concreción de los bienes están presentes las dos dimensiones, hasta el punto de que puede afirmarse que el mismo derecho-bien es en principio en parte natural y en parte positivo. (Errázuriz, 2023, p. 162)

Esta unidad de aspectos diversos es ejemplificada por Errázuriz (2023) con

el modelo de la *equidad*, en la que se vinculan necesaria y virtuosamente los aspectos naturales y positivos del derecho-bien.

En definitiva, para Errázuriz (2023), el concepto focal y caso central del derecho –la terminología es de Finnis (2011)– es el de aquellas realidades –de diverso orden– que consisten en bienes humanos, que benefician a los sujetos en las relaciones de justicia, que se caracterizan por la exterioridad, la alteridad, la obligatoriedad, la exigibilidad y la posibilidad de ser impuestas de modo coactivo. Esos bienes no son justos solo por haber sido establecidos por normas, sino porque –positiva o naturalmente– son los que intrínsecamente les corresponden a los sujetos beneficiarios por las estructuras reales de la convivencia político-jurídica y son descubiertos por la experiencia empírica y racional.

También ha asumido esta perspectiva el profesor de Filosofía Política de la Universidad de Navarra, Alfredo Cruz Prados, en uno de sus últimos libros: *Sobre la realidad del derecho. Filosofía Jurídica* (2021). En ese volumen, el profesor español sigue en líneas generales las argumentaciones de Michel Villey y no hace lugar a la posibilidad de denominar derecho por analogía a las facultades jurídicas que derivan de los bienes humanos básicos, de las inclinaciones naturales y, en definitiva, de las dimensiones perfectivas de la naturaleza humana. Pareciera que la concepción del derecho defendida por Cruz Prados (2021) es excesivamente reductiva y, por lo tanto, es dudoso que pueda incluirse consistentemente en la tradición iusnaturalista central del maestro de Aquino.²¹

5. La concepción “práctica” u “objetivista” del iusnaturalismo

Finalmente, corresponde efectuar algunas afirmaciones sobre las vertientes iusnaturalistas que más arriba se han denominado “prácticas” o “analógicas”, según las cuales: (i) el término y el concepto de derecho (*ius*) son *analógicos*, es decir, se predicen de realidades diversas, pero semejantes, y en un sentido similar aunque no idéntico,²² por esto puede llamarse “derecho” a las conductas, las normas, las facultades jurídicas, las sentencias, etc.; (ii) en esa predicación analógica, el analogado principal radica en la *conducta jurídica* justa; y (iii) el ámbito de lo jurídico es eminentemente *cognitivo-racional-práctico*, por lo que impugnan a los autores no cognitivistas, a los meramente críticos, a los positivistas, etc. Los autores que siguen estas afirmaciones son varios, pero se hará mención solo a los que apare-

21 Véase Greco (2022, pp. 238 y ss.).

22 Sobre la noción de analogía en el Aquinate, véase Gamba (2002, *passim*).

cen como los más difundidos: Georges Kalinowski,²³ Guido Soaje Ramos, Juan Alfredo Casaubon, Rodolfo Vigo, el autor de estas líneas y varios más.

Si se comienza la exposición de este grupo con una breve referencia a Georges Kalinowski, catedrático de Lógica y de Ética en la Universidad de Lublin, en su Polonia natal, y luego –exiliado a Francia– director de investigaciones del Consejo Nacional de Investigación Científica (CNRS) francés, este autor resume –en oposición a las ideas de Villey– que

el derecho no es una regla [...]. ¿Qué es el derecho entonces? El derecho es lo que fue para Aristóteles *to dikaion* y para Tomás de Aquino *ius sive iustum*. Ahora bien, Tomás veía en el derecho al objeto de la justicia, porque lo consideraba “una cierta obra adecuada a otro según cierto modo de igualdad” (II-II, q. 57, a. 1 y 2). El derecho es una obra “recta”, “adecuada”, “ajustada”; es un acto, no en el sentido de una *actio* sino de un *actum*? (Kalinowski, 1982, p. 19)

Y concluye diciendo que “la conducta justa es, entonces, el núcleo, el centro, de toda esa realidad práctica que denominamos ‘derecho’” (Kalinowski, 1982, p. 12).

Con respecto a la cuestión del lugar del derecho natural en esta concepción del derecho como conducta, el filósofo polaco explica que

la segunda significación analógica de nuestro término y que puede ser sumada a las tres primeras explícitamente citadas por Aquino, se relaciona con la determinación de lo justo [o derecho-conducta]. En efecto, el problema se centra en saber cuáles actos son justos. En ciertos casos, es la naturaleza de las cosas la que allí decide: hablamos del derecho natural. Pero en otros, lo justo está determinado, sea por convención privada, sea por un ordenamiento público; se relaciona en este caso con el derecho positivo [...]. Afirmando que la ley no es el derecho propiamente dicho, Tomás admite implícitamente que aquella puede ser, sin embargo, llamada “derecho” en sentido derivado, incluso metonímico, por analogía de atribución (Kalinowski, 1982, p. 20)²⁴

Ahora bien, continuando con una referencia a la cuestión del derecho natural, que Kalinowski (1983) desarrolla al tratar la cuestión de las leyes y de sus diversas fundamentaciones, es decir, de la significación analógica de “derecho” en el sentido de causa modélica o norma del derecho como *actio* o conducta,

23 Sobre la trayectoria y pensamiento de este autor, véase Massini-Correas (1987, pp. 19-26, 1999, pp. 461-478).

24 Véase también Kalinowski (1973b, pp. 50 y ss.).

Es evidente que las inclinaciones humanas son naturales en el sentido más estricto y por lo tanto buenas, solo porque son “esenciales”, es decir, expresivas de la esencia del hombre en el cual están ancladas [...]. La esencia de un existente es la medida del ser impartido a éste y es por ello que un comportamiento conforme a la esencia de un existente acrece su ser, mientras que un comportamiento contrario la disminuye. (Kalinowski, 1983, p. 50)

Kalinowski escribió muchos libros y más de cien artículos, en los que desarrolló, explicitó y defendió estas ideas, siempre con un especial rigor lógico, como corresponde a un discípulo de Jan Lukasiewicz (Kalinowski, 1975) y de Czeslaw Martyniak (Kalinowski, 1973). Entre los libros se destacan *Lógica del discurso normativo* (1975) e *Introducción a la lógica jurídica* (1973a), este último traducido al castellano por Juan Alfredo Casaubon, sobre quien se hablará más adelante. Por otra parte, dedicó varios de sus trabajos a la refutación rigurosa y consistente de la denominada “ley de Hume”, así como al desarrollo exhaustivo de casi todos los temas centrales de la ética y de la filosofía jurídica.²⁵

Otro de los autores que es posible incluir en esta corriente es Guido Soaje Ramos, profesor de Ética en la Universidad Nacional de Cuyo y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires y en la Católica Argentina, en su sede Rosario, así como fundador de la Revista *Ethos* y del Instituto de Filosofía Práctica con sede en Buenos Aires.²⁶ Resumiendo mucho sus principales aportaciones, es posible enumerar ahora las siguientes: (i) la distinción y explicitación de las diferentes determinaciones del derecho-conducta, que reduce a seis: ha de ser una conducta *deliberada* o humana en sentido estricto y dotada de *exterioridad*, *alteridad*, *objetividad*, *exigibilidad* u *obligatoriedad* y, en general, *coercibilidad* Soaje Ramos (1973); (ii) sus desarrollos acerca de la noción y funciones de la *experiencia* en el derecho; Soaje Ramos (1973) sostiene en este punto que “los hombres no tenemos ideas innatas de nada, por lo que no podemos partir en nuestra actual tarea definitoria, de una idea innata de derecho. Sólo nos queda el recurso a la experiencia jurídica” (s.p.); (iii) la delimitación y precisión de las tesis iusnaturalista y de la iuspositivista: para Soaje Ramos (1982-1983), en este punto, la tesis filosófica iusnaturalista puede resumirse diciendo que *existe al menos un principio jurídico de fuente no construida por el hombre*, mientras que la iuspositivista será que *no hay ningún principio jurídico de fuente no construida* (p. 319, *passim*); y (iv) finalmente, el estudioso citado sintetiza su razonamiento al decir que

25 Véase Kalinowski (1996, *passim*).

26 Sobre la trayectoria y bibliografía de Soaje Ramos, véase Massini-Correas (1982, *passim*).

las concepciones de derecho natural implican un cierto objetivismo axiológico (opuesto no en forma contraria sino contradictoria a un subjetivismo axiológico) y también a un cierto no-relativismo axiológico (opuesto de la misma manera al relativismo axiológico). [...] Resulta de allí que toda concepción del derecho natural, en el sentido propio del término, debe afirmar, como lo hace Aristóteles en la EN, que hay conductas humanas que son por ellas mismas injustas o anti-jurídicas, lo que el legislador humano debe reconocer. (Soaje Ramos)

Contemporáneo de Soaje Ramos, Juan Alfredo Casaubon integró el grupo que trabajó en la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires desde sus orígenes. Su maestro fue Tomás Casares, pensador icónico por su libro *La justicia y el derecho*, del que se imprimieron varias ediciones y que formó a toda una camada de filósofos del derecho y de juristas. Casaubón se interesó desde joven por la problemática de la lógica general y de la lógica jurídica, así como por las cuestiones gnoseológicas y del lenguaje, temas sobre los que escribió varios libros eruditos y rigurosos, como *Palabras, ideas, cosas* y *El conocimiento jurídico* (1984). También escribió *Nociones generales de lógica y filosofía*, una *Historia de la filosofía* y especialmente *Introducción al derecho* (1981), elaborado con la colaboración de algunos de sus discípulos.

En este último libro aborda la cuestión de la esencia del derecho, donde escribe que

para Aristóteles, el derecho era ante todo lo justo (*to dikaion*); a las leyes, o más latamente a las normas, las denominaba *nomoi*. Para Tomás de Aquino “derecho” era un término *análogo*, cuya principal y primera significación era la que denominaba “la cosa justa”, en donde la palabra “cosa” (*res*) no significa solo ni principalmente los cuerpos físicos, sino también y ante todo las acciones, daciones y omisiones humanas que relacionan entre sí a los hombres –ya directamente, ya es través de cosas entregadas o respetadas– de una manera conforme a la justicia. (Casaubón, 1981, p. 15)

Por otra parte, y respecto a la noción de derecho natural, este pensador efectuó varias clasificaciones y precisiones, entre las que conviene mencionar la siguiente: la filosofía del derecho incluye: a) una definición análoga del derecho: como la misma acción justa, como conjunto de normas coactivas, como facultades o poderes, y otras más; y b)

la distinción entre lo justo natural y lo justo positivo y, dentro de éste, de lo positivo *per accidens* (aquél que esencialmente es derecho natural, pero que sus formalidades: sanción, promulgación, redacción, etc., son positivas), [...] y lo

positivo *per se* (lo que por su esencia misma es positivo, como el conducir por la derecha); y c) el reconocimiento de la ley natural, con sus primeros principios ético-jurídicos y sus conclusiones próximas. (Casaubon, 1984, pp. 16-17)

Finalmente, correspondería hacer una breve referencia a un grupo de intelectuales que han sido influenciados por los tres autores consignados recientemente, pero que han efectuado sus propias contribuciones al iusnaturalismo realista de los últimos años. En esta ocasión esa referencia se limitará a la obra de Rodolfo Luis Vigo,²⁷ oriundo de la ciudad argentina de Santa Fe, quien ha logrado compatibilizar admirablemente las labores de magistrado judicial, docente universitario de grado y de posgrado y autor prolífico con las de viajero apasionado, dando cursos y conferencias en casi toda la superficie de la Tierra. En este sentido, Vigo ha violado integralmente el sabio consejo de Paul Ricoeur quien, cuando le preguntaron en una entrevista cómo había logrado ser un autor tan prolífico, el filósofo francés respondió: “Doy la menor cantidad posible de horas de clase y duermo todos los días la siesta”.

Pero para lo que aquí interesa, Vigo aborda la problemática de la esencia del derecho en su relevante libro *Las causas del derecho* (2010), y lo hace desde la perspectiva de sus causas material y formal, que son las que definen el concepto de todas las realidades, en este caso, de las jurídicas. En ese libro escribe que

la respuesta a dicho interrogante [el de la realidad del derecho] está explícita y reiteradamente afirmada por Tomás de Aquino: [...] “como la justicia se ordena siempre a otro, no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino solamente las acciones y cosas exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto”; pero la materia de la justicia es la operación exterior, en tanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otra persona la debida proporción’ [...]. Es decir que, conforme a las enseñanzas del Aquinate, las operaciones exteriores y todo lo que ellas alcanzan, constituyen aquello en lo que potencialmente está el derecho; o también, aquello con lo que se “hace” el derecho y en lo que “es” el derecho. (p. 41)

Ahora bien, en lo que respecta al problema de la fundamentación del derecho en el iusnaturalismo clásico, Vigo (2010) precisa una serie de notas identificatorias de esta corriente que resulta importante consignar:

27 De este autor, véase principalmente Vigo (1979a, 1979b, 1991, 2003a, 2003b, 2019).

1) la *tesis de la no positividad* del derecho en general: hay “algo” jurídico que vale como tal, no obstante sea rechazado o ignorado por la sociedad o solo por sus autoridades; 2) la *tesis del cognitivismo ético-jurídico*: la razón puede conocer las dimensiones valiosas o exigencias ético-jurídicas implicadas en las conductas humanas; 3) la *tesis epistemológica*, que rechaza la reducción del conocimiento de la praxis humana a un descriptivismo absolutamente desvinculado de las dimensiones valorativas, justificativas o prescriptivas; 4) la *tesis gnoseológica realista*, según la cual no hay ideas innatas, sino que el conocimiento empieza en la experiencia, sensible e intelectual [...]; y 5) la *tesis ontológica*, conforme a la cual el fundamento de la juridicidad natural e indisponible remite a dimensiones o posibilidades intrínsecas o constitutivas del ser humano y a la naturaleza de las cosas en general” (pp. 155-156)

Pero además de las aportaciones de Vigo, es conveniente hacer mención –aunque sea solo una– a los desarrollos realizados en la Argentina por Daniel Herrera, Fernando Bermúdez, Juan Cianciardo, Juan Bautista Etcheverry y el autor de estas líneas, aparte de otros cuya enumeración resultaría inapropiada por extensa.

Por supuesto que con la reseña de estos autores no se está dando una visión completa del iusnaturalismo de raíz tomista desarrollado en los últimos años, pero la intención de estas líneas ha sido solo la de introducir a los lectores en la problemática y las soluciones centrales de esta corriente de pensamiento y en las aportaciones de algunos de sus principales representantes, pero sin la pretensión de realizar un trabajo integral. De todos modos, se han dado aquí indicaciones bibliográficas suficientes como para que los interesados en ampliar y profundizar sus conocimientos en la temática desarrollada puedan hacerlo sin mayores dificultades.

6. Corolarios y balance de lo estudiado

Llegado el momento de efectuar un balance de lo desarrollado y precisar sus corolarios, estos serán especialmente breves y puntuales:

a) Ante todo, parece haber quedado en claro que la amplia corriente de los iusfilósofos iusnaturalistas *no sigue un solo y único modelo* de desarrollo, sino varios, es decir que no puede hablarse propiamente de “la corriente iusnaturalista”, sino mejor de “las” corrientes que explicitan y defienden la idea de la existencia de al menos algún principio jurídico no construido –o inventado– por la mente humana. Ahora bien, de todas estas corrientes, las que aparecen como predominantes son aquellas que se reconocen de algún modo deudoras

de las ideas propuestas en este punto por Tomás de Aquino, reconocido por varios autores como el fundador de la “tradición central de occidente”.

b) Además, esta corriente se caracteriza por la *solidez epistémica* de sus afirmaciones centrales, debida en gran parte por los numerosos diálogos y controversias internas sostenidas por sus representantes a lo largo de más de setecientos años de historia de la filosofía, así como en razón de los debates mantenidos durante ese período con los sostenedores de otras corrientes de pensamiento. De este modo, se han ido superando las objeciones, afinando y perfeccionando los argumentos, así como mejorando la forma de expresión y defensa de sus tesis principales.

c) En el caso de la tradición iusnaturalista, se está en presencia de un modo *eminente realista* de hacer filosofía, en especial filosofía práctica, lo que significa principalmente que: (i) estas corrientes de pensamiento parten siempre de la *experiencia humana práctica*, de lo que Aristóteles denominaba “las cosas humanas”, se trate tanto de la experiencia empírica como de la intelectual; (ii) los razonamientos que parten de estas formas de experiencia están regulados estrictamente por las *reglas de la lógica*, lo que otorga a sus argumentaciones una especial solidez y un criterio seguro para evaluarlas o corregirlas; y (iii) los dos puntos anteriores suponen la aceptación de la *posibilidad de conocer* las realidades prácticas: las praxis humanas y su sentido, las normas de la conducta humana, los deberes de los sujetos, las facultades éticas en general y en especial las jurídicas, las instituciones destinadas a instrumentalizar y asegurar la regular dirección de la actividad humana, los bienes que otorgan sentido a toda la realidad jurídica y varias realidades más.

d) Todo lo anterior supone que la tradición iusnaturalista clásica, si bien ha presentado, como todas las tradiciones, sus altos y sus bajos, sus épocas de esplendor y de obscuridad, sigue teniendo en nuestros días un *valor intelectual y ético relevante*, que es necesario desarrollar, perfeccionar, explicitar y difundir a los fines de que siga siendo un punto de referencia intelectual para la revalorización y elevación del pensamiento orientado a la búsqueda y realización de la perfección propia de la personificación humana, tanto individual como social.

Bibliografía

- Abbà, G. (1996). *Quale impostazione per la filosofia morale?* LAS.
- Abbà, G. (2009). *Costituzione epistemica della filosofia morale*. LAS.
- Berlin, I. (1991). *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*. Alfred Knopf.
- Biggar, N. y Black, R. (Eds.). (2016). *The Revival of Natural Law*. Routledge.
- Boyle, J. (1994). Natural Law and the Ethics of Traditions. En George, R. P. (Ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (pp. 1-30). Clarendon Press.
- Budziszewski, J. (2014). *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*. Cambridge University Press.
- Casaubon, J. A. (1981). *Introducción al Derecho* (Vol. 3). Ariel-Ediciones Jurídicas.
- Casaubon, J. A. (1984). *El conocimiento jurídico*. Editorial de la Universidad Católica Argentina.
- Copleston, F. (1991). *Aquinas*. Penguin.
- Cruz Prados, A. (2021). *Sobre la realidad del derecho. Filosofía jurídica*. EUNSA.
- Davies, B. (1993). *The Thought of Thomas Aquinas*. Clarendon Press.
- De Rosa, E. (2022). *El carácter analógico del derecho en John Finnis y el problema de la ley injusta*. Ediciones Universidad de Congreso.
- Duke, G. y George, R. P. (2017). *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Cambridge University Press.
- Errázuriz, C. J. (1986). *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*. EUNSA.
- Errázuriz, C. J. (con la colaboración de Petar Popovic). (2021). *Il diritto come bene giuridico. Un'introduzione alla filosofia del diritto*. EDUSC.
- Errázuriz, C. J. (2023). *El derecho como bien jurídico. Una introducción a la filosofía del derecho*. EUNSA.
- Finnis, J. (2011). Is and Ought in Aquinas. En *Reason in Action. Collected Essays -I* (pp. 144-156). Oxford University Press.
- Gambra, J. M. (2002). *La analogía en general*. EUNSA.
- George, R. P. (1995). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Clarendon Press.
- Greco, R. (2022). Reseña al libro de Alfredo Cruz Prados, *Sobre la realidad del derecho*. *Filosofía jurídica. Persona & Derecho*, (88), 238-246.
- Hervada, J. (1981). *Introducción crítica al Derecho Natural*. EUNSA.
- Hervada, J. (1991). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. EUNSA.
- Kalinowski, G. (1973a). *Introducción a la lógica jurídica*. EUDEBA.
- Kalinowski, G. (1973b). Sur l'emploi métonymique du terme 'ius' par Thomas D'Aquin et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote. *Archives de Philosophie du droit*, (18), 331-341.
- Kalinowski, G. (1975). *Lógica del discurso normativo*. Tecnos.
- Kalinowski, G. (1982). *Concepto, fundamento, y concreción del derecho*. Abeledo-Perrot.
- Kalinowski, G., (1983). Sur la muabilité du concept de nature et l'inmuabilité de la loi naturelle. *Rechsthorie*, (9).
- Kalinowski, G., (1996). Sobre la relación entre el hecho y el derecho. En Massini-Correas, C. (Ed.), *El iusnaturalismo actual* (pp. 145-159). Abeledo-Perrot.
- Lisska, A. (1995). *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytical Reconstruction*. Clarendon Press.
- MacIntyre, A. (1988). *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame University Press.
- MacIntyre, A. (2006). *Three Rival Versions of Moral Enquiry. Encyclopaedia, Genealogy and Tradition*. University of Notre Dame Press.

- Martinelli, L. (1963). *Thomas D'Aquin et l'analyse linguistique*. Institut d'études médiévales-Librarie Vrin.
- Massini-Correas, C. I. (1982). Perfil intelectual del Dr. Guido Soaje Ramos. *Cuyo Anuario de Historia del Pensamiento Argentino*, (XV), 237-242.
- Massini-Correas, C. I. (1987). *Derecho y ley según Georges Kalinowski*. EDIUM.
- Massini-Correas, C. I. (1990). Santo Tomás y el desafío de la ética analítica contemporánea. *Anuario Filosófico*, (XXXIII/2), 161-172.
- Massini-Correas, C. I. (1995). *La falacia de la "falacia naturalista"*. EDIUM.
- Massini-Correas, C. I. (Coord.). (1996). *El iusnaturalismo actual*. Abeledo-Perrot.
- Massini-Correas, C. I. (1999). The New School of Natural Law. Some approaches. *Rechsthorie*, (30-34), 461-478.
- Massini-Correas, C. I. (2008). *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*. Porrúa-Universidad Panamericana.
- Massini-Correas, C. (2020). Tomás de Aquino y la Ley Natural. Interpretaciones cruzadas de *Summa Theologiae* I-II, q. 94, a.2. *Prudentia Iuris*, (número aniversario de los 40 Años de la Revista), 63-77.
- Massini-Correas, C. I. (2015). Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis. *Persona & Derecho*, (71), 229-256.
- Mondin, B. (1985). *Il sistema filosofico di Tommaso D'Aquino*. Editrice Massimo.
- Murphy, M. (2011). The Natural Law Tradition in Ethics. En Zalta, E. N. (Ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/natural-law-ethics/>.
- Pizzorni, R. (1978). Il contenuto del diritto naturale secondo Tommaso d'Aquino. En *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi* (pp. 191-221). Studi Tomistici.
- Rabbi-Baldi, R. (1990). *La Filosofia Jurídica de Michel Villey*. EUNSA.
- Rials, S. (2000). *Villey et les idoles. Introduction à la philosophie du droit de Michel Villey*. PUF.
- Rivas, P. (Ed.). (2005). *Natura, Ius, Ratio. Estudios sobre la Filosofía Jurídica de Javier Hervada*. Universidad de Piura/ARA Editores.
- Rodrigo, P. (1998). *Aristote et les choses humaines*. Éditions Ousia.
- Soaje Ramos, G. (1973). *El concepto de derecho. 2ª Parte. Examen de cada una de las tres acepciones principales de la palabra "derecho"*. INFIP.
- Soaje Ramos, G. (1982-1983). Diferentes concepciones del derecho natural. *Ethos*, (10-11), 317-339.
- Tomás de Aquino. (1952). *Suma contra Gentiles*, I, 1. BAC.
- Tomás de Aquino. (1979). *Comentario al libro Del Alma de Aristóteles* (Trad. M. C. Donadio de Gandolfi). Fundación Arché.
- Tomás de Aquino. (1994). *Summa Theologiae*. BAC.
- Vigo, R. (1979a). *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. (1979b). *Ética del abogado*. Abeledo-Perrot.
- Vigo, R. (1991). *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Abeledo-Perrot.
- Vigo, R. (1992). Aspectos polémicos en la obra de Michel Villey. *Persona y Derecho*, (27), 277-314.
- Vigo, R. (2003a). *De la ley al derecho*. Porrúa.
- Vigo, R. (2003b). *El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)*. Fontamara.

- Vigo, R. (2010). *Las causas del derecho* (2ª ed.) Abeledo-Perrot.
- Vigo, R. (2019). *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli*. Marcial Pons.
- Villey, M. (1975-1979). *Philosophie du droit* (2 vols.). Dalloz.
- Villey, M. (1976). *Critique de la pensée juridique moderne*. Dalloz.
- Villey, M. (1987). *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*. PUF.

EL PROBLEMA DEL PODER INDETERMINADO. UN ANÁLISIS INTERNO DE LAS “FACULTADES INHERENTES” DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL

Ignacio Arizu

Universidad Austral

iarizu@mail.austral.edu.ar

Recibido: 13/06/2023

Aceptado: 20/10/2023

Resumen

La teoría de los poderes inherentes ha sido utilizada en varias ocasiones para justificar que el Poder Ejecutivo Nacional cuenta con ciertas facultades que no surgen del texto constitucional de modo explícito ni implícito. Surgida en el ámbito del derecho administrativo, la tesis se vale de elaboraciones propias de la filosofía del derecho para ampliar el marco de competencia del Gobierno nacional. Buscado o no, a lo largo de los últimos años, esta manera de entender las facultades del Gobierno ha servido de sustento teórico para las tendencias políticas partidarias del llamado “Estado administrativo”. Un sector de la doctrina ya se ha ocupado de señalar ciertas incongruencias importantes entre la idea de “poderes inherentes” y la estructura fundamental de nuestra Constitución Nacional. Este trabajo propone dar un paso más y demostrar que la concepción de “poder inherente” no solo es incompatible con nuestro sistema, sino que además cuenta con algunas indeterminaciones conceptuales graves que vuelven a la teoría un cheque en blanco para el Poder Ejecutivo.

Palabras clave: poderes inherentes, punto de vista interno, facultades expresas, facultades implícitas, estructura conceptual, nivel de abstracción, separación de poderes, Poder Ejecutivo, alcance de las facultades del Gobierno.

The Problem of Indeterminate Power. An Internal Analysis of the Executive Power's "inherent faculties"

Abstract

The *inherent powers* theory has been used on several occasions to justify the idea that the Executive branch of government possesses certain faculties that do not arise either explicitly or implicitly from the Constitution. Born in the area of administrative law, it makes use of philosophy-of-law elaborations in order to amplify the scope of government's powers. Whether sought or not, throughout the last few years this way of understanding the faculties of government has worked as a theoretical basis for the political trends that favor the so-called *Administrative State*. Certain scholars have already pointed out some important inconsistencies that emerge between the idea of *inherent powers* and our most basic constitutional structure. This work aims to go one step further, and to show that the thesis that argues in favor of the existence of *inherent powers* is not only inconsistent with our system, but also suffers from serious conceptual indeterminacies that transform the theory into a blank check for the Executive Power.

Key words: *inherent powers*, internal point of view, express powers, implied powers, conceptual structure, level of abstraction, separation of powers, Executive Power, scope of government's powers.

To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between a government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed.

John Marshall¹

1. Introducción

Hay tensiones políticas que son tan antiguas como el hombre: se trata de aquellas que nos son naturales, que escapan de todo intento por encuadrarlas en un único marco espacial y temporal. A lo largo de la historia, los ámbitos en los cuales estos temas se debaten van variando, pero las tensiones son siempre similares. La pregunta por el justo equilibrio entre orden y libertad es, sin dudas, una de ellas.

A su vez, si lo traducimos al lenguaje moderno, el interrogante se formula en términos de prerrogativas del Estado y garantías de los individuos. Y, hoy en

1 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176 (1803).

día, los debates relacionados a esta cuestión se dan, en gran medida, en el ámbito del derecho administrativo. Tal como plantea Gordillo (2017), buena parte de la doctrina parece entender que esta rama “es por excelencia la parte del derecho que más agudamente plantea el conflicto permanente entre la autoridad y la libertad” (cap. III, p. 1). Entonces, parecería que el derecho administrativo se ha convertido en el escenario principal de una obra que comenzó junto con los primeros Gobiernos o, tal como señala un autor norteamericano, “en la manifestación más reciente de un problema recurrente” (Hamburger, 2014, p. 15). Porque detrás de esta tensión entre orden y libertad se esconde algo conocido: el problema del poder. Y junto con él, sus tentaciones, sus peligros y su tendencia a corromper (Lawson, 2014).

Pero independientemente de que estas cuestiones se estudien desde la óptica del derecho administrativo, la realidad es que, de alguna u otra manera, siempre terminan por ser un tema de derecho constitucional. Actualmente, nos encontramos inmersos en una dinámica que pareciera querer sustraer los debates sobre poder y libertad del ámbito constitucional para ubicarlos en la esfera del derecho administrativo. Sin embargo, en un sistema como el nuestro, es inevitable que toda cuestión de derecho público termine por encuadrarse en el marco general de la Constitución. Porque es en nuestra Constitución donde determinamos qué tipo de vínculo queremos tener con el poder político y cómo queremos limitarlo.

Este trabajo propone una crítica de la teoría de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional. No hay novedad en cuanto a la temática: esto ya ha sido hecho en ciertas ocasiones, pero sí intentaré que haya novedad en cuanto al enfoque. Como se verá, el trabajo formula la crítica a la teoría de los poderes inherentes desde una perspectiva menos explorada.

Comenzaré por distinguir entre abordajes que se hacen desde una perspectiva externa y otros que se hacen desde una perspectiva interna o conceptual. Las críticas vertidas en este comentario se harán desde el segundo punto de vista. De esta manera, y una vez explicada la perspectiva elegida, buscaré demostrar que la tesis que sostiene a los poderes inherentes no solo sufre de varios problemas en el plano externo, sino que también es endeble conceptualmente.

2. Punto de vista externo y punto de vista interno

Un escritor argentino decía que todas las clasificaciones tienen, en el fondo, algo de arbitrario (Borges, 1989). Explicaba la realidad en la que vivimos sin

un orden que sea susceptible de ser clasificado. Dentro de este panorama, con el derecho no se daría ninguna excepción. La postura es extrema, pero no deja de señalar algo que es cierto al menos en parte. Está claro que existen clasificaciones jurídicas que son razonables tanto para facilitar el estudio del derecho como para comprender su práctica. Pero sí se podría decir que, en alguna medida, todas las clasificaciones tienen algo de discrecional a la hora de fijar las categorías que se distinguen.

En esta línea, se ha dicho que los modos de estudiar el fenómeno jurídico pueden clasificarse en función de su perspectiva. Existen abordajes que se realizan desde un punto de vista externo y otros que se realizan desde uno interno (Hart, 2012).

El punto de vista externo estudia al derecho como un espectador en tercera persona. Lo observa como quien contempla las manifestaciones exteriores de un fenómeno natural, le interesa entender cómo impacta su práctica o cómo se ve una norma objetivamente desde afuera. Un análisis hecho desde un punto de vista externo estudia al derecho describiendo y explicando cómo funciona y no se detiene particularmente en su diseño conceptual o en sus elementos constitutivos. Esto no significa que no le importe o que no pueda apoyarse o hacer referencia a ellos, sino sencillamente que no se encuentran en el centro de su estudio. El punto de vista interno se sitúa en un lugar diferente para entender al derecho. No lo mira como un mero espectador, sino que lo observa desde adentro, lo analiza como quien está involucrado con él. La perspectiva interna, entonces, puede prescindir de las manifestaciones exteriores del fenómeno (por más importantes que puedan ser) y detenerse principalmente en sus cuestiones intrínsecas, en sus elementos. Podríamos decir que mira al derecho "en primera persona". Se involucra con el estudio de su estructura conceptual porque lo analiza como quien forma parte de aquella misma estructura.

En este orden de ideas, se ha dicho que "en el caso de este punto de vista externo, el objeto son hechos, datos empíricos y en el caso del punto de vista interno así concebido, el objeto son significados o conceptos" (Delgado, 2019, p. 148).

Ahora bien, esta clasificación de puntos de vista, que se ha utilizado para estudiar al derecho como práctica, también puede aplicarse al estudio de las instituciones jurídicas en sí mismas. De esta manera, el estudio de una institución jurídica desde su punto de vista externo es aquel que se detiene principalmente en las manifestaciones exteriores de su aplicación. Busca comprender, estudiar y criticar cómo se inserta una determinada institución en un sistema, cómo sue-

le usarse o qué consecuencias trae. En contraposición, un abordaje de un instituto jurídico desde un punto de vista interno es aquel que lo estudia mirándolo desde su elaboración conceptual. Independientemente de cómo funcione en la práctica y de las consecuencias que tenga su aplicación, el punto de vista interno se enfoca en los límites conceptuales de la institución. Lo analiza en cuanto a su definición, sus características, su alcance, su atribución subjetiva.

Por supuesto, esto no significa que un enfoque sea mejor que otro. Se trata meramente de una cuestión de perspectiva. En ciertos casos puede ser preferible analizar y criticar a una institución jurídica desde un punto de vista interno y en otros quizás sea preferible acudir al punto de vista externo. El primero puede ser más idóneo cuando se trata de un instituto que cuenta con algún problema en cuanto a su diseño, pero podría darse perfectamente que una teoría, una institución o una construcción jurídica que es conceptualmente sólida y consistente tenga varios problemas al momento de insertarse en un dinámica jurídica determinada. En este caso, posiblemente, la mejor alternativa para criticarla sea hacer hincapié en argumentos que se sitúan desde un punto de vista externo.

La teoría de las facultades inherentes del Poder Ejecutivo Nacional ya ha sido analizada y criticada desde diferentes perspectivas. Si bien todas ellas combinan argumentos que se sostienen desde puntos de vista tanto externos como internos, generalmente las críticas más fuertes a la teoría se realizan desde una perspectiva externa, porque es allí donde la tesis se muestra menos sólida. Parte de la doctrina sostiene que los llamados “poderes inherentes” son instituciones totalmente extrañas a nuestro ordenamiento constitucional, el cual consagra un sistema de poderes enumerados y limitados (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2006). Ciertas críticas se basan en la separación de poderes, en el federalismo y en la división entre poder constituyente y constituido (Cofone, 2012). Otros han analizado y criticado cómo la teoría puede utilizarse en la práctica para llegar a conclusiones que aumentan las prerrogativas del Estado en detrimento de los particulares (Romero Verdún, 2022).

Si bien todas estas críticas señalan los problemas centrales de este desarrollo doctrinario y jurisprudencial, creo que la tesis de los poderes inherentes es criticable aún desde una perspectiva más. Entiendo que, aunque partamos del presupuesto -no menor- de que en nuestro ordenamiento constitucional podría existir una cosa tal como una facultad inherente del Poder Ejecutivo Nacional, el postulado no resiste un análisis de su estructura, o al menos no sin profundos problemas metodológicos. Se podrá objetar que si se toman las

críticas externas mencionadas, tal estudio no resultaría necesario. Y creo que es cierto, pero también entiendo que puede ser valioso señalar los problemas internos de un instituto que, independientemente de todas las críticas que se le realizan, al final del día se utiliza en la práctica.

Por eso, en este breve comentario propongo un abordaje diferente: un análisis de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional desde su conceptualización y su punto de vista interno. Se verá que, en algunos casos, las críticas externas e internas se vinculan: es natural, dado que su objeto de estudio es el mismo. En aquellos casos, la diferencia entre unas y otras estará dada por la perspectiva, los fundamentos y la lógica de la crítica.

3. Constitución y poderes

Nuestra Constitución dota a los poderes constituidos de facultades expresas e implícitas. Las primeras no presentan ningún problema: son aquellas explícitamente conferidas por el texto constitucional a los órganos del Estado. Las segundas han exigido más trabajo en cuanto a su delimitación. Pero, según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte, son aquellas de naturaleza accesorias y auxiliares para el ejercicio de las facultades conferidas explícitamente por la Constitución a los órganos del Estado.² A su vez, el supremo tribunal ha dicho que son poderes *necesarios para el ejercicio de aquellos expresamente conferidos*.³ Sin embargo, se ha entendido que nunca pueden ser independientes y que no tienen materialidad propia (Comadira, 2005). En la misma línea, Ramírez Calvo (2003) sostiene que "para que exista un poder implícito es necesario que previamente haya una facultad expresamente otorgada por la Constitución al Gobierno federal de la cual aquél pueda derivarse o 'implicarse' razonablemente" (p. 3). Es decir, los poderes implícitos son aquellos que se presentan como convenientes y necesarios para poder desarrollar eficazmente los poderes explícitamente conferidos por el texto constitucional. De alguna manera, son la contracara de los poderes expresas. Pero así como una moneda no puede tener una cara de mayor superficie que la otra, los poderes implícitos encuentran un claro límite en el poder expreso dentro del cual están comprendidos (Hirschman, 1987).

Sin embargo, con el paso de los años, parte de la doctrina "descubrió" una

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peláez Victor s/habeas corpus preventivo*, 19/10/1995, Fallos: 318:1967; *Fayt*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.

3 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lino de la Torre*, 21/08/1877, Fallos: 19:231.

tercera categoría de poderes, distintos de los expresos y de los implícitos: los poderes *inherentes*.

Naturalmente, este tipo de poderes no se encuentran conferidos explícitamente por la Constitución, pues, de lo contrario, se identificarían con los expresos. Pero tampoco se puede afirmar que se trate de poderes necesarios para el ejercicio de facultades expresas ni que le sean accesorios. No es posible decir que se desprenden como una derivación lógica de ellas. Se trata de otra cosa. En nuestro país, Aja Espil (1987) promovió la idea de que existe una categoría de poderes no enumerados en la Constitución que no coincide con la categoría de los “poderes implícitos”, ya que, en algunos casos, se trata de facultades tan independientes como los poderes expresos. En esta línea, sostuvo que los poderes inherentes son aquellos que se desprenden de la naturaleza misma de un determinado poder del Estado. Es decir, son facultades que le son propias y originarias por su misma estructura ontológica (principalmente, por su causa fuente y su causa fin) (Cassagne, 2002). Así, mientras los poderes expresos e implícitos surgen –de modo más o menos directo– de un enunciado normativo, los poderes inherentes no requerirían de ningún tipo de consagración en el texto constitucional, pues le son tan propios a un poder del Estado como la voluntad lo es al hombre.

Generalmente, esta idea de “poder inherente” surge de una lectura determinada respecto del concepto *resulting powers*, elaborada en los Estados Unidos por Story (1891). Sin embargo, y tal como lo señalan Ramírez Calvo (2003) y Cofone (2012), un análisis detenido de lo planteado por el autor norteamericano permite ver lo discutible de aquella lectura. En efecto, la tesis de los poderes inherentes tal como se sostiene aquí hasta parecería estar en abierta contradicción con lo planteado por Story en sus *Comentarios a la Constitución...* Pero, en lo que a este trabajo respecta, nos basta con decir que para definirlos se parte de la base de que son poderes ajenos al ordenamiento jurídico. Y aquello nos lleva a los problemas.

4. Problemáticas intrínsecas de los poderes inherentes

Independientemente de todas las críticas que se pueden hacer desde una perspectiva externa, este encuadre de los poderes inherentes como potestades que no se desprenden del ordenamiento jurídico, sino de la propia naturaleza de un poder del Estado, nos sitúa frente a ciertos dilemas en cuanto a su estructura interna. En primer lugar, y a modo de crítica más bien accesorio, nos plantea una problemática en cuanto a su definición. En segundo lugar, genera un pro-

blema en términos de atribución subjetiva de las facultades. Por último, en lo que quizás sea su indeterminación más peligrosa, nos sitúa frente a un problema en términos de alcance. Haré la primera crítica con un alcance general. Al realizar las últimas dos, me focalizaré en el caso del Poder Ejecutivo Nacional.

4.1 Problema en cuanto a su definición

Conceptualizar a los poderes inherentes como facultades que por definición no surgen del texto de la Constitución puede llevar a una cierta confusión de categorías a la hora de definir. El problema se explica mejor con una pregunta: ¿por qué lo inherente a los poderes del Estado ha de ser lo *no mencionado* en el texto constitucional? Cuando se habla de lo que *innhiere* a un ente, se hace alusión a lo que le es natural, lo que lo conforma en esencia como ese ente en particular.

La tesis que defiende este tipo de poderes postula que las facultades inherentes a un poder del Estado son aquellas que se desprenden de su estructura más fundamental (Aja Espil, 1987). Si partimos de la base de que este tipo de facultades podrían existir, hasta este punto no parecería haber un problema. Bien podríamos decir que la facultad de la Corte Suprema para conocer y decidir en las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución resulta "inherente" a su condición de Corte Suprema, o que la facultad del presidente de la nación para pedirle al jefe de Gabinete aquellos informes que crea convenientes se deriva de la misma naturaleza de la función presidencial.

Ahora, lo que no se explica es por qué el hecho de que una facultad sea "inherente" se vincula de modo *necesario* con su falta de mención en la Constitución. Se podría responder que aquella relación no es la que se pretende con la definición. Sin embargo, buscado o no, conceptualizar una categoría de poderes no mencionados como aquellos que son estructurales a un poder estatal da a entender que la regla es que las facultades esenciales de los poderes del Estado se encuentren *por fuera* de la Constitución. Independientemente de que uno crea que puede existir tal cosa como una facultad inherente de un órgano de gobierno o de un poder constituido (o, sencillamente, una facultad del Estado que esté por fuera de la Constitución), la regla debería ser la contraria: si una facultad es esencial, lo normal debería ser que se encuentre expresamente receptada en la Constitución. De hecho, el gran problema con el que se encuentra esta conceptualización de los poderes inherentes es que aquello es precisamente lo que ocurre: las funciones esenciales de los poderes del Estado son las que están contenidas en el texto constitucional.

Sostener lo contrario implicaría afirmar que el constituyente mencionó ciertas facultades para los poderes del Estado en la Constitución, pero dejó fuera aquellos que le son constitutivos. Hasta aquí, la problemática que surge de la definición.

4.2 Problema en cuanto a la atribución subjetiva

Imaginemos, de todos modos, que los poderes inherentes existen y que, contrario a lo que indica el informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso Constituyente de 1853 (Ravignani, 1939), fueron contemplados por el constituyente a la hora de pensar la competencia del Poder Ejecutivo Nacional. Aun así, quedamos frente a un trabajo verdaderamente arduo: determinar qué facultad es realmente inherente de aquel poder y cuál corresponde a otro órgano del Estado. ¿Cómo podemos interpretar qué facultad corresponde a la esencia de cada poder del Estado o de cada órgano de gobierno? En efecto, si además de los poderes expuestos e implícitos existe algo así como un “gran reservorio” de competencias no mencionadas por la Constitución, inevitablemente tendremos el problema de tener que definir qué tipo de competencia sería adecuada a la naturaleza del Poder Ejecutivo y qué otra sería propia de otro poder constituido. Una primera intuición nos apresuraría a responder que las competencias inherentes al Ejecutivo vendrían a ser aquellas que se encuentran íntimamente ligadas a la actividad que desarrolla. Y así debería ser. Pero, en la práctica, la doctrina de los poderes inherentes ha tendido a ser aplicada con un carácter manifiestamente más laxo que aquel esbozado en la teoría (Comadira, 2005). La dinámica constitucional ha puesto de relieve, en más de una ocasión, cómo los poderes estatales han hecho uso de ella para poder hacerse de competencias que no les fueron atribuidas por la Constitución. La interpretación que los actores constitucionales hacen de la atribución subjetiva de los poderes inherentes responde más a un concepto de *poder genérico* –en sentido material– que a uno relacionado a la naturaleza de cada órgano. De este modo, desde la tesis de los poderes inherentes se ha justificado que el Poder Ejecutivo se hiciese de facultades que, tanto desde un punto de vista material como de uno mixto,⁴ no eran otra cosa que facultades legislativas.

En términos de atribución subjetiva, entonces, parecería que afirmar que la Constitución convalida la existencia de facultades que se desprenden de la

4 Incluyo el criterio mixto porque, tomando un ejemplo previo a la reforma constitucional de 1994, ausente el correspondiente control por parte del Congreso que debían tener los reglamentos de

mera naturaleza del Poder Ejecutivo Nacional hace de cada generación una generación nueva de convencionales constituyentes. Esto, porque si partimos de la base de que existen ciertas facultades que le son esenciales y que la Constitución, por algún motivo, guardó silencio respecto de ellas, necesariamente deberemos concluir que nos corresponde a nosotros interpretar cuáles son y distinguirlas respecto de aquellas otras facultades inherentes que estarían en cabeza de otro poder del Estado. Alguien podría hablar del rol docente del precedente o del “novelista encadenado”, pero todos somos testigos de que en nuestro país –salvo excepciones– los novelistas tienden a ser más bien creativos y suelen preferir escribir sin cadenas. Entonces, frente a la gran indeterminación que plantea el concepto de los poderes inherentes, la praxis de atribuir subjetivamente las facultades deviene susceptible de ser manipulada según las necesidades políticas coyunturales.

4.3 Problema en cuanto al alcance

La admisión de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional nos abre a otra problemática fundamental, y quizás la más importante, íntimamente vinculada al problema anterior: ¿cuál es el *alcance* de estas facultades no expresas? Determinar el ámbito de funcionamiento armónico de una facultad que se deriva “de la naturaleza del órgano” puede resultar problemático, por no decir imposible. Y es que, como bien señala Romero Verdún (2022), es una tarea bien distinta delimitar el ámbito de funcionamiento de un poder implícito del de un poder inherente. De algún modo u otro, el implícito siempre encuentra su fundamento en el enunciado de una norma expresa. Al inherente, por el contrario, y tal como señalaba Aja Espil (1987), habría que buscarlo en la “naturaleza de cada uno de los tres Poderes del Estado” (p. 162).

Es en este punto donde nos encontramos con uno de los mayores problemas que nos plantea la estructura interna de los poderes inherentes: determinar el nivel de abstracción al que debe entenderse el concepto “Poder Ejecutivo”.

Antes de entrar a analizar la cuestión, es conveniente señalar un problema paralelo que, en alguna medida, explica el marco en el cual se da esta indeter-

necesidad y urgencia, en la realidad jurídica aquellos no terminaban difiriendo en nada de una ley del Congreso. Y si lo único que distingue a una norma de otra es que a una la dicta el Congreso mientras que a la otra el Ejecutivo, entonces el único criterio de distinción que queda para salvar la confusión de funciones es el meramente subjetivo, a todas luces incompatible con nuestro ordenamiento constitucional de división de poderes con frenos y contrapesos.

minación. Se trata de la problemática que supone aproximarse al fenómeno del derecho constitucional exclusivamente desde la óptica de la filosofía del derecho. Esta última es una rama de la filosofía que resulta central tanto para comprender al derecho en sí mismo como para estudiar la ciencia jurídica en términos estáticos y dinámicos. Sin embargo, debido a la pretensión de amplitud que tiene la filosofía jurídica, la aproximación a su objeto de estudio suele hacerse a un elevado nivel de generalización y abstracción. El filósofo del derecho no suele hacer filosofía de lo particular. Por el contrario, tiende a moverse en el plano de lo general, de lo que es predicable del derecho en cuanto fenómeno humano que se repite en todas las sociedades. Esto es natural, porque es una exigencia metodológica que le impone su mismo objeto de estudio. Por otro lado, es normal que la filosofía del derecho se valga de determinados casos y ejemplos de distintas ramas para poder desarrollar su propia ciencia, es decir, para hacer filosofía.

Sin embargo, a veces sucede que la filosofía del derecho pretende abordar un sector particular del derecho no para hacer filosofía, sino para *desde la filosofía* elaborar cuestiones propias de aquella rama jurídica puntual. Y aquí es donde pueden darse los problemas, porque, en ocasiones, se trata de fenómenos que no admiten ser generalizados.

El derecho constitucional, por su parte, es una realidad absolutamente particular de cada lugar. Ninguna constitución es idéntica a otra en todo, y el mismo significado de “constitución” puede variar en función del país del que estemos hablando. Del mismo modo, independientemente de que algunas constituciones consagren ciertos institutos o principios que llevan un nombre idéntico, su contenido y alcance puede ser radicalmente diferente de una a otra. Así, “separación de poderes”, “control judicial” o “Poder Judicial” no significan lo mismo en Francia o en Italia que en Inglaterra, en Estados Unidos o en Argentina. Con “Poder Ejecutivo” sucede lo mismo.

Entonces, intentar hacer derecho constitucional –o, sencillamente, derecho público– únicamente desde la filosofía del derecho nos presenta un problema relacionado con el nivel de abstracción con el cual debe abordarse una cuestión relacionada con la constitución. Porque, tal como se señaló, puede suceder que la filosofía del derecho tome un concepto constitucional y, fiel a su metodología para hacer filosofía, lo separe y lo abstraiga del significado y del contexto particular que aquél tenía y en el cual se encontraba ubicado.

Esto es, en buena medida, lo que sucede con la doctrina que defiende la tesis de los poderes inherentes. Señala que “el Poder Ejecutivo Nacional” cuen-

ta con ciertas facultades que se desprenden de su propia naturaleza, pero en ningún momento se detiene a explicar de qué habla cuando habla de “Poder Ejecutivo”. Sencillamente se toma el concepto y se lo generaliza para desarrollar una teoría que termina siendo más propia de la filosofía del derecho que del derecho constitucional. La tesis de las facultades inherentes comienza a hablar de algo llamado “Poder Ejecutivo”, pero no termina de aclarar si está hablando del Poder Ejecutivo de una monarquía absoluta al estilo de Luis XIV, de una monarquía parlamentaria de tipo inglés, de un gobierno constitucional unitario de tipo francés, de un gobierno constitucional federal de tipo estadounidense o de un gobierno socialista y totalitario al estilo chino. Dicho de otra manera, se eleva el concepto de “Poder Ejecutivo” a un grado de abstracción tal que se lo termina por desvincular completamente del sistema constitucional en el cual se encuentra inserto. La naturaleza de aquel poder del Estado, entonces, queda apenas delimitada, indeterminada. Y esta indeterminación no es en absoluto menor, porque las consecuencias prácticas del alcance de las facultades inherentes podrán variar de modo radical dependiendo de si se está hablando de un Ejecutivo o de otro. En esta misma línea, Ramírez Calvo (2003) le critica a la teoría el hecho de que no queda claro en función de qué se ha de determinar la naturaleza o estructura de un poder estatal ni se explica si el análisis ha de ser en concreto o en abstracto. Así, por ejemplo, a la hora de determinar la naturaleza del Poder Ejecutivo, no sería lo mismo tomar lo propio y originario del Poder Ejecutivo de la Unión Soviética que del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos.

Este dilema nos sitúa ante la tarea indispensable de determinar qué tipo de Poder Ejecutivo consagra nuestra Constitución. Al analizar esta cuestión, es necesario señalar que sigue el modelo de la Constitución de los Estados Unidos en cuanto a su estructura fundamental (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2008). Esta realidad, lejos de ser anecdótica, determina ciertas notas esenciales de nuestro sistema de gobierno y de nuestra manera de entender la Constitución. Por lo pronto, en nuestro ordenamiento, tiene el carácter de norma jurídica a la que se le asigna supremacía sobre todo el resto del orden jurídico. Sus disposiciones son directamente invocables por los particulares y tienen un significado que, lejos de tratarse de meras pautas orientadoras al estilo de las constituciones europeas continentales, revisten un contenido comunicativo determinado y aplicable a la realidad concreta. Dicho de otra manera, la Constitución argentina no es una declaración de principios políticos: es una norma jurídica mediante la cual nuestros constituyentes organizaron y limitaron al poder político, que es directamente invocable por los particulares para salvaguardar

sus libertades individuales. Por tanto, las instituciones que se consagran allí no son la consecuencia de meros debates filosóficos abstractos: tienen un origen, una fuente y surgen en un contexto particular que determina su contenido. Lo mismo sucede con los poderes del Estado. También siguiendo el modelo norteamericano, nuestra Constitución establece un sistema de gobierno republicano y federal de poderes *enumerados* y limitados, con separación de poderes con frenos y contrapesos.

Es en ese contexto que, al estudiar el alcance de las facultades del Poder Ejecutivo Nacional, nos encontramos con disposiciones constitucionales tales como el artículo 19, el 75, inciso 32 y el 121.

El artículo 19 consagra el principio de la vinculación negativa de los individuos a la ley. Al establecer que “[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, nuestra Constitución afirma que, al tratarse del individuo, el principio general es la libertad, la competencia. Pero, precisamente, la norma se refiere a las personas individuales. Es un error extrapolar este principio al ámbito de actuación de los poderes del Estado, en donde, de acuerdo con las notas esenciales de nuestro ordenamiento constitucional, el principio es la incompetencia. Por su parte, el artículo 75, inciso 32 establece que es facultad del Congreso “[h]acer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”. Esta norma, similar a la *necessary and proper clause* de la Constitución estadounidense, declara que el Congreso cuenta con todos los medios legales y reglamentarios que favorezcan la puesta en práctica de los poderes que le han sido conferidos por la Constitución y, con criterio residual, también de los que le han sido conferidos al resto de los poderes del Gobierno federal. De todos modos, y tal como surge de su lectura, esto no implica que el Congreso de la Nación tenga permitido sancionar cualquier tipo de ley. La norma manda, primero, a identificar si existe una facultad conferida al Gobierno nacional por el texto constitucional y, únicamente confirmado aquello, habilita al Congreso a hacer uso de los medios que tiene a su disposición para lograr ponerla en práctica. Ahora bien, la Constitución Nacional no prevé una norma similar para el Poder Judicial ni para el Poder Ejecutivo. En consecuencia, se entiende que el poder residual con el que pudiera contar el Gobierno nacional reside únicamente en el Congreso de la Nación y no en otro lado. Por último, el artículo 121 dispone que “[l]as provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal”. Se trata de un

artículo absolutamente central a la hora de analizar la distribución del poder y de las facultades en nuestro esquema de gobierno federal. De acuerdo a nuestra estructura constitucional, el Gobierno federal cuenta únicamente con el poder que le fue delegado por las provincias mediante la Constitución. La consecuencia lógica de esto es que todas aquellas facultades que no se encuentran mencionadas en su texto jamás podrían estar en cabeza de un órgano del Gobierno federal. Aun suponiendo que pudiera existir en nuestro ordenamiento algún tipo de facultad no consagrada en el texto de la Constitución, el principio consagrado en este artículo indica que, en todo caso, ella residiría en cabeza de los Gobiernos locales y nunca en cabeza del Gobierno federal.

La teoría de los poderes inherentes del Poder Ejecutivo Nacional, que propone que aquél cuenta con poderes no expresos que surgen de su naturaleza, es a todas luces contraria a todas las disposiciones constitucionales recién mencionadas. Esto no implica únicamente una crítica sistemática a su modo de operar, sino también una refutación conceptual al contenido de la teoría, que busca dotar al Poder Ejecutivo de ciertas facultades que, a la luz de nuestro ordenamiento, jamás podría tener. Pero la tesis que sostiene este tipo de poderes no explícitos ni siquiera se adentra en este análisis. Tal como he señalado, se sustrae al concepto de “Poder Ejecutivo” de su contexto y así se evita confrontar a la teoría con la realidad de nuestro sistema constitucional en concreto.

Por eso volvamos a nuestro punto de partida en el no espacio e imaginemos facultades que surgen “de la misma naturaleza” del Poder Ejecutivo entendido en abstracto.

Es justamente en este punto que la teoría de los poderes inherentes se vuelve una verdadera *caja de Pandora*: se presenta a la naturaleza de un cierto poder Ejecutivo como suficiente para desprender de ella una facultad no expresa, pero luego, aquella misma naturaleza, elevada casi al nivel de abstracción del Mundo de las Ideas, no ofrece ningún tipo de respuesta a la hora de establecer límites.

Aunque también es verdad que parte de la doctrina ha propuesto diversos abordajes para intentar restringir el alcance de estas facultades inherentes. En línea con la teoría de los postulados de la permisión amplia establecida por Linares (1958), que afirma que “el ente estatal es competente para todo aquello que no tiene prohibido” (p. 32), parte de la doctrina ha propuesto delimitar la competencia del Estado en ejercicio de sus poderes inherentes según el *principio de especialidad*. Es decir, se ha intentado limitar la idea de “poder inherente” únicamente a aquello que hace a los fines u objeto del ente en cuestión (Marienhoff, 1990). De esta manera, el concepto de poder inherente encontraría

un límite cada vez que pretende ser ejercido para cuestiones que no se encuentran vinculadas a los fines de la institución del ente. En alguna medida, la jurisprudencia de la Corte Suprema parece haber seguido esta misma línea de pensamiento tanto para los poderes implícitos⁵ como para los inherentes.⁶

Sin embargo, y si bien se trata de una alternativa interesante, el principio de especialidad no deja de ser una propuesta pensada para el derecho privado más que para el derecho público (Comadira y Escola, 2012). En efecto, algunos autores se valen de esta teoría para plantear alternativas que, en la práctica, igualan el régimen de capacidad del Estado al de las personas jurídicas privadas (Cassagne, 2018). De este modo, llegan a sostener que cuando el Estado actúa dentro de los límites del principio de especialidad, la competencia deja de ser la excepción y se convierte en la regla.

Si bien, tal como lo reconoció la Corte, el concepto de especialidad puede resultar útil para determinar cuestiones como la competencia de los entes reguladores de servicios públicos⁷ o el ámbito razonable de actuación de un tribunal administrativo,⁸ creo que no termina de ser eficaz a la hora de erigirse como criterio definitorio para delimitar la competencia de un poder del Estado.

Si se acepta lo sostenido por este tipo de teorías, estaríamos afirmando que, siempre que de alguna manera se esté en el ámbito de los fines por los cuales se instituyó un poder del Estado, la competencia de aquel poder debe suponerse. Es decir, en alguna medida deberíamos renunciar sin más a la idea de la vinculación positiva del Estado a la ley. En este punto, la propuesta se encuentra con el mismo límite constitucional del artículo 19 que señalamos previamente. En nuestro esquema constitucional que tiene por centro a la persona, la idea de que el principio es la libertad rige para los individuos, pero nunca para el Gobierno. Además, este postulado sigue siendo susceptible de las críticas realizadas previamente: no da respuesta respecto del nivel de generalidad o abstracción al que deben entenderse los fines perseguidos al momento de institución del ente. O al menos no es capaz de hacerlo cuando se trata de instituciones tales como el Poder Ejecutivo Nacional. Menos aún cuando ni siquiera se ha definido qué se entiende por “Poder Ejecutivo Nacional”. Cuando hablamos de una persona jurídica privada

5 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional*, 14/09/2000, Fallos: 323:2519.

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta*, 27/12/1990, Fallos: 313:1513; *Antinori*, 25/08/1998, Fallos: 321:2288; *Font, Jaime Andrés*, 15/10/1962, Fallos: 254:56.

7 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ángel Estrada*, 05/04/2005, Fallos: 328:651.

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ojeda, Domingo Antonio*, 27/11/1979, Fallos: 301:1103.

o de un ente regulador, la finalidad se encuentra medianamente delimitada. Pero cuando entramos en el ámbito de los poderes del Estado, la ecuación cambia por completo. La finalidad ya no es específica, sino completamente amplia. Así, por ejemplo, se sostiene que la finalidad de la administración pública es garantizar el bien común o el interés público (Cassagne, 2002; Comadira, 2019; Comadira y Escola, 2012; Marienhoff, 1995). Esto repercute de manera muy clara en la tesis de los poderes inherentes: si uno aumenta exponencialmente la importancia y amplitud de los fines, aumenta paralelamente el margen y la amplitud de las facultades. Más aún, si la delimitación de los fines es naturalmente genérica, igual han de serlo los límites a los poderes que se desprenden de ellos. ¿Qué facultad no estaría amparada o justificada por la búsqueda del *bien común*? La tesis de la especialidad aplicada a los poderes inherentes no da una respuesta satisfactoria sobre dónde trazar el límite. El principio de especialidad puede ser un parámetro idóneo para delimitar el ámbito de funcionamiento de ciertos entes con finalidades marcadas, pero deviene abstracto cuando se da el salto al ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, principalmente debido a lo general de sus fines.

Así, más allá de que pueda intentar reformularse de algún modo y de que, interpretado de buena fe, en algunos casos pueda efectivamente ser útil, el principio de especialidad termina por dejar la puerta abierta a interpretaciones que subvierten abiertamente la lógica de la competencia en el ejercicio de las facultades del Estado. La realidad demuestra que se trata de un parámetro demasiado amplio como para determinar el alcance de los poderes inherentes del Estado en el caso concreto. En este sentido, creo que la crítica de Gordillo (2017) a los “postulados de la permisión” de Linares también es extensible a la aplicación del principio de especialidad como parámetro limitador de los poderes inherentes del Estado. El autor explica que una interpretación no estricta del principio a la hora de analizar la competencia del Estado “sienta un grave fundamento para luego permitir jurisdicizar las intervenciones de los órganos públicos, cualquiera sea su contenido, con la sola necesidad de que su objeto sea congruente con lo que la norma le ha fijado” (Cap. XII, p. 11).

5. Algunas conclusiones

Más allá de las críticas que se le pueden hacer al postulado de los poderes inherentes del Estado desde perspectivas externas, en este breve comentario he intentado analizar si la tesis que los sostiene resulta del todo consistente desde el punto de vista de su estructura interna.

El “precio a pagar” por ello ha sido que, naturalmente, algunos de los argumentos más comprensivos y profundos para criticar la teoría han quedado sin utilizar. Para eso me remito a los trabajos mencionados al comienzo, que son sin duda más contundentes que el presente. Sin embargo, creo que también resulta interesante realizar el esfuerzo de cuestionar a las instituciones jurídicas y políticas desde su lógica interna, a fin de también poner a prueba su solidez conceptual y material.

Como valoración final, creo que la tesis de los poderes inherentes encuentra adherentes no tanto por su solidez desde el punto de vista conceptual y jurídico, sino más bien por cómo amplía el margen de acción del Poder Ejecutivo Nacional en la práctica. Sin que esto signifique una justificación, quizá su surgimiento como una herramienta *eficaz* para hacer frente a situaciones complejas fue lo que le permitió ser sostenida a pesar de que su aplicación se encontrara en abierta disidencia con el diseño de nuestro sistema constitucional y que su fundamentación contara con ciertas indeterminaciones sustanciales serias.

Independientemente de que en algunos casos puedan mostrarse como una herramienta eficaz, creo que, al final del día, esta clase de instituciones son un arma de doble filo, y con más filo de un lado que del otro. Por más que hoy puedan ser utilizadas con miras a una finalidad “aclamada” por la sociedad, nada impide que mañana sean explotadas como herramientas para saltar las limitaciones al poder establecidas por el constituyente o para llegar a conclusiones que la Constitución misma rechaza.

El constitucionalismo surgió justamente como una manera de limitar al poder político. Nuestra Constitución, en línea con la constitución norteamericana, diseñó un sistema de poderes enumerados y limitados (García-Mansilla y Ramírez Calvo, 2006). Afirmar que nuestro sistema constitucional incluye, en algún lado, facultades no expresadas que surgen de la misma esencia de los poderes del Estado termina por echar por tierra la lógica establecida por nuestros convencionales constituyentes. ¿Cuál sería el sentido de limitar al poder para luego introducir teorías que relativizan aquellos límites? Buena parte del sentido de tener una Constitución es contar con una ley que gobierne a aquellos que nos gobiernan (Barnett, 2016; García-Mansilla, 2022). La idea de que la enumeración de poderes contenida en nuestra Constitución no es taxativa, llevada a sus máximas implicancias, sería poco menos que reconocer jurídicamente la existencia de un leviatán por encima del derecho. Si el Poder Ejecutivo Nacional puede, a su juicio, disponer de ciertos poderes que no se encuentran en absoluto condicionados ni limitados por el texto constitucional, estamos

sin más ante el ejercicio de un *poder absoluto*. La Constitución le impone al Gobierno nacional la obligación de ejercer su poder en el marco de ciertos límites y de acuerdo a determinados mecanismos. La teoría de los poderes inherentes ayuda a saltarse esos límites y a evadir aquellos mecanismos. Y podríamos decir que, al hacerlo, “el derecho administrativo escapa a la idea de un gobierno de leyes (...) y de este modo ha deshecho rápidamente lo que tomó casi mil años en lograrse” (Hamburger, 2014, p. 689).

La teoría de los poderes inherentes permite salir de la lógica constitucional por arriba. No importa si la intención es buena o es mala, lo que importa es que crea la vía de escape. Hoy puede utilizarse de una manera. Mañana no lo sabemos. De este modo, se desdibuja la idea misma del constitucionalismo como límite al poder, y aquel concepto tan valioso de que “aquí hay una ley que está por encima del Rey y que ni siquiera él puede romper” (Churchill, 1956, pp. 256-257) corre el peligro de pasar a ser poco más que una frase bonita en un libro de historia.

La advertencia no es nueva, está claro, pero ojalá sí ayude para que se renueve el aprecio por las ventajas de la libertad y para que nos volvamos a decidir por la actividad en contraposición a la inercia. Porque “la razón de un pueblo que aspira a ser libre no se sazona sino con el tiempo” (Echeverría, 1970, p. 185), y creo que todavía no es demasiado tarde.

Bibliografía

- Aja Espil, J. A. (1987). *Constitución y poder*. Tipográfica Editora Argentina.
- Barnett, R. E. (2016). *Our Republican Constitution. Securing the Liberty and Sovereignty of We the People*. Harper Collins, Broadside Books.
- Borges, J. L. (1989). El idioma analítico de John Wilkins. En *Otras inquisiciones* (Obras completas, tomo II, pp. 84-88). Emecé Ediciones.
- Cassagne, J. C. (2002). *Derecho Administrativo* (7ª ed., tomo I). Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (2018). *Curso de derecho administrativo* (12ª ed., tomo I). La Ley (Thomson Reuters).
- Churchill, W. (1956). *History of the English-Speaking Peoples* (Vol. 1). Cassell.
- Cofone, I. (2012). Sobre la inconstitucionalidad de los poderes inherentes. *La Ley*, 2012-F, 917, AR/DOC/5384/2012.
- Comadira, F. G. (2019). Dictamen PTN 307:167. *El retorno hacia una sana doctrina en materia de suspensión de oficio de actos administrativos irregulares estables y presupuestos de admisibilidad de la pretensión de lesividad*, “La suspensión de oficio de los efectos del acto administrativo estable

- como potestad inherente a la función administrativa”, disponible en: https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Comadira_-_Dictamen_PTN_307-167_Vf.pdf.
- Comadira, J. R. (2005). *Los criterios para determinar el alcance de la competencia de los órganos y los entes del Estado*. Ediciones Rialp.
- Comadira, J. R. (Coord.). (2012). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Delgado, S. (2019). El punto de vista en la Teoría del Derecho. *Revista de Derecho UCUDAL*, 2da época, 15(19), 143-155.
- Echeverría, E. (1970). *Dogma socialista de la Asociación de Mayo, precedido de una ojeada retrospectiva sobre el movimiento intelectual en el Plata desde el año 37*. La Torre de Babel/Perrot.
- García-Mansilla, M. J. (2022). El rol de abogados y jueces en el surgimiento del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos. *Revista Jurídica Austral*, 3(2), 473-530. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.man>.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2006). *Las Fuentes de la Constitución Nacional. El gobierno de poderes enumerados y limitados*. Lexis Nexis.
- García-Mansilla, M. J. y Ramírez Calvo, R. (2008). *La Constitución Nacional y la obsesión antinorteamericana* (1ª ed.). Virtudes Editorial Universitaria.
- Gordillo, A. A. (2017). *Tratado de Derecho Administrativo. Parte General* (1ª ed., tomo I). Fundación de Derecho Administrativo.
- Hamburger, P. (2014). *Is Administrative Law Unlawful?* The University of Chicago Press.
- Hart, H. L. A. (2012). *The Concept of Law* (3ª ed.). Oxford University Press.
- Hirschman, P.G. (1987). Los poderes implícitos del gobierno federal. En *Cinco Ensayos sobre Derecho Constitucional. Premio “Coca Cola en las Artes y las Ciencias”*. Luis Osvaldo Tedesco.
- Lawson, G. (2014). The Return of the King: The Unsavory Origins of Administrative Law. *Texas Law Review*, 93, 1521-1545.
- Linares, J. F. (1958). *Poder discrecional administrativo*. Abeledo Perrot.
- Linares, J. F. (1971). *La competencia y los postulados de la permisión*. RADA.
- Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., tomo I). Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (1995). *Tratado de Derecho Administrativo* (5ª ed., tomo I). Abeledo Perrot.
- Ramírez Calvo, R. (2003). Los Poderes implícitos e inherentes del presidente de los Estados Unidos de América y su influencia en el Derecho Público Argentino. Uso y abuso de la jurisprudencia estadounidense. *El Derecho*, (200).
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo VI, 2ª parte). Instituto de Investigaciones Históricas.
- Romero Verdún, I. F. (2022). La potestad anulatoria de la Administración Pública: ¿Un poder constitucionalmente implícito. *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, (14), 89-135. <https://revistasdigitales.udes.edu.ar/index.php/revistajuridica/article/view/160>.
- Story, J. (1891). *Commentaries on the constitution of the United States: with a preliminary review of history of the colonies and states before the adoption of the constitution*. Little, Brown and Company (5ª ed.).

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peláez Victor s/habeas corpus preventivo*, 19/10/1995, Fallos: 318:1967.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional*, 14/09/2000, Fallos: 323:2519.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ojeda, Domingo Antonio*, 27/11/1979, Fallos: 301:1103.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Peralta*, 27/12/1990, Fallos: 313:1513.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Antinori*, 25/08/1998, Fallos: 321:2288.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fayt*, 19/08/1999, Fallos: 322:1616.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lino de la Torre*, 21/08/1877, Fallos: 19:231.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ángel Estrada*, 05/04/2005, Fallos: 328:651.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Font, Jaime Andrés*, 15/10/1962, Fallos: 254:56.
- Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, 176 (1803).

IMPUTACIÓN VS. CAUSALIDAD. SOBRE LOS TÓPICOS FUNDANTES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Leonardo Augusto Schonfeld

Universidad Católica Argentina

leonardoschonfeld@uca.edu.ar

Recibido: 10/05/2023

Aceptado: 27/09/2023

Resumen

Se aborda en este artículo la tarea de investigar los distintos lugares de la teoría del delito en los que el concepto de causalidad podría tener relevancia, e intentar, de ese modo, superar la rígida ubicación en el ámbito del tipo objetivo, así como su relevancia en la teoría de la tentativa y de la participación criminal. La distinción entre delitos de mera actividad y de resultado es revisada a la luz de un paradigma de causalidad diferente al que mayoritariamente usa la doctrina. Ello podría lograrse si se parte de que la causalidad relevante para el derecho penal no es la de un resultado físico, sino la de una lesión o menoscabo del bien jurídico; en esa medida, tanto las omisiones como los delitos de mera actividad son causales de lesiones a bienes jurídicos. Asimismo, se toma postura sobre el fundamento del contenido del tipo penal como disconformidad con la norma que se orienta al bien común político.

Palabras clave: delitos de resultado, delitos de mera actividad, imputación, bien jurídico, causalidad, atribución, tentativa, infracción de deber.

Imputation vs. Causation. On the Founding Topics of Criminal Liability

Abstract

This paper addresses the task of investigating the different places in the theory of crime in which the concept of causation could be relevant and, in this way, try to overcome the rigid location in the objective definition of the crime, as well as its relevance in the theory of attempt and criminal participation. The distinction between crimes of mere activity and results is reviewed in light of a different causation paradigm than the one mostly used by the legal scholars. This could be achieved if the relevant causation for criminal law is not that of a physical result but that of an injury or impairment of the legal good and, to that extent, both omissions and

crimes of mere activity are causes of injuries to legal goods. A position is taken on the basis of the content of the criminal offense as non-conformity with the norm that is oriented towards the political common good.

Key words: crimes of result, crimes of mere behaviour, imputation, legal good, causation, attribution, attempt, breach of duty.

1. Introducción

El concepto de causalidad es el criterio de imputación sobre el que todas las escuelas han trabajado necesariamente, ya sea para defenderlo o para denostarlo. Desde mediados del siglo XIX, era el criterio más acorde con los afanes cientifistas que tenía la disciplina penal de ese tiempo. Ello, claro está, se debe –por su parte– al paradigma naturalista imperante en las ciencias en aquellos tiempos.

Hume (2014) es quien, con mayor, crudeza pretende eliminar las consideraciones metafísicas en la imputación moral. Así, sostiene el empirista inglés que cabe rechazar “todo sistema de ética que, por muy sutil e ingenioso que sea no esté basado en los hechos y en la observación” (p. 45).¹

Hasta la aparición del neokantismo, que relajó el análisis etiológico centrándose más en aspectos valorativos o de sentido, tanto el naturalismo como el positivismo científico fueron los que se ocuparon de darle contenido al concepto de causalidad. El neokantismo mantuvo el paradigma causal, sólo que, al igual que lo hizo Kant con Hume, al dato empírico le sumó la valoración o la comprensión de sentido. Si la distinción en la teoría del delito en Von Liszt era entre hecho físico (lo objetivo) y hecho psíquico (lo subjetivo), en el neokantismo ambos tipos de hechos fueron puestos juntos de un lado de la dicotomía y se le agregó el elemento axiológico: por un lado, hecho bruto (pura facticidad) y, por otro, significación (expresión normativa).²

La reacción finalista vino a romper no con el concepto de causación, sino con la idea de causación ciega. La acción no es un mero proceso de modificación física del mundo exterior, sino un proceso causal *dirigido teleológicamente*. Que la acción requería voluntad era asumido aún por los causalistas, pero Welzel (1976, p. 53) incorpora un concepto inherente a esta: todo acto voluntario

1 De la lectura de esta obra, más madura y correctiva de muchas afirmaciones humeanas realizadas en el *Tratado de la Naturaleza Humana* (Hume, 1984), surge que su fisicismo parece encontrarse emparentado con sus afirmaciones sobre el influjo de los sentimientos y de lo estético dentro de lo moral.

2 Gössel (2007, pp. 33-49) destaca los parentescos que había entre el normativismo de comienzos del siglo XX con el empirismo causalista.

es siempre un acto *dirigido a algo*, como a su fin. Si es cierto que no hay acto sin voluntad, también es cierto que no hay voluntad sin finalidad. No existe un querer en abstracto, sino de algo en particular, según el célebre aforismo aristotélico-tomista: *omne agens agit propter finem*.

La reacción contra Welzel dio lugar a una nueva reforma del sistema por parte de orientaciones filosóficas que negaban que el legislador estuviera constreñido a respetar cierto contenido ontológico en los conceptos jurídico-penales. Los conceptos de acción, de voluntad, de fin eran, para Welzel (1976), prejuicios. Así, la reforma funcionalista propone mantener ciertas consecuencias dogmáticas alcanzadas por Welzel –la principal de ellas es la traslación del dolo y la imprudencia al tipo subjetivo–, pero descartando todo ontologismo. Así, el idealismo kantiano vuelve a la escena con el funcionalismo de Roxin (1997), mientras que Luhman (1991) y Hegel (1999) influyen en el normativismo radical de Jakobs (2000b).

Lo que intentaremos demostrar aquí es que el concepto de causalidad en sí mismo no ha sufrido ataques ni modificaciones. En un texto ya añejo, pero en todo caso estando ya instalada la teoría final de la acción, destacaba Gimbernat Ordeig (1962) que, a partir de las críticas a la dogmática causalista, están de acuerdo todas las escuelas sobre el limitado número de delitos en los que pueden surgir problemas causales, a saber, en los delitos de resultado. Ello equivale a decir que, aún en la década de 1960, se discutía sobre la causalidad pensando en ella como algo propio de los delitos de resultados y, lo que resulta obvio, sobre un concepto físico-naturalístico de causalidad.

El determinismo, concepción antropológica de base que sostenía el concepto de delito positivista de Liszt, pudo superarse a lo largo de las primeras décadas del siglo XX. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con el paradigma naturalista. Explica Schünemann (1991) que

si la definición naturalista del delito como acción típica, antijurídica y culpable se ha mantenido hasta hoy en forma tan trascendente, si las consecuencias materiales del pensamiento naturalístico han sido asimismo tan profundas y duraderas, ello se ha debido precisamente a la disposición del concepto de causalidad como eje del tipo. (p. 45)

La oposición más radical al uso de la causalidad como criterio de imputación ha sido dada por M. E. Mayer (como se citó en Soler, 1967, p. 285), en tanto ha rechazado toda utilidad de este. Si causa es aquello que provoca *in totum* el resultado, es evidente que la acción no causa el resultado, pues toda acción,

para producirlo, requiere de innumerables factores coadyuvantes. Además, no puede soslayarse que hay supuestos de responsabilidad penal sin que la acción haya sido causa de algún resultado, como veremos.

Ni Welzel ni los funcionalistas se desprendieron del concepto de causación, sino que se buscaron diferentes herramientas para limitar sus alcances, incorporando otros criterios para realizar tal limitación. Así, Welzel (1976) incorporó no sólo la idea de finalidad, sino también el criterio de adecuación social. El funcionalismo hizo lo propio mediante la teoría de la imputación objetiva, pero a poco que se analiza el asunto, se ve cómo la teoría de la adecuación social es un tópico limitativo de *procesos causales* que, aunque descriptos por un tipo legal en su faceta objetiva, parece claro que no debe atribuírsele carácter delictivo. Vale decir que el concepto de causación subyace como aquello que se limita mediante la adecuación social. Dicho en otros términos, la teoría de la adecuación social es un límite precisamente a la causalidad, por lo tanto, la presupone.

Lo propio ocurre con los criterios de la imputación objetiva: ¿qué es, por ejemplo, el riesgo permitido? Resulta claro que es un intento de evitar que lo que hay de objetivo y causal de una acción sea alcanzado por un tipo cuando esa causación fue la concreción de un riesgo normativamente tolerado. Aunque se trate de límites antropológicos (Welzel) o de límites normativos (Funcionalismo), siempre son límites *a la causalidad* y ella siempre es entendida en el mismo sentido en que lo entendieron los naturalistas del siglo XIX. En el citado trabajo de Gimbernat Ordeig (1962), se pone en evidencia que el concepto de causalidad sobre el que se discutía era el mismo:

No es correcto, por tanto, que todas las condiciones de una muerte realicen el tipo del homicidio; más bien hay que elegir, de algún modo, una acción, y entonces -cuando ello se consiga- habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no. (p. 547)

Entre los funcionalistas se asume de manera abrumadoramente mayoritaria la concepción de la causalidad bajo la modalidad de la denominada *teoría de la condición* o *teoría de la conditio sine qua non*. Los criterios normativos limitadores de la causalidad en la imputación objetiva, por su parte, no son suficientes ni satisfactorios. Enorme cantidad de ejemplos sobre los que discute la doctrina ponen de manifiesto que la teoría de la condición abre un abanico de posibilidades que los criterios normativos y limitadores no alcanzan a reducir. A guisa de ejemplo, el caso de los “pelos de cabra” (donde hay riesgo desaprobado o re-

levante,³ pero se discute la entidad que debe tener del incremento del riesgo), el ejemplo del mozo con conocimientos especiales (impune para Jakobs y punible para Roxin) y el caso del ciclista ebrio, entre tantos otros casos discutidos.⁴ En todos estos, se parte de la teoría de la condición, se afirma la eficiencia causal de la acción, pero se discute sobre sus límites normativos.

Puede notarse que la concepción de causalidad como evento físico se ha mantenido en todos los modelos teóricos descriptos. Tal como ha puesto de relieve Schünemann (1991), la concepción naturalista, apoyada fundamentalmente en la idea de causalidad, es “... responsable de muchos contenidos de la dogmática penal que se siguen manteniendo de modo contumaz, pese a su reiterada refutación científica...” (p. 47). Resulta paradójico que el mismo autor haya caído en aquella contumacia cuando afirma, en otro lugar, que

Los objetos del bien jurídico individuales, que en su totalidad fundamentan la clase del bien jurídico, deben ser protegidos contra un proceso causal que provoque su lesión física... El derecho penal [...] debe, por lo tanto, dirigir sus normas prohibitivas prioritariamente a aquellas personas que ejercen el dominio decisivo sobre el proceso causal dañoso. (Schünemann, 2018, p. 101)

Por mi parte, pretendo poner en duda que aquel concepto físico-naturalístico de causalidad sea el único posible y pondré de manifiesto que, si se entiende de otro modo, la causalidad puede operar no sólo como un elemento que gravite al nivel de la acción y del tipo objetivo, sino que resultaría un tópico útil para resolver otros problemas que presenta la teoría del delito, como delimitación de la autoría, tipos omisivos e incluso algunos que operan a nivel subjetivo, como la ignorancia deliberada.

Asimismo, si se descarta la idea de causación en la medida en que esta se entienda como la producción de un resultado exterior, debe responderse entonces al interrogante sobre cómo delimitar el contenido de la prohibición jurídico-penal.

Por mi parte, intentaré demostrar no sólo que la causalidad es una herramienta argumental más amplia y versátil que lo que podría esperarse de una concepción naturalística de esta, sino que demostraremos que el contenido de las prohibiciones penales no son, pues, las lesiones –exteriores– de un

3 Incluso se discute entre los partidarios de la teoría de la imputación objetiva si el riesgo debe ser *desaprobado* (Jakobs, 2000b) o basta que sea jurídicamente *relevante* (Luzon Peña, 2016, p. 202), entre otros).

4 Muchos de ellos son desarrollados en la obra de Sánchez Ostiz (2011).

bien jurídico, sino la realización de una conducta disconforme con la norma penal.

Ahora bien, que la prohibición penal no se justifique por la causación de la lesión exterior a un bien jurídico no implica necesariamente abrazar los modelos autopoiéticos del normativismo radical. Entendemos que hay una tercera vía entre el naturalismo ficicista y el normativismo sistémico. Para ello, es esencial destacar que ambas posturas, que aquí serán puestas en crisis, suponen una visión mecanicista: ya sea que afirme que el derecho penal protege bienes jurídicos o bien que el derecho penal protege las expectativas normativas o la vigencia de la norma; en ambos casos, se trata de una visión mecanicista del derecho penal: éste tendría por cometido evitar procesos causales lesivos, ya sea de un bien jurídico (concepción mayoritaria) o del sistema normativo.⁵ En otros términos, *en el funcionalismo sistémico se indagará el poder causal de una acción para producir un hecho exterior, sólo que este resultado exterior es la desestabilización normativa.*

Así, intentaré desarrollar las críticas apoyado en una visión del derecho como un saber práctico, en el sentido de que el objeto de todo derecho es siempre una conducta humana y que, por ello mismo, la ley no prohíbe procesos ni causales ni desestabilizadores, sino acciones, conductas que potencialmente puedan afectar el pleno desarrollo de una comunidad política dada.⁶

2. Causalidad física y metafísica

Como vimos, la causalidad entendida como proceso de conexión entre dos fenómenos empíricos responde a la apoyatura que los científicos del derecho penal han tenido en sus predecesores del siglo XIX. En efecto, siendo el sistema dogmático primigenio el causalismo naturalista de Von Liszt, es entendible que haya sido *ese tipo de causalismo* sobre el que habría de trabajarse, así no sea para criticarlo y superarlo.

5 El mismo sistema normativo o las expectativas normativas pueden ser entendidas como un bien jurídico que se lesiona causalmente con la acción.

6 Resalta Silva Sánchez (2003) la consecuencia a la que se llega desde concepciones epistemológicas positivistas y deterministas como la sostenida, entre otros, por Hoyer. Para este último, “los enunciados legales-normativos, a su juicio, no deben ser concebidos como enunciados deónticos, sino como enunciados descriptivos ordinarios” (Hoyer, como se citó en Silva Sánchez, 2003, p. 19). La misma idea se encuentra en Alf Ross (1994, p. 33): las normas jurídicas no son normas de conducta, sino que establecen las condiciones bajo las cuales está autorizado el uso de la fuerza. El legislador, así concebido, hace una tarea similar al biólogo que manipula las condiciones ambientales en las que se mueven los entes para influir en ellos.

Tal causalidad, desde el punto de vista de la física, puede explicarse tanto desde una gnoseología empirista –como la que inspiraba a Von Liszt– como desde una orientación kantiana. Así pues, si bien Kant supera los postulados del empirismo de Hume, no los rechaza.⁷ Por ello, no es casual que los neokantianos posteriores hayan asumido tal concepción causalista. En efecto, lo que hizo el neokantismo fue completar aquel empirismo con el apriorismo kantiano, lo que sirvió para poder *dotar de sentido* al mero dato empírico-causal.

Tal concepción de causalidad como dato empírico, apodíctico, proveniente de una concepción ficisista, fue el paradigma. Paradigma que el causalismo se empeñó en mantener; y sus críticos, en destronar, pero, en todos los casos, la acepción de causalidad que se manejaba, y que todavía hoy se mantiene, es la de causalidad física, empírica.

Pero existe también una acepción de la causalidad: como dato metafísico, tal como la desarrolla el realismo clásico.

De modo casi escolar, corresponde recordar que Aristóteles (1994, p. 207)⁸ distingue cuatro tipos de causas, ya harto conocidas, pero que poco han gravitado en pensamiento penal: causa material, causa formal, causa eficiente y causa final. Las dos primeras se denominan causas intrínsecas, mientras que las dos últimas son extrínsecas. De ellas, si bien todas pueden servir como modelo de explicación de cualquier fenómeno existente,⁹ sólo se ha trabajado en derecho penal la causalidad eficiente y, más aún, sólo en su aplicación a fenómenos físicos.

Contra tal reducción del concepto de causalidad, vemos que el concepto de causa eficiente, en el pensamiento del Estagirita, puede sintetizarse como: causa es aquello por lo que algo es o existe,

7 “Kant intenta, pues, una síntesis del racionalismo y del empirismo. Pero esta síntesis, dados los dos presupuestos opuestos de la filosofía de Wolff [...] sólo puede abocar en un dualismo irreconciliable” (Urdániz, 1991, p. 22).

8 Si bien la teoría de las causas puede encontrarse en distintas obras de Aristóteles, su desarrollo más orgánico se encuentra en el Libro Segundo de su *Física* (Aristóteles, 1995, pp. 128-170).

9 Así, podríamos decir que la causa material del delito es siempre un acto humano libre, que la causa eficiente de la conducta es la voluntad libre de la persona humana, que la causa formal del delito es el tipo de injusto. Sobre la causa final podemos distinguir entre *finis operis*, referido a la naturaleza misma de la acción, el fin propio de la obra, y *finis operantis*, que podríamos identificar a veces con el dolo, a veces con las ultraintenciones, a veces con elementos subjetivos distintos del dolo. Pero también podemos usar la teoría de las causas para analizar la pena y así tendríamos que la causa eficiente de la pena es la comunidad política o Estado, que su causa material es la privación de un bien jurídico, o un sufrimiento, etc. Sobre la causa fin cabe también la distinción anterior, y podríamos decir que la pena en sí tiene como *finis operis* el castigo; y como *finis operantis*, la resocialización, la prevención, etc. Como puede verse, la teoría de las causas es un modelo explicativo muy versátil.

aquello de donde proviene el inicio primero del cambio y del reposo: así, el que da un consejo es causa, y el padre lo es del hijo, y en general, el agente lo es respecto de lo hecho y lo que produce el cambio lo es respecto de lo que resulta cambiado. (Aristóteles, 1994, p. 208)

De los propios ejemplos que pone el macedónico, observamos que el inductor –consejo– puede ser visto como causa. Vemos así que tal concepto de causalidad eficiente supera con creces, tanto en su comprensión como en su extensión, al que se elaboró en los siglos XVIII y XIX con el auge de las ciencias empíricas.

La relación de causalidad así entendida no es otra cosa que el vínculo necesario entre dos sucesos¹⁰. En igual sentido, ha dicho Azuelos-Atias (2006) que

son las nociones de causalidad del hombre corriente (y no las del filósofo o el científico) las que conciernen a la ley. [...] cuando las personas experimentan dos eventos que tienen lugar en una sucesión cercana, sienten que es correcto llamar al evento anterior “una causa” del segundo. (p. 184)¹¹

Como puede colegirse, la relación de causalidad que interesa al derecho penal es fundamentalmente la de causalidad eficiente y debe abordarse, primariamente, desde el sentido común.¹²

En definitiva, de lo que se trata es de indagar si es posible usar la causalidad y qué sentido o significación debe dársele, para determinar si fue tal agente quien causó eficazmente el entuerto para imputárselo como *obra suya*.

3. La lesión al bien jurídico y diferencias con la causación de un resultado

El concepto de causalidad, como vimos, estuvo siempre desarrollado a partir de una concepción físico-naturalista de la causalidad. Las teorías que se desa-

10 Sobre el concepto de causalidad desde el empirismo y el realismo, ver Mota Pintos (2020).

11 “it is the plain man’s notions of causation (and not the philosopher’s or the scientist’s) with which the law is concerned [...] when people experience two events taking place in close succession they feel that it is correct to call the earlier event ‘a cause’ of the second”.

12 Dice Frister (2007) que “es un requisito imprescindible, para comprobar la causalidad, solamente una regla general de experiencia de la que se derive la propiedad general de la acción de producir el resultado. Cuando se dispone de una tal regla de experiencia, de la producción de aquél se puede inferir –jen tanto no entren en consideración otras causas del resultado!– que el riesgo descrito en la regla de experiencia respectiva se ha realizado, es decir, que la acción, en el caso concreto, ha causado efectivamente el resultado” (p. 499).

rrollaron a lo largo del siglo XX no cuestionaron la causalidad, sino que sólo le agregaron otros requisitos para que ésta sea penalmente relevante. Así, el dolo en el finalismo o el riesgo no permitido en el funcionalismo. Pero en todos los casos se sigue asumiendo la idea de que, para que haya responsabilidad penal, debe haber siempre causalidad, aunque ella no sea suficiente. Esa concepción física de la causalidad se ha mantenido incluso en la dogmática funcionalista. Así, sostiene Roxin (1997) que

La imputación al tipo objetivo sólo es un problema de la Parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§ 123) o el falso testimonio (§ 154), la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial. En cambio, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción (p.ej. de un hombre en los §§ 212 ó 223, o de una cosa en el § 303) se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido de la ley. Pues bien, tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado. (p. 345)

Nótese, además de la limitación de la causalidad a los delitos activos de resultado, el tenor naturalístico de los términos empleados: *resultado*, *mundo exterior*, *tiempo y espacio*.

Por lo demás, también Roxin (1997) está realizando una asimilación entre los conceptos de imputación y causación. Sólo se puede imputar al que ha causado.

Siempre y cuando se limite a los delitos activos de resultado, ese concepto de causalidad puede mantener algún tipo de utilidad. Es claro que, en delitos como el homicidio o las lesiones, paradigmas de las explicaciones de la teoría del delito, la causalidad físico-naturalista puede proporcionar algunos criterios plausibles y hasta resulta una herramienta muy pedagógica.

El problema aparece cuando la doctrina, aferrada a la idea de causación, pretende extenderla y forzarla para ser usada como explicación en otros ámbitos de la dogmática penal. Así, se recurre a una supuesta *causalidad hipotética* en la omisión, a una *causación psicológica* en la inducción, etc.¹³ A ello debe sumarse que, en los delitos de mera conducta, se suele prescindir del análisis causal.

13 Sobre el concepto de causación psicológica (*mental cause*) y su distinción con los motivos y deseos, véase Anscombe (1963, pp. 16 y ss.).

En fin, el criterio de causalidad ha sido sometido a todo tipo de metamorfosis conceptuales en un intento de evitar su abandono como criterio fundante de la imputación.

En su lugar, entendemos que el concepto de *imputación* cumple mejor el rol que pretende dársele al de causalidad e, incluso, que el concepto de imputación puede mantenerse incólume para todos los delitos de la parte especial sin sufrir modificaciones en los distintos ámbitos y explicar más acabadamente otros problemas en los que la idea de causalidad nos deja con las manos vacías, tales como la tentativa, la participación y la omisión.

Para que ello funcione, debe tomarse conciencia de que el delito no es una modificación del mundo exterior, sino una expresión de sentido, la expresión visible y exterior de una realidad humana interior, una expresión de valor (o, mejor, de disvalor). Así entendido el delito, su dañosidad no se limita a *romper cosas*, sino, fundamentalmente, a *alterar un orden* humano. Que esa alteración de un orden no pueda ser corroborado con elementos descriptivos y naturalísticos es una verdad de Perogrullo: el orden social es un orden de relaciones, no de cosas. La metáfora de que entre Juan y Pedro se ha producido un *cortocircuito* es, aunque ilustrativa, poco precisa. El orden social no puede entenderse como un conjunto de elementos puestos de modo lógico-sistemático y cuyas relaciones están guiadas por fuerzas mecánicas. Y esta consideración no sólo se aplica para quienes intentan ver al injusto con los lentes naturalistas, sino también se dirige contra aquellos iuspositivistas que sólo ven los conflictos personales como *casos normativos*. Un homicidio produce no sólo una desaparición de funciones vitales -perspectiva naturalista- ni tampoco es sólo el *supuesto de hecho* (*Tatbestand*) del tipo de homicidio o la *condición* que la ley habilita al juez para la aplicación de pena.¹⁴ Todas ellas son parcializaciones abstractas de una sola faceta del acto humano. Pero el derecho penal, sobre todo si pretende ser eficiente desde el punto de vista de su naturaleza de ciencia práctica -y, por ello, regulativa-, no puede manejarse con abstracciones.

Hruschka (2009, p. 52) ha destacado el rol pionero que le cupo a Pufendorf (1931) a partir de la distinción entre los *entia moralia* y *entia physica*; distinción que, como puede notarse, se adelanta a la separación entre ciencias del espíritu y ciencias de la naturaleza que realiza Kant posteriormente.

Aquella distinción realizada por Pufendorf se traduce, por su parte, en una

14 Esta es la posición de Kelsen (200): “El crimen no es la causa de la sanción; la sanción no es el efecto del acto ilícito. La relación que existe entre los dos hechos resulta de una norma que prescribe o autoriza una conducta determinada” (p. 21).

doble consideración del acto humano, que puede ser visto tanto como *actio moralis* como *actio naturalis*.¹⁵ A partir de allí, podría elaborarse una teoría de la imputación –como la que inicia Hruschka– que recepte tal distinción y que permita superar el paradigma físico-causal como criterio preponderante.¹⁶

A modo de ejemplo, podríamos preguntarnos por qué se pena la tentativa. No es por el peligro que manifiesta quien intenta un delito –aunque algunos pretendan fundarla de ese modo–, no es por el daño físico de ningún bien exterior ni, aun, por el supuesto peligro que corrió ese bien (de hecho, toda tentativa es inidónea para dañar según el curso causal y las condiciones de realización de esa acción concreta). El fundamento de su punición no es otro que el de haber el reo manifestado una disposición interna hostil al orden social, es manifestación de una actitud interior que llegó a pasar al plano de la acción, del mero deseo al verdadero dolo, mediante una obra exterior que se encuentra descrita en el tipo de la tentativa de la parte general. El acto de tentativa, siendo exterior, se motiva, se funda y es una concreción de una disposición del sujeto contraria al orden social y jurídico.

Rhonheimer (2004) ha puesto de relieve, en la misma línea en la que se enmarca este trabajo, que el núcleo de la calificación moral o jurídica de una acción no puede nunca reducirse a una lesión a un bien en sentido de *cosa exterior*. La conducta exterior en su sentido físico no nos dice nada acerca de su calificación moral o jurídica.¹⁷ Ello nos lleva a poner en duda la utilidad de la causalidad física tanto para la ciencia penal como para la praxis forense. Queda pendiente, sin embargo, la necesidad de delimitar el concepto del bien jurídico desde una perspectiva que ayude a justificar la imputación de la lesión de ese bien jurídico al autor de esa lesión.

Como vimos más arriba, si se deja de lado el concepto naturalístico de causalidad y se hace hincapié en el de imputación, las cosas cambian radicalmente y se asume que, en definitiva, de lo que trata la teoría del delito es del *análisis de la acción para buscar un título que justifique razonablemente que su autor merece ser sancionado*.

15 Con todo, tal como se desarrolla *infra*, la distinción también existe en la filosofía clásica a partir de la distinción entre objeto material y objeto formal del conocimiento. Un mismo objeto material puede ser abordado desde dos puntos de vista (objeto formal) diferentes.

16 Tal como sostiene el autor, esta posible teoría de la imputación “se le escapa a la ciencia del Derecho del presente” (Hruschka, 2009, p. 53).

17 “In the act ‘to kill an eagle’ the eagle is certainly the object that specifies the physical act as ‘eagle-cide’; but this does not further specify it as a ‘just’, ‘unjust’ or ‘indifferent’” (Rhonheimer, 2004, p. 465).

Si adoptamos una posición como la que toma la corriente hermenéutica, caeremos en la cuenta de que siempre partimos de una determinada acción cuyo autor, se entiende, debe responder frente a la sociedad; y lo que luego se realiza es sólo una tarea de corroboración de aquel punto de partida. Qué tan fuerte sea el interés por hacer responder al sujeto que realizó aquella acción será lo que determine los criterios de imputación. A mayor interés en penar, los criterios de imputación serán mayores en cantidad y más flexibles.

Puede ser que ello sea reprochable. Lo que nos parece es que se trata de un hecho. Así funciona *de hecho* el sistema penal en su totalidad. Y las distintas teorías desarrolladas, bien sea para descargar la responsabilidad penal o para agravarla, llevan siempre consigo un prejuicio o preconcepto sobre si tales clases de acciones deben ser penadas o no.¹⁸

La causalidad, entendida en su concepción físico-naturalista, no es más que un vetusto criterio que sólo cumple la función de dotar de una delgada pincelada de cientificidad a la teoría del delito; cientificidad que es inmediatamente abandonada cuando la causalidad no sirve como criterio para atribuir responsabilidad al sujeto que, de antemano y conforme al sentido común, se entiende que debe ser sancionado.

Así sucede en los delitos de omisión, en los de peligro, en los de mera conducta, en la tentativa, en la complicidad. Todos ellos son supuestos donde el concepto de causalidad no cumple ningún papel relevante y comienza a fundarse la atribución de responsabilidad –imputación– con elementos nada empíricos. En esos casos, las ciencias empíricas se suplantán por la pura normatividad.

Claro que aquel prejuicio o preconcepto no es arbitrario ni pernicioso, sino que se funda en el daño que la acción provoca a algún aspecto del orden social. Lo que intentamos destacar es que el intérprete y operador del derecho penal no se asemeja en nada a un químico que observa cómo reaccionan dos elementos que se combinan. El físico no tiene ningún interés en que tal combinación de elementos cause un determinado compuesto. El jurista, al contrario, frente a una acción que violenta un bien jurídico, no se limita a observar, sino a juzgar. Muchas veces, la teoría –sistema legal o sistema dogmático– le ofrece un marco adecuado para que la solución coincida con su preconcepto. En caso contrario,

18 Ello puede relevarse si se aprecia la enorme cantidad de delitos de la parte especial con penas mínimas inferiores a tres años y que, por la existencia de institutos como la *probation*, son –en los hechos– impunes. Ello sólo puede indicar una sola cosa: que el código penal es una expresión simbólico-moral de reprobación de conductas, pero que no todas ellas tienen la entidad suficiente para ser verdaderamente sancionadas.

el jurista –sobre todo el operador más que el teórico– sale en pronta búsqueda de correcciones al sistema.

Esta posición, que entiendo es más acertada, aplica perfectamente a toda clase de delito, tanto el consumado como el tentado, tanto a los de resultado como a los de mera actividad. En efecto, el principio de lesividad impide que haya sanción sin lesión a un bien jurídico, por lo que aun en el delito tentado como en el de mera conducta debe haber un *resultado de lesión de algún bien jurídico*. Roxin (1997, p. 345), además del texto antes citado, reincide en la consideración del resultado como un acontecimiento físico en otros lugares de su obra. Así, refiriéndose a la distinción entre los delitos de resultado y de peligro, sostiene que “por delitos de resultado se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor” (p. 328).

Jakobs (2000a), reformulando la teoría de los delitos de infracción de deber de Roxin, centra el análisis del tipo en el quebrantamiento de deberes. Lo que le interesa al profesor de Bonn, a los efectos del tipo objetivo, es que el sujeto haya defraudado las expectativas sociales propias de su rol mediante la violación de deberes. Como acertadamente ha dicho Schünemann (2018), tal modo de concebir el tipo objetivo produce una ampliación intolerable de sus alcances, a la par que se cierra en un círculo vicioso propio de todo el idealismo, en el que las normas son referencias, a su vez, normativas para constatar la propia violación a las normas. Es decir, si la desestabilización del sistema es considerada como el fundamento del tipo y el juicio sobre esa estabilización es, a su vez, normativo, se cae en una verdadera tautología. Nótese que, en Jakobs (2000b), la desestabilización no es un elemento que pueda constatarse. Así es que Schünemann (2018) cuestiona el supuesto carácter funcionalista de Jakobs:

el fin de la pena consiste en el aseguramiento cognitivo de la vigencia de la norma. Pero este “fin” no está referido a un acontecimiento posterior en el mundo exterior, sino que se realiza a sí mismo [...] del concepto del delito como daño a la vigencia de la norma se deduce sin más (eo ipso) para Jakobs que la esencia del delito no consiste en el daño a un bien jurídico real por una persona real que ejerce el dominio sobre el suceso dañoso, sino en el criterio formal de la lesión o infracción del deber. (p. 99)

4. El núcleo del injusto como disconformidad con la norma

Que el bien jurídico no pueda entenderse como un objeto exterior a la conducta, algo fenoménico del mundo exterior, se evidencia por las distintas causales que el propio derecho penal prevé como elementos que obstan a la configuración de un injusto penal.

El más claro de esos elementos es la causa de justificación. La existencia de causas de justificación es la más patente muestra de que el concepto de bien jurídico, como lo ha desarrollado la dogmática hasta el presente, tiene contornos muy poco definidos, de manera que quien lo lesione puede, pese a ello, no resultar punible aún desde el punto de vista más objetivo que pueda adoptarse.¹⁹ De hecho, si se lograra un concepto de bien jurídico lo suficientemente acabado, bastaría la comprobación de su lesión para que, de modo coherente, se dé por acreditado un injusto penal. Eso no es lo que ocurre en el sistema actual de la teoría del delito. A la constatación de la lesión al bien jurídico protegido le sigue la pregunta, realmente absurda, de si ese bien jurídico –en el caso concreto– merecía protección.²⁰ Así, la lógica debería llevarnos a la conclusión de que no merecería protección jurídico-penal la vida de quien es muerto por otro que obra en legítima defensa (obviamente, siempre que se den los supuestos de esta). Si es un error partir de un concepto naturalista de causalidad para luego limitarlo con elementos normativos, es aún más contradictorio afirmar la tipicidad –lesión a un bien jurídico– para luego sostener que ese bien jurídico concreto no estaba protegido por concurrir una causa de justificación.

Ello nos lleva a las aguas de la teoría de los elementos negativos del tipo. Las críticas que se han asestado contra ella no son tan fuertes como parecen, y al menos sus consecuencias son receptadas por gran parte de la doctrina. Decir que un homicidio cometido en legítima defensa es típico, pero no anti-jurídico, o bien decir que no es típico por estar justificado, es sólo un juego de palabras. Al final de cuentas, no habrá nada que imputar. Que a los efectos del error sobre las causales de justificación la distinción tenga consecuencias –el error sobre la justificación, para la teoría de los elementos negativos del tipo, descartaría el dolo– no sólo no refuta lo dicho, sino que se llega a la misma consecuencia sistemática: quien asuma la teoría *limitada* o *restringida* de la cul-

19 El concepto de tipicidad conglobante de Zaffaroni (2007, p. 369) aporta bastante en este sentido.

20 Sobre la antijuricidad como dato necesario previo a la tipicidad, Creus (2003) sostiene: “... el cometido del Derecho Penal se constriñe a penalizar conductas que ya son antijurídicas, vale decir, conductas que expresa o implícitamente ya están prohibidas por el ordenamiento jurídico general; el tipo siempre se limita a seleccionar (para punir) algunas de esas conductas...” (p. 56).

pabilidad²¹ –que niega la teoría de los elementos negativos del tipo–, termina admitiendo igualmente que un error sobre las circunstancias objetivas de una justificante elimina el dolo.²²

En definitiva, puede demostrarse con cierta facilidad que el derecho penal no protege cosas exteriores (vida, patrimonio, integridad sexual, erario público). Tales cosas exteriores son relevantes para el derecho penal solo en la medida en que son afectadas por determinada *clase de acciones*. Ello supone que el derecho penal no centra su atención en el bien jurídico, sino en el *modo de afectación*. Si al derecho penal le interesara proteger la vida humana, debería fundar comedores y hospitales o escuelas para proteger el bien jurídico educación.

Está claro que no es ese su cometido. Por el contrario, lo que el derecho en general busca es el bien común político, y lo que el derecho penal persigue no es otra cosa que evitar, mediante la amenaza de sanción, aquellas conductas que, bajo determinados modos de configuración, tornen imposible la consecución de aquel bien común.

Se ha destacado mucho la función garantística que tiene la noción de bien jurídico. En ese sentido, Silva Sánchez (2010) ha puesto de relieve que “el cumplimiento de la referida finalidad de garantía exige una adecuada determinación del contenido del concepto de bien jurídico” (p. 426). A criterio del español, ello se vuelve especialmente importante frente a quienes pretenden una etización del derecho penal y para evitar que bajo el rótulo de “bien jurídico” puedan “incluirse cualquier estado, convicción o principio, en función del sector social dominante en una sociedad determinada” (p. 426).

Si se parte de una visión garantística del derecho penal, lo coherente es descartar toda idea de fomento o protección –positiva– de bienes. Frente a ello, resulta necesario resaltar el carácter prohibitivo del derecho penal y sólo excepcionalmente admitir deberes activos. Desde que la doctrina se ha ocupado de tratar los delitos de omisión impropia, ha quedado claro que el alcance de una norma prohibitiva –contenida en los tipos activos– es radicalmente menor al que se produce por su equivalencia en una norma de fomento (omisión). Concebir al derecho penal como una herramienta de fomento de valores ético

21 Así lo asume la doctrina mayoritaria. En particular, es adoptada por Roxin (1997, p. 583), en igual sentido que Mir Puig (2016, p. 457).

22 En rigor, sólo la *teoría estricta de la culpabilidad*, sostenida por Welzel (1976), afirma la tipicidad dolosa del hecho cometido con error sobre los elementos de la justificante. Tanto la teoría limitada o restringida como la que remite a las consecuencias jurídicas terminan negando la imputación –o la pena, según el caso– por delito doloso.

sociales²³ puede llevar, como ha destacado algún sector de la doctrina,²⁴ a una política legislativa y a una dogmática excesivamente punitivista.

Por iguales motivos entendemos errónea la concepción normativista radical según la cual no es ningún bien jurídico el objeto de protección del derecho penal, sino el sistema normativo mismo, posición sustentada, como es sabido, por Jakobs (2000b, p. 24).²⁵ Más aún, tal como ha puesto de manifiesto Silva Sánchez (2003), la posición de Jakobs (2000a), por mucho que use el término *deber jurídico* –al punto de sostener que el núcleo de todo tipo penal es siempre la infracción de un deber–, en realidad su posición funciona también en términos de causalidad similares a los del naturalismo, sólo que mientras que en éstos el delito es una causación física que modifica un ente del mundo exterior, en el caso del profesor de Bonn, el ilícito es la causación de la desestabilización del sistema: el sistema normativo es, para Jakobs (2000b), lo que la naturaleza es para los fisicistas. En efecto, en el pensamiento de este autor

no se cuestiona literalmente la concepción de las normas como enunciados de deber, aunque sí se procede a un progresivo vaciamiento de las mismas de contenidos valorativos en sentido estricto. Pues, en ella, la idea de deber aparece como una mera metáfora expresiva de las necesidades de funcionamiento del sistema. (Silva Sánchez, 2003, p. 21)

Mi posición se encuentra en un lugar intermedio entre ambas posturas. Así, el concepto de bien jurídico-penal sólo se vuelve relevante en tanto exista una norma prohibitiva que pretenda defenderlo de ciertos tipos de ataque (exigencia de legalidad estricta). Como vimos, la existencia de una lesión a un bien no determina por sí misma su carácter prohibido, como sucede en las causas de justificación.

Ello nos sitúa en una posición distante de Jakobs en la medida en que la norma no es el objeto de protección, pero tampoco hay objeto protegido sin una norma que prohíba su menoscabo. Es precisamente una preocupación de tipo garantística la que guía a este argumento.

Si el bien jurídico es tal, sólo en tanto y en cuanto exista una norma jurídica que prohíba su menoscabo, cabe preguntarse en qué radicaría el mal jurídico

23 Es la postura sustentada por Welzel (1976, p. 11) y Cerezo Mir (2008, p. 5), entre otros. Cfr. Polaino Navarrete (2002, pp. 109-134).

24 Así, por ejemplo, Mir Puig (1990, pp. 203-216) niega que tanto la función dogmática como la función político-criminal de bien jurídico sean suficientes para limitar el poder punitivo.

25 También es defendida la tesis de la desobediencia a la norma por Polaino Navarrete (2004).

penal. Es una pregunta que termina de perfilar los contornos de la afirmación anterior.

Si bien es radicalmente cierto que no puede haber norma que no proteja un bien jurídico –principio de lesividad–, no es menos cierto que la delimitación entre los conceptos de bien jurídico y bien jurídico-penal manifiesta que este último protege sólo a los bienes de ciertos ataques. Esos modos o formas de ataque son los que están previstos en los tipos penales.

Ahora bien, si no hay bien jurídico-penalmente-tutelado sin norma jurídico-penal, y si el derecho penal es una ciencia práctica,²⁶ resulta necesario afirmar que el mal jurídico penal no será la lesión a un objeto externo, sino una disconformidad con el mandato o prohibición contenido en la norma. Todo mal es la ausencia de un bien debido y esa ausencia o privación en la acción delictiva no es otra que la *falta de conformidad de la conducta con la regla (penal)*. En esa medida puede afirmarse que todo delito es siempre una afrenta a la norma, una desautorización o desestabilización normativa. Pero mientras que el normativismo radical se presenta como un sistema autopoietico, nosotros afirmamos que la norma penal pretende la consecución de un fin ulterior, que es el bien común político.

Por supuesto que, sentado lo anterior, cabe hacerse la pregunta de si existe un límite de contenido para determinar la validez de las normas jurídico-penales. Vale decir, aun cuando se admita que el delito es, fundamentalmente, una disconformidad con la norma, y que toda norma está orientada al bien común, queda aún por delimitar qué clases de acciones deben ser real y necesariamente previstas como delitos por atentar, precisamente, contra el bien común.

Frente a eso, debe decirse que la delimitación de qué clases de conductas debe fomentarse o prohibirse no es un tema de estricta teoría jurídico-penal,

26 Esta es la gran divisoria de aguas en el origen de la discusión iusfilosófica sobre la función de las normas: mientras que unos sostienen el carácter teórico-especulativo de la ciencia jurídica y que, por ello, los tipos penales describen *supuestos de hecho* que operan como disparador de sanción –como condición causal– (así lo entiende Kelsen, 1950), otros adoptamos la perspectiva práctica y asumimos la idea de que la distinción entre *norma* y *ley* es puramente lógico-teorética. La *norma* penal no es una conversión del *tipo* penal, sino sólo un modo particular de comunicar la prohibición. Que los tipos penales estén escritos de modo condicional (“el que matare será penado...”; “el que causare estragos será penado...”, etc.) es sólo una cuestión de estilo en la comunicación de la prohibición. El mismo tipo penal podría expresarse, sin modificar su alcance, de modo deontico (así, el tipo podría decir: “queda prohibido, bajo pena de sanción de 20 años, matar a otro”). Sobre esa concepción apoyamos la tesis de que la idea de causalidad en su concepción naturalista resulta poco o nada útil, mientras que el concepto de imputación explica mejor el carácter práctico del derecho penal. No se trata de quién causó un resultado, sino de quién debe responder –a quien cabe imputar– por una acción. La maldad no está en el resultado, sino en la acción.

sino de derecho constitucional y de filosofía jurídica. En el mejor de los casos, el estudio de la racionalidad de las prohibiciones es un tema de análisis comparativo entre la parte especial de los códigos penales y el contexto socio-político-constitucional. Se trata de un análisis político-criminal en el sentido más etimológico del término, no de dogmática penal. La idoneidad, racionalidad y proporcionalidad de las normas penales para la consecución del bien común político escapa a la órbita del penalista.

Creo, con todo, que las discusiones en torno al concepto de bien jurídico nos muestran que su delimitación es el arma con el que intérpretes y operadores, por un lado, y legisladores, por otro, pugnan por determinar la *legitimidad* de la prohibición. Parados desde la óptica del legislador, el bien jurídico cumple una función de justificación de la incriminación de ciertas acciones. Por el lado de los juristas y operadores, habrá quienes se plieguen a dicha incriminación – aceptando como válida la protección legal– y quienes intenten usar el concepto mismo de bien jurídico como elemento de restricción. Los primeros asumirán una concepción formal de bien jurídico; los segundos, un concepto material ligado a ciertos principios constitucionales, ya sea explícitos (legalidad, reserva) o implícitos (culpabilidad, proporcionalidad, fragmentariedad, etcétera).

5. La lesión como una expresión simbólica

Sostener que el bien jurídico penalmente tutelado no es un *pedazo* de naturaleza no parece ser una observación muy aguda.²⁷ Pero si ahondamos un poco el análisis, vemos que la lesión al bien jurídico se produce no mediante una causalidad empírica, sino fundamentalmente por la contradicción entre la expresión de sentido de una acción y la norma primaria o de conducta contenida en las leyes penales. Esto puede verse con mayor facilidad en los delitos cometidos mediante palabras: la injuria, la calumnia, el falso testimonio. Pensemos en el intento de A de injuriar a B en medio de un acto público mediante el uso de palabras en un idioma inentendible para el auditorio en el que esas palabras

27 En el mismo sentido, Mir Puig (2016) sostiene que “Los bienes jurídicos descansan a veces en una realidad material (así el bien ‘vida’) y otros en una realidad inmaterial (así el bien ‘honor’), pero en ningún caso se identifican conceptualmente con su substrato: así p. ej.: la realidad de la vida no constituye, en cuanto tal, un ‘bien’ jurídico, sino que, como mero dato biológico, todavía no encierra en sí mismo conceptualización axiológica alguna, es valorativamente neutra; pero dicha realidad de la vida puede contemplarse, además de como tal realidad empírica, como ‘bien’, si se atiende a su valor funcional. Aun cuando el bien descansa en una cosa corporal, su concepto no se agotará en el de ésta, puesto que requiere ser algo más que su ser cosa: ‘los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado’” (p. 173).

son proferidas. Unos dirán que ese acto podría calificarse como una tentativa inidónea, y la inidoneidad vendría a ser la falta de capacidad del medio empleado para producir o causar el resultado. ¿Puede pensarse seriamente que se trata de un problema de causalidad? El medio empleado, las palabras, es tan idóneo para injuriar como lo es una bala para matar.²⁸ Pero ello a condición de que las palabras no sean sólo *flatus vocis*, sino una expresión de sentido comprensible por el auditorio a quien va dirigido o, lo que es lo mismo, tengan un significado. Reducir el delito –en tanto acción– a su resultado material es tan absurdo como decir que el *Quijote* de Cervantes es medio kilo de papel y algunos gramos de tinta.

Si ello es así, si el bien jurídico penal no se reduce a un bien material, resulta claro que el concepto de causalidad que debe usarse no puede nunca ser el método de la comprobación empírica, si no el de una aproximación valorativa.

Podría pensarse que lo dicho supone una filiación neokantiana que dejaría sin sustrato material-ontológico al concepto de bien jurídico y, sobre todo, en lo atinente a la determinación sobre el carácter lesivo de la acción, haría perder científicidad en dicho análisis. Tal como ha puesto de relieve Mir Puig (2016):

El bien jurídico acaba, por esta vía, por dejar de ser un “bien” dotado de concreto contenido real, para confundirse con la abstracta “finalidad de la ley” –como llegó a sostener la exacerbación del concepto neokantiano de bien jurídico en un sentido meramente “metódico-teleológico”–. (p. 174)

En realidad, y como sostuve más arriba, el problema es el concepto de causalidad que se maneja. Resulta bastante fácil de comprender que el neokantismo, siguiendo los pasos de Hume, nunca descartó el concepto de causalidad en su acepción empirista. No es casual que el concepto de bien jurídico que Mir Puig (2016) tilda de espiritualista haya sido abrazado tanto por Von Liszt como por los neokantianos. Se trata de un denominador común tanto del ficismo empirista más acérrimo como del idealismo kantiano y, aún en nuestros días, por las diferentes posturas funcionalistas.

Pero si el concepto de causalidad es entendido en clave aristotélica, el problema desaparece, pues el concepto de causa no sólo se predica de las realidades empíricas, sino también de las realidades inmateriales. Así, un pensamiento

28 “El acto de habla es –o puede ser– constitutivo también de un delito de habla. Y ello explica que la Filosofía del lenguaje, y –en concreto– la teoría de los actos de habla, no puede pasar inadvertida para el penalista” (Polaino Navarrete y Polaino-Orts, 2004, p. 62).

es *causado* por la voluntad, un concepto es *causado* por la realidad exterior en cuanto captada por el intelecto, etcétera.

Mientras que para el kantismo una injuria sería el sonido –físico– más la significación valorativa añadida *ab extra*,²⁹ un aristotélico vería en la palabra misma tanto la realidad física de la palabra –sonidos– (materia) como su significación (forma).

Ello demuestra por qué los cultores de la teoría de la imputación objetiva –sobre todo los que adhieren al kantismo de Roxin– usan el fin de protección de la norma como el principal criterio corrector luego de haber constatado la causalidad material: habrá que indagar si tal proceso físico causal tiene, además, significación para el lado del derecho.³⁰

Es especialmente importante notar que el concepto de bien jurídico, cuyo origen está asociado al pensamiento liberal,³¹ tiene una función de límite a la tipificación de conductas exteriores. Ello es, otra vez, herencia kantiana. El derecho, para Kant (1873), no puede tener como objeto de regulación, sino las acciones exteriores, según su ya conocido concepto de derecho como “conjunto de normas que permiten que el arbitrio de uno coexista con el arbitrio de otro según una regla general de libertad” (p. 43). Así, tanto por su filiación liberal como por su evidente parentesco con el pensamiento kantiano, aquella concepción del bien jurídico debe tener siempre un soporte exterior y, en esa medida, ser susceptible de lesionarse mediante acciones exteriores que, precisamente por ello, podrán ser analizadas desde el principio de causalidad en sentido naturalista.

6. Causalidad e imputación

Kelsen (1950) sostiene que si bien la reacción penal frente al delito responde a una apariencia de causalidad, el sentido de la reacción es totalmente distinto.³²

29 Véase el final de la cita anterior de Mir Puig (2016): “Los bienes... son las cosas más el valor que se les ha incorporado” (p. 173).

30 Kelsen (2008, p. 32) asume expresamente esta conclusión. Para el austriaco, las conductas carecen de significación jurídica mientras no haya una norma que refiera su contenido a ella. Con ello se llega a sostener que la única diferencia entre un asaltante y un oficial público que secuestra un bien por orden de un juez sería que la conducta de este último tiene una norma que le confiere sentido jurídico, mientras que a la del asaltante le confiere un sentido antijurídico. Materialmente –intrínsecamente– no existirían diferencias entre ambas acciones.

31 Cfr. Roxin (1997, p. 55).

32 “Si un delito ha sido cometido debe ser ejecutada una sanción. Tal como en las leyes de la natu-

La diferencia proviene, evidentemente, de la distinción entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu.

Las semejanzas de la formulación de las relaciones que se dan entre uno y otro campo son sólo aparentes. Las relaciones que se dan en las ciencias del espíritu, dentro de las cuales están incluidas las ciencias sociales, son relaciones del orden del *deber ser*, mientras que en las ciencias de la naturaleza las relaciones son del orden del *ser*. Destaca así el austríaco el dualismo metafísico kantiano: el ámbito de lo empírico y el de lo racional como irreductibles, cada uno con sus reglas. A la ciencia de la naturaleza le corresponde la causalidad; a las del espíritu, la imputación.

La diferenciación entre ciencias sociales y ciencias naturales radica sólo en el diferente objeto: uno es operativo; y el otro, inteligible. En la filosofía realista clásica se usan términos distintos y no del todo equivalentes a los usados por Kant, aunque provisoriamente y sin demasiado rigor podríamos decir que el realismo denomina *orden teórico-especulativo* a lo que los kantianos denominan ciencias de la naturaleza, y *orden práctico* a lo que desde Kant se denomina ciencias del espíritu.

Desde los presupuestos filosóficos con los que abordamos el tema, la distinción no será entre dos mundos irreductibles, como se propone desde el kantismo (el mundo del fenómeno y el mundo de la significación), sino que se distinguirá entre objetos diferentes –lo operable y lo inteligible–, pero pertenecientes a una misma y única realidad. Ahora bien, como el método se sigue del objeto, resulta necesario afirmar que el mundo de lo operable o agible (dentro del que se encuentra el conocimiento jurídico) tiene su método propio y diferente de las ciencias teórico-especulativas.

Aquí se propone otra visión del problema de la causalidad. Partimos de la base de que los conceptos de causalidad e imputación tienen exactamente el mismo significado o, mejor dicho, el *concepto de imputación corresponde a un tipo de causalidad*.

raleza, la norma jurídica conecta dos elementos entre sí. Pero la conexión descrita por la norma jurídica tiene un significado completamente distinto del que de causalidad. Por esto, es evidente que el delito no está conectado con la pena y el hecho ilícito civil no está conectado con la ejecución forzada del mismo modo que una causa se conecta con su efecto” (Kelsen, 1950, p. 2). El original reza: “If a delict has been committed, a sanction ought to be executed. Just as a law of nature, a rule of law connects two elements with each other. But the connection described by the rule of law has a meaning totally different from that of causality. For it is evident that the criminal delict is not connected with the punishment, and that the civil delict is not connected with the civil execution, as a cause is connected with its effect”. No se nos escapa que Kelsen se refiere aquí a algo distinto de lo que venimos estudiando: a la relación delito-pena, mientras que nosotros estamos evaluando la relación entre acción y la lesión al bien jurídico.

Imputación no es otra cosa que la atribución de algo a alguien. Como en el ámbito de las ciencias experimentales, los fenómenos no son *alguien*, sino *algo*; usamos el término causalidad para referirnos a ese tipo de relaciones de fenómenos naturales o físicos. Pero dentro del gran mundo de las causalidades, hay un grupo de ellas que presentan características específicas, esto es, que *son dirigidas por una voluntad deliberada*. No hay, en el ámbito de las acciones, causas ciegas o inertes, sino humanas y voluntarias. El resultado ya no es atribuido, como su causa, a *algo*, si no a *alguien*. A eso lo llamamos imputación: cuando imputamos, estamos afirmando “esto es tuyo”, “tú eres el dueño de esta acción”.

Resulta claro que no toda intervención humana implica siempre una acción penalmente relevante, pues sólo interesan aquellas que proceden de una *intención deliberada*.³³ Las acciones que escapan a ese tipo también son causales, pero no interesan al derecho penal. Son modos de intervención humana que, por carecer de dirección voluntaria y libre, se quedan en su mera materialidad, en aquello que tiene de puramente físico y no pueden atribuirse como a su dueño a la persona (dimensión práctica), sino al orden biológico, físico, etc., esto es, al ámbito de las ciencias teórico-especulativas.

Como quizás puede notarse, se está asumiendo aquí una concepción muy similar, aunque no idéntica, a la sostenida por Hruschka (2009). Afirma el profesor alemán, con apoyo en los autores del iusnaturalismo racionalista, que –a la par de la corriente distinción entre *reglas de justificación* y *reglas de exculpación*– existe otra mucho más relevante: la que distingue entre reglas de conducta y reglas de imputación. Esta última distinción, que el profesor teutón les atribuye a autores como Fletcher, Dan-Cohen y Bird en el ámbito estadounidense (Hruschka, 2009, pp. 11 y ss.), cuenta con otras teorizaciones en autores de la talla de Hart (1963), cuando sostiene la distinción entre reglas primarias o de conducta y, dentro de las reglas secundarias, las de adjudicación. Por lo demás, aunque no fue tratada expresamente de ese modo, en la filosofía aristotélico-tomista tales funciones de las normas también fueron detectadas. En efecto, sostiene el Aquinate (S. Th. II, Q. 90, a. 1) que la ley es tanto *regla o medida del acto* humano –destacando la función de baremo, que coincide con las reglas de

33 Del mismo modo que Creus afirma (ver nota 17) que sólo son penalmente relevantes las acciones que ya son antijurídicas (antijuridicidad pretipica), pensamos que es posible también reordenar ciertos elementos de la culpabilidad para ser llevados a la categoría de la acción, pues el tipo penal no describe procesos causales ciegos, sino actos humanos propiamente dichos. Si ello es así, algunos temas, como las alteraciones morbosas, que tradicionalmente se estudian a nivel de la culpabilidad, deberían ser analizados al nivel categorial de la acción, pues ellas impiden hablar de un acto humano *proprie loquendo*.

imputación de Hruschka (2009)– y la regla como *causa eficiente del acto*, en la medida en que la regla mueve, obliga a la acción (o abstención).

La distinción toma especial relevancia desde que presenta la ya tradicional distinción entre objetivo y subjetivo, pero desde un nuevo enfoque. Mientras que en la tradicional dogmática clásica lo objetivo era el mundo de lo físico y lo subjetivo el mundo de lo psicológico, en Hruschka toman un matiz diferente.

Lo que intentamos poner de relieve del pensamiento de este autor es la afirmación de que sólo se puede hablar de imputación partiendo del acto libre *in causa*. En efecto, dentro de las reglas de imputación distingue dos niveles: el primer nivel, o *imputatio facti*, y el segundo nivel, o *imputatio iuris*. A poco que se observe el planteo, el lector notará la analogía que señalábamos más arriba: la *imputatio facti* se corresponde con lo objetivo que hay en el hecho; y la *imputatio iuris*, con lo subjetivo. En efecto, Hruschka (2009) sostiene que la imputación del primer nivel es

la declaración de que el sujeto en cuestión es “causa moralis” del hecho comisivo y omisivo del que se da cuenta. Frente a ello, la imputación de segundo nivel [...] es el “iudicium de merito facti”, esto es, la imputación “al merecimiento”. (p. 15)

La novedad en el planteo del profesor alemán radica en que lo que la tradicional dogmática entendería como lo objetivo –primer nivel de imputación–, sin dejar de ser objetivo, no es, en la teoría de Hruschka, una causación física, sino una *causación moral*. Entendemos que, felizmente, la distinción hecha luz a la vetusta asimilación de lo objetivo con lo físico-causal y lo subjetivo como lo psicológico. Pero más aún nos interesa destacar, a los efectos de la línea en la que venimos argumentando, que lo objetivo no se matiza y limita con elementos normativos o político criminales, sino con los antropológicos. El primer nivel de imputación será causal, pero como *causación moral* que presupone un acto libre. A nadie se le puede atribuir penalmente una sanción si no es a condición de que haya, ante todo, realizado un *acto humano*, el que es considerado –precisamente– como la causa –moral– de la lesión al bien jurídico.

Desde dicha perspectiva, tomando la *causalidad* en su acepción de *imputación* o *causación moral*, su análisis se ha dado en el ámbito de la categoría de la acción, de la tipicidad y de la culpabilidad, y se vuelve relevante en el tratamiento tanto de la tentativa como de la autoría.

En efecto, ¿qué tarea se realiza a nivel de la categoría de la acción si no es la de determinar si, ya desde el inicio, una situación determinada –llámese resultado, llámese lesión a un bien jurídico– es atribuible o no a alguien como

obra suya? De hecho, desde Welzel estamos todos de acuerdo en descartar la relevancia penal de cualquier situación generada por una persona que no actúa como agente, sino como una masa mecánica, poniéndose así de relieve que la causalidad que interesa no es la física.

¿Qué tarea analizamos a nivel del tipo objetivo cuando, a través de la teoría de la imputación objetiva, pretendemos erradicar procesos causales que disminuyeron el riesgo, que se dieron por una causalidad –física– diferente a la que pretendió el agente (desviación del curso causal) o cuando negamos la responsabilidad penal por los segundos resultados? La respuesta nos conduce siempre a un juicio sobre el acto como causa moral. Esto sólo por poner algunos ejemplos, en los cuales se pone claramente de manifiesto que el concepto de *causación moral* o de *acto humano deliberado* cumpliría la misma función que la teoría de la imputación objetiva: eliminar la imputación de supuestos en los que, ya sea por falta de previsibilidad *ex ante* –desviación de curso causal y segundos resultados– o por un mérito evidente –disminución del riesgo–, la lesión no puede ser razonablemente imputada al autor del hecho.³⁴

Si analizamos la respuesta que la teoría de la imputación objetiva le ha dado a los casos de no imputar el resultado cuando éste se produce por un riesgo distinto al creado por el sujeto o cuando falta la adecuación –concreción del riesgo no permitido en el resultado–, en definitiva no se hace otra cosa que afirmar que a *ese agente* no les es *imputable* (no le es atribuible moralmente) *este resultado*.

Por lo demás, en el ámbito forense –y aun en la ciencia penal– es común hablar en los siguientes términos: “a Fulano se le imputa tal hecho”, “el hecho imputado es el siguiente...”. Si se pone un poco de atención, puede notarse que, cuando se habla en esos términos, se está refiriendo al “hecho típico”. Ello puede interpretarse sólo de dos modos: el término “hecho” se usa como sinónimo de “resultado” o bien como sinónimo de “acción”. Surge a las claras que no puede referirse a un resultado cuando lo que se describe es un acto humano. La caída de un cuerpo al vacío o la combinación de partículas son hechos, son un *factum*. Lo que se describe cuando se acusa a alguien de la comisión de un delito es siempre un *opus* o, más precisamente, una *actio*. El término “hecho”, frecuentemente usado tanto en la práctica forense como en la ciencia penal, es una licencia lingüística que sería conveniente ir erradicando.

Anscombe (1963) ha descrito muy de cerca este fenómeno. En efecto, a

34 En el caso de la disminución del riesgo nos parece, con todo, que merece otro tratamiento: en efecto, los casos de causación de un resultado menos lesivo como salvador de un bien mayor debe ser tratado como una causa de justificación, no de falta de imputación objetiva.

partir de una clara distinción entre los objetos formales desde los que se puede abarcar la acción humana –bien como intención, bien como algo ya realizado–³⁵ rechaza que la mera descripción exterior de una acción pueda ser suficiente para comprender su contenido.

Que los peritos, por ejemplo, prescindan de toda norma y describan la mecánica de una determinada muerte en términos descriptivos, como un *factum*, se debe a que el *objeto formal quod* es diferente del propio del jurista. Claro que toda acción, como ente real que es, tiene su materialidad y, en ese sentido, puede ser objeto de estudio de más de una disciplina. Dicho en otros términos, la acción humana puede ser *objeto material* de la psiquiatría, la medicina, la sociología, la moral, el derecho; a su vez, dentro de éste, el civil, el penal, el administrativo, etc. El jurista, tanto el intérprete como el legislador, aborda esa realidad –la acción– desde el *objeto formal propio de su disciplina*. En el caso del derecho penal, ese enfoque u objeto formal desde el que se mira a la acción es el de su *conformidad o disconformidad con las reglas de conducta (parte especial), para lo cual se usan, a su vez, determinadas reglas de imputación (parte general)*.

Otro lugar demostrativo del rol que le cabe al concepto de causalidad en la teoría del delito es el de la *actio libera in causa*. La teoría de la *actio libera in causa* tiene, por medio de una aplicación analógica, gravitación en distintos momentos de la teoría del delito: su uso tradicional se limitaba a los casos en los que el sujeto carece normal motivabilidad a nivel de la culpabilidad. Pero, además, si se aborda la *actio libera* como un tópico, vemos que puede ser usado también para explicar otras aporías de la teoría del delito.

Por un lado, en los casos de la fuente del deber de actuar en los delitos de omisión impropia: la conducta precedente –*actio libera*–, aunque lícita, puede poner al sujeto en condiciones de dominar los acontecimientos de los que nacerá el deber de impedir un determinado resultado (Schünemann, 2004, pp. 13-26). Tal deber, superada la discusión acerca de sus fuentes formales, surge del propio actuar del sujeto, quien libremente asume una función de control de los acontecimientos.

En efecto, como sostuvo Pufendorf:

Una *actio* (cualquiera), que pueda guiarse por una norma moral y cuyo acontecer o no acontecer está al alcance de la persona, puede ser imputada a esa persona. Y, a la inversa, no puede imputarse a una persona aquello que ni consi-

35 “Many of our descriptions of events effected by humans being are formally descriptions of executed intentions” (Anscombe, 1963, p. 87).

derado en sí mismo ni en su causa está a su alcance. (Como se citó en Hruschka, 2009, p. 52)

También puede ser usada la doctrina de la *actio libera in causa* para los casos de ignorancia deliberada. En efecto, el sujeto que mediante una acción libre decide ponerse no ya en una situación de inimputabilidad, sino en una ignorancia tal que evita caer en el tipo doloso, asume una posición tal que la violación a la norma jurídica puede serle imputada.

7. Causalidad y autoría

La puesta en crisis del uso de la causalidad en la teoría del delito no tiene como finalidad descartar necesariamente su uso. La distinción entre causación e imputación pretende, sobre todo, demostrar que la causalidad sólo gravita en los delitos activos de resultado, pero deja grandes lagunas argumentales al momento de abarcar otros tipos de injusto.

Uno de los principales problemas que trae consigo la idea de causa como *conditio sine qua non* es que impide distinguir entre autores y partícipes (Schünemann, 1991, p. 46).³⁶

Semánticamente, y desde el lenguaje cotidiano, preguntarse quién ha causado algo equivale a preguntar quién es su autor. El concepto de causa está ligado necesariamente al de autoría.

En esos términos, la causalidad como *conditio sine qua non* no sólo debe tener un uso limitado a los delitos activos de resultado (siempre que –a su vez– el concepto de causalidad no se reduzca a una concepción naturalística), sino que su traslado a la teoría de la autoría y participación merece serias observaciones.

Así, debe tenerse presente que la indagación debe hacerse desde un punto de vista opuesto al que tradicionalmente se adopta: lo habitual es que se proceda a mirar la causalidad desde la acción y, a partir de ahí, se indaga acerca de si el resultado es efecto de aquella acción. Ese punto de vista distorsiona todo el panorama y lo vuelve realmente confuso. Ello así, pues una acción –sobre todo si se la mira desde el punto de vista físico– causa multiplicidad de efectos. Se trata de un error explicable si se toma en cuenta que la previsibilidad *ex ante* requiere ponerse en los zapatos del autor del hecho y observar desde ese lugar el acontecer causal. Pero ello supone una confusión de los planteos objetivos

36 Ello motivó a que, durante largo tiempo, la jurisprudencia alemana adoptara la teoría subjetiva (*animus auctoris/animus socii*) para distinguirlos.

y subjetivos. Ese modelo, que denominaré *prospectivo*, incurre en dos grandes falacias: por un lado, es una verdadera petición de principio en tanto que sirve, en el mejor de los casos, para confirmar una causalidad presunta, pero no para indagar acerca de ella. Por otro lado, frecuentemente hará incurrir en la *fallatia de non causa ut causa*.

En este modelo prospectivo del análisis causal se junta una serie de elementos que, usados de ese modo, son un verdadero combo explosivo que lleva a extender enormemente la causalidad como criterio de imputación. En efecto, en ese modelo se juntan: previsibilidad *ex ante* y causalidad como *conditio sine qua non*. Así las cosas, bastará que la acción opere como una mera condición y que haya una relación de previsibilidad entre esa condición y el resultado para que la causalidad se dé por satisfecha.

Con respecto a la petición de principio, ésta se demuestra con claridad a partir de una sola pregunta: ¿por qué se indaga sobre la causalidad de esa acción y no sobre otra? Precisamente porque se asume –o presume– *ab initio* que es esa la que ha causado el resultado.³⁷ Así las cosas, ese modelo prospectivo servirá para confirmar o descartar una presunción de causalidad ya asumida. No se trata de un modelo que permita indagar la causa, sino –en el mejor de los casos– confirmar una presunción.

Pero si se cambia el punto de vista y, en lugar de partir de la acción, nos paramos desde el punto de vista de la violación a la norma como termino *ad quem* y adoptamos un punto de vista *retrospectivo*, la cosa cambia radicalmente. En ambos casos, se parte de un efecto. La diferencia radica en que, en nuestro modo de ver las cosas, el observador permanece estático en el momento de la violación a la norma –o lesión al bien jurídico, en los delitos de resultado– y desde ahí indaga la causa.

En el modo de proceder habitual, se usa un método complicadísimo y poco intuitivo. Así, se comienza por el resultado, pero se realizan dos operaciones concomitantes y engorrosas: a) se selecciona una acción –la que “quede más cerca”–; y b) se la investiga para ver si fue esa acción la causa del resultado. Para

37 Esto es destacado aun por el mismo Roxin (1997) al criticar el método de la supresión hipotética y el modelo propuesto por Mezger: “Si p.ej. se quiere saber si la ingestión del somnífero ‘contergan’ durante el embarazo ha causado la malformación de los niños nacidos subsiguientemente (así el caso LG Aachen JZ 1971, 510), no sirve de nada suprimir mentalmente el consumo del somnífero y preguntar si en tal caso habría desaparecido el resultado; pues a esa pregunta sólo se puede responder si se sabe si el somnífero es causal o no respecto de las malformaciones, pero si eso se sabe, la pregunta está de más. En una palabra: la fórmula de la supresión mental presupone ya lo que debe averiguarse mediante la misma” (p. 350).

ello, no queda otra opción que pararse desde el punto de vista de la acción y observar todos los resultados que ella pudo haber generado. Si uno de ellos coincide con el resultado que interesa al derecho penal, se le imputa.

En el mejor de los casos, se procederá luego, mediante la idea del nexo de antijuricidad, a corroborar o descartar la relevancia *normativa* de ese aporte. Pero interesa destacar que este modo de proceder le proporciona al intérprete un acervo excesivamente amplio a donde ir a buscar supuestos fundamentos causales a los que atribuir un resultado. Así, quedaría en manos del fiscal la elección de cualquiera de los factores condicionantes –meras condiciones– para atribuirle el resultado a un sujeto por el sólo hecho de ser condición.

Así las cosas, las diferencias entre autores y partícipes necesarios se desdibuja completamente. Si el partícipe es necesario y se adopta la teoría de la *conditio*, resulta evidente que su aporte es tan determinante y causal respecto al resultado como el del autor principal. Y si ello es así, las diferencias entre uno y otro no podrán fundarse ya en criterios objetivos, sino en aquellos puramente subjetivos. Incluso la teoría del dominio del hecho pierde todo sustento, pues siendo el aporte del partícipe tan causal como el del autor principal, es evidente que aquél domina el hecho tanto como el autor, toda vez que sin su aporte el injusto no se realiza.

En la causalidad alternativa, si se toma el método de la supresión hipotética propio de la teoría de la condición, se llega también a una consecuencia absurda: si se imputa a A por el homicidio de B y se demuestra que B habría muerto de todos modos por una trampa mortal que le puso C para cuando A llegara a su casa, resulta claro que, suprimida la acción de A, la muerte de B se habría producido de todos modos (cuando cayera en la trampa que puso C); pero ello no podría usarse razonablemente para decir que no hubo causalidad en la acción de A.

Por mi parte, entiendo que el modo en el que debe procederse es exactamente inverso. Se parte del resultado –en nuestra tesis: lesión a un bien jurídico en los delitos de resultado o violación a la norma en los de omisión y de mera conducta– y, manteniéndose en ese punto de vista, se mira “hacia atrás”, indagando acerca de los acontecimientos o fenómenos que de manera próxima lo producen o causan. Si ese fenómeno causal es proveniente de cierta actividad humana –un acto humano propiamente hablando–, tenemos materia suficiente para seguir la indagación. De lo contrario, estaríamos frente a una mera fatalidad física.

Esta tesis posibilita conectar de manera lógica la intervención de varios suje-

tos. Ello así, pues mientras que en el modo de proceder tradicional se selecciona de antemano a los sujetos para indagar luego si tuvieron aportes causales, en nuestro modo de ver, la imputación a los sujetos no es el inicio, sino el término *ad quem* del análisis. Vale decir que, en el modo de pensar tradicional, primero se imputa y luego se corrobora la coincidencia con el aporte causal. Por mi parte, entiendo que debe procederse de manera inversa: primero se verifica el aporte causal y luego se imputa.

La principal ventaja que esto presenta es que permitiría, por ejemplo, poder imputar como partícipe a un sujeto por un delito cuyo autor principal se desconoce, todo ello sin violar el principio de accesoriedad. Así las cosas, no transgrede ninguna regla lógica el imputar como partícipe a alguien que es juzgado sin que se determine quién es el autor principal, todo ello porque, según acontecieron los hechos, ese resultado no pudo haber sido causado *sólo* por ese sujeto, pero tampoco *sin* ese sujeto. Son casos de participación necesaria determinadas *a priori* en los que tendríamos un título de imputación objetiva suficiente. En estos casos, si se procediera con el método que denominé *prospectivo*, dado que el sujeto realizó un aporte causal, y se adopta la teoría de la condición, ante el desconocimiento de quién es el autor principal, la imputación sería siempre a título de autor.

Muchas veces se confunde la condición conceptual necesaria, expresada en la esencia de una cosa, con su causa. Si tomamos el método de la supresión hipotética –cuya dudosa utilidad no consiste en ser una herramienta de búsqueda de la causa, sino, en el mejor de los casos, de corroboración de una presunción o hipótesis–, no podría haber agua sin que haya dos moléculas de hidrógeno y una de oxígeno. Pero nadie en su sano juicio diría que el hidrógeno y el oxígeno causan el agua. Del mismo modo, el sonido es *conditio sine qua non* para la música, pero el sonido no es causa de la música.

La distinción entre *causa* y *condición* es correlativa a la de existencia y esencia, respectivamente. La causalidad pertenece al plano de la existencia, mientras que la condición pertenece al de la esencia. La condición no es otra cosa que aquello que la esencia de una cosa reclama para ser eso y no otra cosa, pero no determina su existencia eficientemente. En el mejor de los casos, podrá decirse, volviendo a los ejemplos, que el hidrógeno y el oxígeno son *causa material* del agua, que las cantidades de átomos y su disposición son la *causa formal* del agua. De igual modo, el sonido es *causa material* de la música y la disposición de los sonidos es la *causa formal* de la música. Pero sólo el artista es causa en el sentido de causalidad eficiente.

Así entendida la causalidad en el ámbito de la autoría y la participación, los conceptos de causalidad material, formal y eficiente son elementos de análisis indispensables y rigurosos para distinguir los aportes al delito. *Sólo el autor es causa eficiente del delito*. Los partícipes se limitan a realizar aportes que son causa material, causa formal o meramente instrumental.

Así, el inductor no determina eficientemente, sino sólo formalmente, toda vez que el inducido es capaz de realizar un acto humano propiamente dicho. Así, quien es determinado actúa a modo de *causa moralis*, realizando materialmente una conducta *propia*, aunque formalmente (extrínsecamente) determinada por otro. Quien convence –determina– a otro para que –libremente– cometa un ilícito determinado está obrando como causa formal extrínseca –dándole cierta regla de acción sobre lo que debe hacer–, pero no es *causa moral* del actuar del inducido.

Los partícipes, tanto necesarios como secundarios, realizan aportes *materiales o instrumentales* de los que se vale el autor para cometer *su* propio ilícito, pero no son causa eficiente.

Ya sea que se parta de la idea de dominio del hecho o de la causalidad, en definitiva, lo que se busca siempre con la pregunta sobre el autor es a quién atribuirle este hecho como algo *suyo* (*causa moralis*, en términos de Hruschka (2009)). Las diferencias vendrán dadas por los criterios de atribución, y la búsqueda de ellos no ha sido sino una vicariante afirmación, a veces sobre lo objetivo, a veces sobre lo subjetivo. La historia de los criterios de responsabilidad civil nos demuestra aquel ir y venir entre lo subjetivo y lo objetivo, según sea el contexto político y filosófico en el que se dé la afirmación.

8. Causalidad y tentativa

Para la mayor parte de la doctrina, en la tentativa no hay causalidad, ya que, por concepto, el resultado (efecto) no se produce. Por nuestra parte, y partiendo de que la causa no es necesariamente de un resultado físico, sino de la lesión a un bien jurídico, y que por imperio del principio de lesividad no puede haber sanción penal sin vulneración de un bien jurídico, entendemos que en la tentativa hay lesión y hay causalidad en esa lesión.³⁸

Para que esto tenga sentido, hemos de entender que el concepto de tentativa

38 En igual sentido se ha dicho que “también el delito en grado de tentativa, al igual que el delito consumado, supone una lesión a la norma, una desautorización normativa...” (Polaino Navarrete, 2004, p. 13).

se extrae de un tipo genérico de delito. La tentativa es un *modo* de delinquir. Es un modo de comisión imperfecto respecto del delito intentado, pero *perfecto respecto del tipo de tentativa*. Lo que falla en la tentativa –y que la vuelve un delito imperfecto– no es la causalidad, sino el plan del autor. Lo frustrado es el plan del autor. Pero esta frustración que le impide obtener el fin propuesto no implica negar que esa conducta ya ha causado una lesión a un bien jurídico: el bien jurídico tutelado por el tipo de tentativa.³⁹

Esta conceptualización de la tentativa permite, en consonancia con los grandes principios universalmente aceptados en la ciencia penal, responder acabadamente tanto al fundamento de su punición como a su relación con los demás tipos penales.

En efecto, todo delito consumado supone un estadio tentado. Quien “con el fin de cometer un delito determinado” preordena los medios para la consecución del fin, no sólo quiere el fin, sino también los medios que a él se dirigen. La voluntad exigida para el delito abarca tanto al fin como a los medios. Como puede observarse, al tratar los concursos aparentes de delitos resueltos por el principio de subsidiariedad, la acción del sujeto puede ir escaladamente pasando por distintos delitos que se preordenan teleológicamente a la comisión de otros: por ejemplo, quien rompe una puerta como medio para lograr el robo. La rotura de la puerta ya es, en sí, delictiva y llena plenamente el tipo de daño, el cual quedará como subsidiario en caso de que el robo no sea consumado.

Análogamente, en la tentativa, quien comienza la ejecución de una acción típica de cualquier delito de resultado incurre –como un medio– en el *tipo de tentativa*, el que quedará como tipo subsidiario para el supuesto en que el resultado final pretendido con el plan no se consume.

Este tipo de tentativa es, así considerado, un delito de mera actividad.⁴⁰

39 No me detendré aquí a indagar sobre cuál es el bien jurídico tutelado por tipo de la tentativa. En principio, me vuelco a sostener que ese bien jurídico es el de la paz pública. En esto nos distanciamos de la posición del normativismo radical. Como vimos más arriba, para Jakobs (2000), lo que justifica la punición de la tentativa no es la lesión de un bien jurídico, sino el ataque a la vigencia de la norma. Resulta obviamente necesario afirmar que no puede haber pena sin infracción a la norma, pero el bien jurídico no puede nunca consistir en la norma misma ni en el sistema. Ello lleva a una comprensión del derecho penal y de las normas penales como fines en sí mismos y a una verdadera tautología. El ataque a la norma es *condición* de cualquier injusto, pero la norma no es la *materia* de protección penal. Si lo fuera, debería concebirse un sistema penal protectorio de normas penales, el cual, a su vez, por estar compuesto de normas, vendría reforzado por otro sistema protectorio y así *ad infinitum*.

40 Esta concepción de la tentativa como un tipo autónomo debe entenderse como lo hace Mir Puig (2016, p. 355) y, en igual sentido, Polaino Navarrete (2004, p. 17). Esto es, como un tipo o modo de cometer un injusto que tiene sus propios elementos típicos, aunque relacionados con los de la parte especial. Pero, en todo caso, habrá siempre un injusto propio de la tentativa.

Por ello mismo, así como no es concebible una tentativa para los delitos de mera actividad, tampoco es admisible una tentativa de la tentativa. Del mismo modo, en el desistimiento, lo que el sujeto desiste es el delito, no de la tentativa. Cuando se dice desistimiento *de* la tentativa se incurre en un error en el uso del lenguaje, por lo que debe decirse desistimiento *en* la tentativa. El acto de *intentar* no puede borrarse de la realidad, ya existió y consumó el tipo de la tentativa de la parte general. Se puede desistir de lo que todavía no se logró –el delito fin–, pero no del intento que ya se materializó; esto es así aun cuando hayan quedado en el plan concreto del autor algunos medios posteriores todavía pendientes de realización (en los casos de tentativa inacabada). En el desistimiento se interrumpen los medios que aún faltan poner para la producción de la lesión al bien jurídico del tipo de la parte especial de la que se trate –el delito determinado–, pero no de los medios que ya usó para su consecución y que ya lesionan el bien jurídico tutelado por el tipo de tentativa. Este menor contenido de injusto –tanto objetivo como subjetivo– es lo que amerita un tratamiento más indulgente con el desistimiento. Quien desiste cede tanto objetivamente, en los actos que aún quedan pendientes para lograr la consumación, como subjetivamente, en la medida en que implica un acatamiento –aunque tardío– de la norma prohibitiva. Por ser tardío el acatamiento es que puede pensarse, pero, en la medida en que hubo acatamiento, la pena debe ser menguada.

Así las cosas, las acciones que no produzcan el resultado pretendido según el plan concreto del autor siguen, con todo, siendo acciones causales respecto de la lesión al bien jurídico tutelado por el tipo de la tentativa.

Estas concepciones de la tentativa como un tipo de la parte general que también protege un bien jurídico y de la relación causal de la conducta como lesión a un bien jurídico nos sacan de un doble problema –argumental y constitucional– en el que se encuentra actualmente la fundamentación de la punición de la tentativa: por un lado, nos evitan recurrir al peligrosismo subjetivista –según el cual, el fundamento de la punición sería la peligrosidad expresada por el sujeto–, violatorio del principio de culpabilidad. Por otro lado, nos evita tener que admitir penas sin lesión a un bien jurídico, lo que resultaría también violatorio del principio constitucional de lesividad. Al mismo tiempo, esta postura da una respuesta más satisfactoria que la denominada teoría de la impresión o conmoción, pues mientras esta última hace depender la punición de la tentativa de algo absolutamente relativo, como es la supuesta conmoción, la propuesta que aquí traemos da una solución objetiva y claramente verificable.

9. Causalidad y omisión

La mejor demostración de que la causalidad sólo opera como un tópico argumental y no como un elemento necesario de la imputación puede verse en los tipos omisivos, sean de omisión propia o impropia. En los delitos de resultados, el acaecimiento del resultado previsto por el tipo legal *tiene una causa*, pero esa causa no es la omisión.⁴¹ Como tal causalidad no es argumentalmente útil para la imputación, se abandona la concepción fisicista y se prefiere decir que, en los delitos de omisión, no hay causalidad (Luzón Peña, 2017). El error parece muy claro: la causalidad en la omisión será irrelevante, mas no inexistente.

La tesis desarrollada por Schünemann sobre que el omitente es imputable en tanto tiene el dominio sobre el fundamento del resultado coincide, conscientemente o no, con la afirmación de Pufendorf (1931) citada más arriba. De lo que se trata es, en términos de este autor, de imputar a quien tiene a su alcance un acontecer o un no acontecer. Tener a su alcance y dominar el fundamento del resultado son dos modos de decir lo mismo. De nuevo, un excesivo normativismo –usando términos como *roles* y *expectativas*– ha extendido demasiado el uso de la omisión impropia, olvidándose de que la mera portación de un rol no es equivalente al poder de evitación y a un mínimo control sobre el suceso.

Si la figura de infracción de deber es utilizada sólo como un criterio de determinación del autor en los delitos de propia mano, en los que el titular del rol del que surge el deber es considerado autor aunque no realice la acción típica, no nos oponemos a su uso. Pero su uso como criterio de imputación para los delitos de omisión impropia –de modo tal que es considerado responsable quien, infringiendo un deber, no evita el resultado– resulta gravemente excesivo, pues no todo el que infringe un deber es, por ese solo hecho, un sujeto capacitado para controlar el fundamento del resultado. Vale decir: para imputar en la omisión bajo la figura de la infracción de deber es necesario que éste vaya acompañado de su concreta capacidad de evitación del resultado.

Que ello sea así queda demostrado por el hecho de que tanto los delitos imprudentes como los de omisión impropia, que Roxin (2000) incluyó en su célebre obra *Autoría y Dominio del Hecho* como casos de delitos de infracción de deber, fueron excluidos posteriormente por el mismo autor (Roxin, 2014, p. 851).

41 Afirman la existencia de causalidad en la omisión, entre otros, Engisch y Mezger (como se citó en Gimbernat Ordieg, 2000). Entre quienes la niegan, encontramos a Arthur Kaufmann: “Que no se hubiera muerto si la madre hubiera cumplido su obligación, no tiene nada que ver con la causalidad. La causalidad no puede consistir en un *Irrealis Plusquamperfecti*. Por ello, la omisión, como tal, nunca es causal” (como se citó en Gimbernat Ordieg, 2000, p. 42).

Por su parte, en lo atinente a la imputación de la omisión, entiendo que lo que se diga de la omisión es perfectamente aplicable al delito imprudente, pues el fundamento de la imputación es el mismo: realizar una acción distinta de la debida. Todo delito imprudente es una clase de omisión. Pero si se pierde de vista esta relación entre el delito imprudente y la comisión por omisión, se llega a la consecuencia de la ampliación del concepto de omisión impropia: toda omisión dolosa de un deber extrapenal de cuidado sería, así, equivalente al tipo activo. Ello nos parece una extralimitación y una eliminación de facto de los tipos culposos, sobre todo en los casos de homicidio. Lo correcto sería sostener que el género es el delito de infracción del deber. En él estarían contenidas las categorías de delito imprudente y de omisión impropia. La diferencia específica entre ellos viene dada por el hecho de que en la omisión se requiere que la infracción al deber sea dolosa y que la conducta debida sea certeramente capaz de evitar el resultado.

Por último, cabe destacar que esta posición intenta tomar seriamente el principio de culpabilidad penal en la medida en que se insiste con el incumplimiento doloso directo del deber. La insistencia está motivada por el incorrecto uso que se viene realizando de la figura de infracción de deber, en donde sólo se exige un *conocimiento* del deber de actuar para dar por satisfecha la imputación. Ello es especialmente verificable en la persecución de los delitos de corrupción de funcionarios públicos. Creo que aquí la doctrina y la jurisprudencia comienzan con construcciones de *lege ferenda* y analogías *in malam partem*: que los códigos penales no contengan habitualmente figuras culposas para los delitos de funcionarios públicos obligará políticamente al legislador a crearlos, pero no le da derecho a la doctrina y a la jurisprudencia de llenar esos vacíos punitivos en violación al principio de legalidad penal.

10. Conclusiones

El paradigma naturalista en la causalidad subyace, como vimos, en las distintas versiones de la teoría del delito. Al decir de Schünemann (1991), se trata de un verdadero “empecinamiento en el concepto de causalidad” (p. 45).

Creemos que el concepto de causalidad no puede rechazarse de plano, pero requiere una reconsideración sobre su contenido. Si se lo entiende en su acepción naturalista, vimos que su utilidad se reduce a los tipos activos de resultado y sólo para el autor que logra consumir. Ni el inductor ni el partícipe necesario –mucho menos el cómplice– causan en el sentido físico del término, como tam-

poco lo causa quien sólo lo intenta. Si se sostiene que el partícipe necesario es causa, nos vemos obligados a echar por tierra los criterios materiales objetivos y sólo podrá distinguírselos según la vieja teoría subjetiva.

En los delitos de mera actividad y en los de peligro, la situación es análoga. La causalidad física carece de toda utilidad. Se sostiene, de manera unánime, que la distinción entre esta clase de delitos y los delitos de resultados radica en que mientras que éstos exigen para la configuración del tipo objetivo cierta modificación en el mundo exterior (un resultado externo), los tipos de mera actividad se agotan en el la acción misma, independientemente del resultado. Así, el falso testimonio (art. 275 del Código Penal [CP]) sería un delito de mera actividad y el resultado –haber provocado una sentencia condenatoria–, en su caso, configurará un tipo distinto.

Ello ocurre en todos los casos en los que el verbo típico agota el contenido de la prohibición: “asumiere o ejerciere funciones públicas sin título o nombramiento” (art. 246, inc. 1 del CP); “llevar insignias” (art. 247 del CP); “pusiere en peligro” (art. 106 del CP).

Los delitos de mera actividad son, en su totalidad, delitos de peligro (Bacigalupo, 1996, p. 102); en algunos casos, abstracto, en otros, concreto.

Lo que hay de común en ellos es precisamente que no requerirían ninguna causalidad físico-natural ni imputación objetiva. Desde esta perspectiva, si no hay un proceso causal que se domine por parte del autor, se puede afirmar que estas clases de delitos no admiten tentativa. En efecto, si la tentativa se define como el intento de cometer un delito mediante un plan –curso causal– que se interrumpe por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto, resulta evidente que en los delitos de peligro –que son, al mismo tiempo, de mera actividad– no puede haber tentativa.⁴²

Todo ello nos muestra que la causalidad así entendida, en su sentido naturalístico, no puede operar como un presupuesto de la responsabilidad penal. No se da en los delitos de resultado para el partícipe, no se da en los delitos de mera conducta, no se da en la omisión ni en la tentativa.⁴³

42 Es un argumento de base dogmática. Otro argumento para proscribir la punición de la tentativa en los delitos de peligro, de corte político-criminal, consiste en sostener que penar tales tentativas implicarían una violación al principio de lesividad y de reserva, lo que se da de bruce con un modelo republicano, pues implica un adelantamiento excesivo en la barrera de protección de los bienes a costa de una merma de libertades.

43 Cfr. Roxin (1997): “En los delitos de mera actividad, para comprobar la consumación del hecho, sólo es preciso examinar la concurrencia de la propia acción del autor; y en ellos también coincide la tentativa acabada (o sea, el momento en el que el autor ha hecho todo lo necesario para provocar el

Nuestra concepción se apoya en una idea radicalmente distinta. El derecho en general, y el derecho penal en particular, son ciencias prácticas, y la aplicación de conceptos traídos de las ciencias teórico-especulativas le hace flaco favor al entendimiento de la esencia de todo delito.

Preferimos, pues, partir de la idea de que el delito es siempre una lesión a un bien jurídico llevada a cabo mediante una acción humana –*proprie loquendo*– que requiere que aquella lesión sea imputable a la acción del sujeto como obra suya y fundado en algún precepto legal que legitime la imputación. Partiendo de dicho concepto, todo delito es siempre y necesariamente un delito de resultado, pues, por exigencia del principio de lesividad, no puede haber delito si no se violenta algún bien jurídico (resultado). Ello es fácilmente advertible aún en los delitos de mera conducta, en los que el verbo típico que agota el contenido de la prohibición *ya es lesivo* de un bien jurídico (por ejemplo, la administración de justicia en el delito de falso testimonio).⁴⁴ El principio de lesividad, como límite constitucional derivado del principio de reserva, impide interpretar a los tipos de peligro abstracto como delitos de “peligro presunto”. En tal sentido, si bien es cierto que el contenido del injusto se agota en la realización de la acción típica, esa es una consideración puramente formal desde el punto de vista de la dogmática. Pero si nos vamos un paso más atrás, desde la perspectiva político-criminal, el límite constitucional dirigido al legislador impide la punición de conductas no idóneas, ya no para lesionar, sino aun para poner en peligro a un bien jurídico. Lo contrario, como parece ser la tendencia en la posmodernidad, conduce al fenómeno de administrativización del derecho penal y a una expansión de este que ya ha sido suficientemente denunciada (Silva Sánchez, 2006).

En el derecho penal se prohíben acciones independientemente de si producen algún efecto material o, si lo producen, de cuál sea aquel resultado. Ello ocurre, como vimos, en los delitos de mera actividad y en la tentativa. Igualmente, en los delitos de omisión la causalidad es absolutamente irrelevante.

resultado) con la consumación del delito” (p. 328). Claro que, conforme a su gran insistencia en que la función del derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, se ve obligado a aclarar, a renglón seguido, que “todo delito tiene un resultado; en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo” (p. 328). Con todo, la aclaración nos parece insuficiente, dado el carácter de grave excepción a un punto central de su teoría.

44 Cfr. Corcoy-Bidasolo (2007): “El grave ‘peligro’ que subyace a la conversión de los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro hipotético o presunto es evidentes, no sólo porque se infringe el principio de lesividad o antijuridicidad material y se impide la diferenciación entre infracciones administrativas y penales, sino también porque supone afirmar, como finalidad del Derecho Penal, la ‘vigencia de la norma’” (p. 81).

Lo relevante, pues, no es la causalidad, sino *el sentido de la acción* que entra dentro del ámbito de prohibición de una norma penal y que *explica* y dota de sentido a la lesión al bien jurídico, de modo tal que esa lesión no sea explicada como producto del azar, ni como un accidente ni como un caso fortuito. La acción lesiva del bien jurídico es aquella a la que se le imputa el delito.

Para realizar esa imputación, es necesario, hay que admitirlo, un sustrato ontológico. Llámese *causa moralis* (Hruschka, 2009; Pufendorf, 1931) o *dominio sobre el fundamento del resultado* (Schünemann, 2004), lo cierto es que, para imputar un delito, se requiere siempre una *relación de señorío sobre una acción* que, violentando una norma –prohibitiva o prescriptiva– lesiona un bien jurídico penalmente protegido de determinadas formas de ataques, precisamente previstas en aquellas normas. En ese sentido, y sólo en ese, le asiste razón a Jakobs (2000a) cuando hace de la infracción del deber, el núcleo del tipo penal. No obstante, debemos apresurarnos a aclarar un punto central.

Como podrá verse en la siguiente transcripción, Jakobs (2000a) parece prescindir totalmente del dominio o relación de señorío. Sostiene:

Actuar en último lugar, comisión propia, comisión de propia mano, todos estos conceptos, por tanto, no coinciden con la causación directa, tampoco cuando ésta es consciente, sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo. El dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. (p. 6)

Si lo que se interpreta del texto es que el sustrato de toda imputación es la violación a un deber y que un dominio sin infracción a una norma no puede ser suficiente para imputar, estamos de acuerdo. El problema es que la afirmación puede dar lugar a un malentendido ya demasiado extendido entre fiscales que adoptan la perspectiva funcional sistémica, a saber: que no importa si el sujeto tiene o no tiene dominio, lo determinante sería el quebrantamiento de un deber, una competencia.

Como vimos, en los delitos de mera actividad y, sobre todo, en la omisión impropia, al no haber causación, sólo quedaría la competencia (infracción del deber). Allí es donde la interpretación del normativismo radical se vuelve, al menos, peligrosa.

Pero debe quedar claro que la causalidad, si la entendemos en clave aristotélico-tomista, nos da herramientas –tópicos– sumamente útiles para el argumentario. En consonancia con lo que venimos afirmando en otros lugares, el

razonamiento práctico general no es sistemático, sino tópico, y para ello, tanto jueces como abogados y fiscales no deben afanarse en encontrar respuestas únicas y supuestamente científicas, sino argumentos razonables que aporten fuerza y rigor analítico para demostrar que la tesis que se sostiene es la que debe primar en ese proceso dialéctico que es el pleito.

Bibliografía

- Anscombe, G. E. M. (1963). *Intention*. Harvard University Press.
- Aristóteles. (1994). *Metafísica*. Gredos.
- Aristóteles. (1995). *Física*. Gredos.
- Azuélos-Atias, S. (2006). Legal Causality And Criminal Intent In The Legal Discourse. *Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, (19), 183-205.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Temis.
- Cerezo Mir, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General*. BdeF.
- Corcoy-Bidasolo, M. (2007). Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los “delitos de peligro”. *Revista de Derecho Penal*, (2007-2), 81-124.
- Creus, C. (2003). *Introducción a la nueva Doctrina Penal*. Rubinzal-Culzoni.
- Frister, H. (2007). La causalidad de la acción respecto del resultado. En Sancinetti, M. A. (Comp.), *Causalidad, Riesgo e Imputación* (pp. 479-525). Hammurabi.
- Gimbernat Ordeig, E. (1962). La causalidad en Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 15(3), 543-580.
- Gimbernat Ordeig, E. (2000). La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 53(1), 29-132.
- Gössel, K. (2007). Acerca del Normativismo y del Naturalismo en la Teoría de la Acción. *Revista de Derecho Penal*, (2007-1), 33-49.
- Hart, H. (1963). *El Concepto de Derecho* (Trad. G. Carrió). Abeledo Perrot.
- Hegel, G. (1999). *Principios de la Filosofía del Derecho* (Trad. J. L. Vermal). Edhasa.
- Hruschka, J. (2009). *Imputación y Derecho Penal*. BdeF.
- Hume, D. (1984). *Tratado de la Naturaleza Humana*. Ed. Orbis.
- Hume, D. (2014). *Investigación sobre los Principios de la Moral*. Alianza.
- Jakobs, G. (2000a). El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos. En *El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal* (Lima, 29-31 de agosto y 1 de septiembre de 2000) (pp. 165-194). https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/6904/mod_resource/content/1/7-JAKOBS-El_ocaso_del_dominio_del_hecho.pdf.
- Jakobs, G. (2000b). *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*. Palestra.
- Kant, I. (1873). *Principios Metafísicos del Derecho*. Librería de Victoriano Suárez.
- Kelsen, H. (1950). Causality and Imputation. *Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, LXI(1), 1-11.

- Kelsen, H. (2008). *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba.
- Luhmann, N. (1991). *Sistemas Sociales*. Alianza.
- Luzón Peña, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Tirant Lo Blanch.
- Luzón Peña, D. (2017). Omisión impropia o comisión por omisión. Cuestiones nucleares: imputación objetiva sin causalidad, posiciones de garante, equivalencia (concreción del criterio normativo de la creación o aumento de peligro o riesgo) y autoría o participación. *Libertas*, (6), 145-272.
- Mir Puig, S. (1990). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi. *Estudios penales y criminológicos*, (14), 203-216.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Reppertor.
- Mota Pintos, S. (2020). Hume contra Aristóteles, Locke y Leibniz sobre la causalidad. *Tópicos*, (59). <https://doi.org/10.21555/top.v0i59.1099>.
- Polaino Navarrete, M. (2002). Naturaleza del deber jurídico y función ético-social del Derecho penal. En *La ciencia de derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (pp. 109-134). Tecnos.
- Polaino Navarrete, M. (2004). *El Injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*. Universidad Externado de Colombia.
- Polaino Navarrete, M. y Polaino-Orts, M. (2004). *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*. Dykinson.
- Pufendorf, S. (1931). *Elementorum Jurisprudentiae Universalis, libri duo* (Trad. W. Abbot). Oxford.
- Rhonheimer, M. (2004). The Perspective of the Acting Person and the Nature of Practical Reason: The 'Object of the Human Act' in Thomistic Anthropology of Action. *Nova et Vetera*, 2(2), 461-516.
- Ross, A. (1994). *Sobre el Derecho y la Justicia* (5ª ed., trad. G. Carrió). Eudeba.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte general* (Tomo I). Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal* (Trad. J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Marcial Pons.
- Roxin, C. (2014). *Derecho penal. Parte general* (Tomo II). Civitas.
- Sánchez Ostiz, P. (Coord.). (2011). *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. La Ley.
- Schünemann, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal. En Schünemann, B. (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal*. Tecnos.
- Schünemann, B. (2004). El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría. *Derecho Penal y Criminología*, 25(75), 13-26.
- Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Derecho PUCP*, (81), <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.003>.
- Silva Sánchez, J. M. (2003). *Normas y Acciones en Derecho Penal*. Hammurabi.
- Silva Sánchez, J. M. (2006). *La expansión del Derecho penal, Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª ed.). BdeF.
- Silva Sánchez, J. M. (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. BdeF.
- Soler, S. (1967). *Derecho Penal Argentino* (Tomo I). TEA.
- Tomás de Aquino. (1989). *Suma Teológica*. B.A.C.
- Urdánoz, T. (1991). *Historia de la Filosofía* (Tomo IV). B.A.C.

Welzel, H. (1976). *Derecho Penal Alemán* (2ª ed., trad. J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez). Editorial Jurídica de Chile.

Zaffaroni, E. (2007). *Manual de Derecho Penal* (2ª ed.). Eudeba.

LA CLÁUSULA DE LA DIVERSIDAD CULTURAL EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL

Agustín Ulivarri Rodi

Universidad Católica de Salta

agustinulivarri@hotmail.com

Recibido: 30/08/2023

Aceptado: 04/10/2023

Resumen

En este artículo de investigación se analiza la cláusula 24 de la diversidad cultural del nuevo Código Procesal Penal Federal desde las pautas interpretativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en el marco de la doctrina de los delitos culturalmente motivados, a los fines de determinar el alcance y sentido de la norma y también su acierto o desacierto como instrumento legislativo para responder a los desafíos del multiculturalismo en el ámbito del derecho penal. El estudio comprende un breve repaso por los sistemas comparados, previo a ingresar en el modelo multicultural argentino en el que se inserta la norma, donde se relevarán las distintas disposiciones convencionales, nacionales y locales atinentes al tema, con mención de casos judiciales argentinos en los que se discutieron defensas culturales. Luego, este ensayo propone un análisis particularizado de los distintos aspectos que involucra la cláusula 24 a partir de su formulación textual, su ubicación topográfica dentro del ordenamiento jurídico y la intención del legislador al sancionarla; ello, con el objeto de determinar a quiénes comprende la norma y a quiénes excluye, qué naturaleza tiene (procesal o sustantiva) y qué tipo de obligaciones genera para los operadores judiciales. Sobre esto último, se introduce un nuevo concepto –la “perspectiva cultural”– como primera pauta de trabajo judicial que surge de la manda en análisis, aun con todas las dudas y dificultades que ha venido a despertar y que, por supuesto, motivará en lo sucesivo un trabajo de investigación más profundo.

Palabras clave: diversidad cultural, multiculturalismo, derecho penal, delitos culturalmente motivados, defensa cultural, Código Procesal Penal Federal, perspectiva cultural, interpretación jurídica.

The cultural diversity clause in the Argentine Federal Criminal Procedure Code

Abstract

This research paper explores Section 24 on Cultural Diversity of the new Argentine Federal Criminal Procedure Code from the interpretative guidelines of the Argentine Supreme Court of Justice and in the context of the principle of culturally-motivated crimes, with a view to determining the scope and meaning of the regulation, as well as its success or failure as a statutory instrument to meet the challenges of multiculturalism in criminal law. The study presents a brief overview of the comparative systems, before analysing the Argentine multicultural model in which the regulation is inserted, where the different national and local conventional provisions on the subject will be reviewed highlighting Argentine court cases involving cultural defenses. This paper also proposes a particularised analysis of the various aspects of Section 24 from its textual formulation, its topographical location in the legal system and the legislator's intent when sanctioning it, all with the aim to determine those who the regulation would include and exclude, its legal nature (procedural or substantive) and the types of obligations generated for judicial professionals. As for the latter, a new concept is introduced—the “cultural perspective”—as the first guideline for judicial work arising from the provision under analysis after considering all the questions and difficulties that it has raised and as a certain trigger for in-depth research in the future.

Key words: cultural diversity, multiculturalism, criminal law, culturally-motivated crimes, cultural defense, Argentine Federal Criminal Procedure Code, cultural perspective, legal interpretation.

1. Introducción

La incidencia de la diversidad cultural en el derecho penal constituye uno de los aspectos más debatidos de la dogmática penal, la filosofía jurídica y la teoría de los derechos humanos contemporáneas. La confluencia cultural causada por la globalización y los desplazamientos migratorios tiene su impacto principalmente en Estados Unidos y en Europa, donde se debate cómo los países occidentales deben reaccionar ante las minorías, especialmente cuando sus costumbres entran en pugna con el sistema penal de la sociedad anfitriona.

Argentina no está exenta de la cuestión cultural. Según los últimos datos oficiales, conviven en el país 34 pueblos originarios¹ y 1837 comunidades indíge-

1 Según el Registro Nacional de Comunidades Indígenas son: Atacama, Chané, Charrúa, Chorote, Chulupí, Comechingón, Diaguita, Guaraní, Guaycurú, Huarpe, Iogys, Kolla, Kolla Atacameño, Lule, Lule Vilela, Mapuche, Mapuche Tehuelche, Mocoví, Mbya Guaraní, Ocloya, Omaguaca, Pilagá, Quechua, Ranquel, Sanavirón, Selk'Nam (Ona), Tapiete, Tastil, Tehuelche, Tilián, Toba (Qom), Tonokoté, Vilela, Wichí.

nas distribuidas en todo el territorio,² a lo que se agregan 1805957 extranjeros residentes³ y más de 6000 cultos registrados.⁴

Binder (1996) advierte que el Estado también se define por el modo en el que se relaciona con el complejo de culturas, explicando que:

El proceso penal debe ser permeable a la diversidad cultural. Ello significa un tratamiento específico de las diferentes etnias, en especial las aborígenes, como el establecimiento de estructuras más sensibles a las búsquedas valorativas, extendiendo el principio de contradicción hacia esas esferas. (p. 12)

En ese contexto, este trabajo tiene como objetivo analizar la cláusula de la diversidad cultural incluida por el legislador en el artículo 24 del nuevo Código Procesal Penal Federal (CPPF) y su acierto o desacierto como instrumento legal para responder –en el ámbito de los procesos nacionales– a los desafíos que presenta el multiculturalismo en los sistemas penales democráticos.

A tal fin, se repasarán brevemente los diferentes sistemas del derecho comparado de acuerdo con su grado de apertura a la diversidad cultural, para luego centrarnos específicamente en el modelo argentino, en cuyo seno existen normas nacionales y provinciales atinentes al tema. Posteriormente, se analizará el artículo 24, desglosando sus partes con el objeto de determinar su sentido y alcance; en particular, a quiénes comprendería la norma y a quiénes excluye, qué naturaleza tiene y qué tipo de obligaciones genera para los operadores judiciales.

En esta oportunidad, si bien no se ingresará en los debates de fondo que se han dado desde la filosofía y la dogmática penal respecto al fenómeno del multiculturalismo, el presente artículo pretende aportar a la discusión jurídica un abordaje integral y novedoso de la cláusula 24 como herramienta legislativa específica en materia de delitos culturalmente motivados, a partir de un diálogo con las pautas hermenéuticas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los fines de determinar su autosuficiencia normativa, la conveniencia o no del texto finalmente adoptado y los problemas constitucionales que pudiera entrañar su aplicación literal.

2 Según datos oficiales del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). Ver: <http://datos.jus.gov.ar/dataset/listado-de-comunidades-indigenas>.

3 Según datos oficiales provisorios del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Ver: <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel3-Tema-2-18>.

4 Según datos oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos. Ver: www.datos.gov.ar/dataset/externo-registro-nacional-cultos/archivo/externo_03.01.

2. Los modelos multiculturales en el derecho penal comparado

La doctrina suele clasificar en tres clases los sistemas penales según el grado de apertura a la diversidad cultural. Así, se entiende que existe un modelo “asimilacionista” que puede darse en dos variantes: igualitario y discriminatorio. En el primero, la indiferencia al factor cultural encuentra una fuerte legitimación en la interpretación formal del principio de igualdad, mientras que en el segundo, “la falta de adecuación a la cultura del sistema de acogida desencadena incluso reacciones hiperpunitivas” (De Maglie, 2012, p. 70).

A este último se refiere Ferrajoli (2013) cuando describe como nuevas tendencias el uso demagógico, declamatorio y coyuntural del derecho penal “dirigido a reflejar y a alimentar el miedo como rápida fuente de consenso [...] que sirve para instalar en la opinión pública la equiparación del inmigrante con el delincuente, configurado antropológicamente como enemigo” (pp. 57-61).

Se destaca aquí el modelo italiano que, por ejemplo, incorporó en el art. 583 bis del Código Penal el delito de “mutilación genital femenina”, supuesto distinto y más grave que el ilícito de lesiones agravadas. El fenómeno también se trasladó a ciertas definiciones de la jurisprudencia, como en el caso *Bel Baida Bouabid*, donde la Corte Suprema di Cassazione italiana rechazó el alegato cultural de un marroquí contra una acusación por maltrato de un menor, desde que se “fundó en una ética afirmada sobre la base de opciones subculturales relativas a ordenamientos distintos al nuestro”.⁵

Otro ejemplo es el caso *Bajrami*, en el que la defensa de un ciudadano albanés, ante una imputación por maltrato hacia sus hijos y esposa, alegó que “tanto el imputado como los ofendidos tienen un concepto de la convivencia familiar y de la potestad del cabeza de familia distinto al corriente en Italia”, ante lo cual, la Corte sostuvo que los principios constitucionales “constituyen un límite infranqueable contra la introducción de hecho y de derecho en la sociedad civil de costumbres y prácticas que suenan como bárbaras frente [...] a la afirmación de los derechos inviolables de la persona”.⁶

Un modelo intermedio lo integran aquellos sistemas jurídicos que sí permiten acoger las defensas culturales, pero intentando resolverlas desde las categorías tradicionales de la teoría del delito, disponibles para todos los ciudadanos sin importar su origen étnico. En este lugar se puede ubicar a Estados Unidos, cuyos tribunales

5 Corte Suprema di Cassazione, sección VI, *Bel Baida Bouabid*, del 30/01/2007.

6 Corte Suprema di Cassazione, sección VI, *Bajrami* del 24/11/1999.

[...] han optado por un modelo intermedio de control de la llamada criminalidad cultural: un modelo de mediación, dirigido a equilibrar la necesidad sentida por el grupo culturalmente dominante de reafirmar la intangibilidad del sistema penal y, por otra, las ansias de apertura manifestadas por una sociedad multicultural. (De Maglie, 2012, p. 108)

Un ejemplo lo constituye el caso *Kimura*⁷ sobre una mujer japonesa que se había arrojado con sus dos hijos a la costa de Santa Mónica (California), produciendo la muerte por ahogamiento de los dos menores. La fiscalía le imputó homicidio en primer grado (punible con pena de muerte), ante lo cual la defensa planteó una estrategia cultural señalando que en el hecho había tenido lugar el rito *oyako-sinju* (suicidio paterno-filial), difundido en la cultura japonesa. El tribunal resolvió condenarla a un año de prisión y a cinco de *probation*, aunque apelando a un contexto de alteración psiquiátrica que condicionó la conducta.

El tercer modelo es el que admite formalmente en sus normas una nueva *excuse*: la *cultural defense*, que es “una causa de exclusión o de atenuación de la responsabilidad penal alegable por un sujeto perteneciente a una minoría étnica con cultura, usos y costumbres en conflicto con el sistema oficial” (De Maglie, 2012, p. 136). No obstante, puede presentar limitaciones en su aplicación, “pues la tolerancia no tiene por qué ser extrema [...] y ello no precisamente significa discriminar o desamparar a los minorías, sino que se trata de una ponderación” (Soprano, 2022, pág. 23).

Bajo ese esquema, encontramos algunas variantes sobre la *cultural defense*. De un lado, hay quienes proponen que los motivos culturales pueden excluir la responsabilidad del autor, aunque limitando su campo a delitos que no impliquen infracción a los derechos fundamentales (De Maglie, 2012). En este sentido, Borja Jiménez (2009) recupera un fallo de la Corte Constitucional de Colombia que abre la posibilidad de un diálogo intercultural que “sea capaz de trazar los estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores” y agrega que “siempre que el ordenamiento originario respete unos mínimos en el marco del reconocimiento y tutela de los derechos humanos [...] es conveniente tomar en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas” (p. 33).

Incluso Zaffaroni (Zaffaroni et al., 2000), luego de recoger algunas críticas a su teoría del error de prohibición culturalmente condicionado, sostuvo que:

7 Corte Suprema de California, *People vs. Fumiko Kimura* del 21/11/1985.

Es verdad que cuando se trata de la vida e integridad física de las personas no es tan sencillo resolver los casos que pueden presentarse [...] siendo obvio que cuando mayor es la lesión jurídica, mayor también es el reproche y, por ende, cualquier exculpación debe ser de mayor entidad, o sea que el ámbito de autode-terminación debe estar reducido por motivos más fuertes. (p. 706)

Y luego, al justificar el articulado del anteproyecto de reforma al Código Penal de Bolivia, el referido autor señala que la responsabilidad penal debe establecerse tomando en cuenta la cosmovisión y valores culturales, pero “de cualquier modo, y como garantía elemental, se exceptúan casos extremos referidos a bienes jurídicos fundamentales” (Zaffaroni, 2013, p. 30).

Por otro lado, un sector de la doctrina estadounidense promueve que en estos casos se aplique una *partial excuse*. Ésta descarta una exclusión completa de la responsabilidad penal, admitiendo ya sea una “atenuación de la gravedad del delito” (cambio de calificación) o –en la fase de *sentencing*– la graduación de la pena tomando el elemento cultural como atenuante, pues, de este modo, “el elemento de la proporción entre delito y pena no se vería roto” (Renteln, 2004, p. 191).

Entre nosotros, en un modelo multicultural fuerte pueden inscribirse algunas legislaciones de Latinoamérica que han iniciado un proceso de reconocimiento expreso del multiculturalismo en el campo del derecho penal, articulando en sus códigos procesales y de fondo herramientas jurídicas para plantear defensas culturales en los tribunales. A continuación, se mencionan algunos ejemplos.

El Código Procesal Penal de Paraguay –en un sentido similar al art. 339 del Código Procesal Penal de Costa Rica– establece en su art. 380 que

Quando el juzgamiento del caso o la individualización de la pena requieran un tratamiento especial, por tratarse de hechos cometidos dentro de un grupo social con normas culturales particulares o cuando por la personalidad o vida del imputado sea necesario conocer con mayores detalles sus normas culturales de referencia, el tribunal ordenará una pericia especial o dividirá el juicio conforme a lo previsto en los artículos precedentes, para permitir una mejor defensa y facilitar la valoración de la prueba.⁸

Dicho cuerpo legal, además, regula: un procedimiento especial para hechos punibles relacionados con pueblos originarios, previendo que la investigación fiscal sea realizada con un técnico especializado en cuestiones indígenas; la preeminencia de métodos compositivos de resolución de conflictos; la parti-

8 Ley 1286, Código Procesal Penal de Paraguay, BO 14/07/1998, art. 380.

cipación de un perito en el plenario y medidas alternativas de ejecución de la pena privativa de la libertad “que cumplan más eficazmente las finalidades constitucionales, respeten la identidad cultural del condenado y le sean más favorable” (art. 437 del Código Procesal Penal de Paraguay).

Por su parte, el Código Penal peruano reconoce expresamente el “error de comprensión culturalmente condicionado”, estableciendo que será eximido de responsabilidad quien “por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión”.⁹ También se contempla la posibilidad de reducir la pena si esa comprensión se halla disminuida, pero no cancelada. A su vez, el Código Procesal Penal de ese país establece que “se podrá ordenar una pericia cuando corresponda aplicar el artículo 15 del Código Penal. Ésta se pronunciará sobre las pautas culturales de referencia del imputado”.¹⁰

El Código Penal de Bolivia establece como atenuante de la pena “que el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley”,¹¹ y su código adjetivo prevé la extinción de la acción cuando el conflicto haya sido resuelto por la justicia comunitaria “siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado”.¹²

3. El modelo multicultural argentino

El tratamiento diferenciado del indígena se remonta a la época hispánica. Levaggi (2012) recuerda que “el estatuto privilegiado del aborigen se tradujo en una actitud paternalista y pedagógica [...] le fueron toleradas conductas que para el español constituían delitos, siempre que no repugnaran el derecho natural. Se los presumía víctimas de error *iuris*” (p. 67); ello, porque se consideraba que los indígenas “no comprendían la forma de vivir de los españoles y que, ignorando las complicadas leyes castellanas, quedaban indefensos o enredados en ellas” (García-Gallo, 1987, p. 751).

Tal postura implicó, por ejemplo, la creación de las protectorías de indios, que intervenían en los juicios a su favor facilitando su defensa legal y favore-

9 Decreto Legislativo 635 (Ley 25280), Código Penal del Perú, BO 08/04/1991, art. 15.

10 Decreto Legislativo 957 (Ley 28269), Código Procesal Penal del Perú, BO 29/07/2004, art. 172, inc. 2.

11 Ley 1768, Código Penal de Bolivia, BO 10/03/1997, art. 40, inc. 4.

12 Ley 1970, Código de Procedimiento Penal de Bolivia, BO 25/03/1999, art. 28.

ciendo la litigiosidad contra los abusos de los colonizadores, antecedente mediato de las defensorías del pueblo (Constenla, 2022); como también normas procesales que disponían que “los juicios sean semigratuitos y breves [...] y debían hacerse conforme a los usos y costumbres de los indígenas” (Rabbi-Baldi Cabanillas, 1993, p. 246).

El panorama fue mutando con el advenimiento del derecho patrio, a partir de la labor jurídica de la Asamblea General Constituyente de 1813 que proclamó la libertad de vientres y prohibió el tráfico de esclavos, vedando en cuanto a los indígenas las mitas, encomiendas y yanaconazgos y todo otro servicio personal de aquellos (López Rosas, 2019). Luego, en 1853, los convencionales establecieron en la cláusula 15 de la Constitución Nacional que “en la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”.

No obstante, la especial protección de los pueblos originarios se consagró en la reforma constitucional de 1994 al añadir como atribución del Congreso de la Nación la de sancionar leyes para “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “garantizar el respeto a su identidad”.¹³

Asimismo, el constituyente incorporó –por vía del art. 75, inc. 22– la cláusula 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establecen que en aquellos países en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde [...] a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.¹⁴

En lo que aquí interesa, resulta relevante el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”¹⁵ –incorporado a nuestra legislación nacional por la Ley 24071–¹⁶ en cuyo art. 9.2 prevé que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

13 Constitución de la Nación Argentina, art. 75, inc. 17.

14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de las Naciones Unidas, 23/03/1976, art. 27 y Convención sobre los derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/11/1989, art. 30.

15 Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, Organización Internacional del Trabajo, 05/09/1991.

16 Ley 24071, BO 30/08/2000.

En línea con estas disposiciones, y a título de antecedente en el ámbito penal, no puede soslayarse el anteproyecto del código de fondo argentino presentado por la Comisión de Reforma (decreto del Poder Ejecutivo Nacional 678/12),¹⁷ en cuyo art. 19 se previó que

El juez podrá imponer una pena por debajo del mínimo previsto [...] o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos [...] b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho. c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratare de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

Si bien este proyecto no fue aprobado, existen otras normativas provinciales también orientadas al tratamiento diferencial de la situación del indígena en el campo del proceso penal que vale la pena destacar.

El Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén¹⁸ impone como principio general que “en los procedimientos se tendrá en cuenta la diversidad étnica y cultural” (art. 19), estableciendo además en su art. 109 (dentro del capítulo “Reglas de disponibilidad de la acción”) que “cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el art. 9.2 del Convenio 169 de la OIT”. En igual sentido se pronunció el legislador chubutense en el art. 33 del código adjetivo de esa provincia, aunque ubicando este último precepto en el capítulo de “principios y garantías procesales”.¹⁹

El Código Procesal Penal de Tucumán²⁰ establece en su art. 36, bajo el título “Pueblos Indígenas”, que

En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos [...] las autoridades y los tribunales deberán respetar y tener en cuenta las costumbres y los métodos a los que los pueblos originarios recurren tradicionalmente para la sanción de los delitos cometidos por sus miembros.

17 Decreto 678/12, BO 08/05/2012.

18 Ley provincial 2784, Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén, BO 13/01/2012.

19 Ley provincial XV - 9 (antes Ley 5478), Código Procesal Penal de Chubut, BO 01/06/2010.

20 Ley provincial 8933, Código Procesal Penal de Tucumán, BO 17/11/2016.

Asimismo, la Ley 7862²¹ de la provincia de Chaco incorporó a su Código Procesal Penal el siguiente artículo:

Diversidad Cultural: Cuando se trate de hechos cometidos por miembros de una comunidad indígena, se aplicará en forma directa el art. 9º párrafo 2, del Convenio 169 de la OIT. En especial todos los actos procesales comprendidos en la tramitación de los procesos, desde los primeros momentos de la investigación hasta la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, deberán realizarse conforme el principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. La omisión de aplicar lo dispuesto en el presente artículo sólo será admisible en la medida en que ello sea incompatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y deberá ser fundada bajo pena de nulidad.

El Código Procesal Penal de Río Negro establece en materia de juicio por jurados que “se tratará de que, como mínimo, la mitad del jurado pertenezca al mismo entorno social y cultural del imputado”.²² Algo similar también regula el Código Procesal Penal de Neuquén²³ y la Ley provincial de Chaco 7661, que dispone que

Quando se juzgue un hecho en donde el acusado y la víctima pertenezcan al mismo pueblo indígena Qom, Wichi o Mocoví, el panel de doce jurados titulares y suplentes estará obligatoriamente integrado en la mitad por hombres y mujeres de su misma comunidad de pertenencia.²⁴

En ese contexto normativo internacional, nacional y provincial, el 4 de diciembre de 2014 el Congreso de la Nación sancionó el nuevo Código Procesal Penal Federal (que entró en vigor recién el 10 de junio de 2019 sólo en las provincias de Salta y Jujuy), en cuyo art. 24, bajo el título “Diversidad Cultural”, dispone que “cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”.²⁵

Por otra parte, en la jurisprudencia nacional aparecen numerosos casos que evidencian la actualidad del tema a partir del uso de estrategias culturales en

21 Ley provincial 7862, BO 12/10/2016.

22 Ley provincial 5020, Código Procesal Penal de Río Negro, BO 12/01/2015, art. 193, inc. 6.

23 Ley provincial 2784, Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Neuquén, BO 13/01/2012, art. 198, inc. 6.

24 Ley provincial 7661 de Juicio Penal por Jurados de la provincia de Chaco, BO 02/09/2015, art. 3.

25 Ley 27063, Código Procesal Penal Federal, BO 10/12/2014, art. 24.

la argumentación jurídica, sin que se hubiera logrado –hasta ahora– una sistematización teórica unánime respecto a este tipo de delitos y a su tratamiento jurisdiccional.

En Salta, en el conocido caso *Ruiz*, la Corte provincial anuló un procesamiento en contra de un miembro de la comunidad wichí acusado de violar a su hijastra de 9 u 11 años, explicando que la sentencia recurrida había soslayado examinar “todo lo que hace a la forma de vida, creencias e idiosincrasia de esa comunidad” y que “el respeto a la identidad de los pueblos indígenas [...] supone que cuando la responsabilidad penal de sus integrantes deba determinarse, aun provisoriamente, sus particularidades sociales deban ser objeto de una ponderación concreta”.²⁶

En la provincia de Formosa, en un caso similar, el Tribunal Superior rechazó la defensa cultural, expresando que “las mujeres indígenas han sido históricamente oprimidas y excluidas, por una triple condición: la de ser mujer, la de ser pobres y la de ser indígenas”.²⁷

En Jujuy, la justicia provincial descartó los motivos culturales esgrimidos por la defensa de un miembro de una comunidad originaria acusado de mantener relaciones sexuales con dos de sus hijas menores de edad, explicando que

La sola invocación de la escasa culturización del autor del delito no alcanza a satisfacer las exigencias que la ley, por vía de la interpretación doctrinal y jurisprudencial imperante, requiere a los fines de la existencia de un error de prohibición culturalmente motivado, pues si bien el imputado forma parte de una comunidad aborígen, ello no es suficiente para acreditar su ignorancia respecto de la prohibición de mantener relaciones sexuales no consentidas con sus hijas menores de edad, ni caracterizar dicha conducta como una costumbre arraigada y aprobada –o al menos tolerada– por la comunidad.²⁸

En Buenos Aires, en un hecho de lesiones y amenazas protagonizado por un musulmán, se desestimó una supuesta motivación cultural sustentada en que el Corán acepta ciertos castigos físicos del hombre a la mujer pues “el encartado es nacional de la Argentina y residió aquí casi la totalidad de su vida, de modo

26 Corte de Justicia de Salta, *Ruiz*, José Fabián del 29/09/2006.

27 Superior Tribunal de Justicia de Formosa, *González*, Rubén Héctor-Bonilla, Hugo Oscar Santander, Sergio André (prófugo) sobre abuso sexual del 29/04/2008.

28 Cámara Penal de Jujuy, Sala II, R. D. T. s/abuso sexual con penetración agravado por el vínculo (dos hechos) del 06/11/2012.

que no podía desconocer que dicha conducta resulta contraria al orden jurídico imperante en nuestro país”.²⁹

Respecto a delitos más leves, un juez federal de Salta sobreseyó a un contrabandista de hojas de coca al considerar que cabía en el caso “una solución de empatía con los pueblos originarios, quienes tuvieron una cosmovisión y consideraron esta hoja de coca como sagrada hace siete mil años”.³⁰ Por otro lado, en Neuquén, un tribunal de juicio absolvió a integrantes de una comunidad mapuche que ingresaron a un predio en forma violenta y clandestina, pues “desde su perspectiva de cosmovisión y en función a su legado, sabiendo que por esos lugares transitaban sus antepasados, obraron con error culturalmente condicionado, lo cual obstaculizó la meridiana comprensión de la norma penal”.³¹

También se ha discutido la cuestión cultural en los siguientes casos: un homicidio cometido por una mujer indígena que no hablaba español y era víctima de violencia de género, quien fue absuelta;³² una tentativa de homicidio atribuida a un líder mapuche que le arrojó una piedra en la cara a una auxiliar de justicia que debía notificar un desalojo, a quien un jurado multicultural declaró inocente;³³ un estupro en el que jueces de Buenos Aires, para sobreseer al procesado, sostuvieron que “en provincias y sobre todo en lugares más apartados de las urbes, este tipo de relaciones extramatrimoniales son algo que incluso en estas edades no se halla del todo reprobado”;³⁴ un caso de trata de personas cometida por un joven de 19 años que había vivido inmerso en un ambiente de prostitución;³⁵ un supuesto de matrimonio forzado de una menor en una comunidad gitana, cuya defensa cultural fue rechazada;³⁶ un hecho de maltrato infantil y reducción a la servidumbre de una niña que vivía encerrada en un sótano y sometida a su padre originario de la República Popular China, en el que los jueces descartaron la defensa cultural afirmando que “no es

29 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI, G. J. S. del 23/11/2009.

30 Juzgado Federal de Garantías de Salta nro. 1, Villalba, M. A *s/encubrimiento de contrabando* del 28/09/22.

31 Colegio de jueces del Interior de la Provincia del Neuquén, N., M. M. y otro *s/ usurpación* del 9/11/2016.

32 Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala VI, M. B., R. *s/recurso de Casación* del 29/12/2016.

33 Ver caso *El veredicto de un jurado multicultural* citado por Basilico (2017, p. 82).

34 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, Sánchez, Félix del 07/05/1987.

35 Tribunal Oral en lo Criminal Federal de CABA nro. 5, Luna, Leonel Claudio del 03/02/2017. Algo similar se planteó en Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, Martínez, Tita Lilian *s/recurso de casación* del 08/10/2019.

36 Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, Macaroff, P. A. *s/recurso de casación* del 5/4/2022.

cierto que en el país de origen del imputado, éste sea el tratamiento dado a los hijos”;³⁷ una causa por el ingreso intempestivo de mapuches a un juzgado federal para exigir la renuncia de su magistrado, cuya conducta fue considerada atípica;³⁸ transportes de estupefacientes llevados a cabo por mujeres bolivianas que vivían en un contexto sociocultural muy vulnerable, quienes fueron desvinculadas del proceso;³⁹ un caso de tenencia de hojas de coca que había sido originalmente enmarcado en la ley de drogas y donde luego la justicia sobreesió al imputado;⁴⁰ y hasta en un *habeas corpus* por violencia carcelaria en el que el juez apeló a la distinción entre “norteños” y “porteños”, señalando que los primeros son “paisanos de la frontera argentino-boliviana que se hallan sumidos en la extrema marginalidad [...] no tienen antecedentes penales, muchos son humildes campesinos y ostentan un carácter muy sumiso y respetuoso”.⁴¹

Los ejemplos son muchos, aunque en verdad algunos de los casos señalados ni siquiera sean, en rigor científico, “casos culturales”, pues algo que se observa en la jurisprudencia es una constante confusión entre motivaciones culturales (que deberían circunscribirse a una dimensión exclusivamente étnica⁴²) con otros factores como la nacionalidad, la pertenencia a un grupo vulnerable o las condiciones socioeconómicas, familiares y educativas de los imputados, que en nada se vinculan con una *cultural defense*.

4. La diversidad cultural en el Código Procesal Penal Federal

Como se anticipó, el digesto prevé que “cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario, se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”.⁴³

El precepto, tal como fue sancionado, adolece de vaguedades y ambigüedades que –por ahora– despertaron apenas una tímida discusión en torno a su

37 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, *Su Shao Mei y otra* del 18/03/2002

38 Ver voto del Dr. Gustavo Hornos en Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, *Millan, Moira Ivana s/recurso de casación* del 05/12/2019.

39 Juzgado Federal de Jujuy nro. 1, *Huaylla Delgado* del 31/3/05 y *Choque Lima* del 15/12/2009.

40 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala I, *Vélez, Sergio* del 16/11/1979.

41 Juzgado Federal de Salta nro. 1, *Detenidos en el Complejo Penitenciario Federal III NOA s/habeas corpus* del 14/11/2016.

42 En el sentido de “comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales, etc.” que ha conceptualizado la Real Academia Española. Ver: <https://dle.rae.es/etnia>.

43 Ley 27063, Código Procesal Penal Federal, BO 10/12/2014, art. 24.

sentido y alcance. Lo primero –siguiendo a Nino (2001)–, porque contiene una evidente “imprecisión del significado de las palabras que forman parte de la oración” (p. 264). Lo segundo, en tanto padece de una equivocidad semántica.

¿Con qué fin deben “tenerse en cuenta” las costumbres? y ¿qué costumbres son las que cabe “tener en cuenta”? Estas son algunas preguntas que surgen con la lectura de la norma y que exigen una tarea de interpretación que desentrañe a quiénes comprende y a quiénes excluye, qué naturaleza y alcance tiene y qué tipo de obligaciones genera para los operadores judiciales. A continuación, se abordarán estos puntos.

4.1 “Entre miembros de un pueblo originario”

En materia de interpretación jurídica, el análisis “gramatical” es el primer recurso metodológico al que se acude a fin de extraer el significado y sentido de la norma mediante el examen de las palabras que emplea. La Corte Suprema ha señalado categóricamente que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra”.⁴⁴ Asimismo, como criterio hermenéutico, afirmó que “si la ley emplea determinados términos, la regla de interpretación más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito”.⁴⁵

El primer aspecto relevante es que la norma refiere a hechos cometidos “entre miembros” de “un pueblo originario”, es decir que tanto el sujeto activo como el pasivo de la conducta delictiva deben pertenecer a este tipo de comunidades, por lo cual corresponde descartar entonces aquellas situaciones en las que el hecho vincula a personas indígenas (para usar la terminología constitucional) con otras que no lo son.

Este punto es destacado por la doctrina cuando observa que “el precepto restringe la operatividad del Convenio [169 de la OIT] pues de su texto es claro que esa costumbre debe ser considerada por los jueces en conductas verificadas *entre*, y *no* por sus miembros” (Daray, 2019, p. 133). Y, en esa línea, otra cuestión a señalar es si acaso el sustantivo “pueblo originario” –en singular– utilizado por el legislador sólo contempla aquellos conflictos penales que se den

44 CSJN, *Sade SACCIFIM. C/Avila, Oscar A.* del 03/09/1991, Fallos: 314:1018; *Frigorífico Rioplatense SA. s/recurso de apelación* del 12/05/1992, Fallos: 315:929; *Gypobras S.A. c/Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/contrato de obra pública* del 05/04/1995, Fallos: 318:441; entre otros.

45 CSJN, *Bolaño, Miguel Angel c/Benito Roggio e Hijos S.A. - Ormas S.A. Unión Transitoria de Empresas Proyecto Hidra* del 16/05/1995, Fallos: 318:1012; entre otros.

entre miembros de “un mismo” grupo étnico, excluyendo los casos en los que participen integrantes de diversas comunidades indígenas.

Cabe determinar qué se entiende por “pueblo originario”, pues –de los términos del precepto– sólo aquellos hechos en los que estén involucrados sus miembros quedarán contemplados por el principio. La Ley 23302 de “Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes” los define como “los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización”,⁴⁶ mientras que la doctrina –en modo más o menos similar– sostiene que son aquellos que, teniendo “una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos” (Anzit Guerrero, 2015, p. 1).

Si bien se podría discutir si debe tratarse de miembros de comunidades oficialmente reconocidas por el Estado nacional a través del Registro Nacional de Comunidades Indígenas, ello parece en la práctica una indebida restricción de carácter formal, cuando la jurisprudencia internacional ha considerado que la personería de las comunidades indígenas no se adquiere a partir de su inscripción registral en tanto aquellas existen con anterioridad a ésta, por lo que su registración es declarativa⁴⁷ (Bertinat Gonnet, 2015).

Un motivo que podría explicar la limitación del precepto (sólo “entre miembros de un pueblo originario”) es la posibilidad de que el legislador haya querido reconocer la autonomía y jurisdicción de las comunidades originarias (y de sus autoridades) para resolver sus conflictos internos (incluso los de carácter penal), pues en ese caso es razonable que tanto el ofensor como la víctima deberían pertenecer a un mismo grupo étnico porque, además de regirse su conducta bajo idénticas pautas culturales, están sometidos a una autoridad indígena común. Esta interpretación alternativa encuentra antecedente en el anteproyecto de reforma del código penal (Decreto PEN 678/12) y en el art. 9.1 del Convenio 169 de la OIT, como también en la legislación latinoamericana antes referida.

Respecto al tópico, un sector de la doctrina sostiene que

En aquellos conflictos suscitados exclusivamente entre miembros de comunidades indígenas [...] debería posibilitarse la exclusiva aplicación del sistema jurídico

46 Ley 23302 de Política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, BO 12/11/1985, art. 2.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Comunidad Indígena Yake Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas del 17/06/2005, Serie C, N° 125.

de esa cultura tanto en sus aspectos sustantivos como procesales. Mientras que los conflictos que surjan entre originarios con personas de la cultura dominante, y tal como lo establece el derecho vigente en nuestro país, se debe diseñar la coexistencia de sendos órdenes jurídicos como culturas haya en juego. (De Luca y Da Rocha, 2014, p. 165)

Para Donna y Días (2021), la norma abre la puerta a la aplicación de un derecho no argentino dentro del país, lo que a su juicio “puede tener efectos realmente perjudiciales”, preocupándoles en particular “la idea de que aparezca entre los miembros de los pueblos originarios penas que están prohibidas por la Constitución y los pactos internacionales” (p. 199). Por su lado, Pastor (2015) niega que la cláusula tenga ese alcance al sostener que “se trata de orientaciones, no de sustitución de la ley sustantiva por un Código de Resolución de Conflictos de la Nación, en el cual la costumbre [indígena] sea la fuente punitiva” (p. 27).

Sin embargo, aunque aquella puede ser una explicación razonable de los términos utilizados por el legislador, ni del debate parlamentario –como se verá más adelante– como tampoco de otras leyes que coexisten en nuestro orden normativo pareciera surgir la idea de implantar cacicazgos en nuestro país con atribuciones jurisdiccionales que sustituyan el derecho y a las autoridades instituidas constitucionalmente para resolver conflictos de índole penal. Es que, además de entrañar un problema constitucional, si tal hubiese sido el objetivo del legislador, al menos la regulación debiera tener otro sitio y extensión, previendo la articulación entre ambos tipos de autoridades, eventuales conflictos de competencia y las posibilidades de impugnar las decisiones indígenas ante un órgano superior federal (como sucede en otras latitudes), nada de lo cual contempla el exiguo precepto.

De ahí que la restrictiva formulación “entre miembros de un pueblo originario” podría deberse más a una mala técnica legislativa que a un propósito específico del legislador.

4.2 “Tener en cuenta sus costumbres en la materia”

Ese es el mandato del código adjetivo cuando se esté ante “hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario”. La formulación no brinda precisiones sobre qué incidencias tendrán esas costumbres en el proceso penal o, en otras palabras, con qué fin los operadores judiciales deben ponderar las tradiciones de una comunidad indígena. ¿Es una manda sustantiva o procesal?

En materia de interpretación, la Corte Suprema ha echado mano de la di-

rectriz topográfica⁴⁸ –o *sede materiae*– según la cual el alcance de una norma puede determinarse a partir de su ubicación sistemática, no sólo dentro del ordenamiento jurídico, sino también en el cuerpo normativo concreto del que forma parte. Y no es un dato menor que el legislador nacional haya elegido el código procesal para hacer su inédita declaración; de ahí que, a *priori*, quepa asignarle consecuencias jurídicas de esa naturaleza.

En esta línea se pronuncia Hairabedián (2021) al afirmar que cuando la norma establece que hay que tener en cuenta las costumbres en la materia, “propugna que las diferencias culturales no se erijan en barreras en el marco del proceso, debiendo garantizarse el acceso a la justicia de los pueblos originarios”, y agrega que habrá que “proporcionarle [al justiciable] la asistencia adecuada de acuerdo con su cultura, teniendo presente, por ejemplo, si habla algún dialecto” (p. 105).

Con otra postura, Daray (2019) sostiene que “tener en cuenta las costumbres de los pueblos originarios en la materia se presenta como una cuestión sustantiva, con innegable influencia en la determinación de la pertinencia e intensidad de la sanción de quien ha delinquido” (p. 132).

Otro recurso útil para desentrañar el significado de la norma es indagar sobre las motivaciones de los parlamentarios al sancionarla (directriz subjetiva), para lo cual es pertinente analizar el debate de la ley, pues éste, como las exposiciones de motivos, permite descubrir la intención tenida en mira por el legislador al redactar las normas (Capitant, 2000), siendo “útiles para conocer su sentido y alcance”.⁴⁹ En efecto, la jurisprudencia de nuestro alto tribunal también tiene dicho que “la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador”.⁵⁰

Sin embargo, el debate de este artículo fue superficial y ni siquiera se incluyeron sus fundamentos en la exposición de motivos o en el dictamen de mayoría. Sólo dos legisladores se refirieron expresamente al tema. La senadora Liliana Negre de Alonso (por la provincia de San Luis) sostuvo:

También nos hemos dedicado al artículo 24 que se refiere a los pueblos originarios. Al respecto, consideramos que es muy tímido lo que plantea el oficialismo; está muy desdibujado todo lo que tiende a la protección de los pueblos origina-

48 CSJN, *Arcana, Orazio* del 18/03/1986, Fallos: 308:283.

49 CSJN, *Santiago del Estero, Provincia de c/Estado Nacional y/o Yacimientos Petrolíferos Fiscales s/acción declarativa*, del 13/11/1990, Fallos 313:1149; entre otros.

50 CSJN, *Kamenszein, Víctor J. y otros c/Fried de Goldring, Malka y otros* del 21/04/1992, Fallos: 315:790.

rios. Entonces, hemos puesto lo siguiente: Diversidad cultural: cuando se trate de hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario será obligatoria la presencia del intérprete o traductor en todos los casos bajo pena de nulidad. En la tramitación de la acción como en la valoración de los hechos se deberán tener en cuenta las costumbres del pueblo originario en la materia. Costumbres que como sabemos algunas son absolutamente distintas.⁵¹

Por su parte, el senador Juan Carlos Romero (por la provincia de Salta) afirmó:

Coincido con la senadora por San Luis en lo que hace al artículo 24 del dictamen en minoría, que prevé tener en cuenta la diversidad cultural. A los extranjeros se les prevé la provisión de traductores, cosa que no se da en el caso de las personas pertenecientes a los pueblos originarios que, a veces, cuando se encuentran ante la justicia tienen un impedimento de comprensión, no solo de las leyes sino también desde el punto de vista de la visión cultural. No digo que haya que torcer el Código por una supuesta visión cultural, pero de todos modos ayudaría si hubiera un apoyo en la traducción.⁵²

Las tímidas apreciaciones vertidas por la minoría en el debate parlamentario de la Ley 27063, si bien no permiten un acabado análisis de la norma, esbozan lineamientos relevantes para su estudio. En este sentido, recurrir al debate parlamentario o a los despachos de mayoría o minoría, aun cuando no proporcionen información consistente respecto a las motivaciones o fundamentos expresos del legislador, dejan al descubierto tanto los olvidos y posibles imprevisiones como los intereses que trasuntaron el debate, datos que pueden llevar –al menos– a descartar hipótesis interpretativas. Sobre esto, luce interesante lo que señala Rabbi-Baldi Cabanillas (2020) en cuanto a que:

[...] cabe hacer, como suele decirse, “del defecto, una virtud”, pues estas dificultades ayudan a desentrañar, cuanto menos aquello que el legislador “no quiso decir” o aquello que, en última instancia, refleja no una, sino varias voluntades que carecieron del margen necesario para imponer una mayoría capaz de reflejar un sentido tanto consistente como coherente a los documentos en cuestión. (p. 51)

En el caso, del escueto debate aparece latente la idea de garantizar el acceso

51 Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, Período 132º, 19ª Reunión, 9ª Sesión especial, 19/11/2014, pp. 17-18.

52 Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, Período 132º, 19ª Reunión, 9ª Sesión especial, 19/11/2014, págs. 63-64.

a la justicia del imputado o de la víctima miembros de un pueblo originario en el marco del nuevo proceso penal federal, para lo cual los senadores Negre de Alonso y Romero destacaron la necesaria presencia de “intérpretes o traductores”, incluso proponiendo en el despacho de minoría que el artículo sancione con la nulidad aquel acto que no cumpla con esas condiciones. Hasta aquí, el alcance es procesal.

Sin embargo, también llama la atención lo que dice la senadora en cuanto a que el texto del oficialismo (finalmente aprobado) era “muy tímido” y que había que agregar que “en la valoración de los hechos se deberán tener en cuenta las costumbres del pueblo originario en la materia”, dotando al precepto también de efectos sustantivos. Y es importante destacar que su propuesta no la esgrime como disidencia, sino más como un refuerzo al texto original con una idea más potente sobre la diversidad cultural.

Algo también desliza el senador Romero cuando, luego de adherir a la redacción explicada por Negre de Alonso, afirmó que muchos miembros de comunidades originarias “tienen un impedimento de comprensión de las leyes desde el punto de vista de la visión cultural” (lo que evoca la conocida tesis de Zaffaroni), pero aclaró: “No digo que haya que torcer el Código por una supuesta visión cultural”. Esto evidencia alguna señal de precaución por parte de este legislador respecto a los efectos jurídicos que pudieran tener los textos en discusión, lo que ningún sentido tendría si el artículo se estuviera refiriendo sólo a aspectos meramente procesales.

Entonces, a partir del repaso de las breves alocuciones que se hicieron en el Senado de la Nación respecto al artículo 24, es posible afirmar –desde una directriz subjetiva de interpretación de la norma– que el precepto también tiene un alcance sustantivo, con efectos en la valoración de los hechos y, consecuentemente, en la determinación de la responsabilidad penal.

Es que cuando el legislador dice que se deberán tener en cuenta sus costumbres en la “materia”, esta última parece identificarse directamente con los “hechos cometidos”, o sea, con la conducta reputada como ilícita. No se trata, entonces, de un mandato genérico de respeto de las costumbres ancestrales, del lenguaje o de la idiosincrasia del imputado a los fines del trámite del proceso penal y del acceso a la justicia, sino que es algo más: son las costumbres que tienen esos “miembros” de “un pueblo originario” sobre “los hechos cometidos”.

Tal conclusión es a la que arriba la mayoría de los autores que han analizado doctrinariamente el nuevo régimen procesal penal federal. Incluso Hairabedian (2021) –luego de asignarle alcances procesales al precepto– señala que

la “perspectiva cultural valorada en el ámbito de la teoría del delito, más precisamente en la categoría de la culpabilidad, puede ser tenida en cuenta a la hora de analizar ciertas conductas en las que intervengan miembros de pueblos originarios” (p. 106).

Por su parte, Romero Villanueva y La Rosa (2019), quienes en su obra le dan a la norma plena operatividad sustantiva, dicen:

En materia penal, la diversidad cultural solo puede ser esgrimida como defensa, a título excluyente de la categoría de culpabilidad, de manera restringida a los supuestos de delitos que no constituyan el núcleo duro del derecho penal; debiendo el juez efectuar una ponderación en cada caso concreto de los deberes impuestos por la cultura hegemónica y el mandato de la norma cultural particular de cada etnia [...] la redacción que le da el nuevo código a la problemática, aunque abierta y un tanto vaga, resulta sumamente auspiciosa en orden a dar un paso más en el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios. (p. 340)

Asimismo, Daniel Pastor (2015) sostiene que la norma excede su naturaleza procesal al indicar que

El legislador ha introducido una norma extraña a la regulación del enjuiciamiento penal, esto es a lo que constituye la conformación, a partir de la sospecha de que fue cometido un delito, de los procedimientos necesarios para comprobar o descartar los requisitos normativos que autorizan la aplicación al responsable de las consecuencias jurídico-penales previstas para el caso de que éste efectivamente haya cometido un delito. (p. 39)

A idéntica conclusión se arriba si recurrimos al conocido canon exegético de la Corte Suprema de que el legislador es “económico o si se prefiere, no reiterativo, por lo que las normas que dicta no son superfluas ni redundantes” (Rabbi-Baldí Cabanillas, 2020, p. 47).

Es que, en relación con las barreras lingüísticas, el código prevé en sus arts. 70 y 106 la designación de traductores (para los actos escritos) e intérpretes (para las audiencias) y/o de cualquier “apoyo necesario para garantizar su comprensión y debida comunicación”; derecho que concierne al imputado, pero también a cualquier “interveniente” del proceso. En la misma línea se inscribe el art. 288 cuando establece que “quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma nacional, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes”.

De ahí que las preocupaciones manifestadas durante el debate por los se-

nadores sobre la garantías de acceso a la justicia de los miembros de comunidades originarias, a más de no haber sido receptadas finalmente en el texto de la norma, ya se encuentran contempladas en los derechos que conciernen a todo justiciable (sea de la etnia que fuere) que acude al proceso sin entender el idioma oficial de la Administración para contar con un adecuado soporte de traducción. Ello, nuevamente, nos conduce a pensar que la norma en estudio se orienta a un ámbito material con incidencia en los hechos y en la determinación de responsabilidad.

Además, si el fin del artículo fuera netamente procesal, resultaría inconsistente con la limitación que hizo el legislador de que solamente es aplicable a “hechos cometidos entre miembros de un pueblo originario”, pues ello llevaría al absurdo de sostener que sólo respecto de esos hechos cabe garantizar el acceso a la justicia de los imputados en el trámite del proceso, mientras que si se trata de supuestos en donde el acusado es indígena, pero la víctima no, ya no habría, por ejemplo, derecho al traductor e intérprete, lo que resulta irrazonable con la lógica del código y no se compadece con la garantía constitucional del debido proceso.

Por lo demás, la circunstancia de que el legislador haya introducido un precepto de fondo en una norma procesal puede generar algún reparo respecto a la técnica legislativa, pero no constituye en este caso un problema constitucional. Es que el tema suscita cuestionamientos cuando se trata de normas similares establecidas en códigos provinciales, en tanto podría haber una indebida intromisión de parte de autoridades locales en atribuciones que son de exclusiva competencia de la nación (cfr. art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional).

Al respecto, Soler (1989) manifestaba que

[s]e hace necesario distinguir algunas condiciones y formas bajo las cuales la potestad punitiva es entregada a los órganos que la han de hacer efectiva. Esas condiciones y límites, naturalmente, no son normas procesales, sino penales, porque contienen autolimitaciones de la pretensión punitiva, con las cuales la ley de fondo fija a la pretensión punitiva una especie de vida, distintos modos de nacimiento y extensión. (pp. 527-528)

Ello, porque el tema de la multiculturalidad generalmente remite a “las estructuras jurídicas, propias de la teoría del delito, donde se advertirá en qué casos y con cuales alcances la obligatoriedad de la norma puede exceptuarse” (García Vitor, 1994, p. 19).

Por ello, se dijo que “de adoptarse este tipo de soluciones político-crimi-

nales, deben ser dictadas por el Congreso de la Nación y, más concretamente, insertadas en el Código Penal” (Cesano, 2004, p. 62), máxime cuando el mandato de diversidad cultural esté orientado a trascender los aspectos del proceso para insertarse en el ámbito de la valoración de los hechos y de la responsabilidad, pues, en este supuesto, la solución del conflicto se relaciona directamente con la estructura del delito (v.gr., en la regulación de causas de inculpabilidad, como el error de prohibición culturalmente condicionado, o de excusas absolutorias) o –como también se vio– con la facultad judicial de determinar penas reducidas a partir de la ponderación de los valores culturales de los intervinientes.

Sin embargo, al tratarse del mismo órgano colegiado con facultades para sancionar tanto las leyes de fondo como el código de procedimientos federal, no aparece aquí el problema constitucional que eventualmente podrían tener los cuerpos provinciales que contienen este tipo de cláusulas, limitándose – como se dijo– a una cuestión de técnica legislativa que, sin dudas, repercute en los procesos de interpretación sobre el sentido y alcance que tiene la norma. Pues ya vemos que su sola ubicación en el marco de un digesto netamente ritual no es óbice para asignarle –de acuerdo con todo lo que se viene explicando– un sentido mucho más sustantivo.

De ahí que Pastor (2015) concluya: “No obstante que la disposición es más material que procesal, no hay aquí un fraude de competencias, dado que se trata –como se señaló– de orientaciones y no de la sustitución de la ley sustantiva [...] por la costumbre” (p. 39).

4.3 Una diversidad privilegiada

Habiendo determinado su naturaleza material y, en consecuencia, la posibilidad de que la “perspectiva cultural” implique un tratamiento más favorable al imputado indígena al momento de la valoración de los hechos y de su responsabilidad penal, corresponde dilucidar si acaso el legislador no incurrió en un supuesto de discriminación o trato desigual cuando redujo los alcances del principio de diversidad cultural solamente a los delitos cometidos entre miembros de comunidades originarias, desconociendo que el término es mucho más amplio y sus alcances obviamente trascienden la situación de los pueblos indígenas a partir del fenómeno de la globalización y del flujo migratorio constante que se ha dado en nuestro país.

García Vitor (2003) define la diversidad cultural como “los complejos procesos

de identificación de las personas y los grupos sociales, lo cual conlleva a la diversificación y consecuente fragmentación simbólica y material de la realidad” (p. 1), noción más amplia y adecuada a los términos utilizados por los pactos internacionales que aquella que finalmente tomó el legislador en el nuevo régimen procesal.

Se sabe que sobre el principio del art. 16 de la Constitución Nacional, la interpretación de la Corte Suprema no ha sido la de una “rígida igualdad” entre los habitantes, ya que “entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar distinguiendo y clasificando razonablemente los objetos de la legislación”.⁵³ El alto tribunal interpretó la igualdad jurídica como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias;⁵⁴ pauta hermenéutica que se complementa con el criterio de que “el legislador puede contemplar en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupos”.⁵⁵ En síntesis, hay desigualdad si la ley contempla en forma distinta situaciones que son iguales.⁵⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”,⁵⁷ explicando que

una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.⁵⁸

53 CSJN, *Leal, José E. c/Gimenez, Eduardo S.* del 28/08/1939, Fallos: 184:398; entre otros.

54 CSJN, *Redondo* del 08/11/2005, Fallos: 328:3985; entre otros.

55 CSJN, *Gutiérrez, Oscar* del 11/04/2006, Fallos: 329:1092; entre otros.

56 CSJN, *Martínez, José Agustín s/robo calificado s/causa N° 32.154* del 06/06/1989, Fallos: 312:826.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión Consultiva OC4/84 del 19/01/84 y Caso *Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones preliminares*, Fondo, Reparaciones y Costas del 06/08/2008, Serie C, N° 184.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24/11/2017; Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 29/05/2014, Serie C, N° 279, entre otros.

Por ello, el Estado “debe abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos”.⁵⁹

Ahora bien, la jurisprudencia interamericana también reconoce que

[...] pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran⁶⁰ [y agregan, en particular, que] los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos.⁶¹

Este tipo de disposiciones diferenciadas pertenece a lo que se denomina doctrina de “acción afirmativa”, que postula políticas de “discriminación inversa”. Esta última

[...] parece hallar eventualmente justificación para lograr una suerte de reparación histórica a centurias de intencionada y perniciosa discriminación contra ciertos grupos, y como herramienta de construcción de una sociedad más justa e integrada. Solo así puede alcanzar una legitimidad que siempre resultará polémica, ya que inevitablemente acarrea la injusticia de tratar, también desigualitariamente, a algunos de los actuales herederos de los sectores o los grupos otrora explotadores. (Sagüés, 2007, p. 764)

Este podría ser el sentido de la manda del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional (fuente del art. 24 del CPPF), que vino a reemplazar la anterior redacción que le confería al Congreso el “conservar el trato pacífico a los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”; sin embargo, su inclusión careció de debate en el seno de la Convención Reformadora de 1994 que permita aclarar algunos de los puntos oscuros que la doctrina constitucional viene señalando.

Así, un sector entiende que se trató de una justa reparación histórica imperiosa en una sociedad democrática (Menem y Dromi, 1994). Y aunque “la mayor parte del artículo es declarativo y necesita de leyes que lo hagan operati-

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 01/02/2006, Serie C, N° 141.

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/08/2002.

61 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, del 01/02/2006, Serie C, N° 141.

vo” (Segovia y Segovia, 1995, p. 340), apunta “a una cuestión de intensidad en la protección de los grupos tradicionalmente desfavorecidos o discriminados, cultural y económicamente” (Ekmekdjian, 1997, p. 507).

Sobre el tópico, Bidart Campos (1995) decía:

Que étnica y culturalmente hayan preexistido los pueblos indígenas implica que, negativamente, es inviable desconocer o contrariar la herencia que hoy se acumula en sus comunidades y en nuestra sociedad toda; positivamente, quiere decir que, más allá de no destruirla o socavarla, hay que promoverla. El Congreso, en ejercicio de la competencia que surge de la norma comentada, tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulte posible. (pp. 371-372)

Asimismo, en un precedente sobre propiedad comunitaria indígena, la Corte Suprema efectuó algunas consideraciones que resultan aplicables al tema en estudio:

La relevancia y delicadeza de los aludidos bienes [tradiciones, expresiones, costumbres, lenguas, artes y rituales] deben guiar a los magistrados no sólo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino de aquellos vinculados con la protección judicial prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que exhibe jerarquía constitucional.⁶²

Gelli (1995) señala que la diversidad social se ha institucionalizado a través del tratamiento constitucional dado a los indígenas argentinos, donde, además del respeto a la identidad, se insertó la pluralidad cultural en calidad de valor a proteger mediante leyes del Congreso. No obstante, la referida autora admite que el reconocimiento a algunos tipos de diversidad importa cuestiones problemáticas al principio de igualdad presente en el art. 16 de la Constitución Nacional.

La norma del artículo 24 del CPPF parece inscribirse entre las acciones positivas que el legislador adoptó en torno a los pueblos originarios y al reconocimiento de su identidad cultural, con proyecciones –obviamente en este caso– sobre el ámbito del derecho penal y, en particular, sobre la responsabilidad de sus miembros por actos ilícitos cometidos con motivaciones culturales.

El propio título del art. 24 –Diversidad Cultural– demarca su campo de aplicación: no es una norma para todos los sujetos del proceso, sino destinada a aquellos “diferentes” culturalmente del orden o sistema establecido (Eroles et

62 CSJN, *Comunidad indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta* del 30/09/2008, Fallos: 331:2119.

al., 2004). Así, se considera que “minoría” es “un grupo social con caracteres lingüísticos, étnicos y culturales distintos de los de la mayoría de los ciudadanos de una nación, que además manifiesta la conciencia de una propia identidad distinguida de la comunidad nacional” (Collo y Sessi, 1995, p. 275).

Al respecto, y recurriendo a nociones de Borja Jiménez, Slonismqui (2002) sostiene que:

Estos grupos humanos participan de un destino vital colectivo que los diferencia de la mayoría dominante, grupo de referencia que establece los valores y pautas de comportamiento generales e incluso idiosincrásicas del Estado en cuestión. Las diferencias de sus tradiciones y costumbres es contemplada por las distintas legislaciones nacionales e internacionales como una realidad de las modernas sociedades que se valora positivamente y que todo Estado debe tutelar o, en su caso, tolerar, vinculando a los ciudadanos en esa necesidad de respeto. (p. 47)

En efecto, la norma en estudio parte de una “distinción” (para utilizar la terminología interamericana) que –ante hechos delictivos similares– pone de relieve un diferente énfasis de protección judicial de los imputados pertenecientes a los pueblos originarios respecto a aquellos que no lo son. Tal circunstancia no constituye un trato desigual o discriminatorio para el resto de la sociedad en la medida en que la diferenciación que hace la norma parece sustentarse en el distinto modo de aprehender y comprender las prohibiciones penales y pautas de comportamiento por parte de ciertos grupos étnicos culturalmente disidentes; lo que –además– remite al principio constitucional *nulla poena sine culpa*, por el que ninguna persona (sea de la etnia que fuere, de la mayoría o minoría) puede ser penada sin comprobarse “la posibilidad de conciencia del injusto y la posibilidad de actuar en la medida de esa conciencia” (Donna, 2009, p. 58).

Sin embargo, el precepto –tal como fue redactado– restringe notoriamente su campo de aplicación al excluir a otras minorías culturales que no son comunidades originarias y que también quedan alcanzadas por la discusión del multiculturalismo en el derecho penal.

En este sentido, el legislador argentino parece haber desatendido el debate que sucede en Europa o en Estados Unidos con las olas de inmigración y su influencia en el campo de la *cultural defense*, ciñéndose exclusivamente a los pueblos originarios, a cuyos miembros –aún en términos vagos y ambiguos– les dispensa normativamente un trato diferenciado en el proceso penal en reconocimiento a sus costumbres como condicionante de la conducta.

Aquí parece cumplirse lo que pronostica Gelli (1995) cuando admite que el privilegio de unas minorías –aun en contextos de reparación histórica (o discriminación inversa)– puede entrar en pugna con el principio de igualdad jurídica del art. 16 de la Constitución Nacional, en tanto no se verifique en el supuesto concreto una razón justificante para diferenciar el tratamiento penal respecto de una cultura y otra cuando ambas se presentan como disidentes de la “oficial”.

Cabe recordar que la Constitución Nacional consagró en su art. 20 un criterio de igualdad material al reconocerles a los extranjeros el goce de todos los derechos civiles de los ciudadanos. De este reconocimiento expreso “deriva una presunción de inconstitucionalidad ante cualquier distinción efectuada por el legislador con base en la nacionalidad que invierte la carga de la prueba, debiendo el Estado justificar con razones suficientes el diferente trato” (Sabsay, 2022, p. 353).

En efecto, la exclusión de las otras minorías culturales que hace el legislador en el art. 24 no se funda en motivos razonables, pues la incidencia de las costumbres en la conducta que pueda comprobarse en un hecho delictivo no constituye una noción propia y exclusiva de los pueblos originarios (como sí puede ser la ocupación histórica de la tierra y el consecuente reconocimiento a su propiedad comunitaria), sino un concepto totalmente aplicable a cualquier grupo étnico diferenciado de la nación oficial.

En otras palabras, todas las minorías culturales (sean indígenas o no) participan de diferentes costumbres que pueden ser tenidas en cuenta a los fines de determinar una responsabilidad penal, sin que se hallen motivos razonables para pensar que la especial protección de la diversidad cultural en el ámbito que nos ocupa sea de titularidad exclusiva de los pueblos originarios.

De ahí que la cláusula 24, aun cuando quizás no le quepa el calificativo de discriminatoria, sí impone un trato desigual hacia las diferentes minorías culturales existentes en nuestro país que no constituyen pueblos originarios, cuyos miembros eventualmente podrían verse involucrados en un proceso penal a partir de hechos cometidos por motivaciones culturales, y hacia quienes –por la aplicación restrictiva del precepto– no podrían en esos casos beneficiarse de la pretendida protección legal.

Así, hasta el propio título de la norma (“Diversidad Cultural”) parece inapropiado en relación con el texto que le sigue, pues, bajo ese término, el legislador luego reconoce como única disidencia cultural a los pueblos originarios, invisibilizando a las demás minorías; nada de lo cual se compadece con la rea-

lidad argentina ni con el sentido y alcance más amplio que tiene el concepto “diversidad cultural” tanto en la doctrina como en las normas internacionales. Pues, en todo caso, debió titular “pueblos indígenas” (como lo hace el Código Procesal Penal de Neuquén en su art. 109) si solamente pensaba circunscribir el precepto a esos grupos étnicos.

Y si bien se podría argumentar que dicho trato desigual se justifica en la especial protección y reconocimiento que el convencional constituyente de 1994 les otorgó a los pueblos originarios en el art. 75, inc. 17, no debemos olvidar que –en simultáneo– le dio jerarquía constitucional (por vía del art. 75, inc. 22) a la cláusula 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en lo sustancial, establecen que en aquellos países en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas “no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde [...] a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

De modo que todas las minorías en nuestro país gozan de la misma consideración constitucional y convencional, por lo menos en lo tocante al respeto de su identidad cultural comunitaria, elemento que es, en definitiva, el que se relaciona directamente con la operatividad del art. 24 en cuanto establece tener en cuenta, respecto de los hechos ilícitos cometidos, “sus costumbres en la materia”.

Ello determina que la judicatura debería aplicar el precepto sin consideración sobre el origen étnico del imputado para evitar incurrir en un trato desigual prohibido por nuestra Constitución Nacional y los pactos internacionales; interpretación que también puede inferirse de lo sostenido en el debate parlamentario por la senadora Negre de Alonso, cuando –en el marco del análisis de este artículo– sostuvo que se había eliminado del texto del código “todo lo que signifique nacionalidad para no realizar ningún tipo de discriminación con los extranjeros”.⁶³

4.4 Una perspectiva cultural

La pregunta ahora es: ¿ante qué tipo de mandato estamos?

El precepto fue incluido en el Libro I, “Principios Fundamentales”, título I “Principios y Garantías Procesales” del Código Procesal Penal Federal, o sea

63 Congreso de la Nación, Cámara de Senadores, Período 132º, 19ª Reunión, 9ª Sesión especial, 19/11/2014, p. 18.

que el legislador lo ubica como un “principio fundamental” del proceso penal y, por lo tanto, con efectos jurídicos transversales a todas sus etapas.

En segundo lugar, ese sitio también indica que estamos ante un “principio” y no una “regla”. En general, los primeros tienden a ser orientaciones jurídicas (estándares) que se redactan en términos generales e imprecisos; permiten una mayor flexibilidad y, en la práctica, dan lugar a la adopción de decisiones de variada índole. En cambio, las “reglas” son mandatos jurídicos definidos que se expresan en términos “detallados, específicos, concretos y determinados” y que ofrecen estabilidad al no permitir demasiado margen de discrecionalidad del operador (Schauer, 2009, p. 189). Sin perjuicio de ello, cabe tomar la precaución de que no siempre “las indeterminaciones semánticas afectan al carácter de ‘regla’, a no ser que se alcance un grado extremo que no permita que se hable ya de determinación de un modelo de conducta” (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 109).

La distinción entre reglas y principios no sólo permite dilucidar –desde el prisma de la técnica legislativa– el modo de regular jurídicamente una determinada actividad, “sino también advertir cuáles son las razones para optar por una de ellas y el impacto concreto que esa selección tiene en la forma en la que luego los tribunales resuelven casos” (Larsen, 2020, p. 306).

Es que los principios exigen un mayor desarrollo argumentativo en el razonamiento jurídico que deben hacer los operadores al momento de justificar las alternativas elegidas de acuerdo con los intereses y derechos en conflicto. Así,

[...] si una regla es aceptada, entonces se evita tener que entrar en un proceso de ponderación de razones en pro y en contra, [reduciendo] la complejidad de los procesos de argumentación; mientras que los principios no eximen de la tarea de efectuar esa ponderación. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 115)

En un análisis más preciso, Robert Alexy (1988) explica que

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, pueden siempre

ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. (pp. 143-144)

A esta altura, no hay dudas de que, tanto a partir de la topografía de la norma como por la semántica utilizada por el legislador, la cláusula del art. 24 se configura como un principio dirigido a guiar el ejercicio de los órganos jurisdiccionales a quienes el propio derecho confiere el poder para resolver los conflictos penales.

Pero en un nivel de mayor precisión, también es posible diferenciar si se está ante un principio en sentido estricto (norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico) o frente a una directriz (norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines).

La diferencia, pues, entre un principio y una directriz parece ser la siguiente: los principios en sentido estricto son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación, en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno. Las directrices, por el contrario, al estipular la obligatoriedad de utilizar medios idóneos para perseguir un determinado fin, dejan también abierto el modelo de conducta prescrito: las directrices sí pueden, en efecto, ser cumplidas en diversos grados. (Atienza y Ruiz Manero, 1991, p. 110)

El art. 24 tiene una condición de aplicación más o menos precisa en tanto se dirige solamente a aquellos supuestos en los que el hecho delictivo haya sido cometido “entre miembros de un pueblo originario”, pero, más allá de esa determinación, la aplicación de la pauta en un hecho concreto se encuentra supeditada a que se trate efectivamente de un “caso cultural”, lo que ocurrirá cuando existan indicios para presumir que los delitos cometidos tienen alguna motivación en las costumbres comunitarias. Luego, no todo caso en el que intervengan miembros de un pueblo indígena caerá en el supuesto de la cláusula, como cuando las “costumbres en la materia” sean indiferentes para su resolución o directamente no existan. Todo ello será objeto de ponderación del juez.

Pero además de contener, en este sentido, condiciones de aplicación abiertas, la manda del art. 24 no establece (y esto es parte de la crítica de algunos autores) la pauta o modelo de conducta a seguir por los operadores judiciales cuando estén ante un “caso cultural”, pues se limita a señalar que en los su-

puestos en los que se cumplan las condiciones de aplicación de la cláusula, “se deberán tener en cuenta sus costumbres en la materia”, en un nivel de indeterminación que, como se vio, hasta pone en duda su naturaleza y alcance material o procesal.

En efecto, un precepto de este tipo no puede sino definirse como una “directriz” o –en palabras de Pastor (2015)– como “orientaciones” que deben guiar la labor del fiscal y, fundamentalmente, la del juez en las distintas etapas del proceso. La norma es programática porque solo establece un criterio genérico de actuación en función de un fin que, en realidad, se amalgama con el principio del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, en donde los operadores –a partir de aquella– deben ponderar (en los casos aplicables) la incidencia de los factores culturales (o “costumbres en la materia”), pero sin que existan otras pautas de acción que determinen el modo de materializarse, lo que, por supuesto, permite que la directriz sea cumplida en diversos grados y con distintos alcances.

Por ello, podemos concluir que la cláusula 24 del código viene a establecer una “perspectiva cultural” que, en los casos aplicables, obliga a los operadores judiciales a ponderar en el proceso de construcción del razonamiento jurídico las costumbres que la comunidad étnica tiene respecto de los hechos que han suscitado el inicio del proceso penal. De modo que mientras la argumentación en el caso concreto contemple este tipo de valoraciones, se cumplirá con la directriz establecida por el legislador, independientemente de los alcances e intensidad de su aplicación, todo lo cual –por la naturaleza misma de la norma– se irá definiendo en cada caso.

5. Conclusiones

En el presente artículo se intentó esbozar unas primeras aproximaciones sobre el sentido y alcance de la cláusula 24 del Código Procesal Penal Federal a partir de un diálogo con las pautas hermenéuticas sentadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el objeto de poner en discusión la autosuficiencia de la norma respecto a la materia que está destinada a regir, como también aquellas oscuridades que podrían entrañar disímiles aplicaciones jurisdiccionales que se traduzcan en un problema constitucional.

Como primera observación, nuestro país todavía transita un modelo multiculturalista débil, pues el legislador no sistematizó un tratamiento penal diferenciado para quien comete un hecho ilícito culturalmente motivado, sino que limitó los instrumentos legales a meros enunciados procesales (en el digesto

nacional y en los códigos locales) que no importan una verdadera regulación de una *cultural defense*, sea bajo el reconocimiento expreso de una causa de inculpabilidad como el error de prohibición culturalmente condicionado (Zaffaroni et al., 2000), una causa de no punibilidad cultural (De Maglie, 2012) o, incluso, un atenuante genérico cultural (Soprano, 2022), a modo de la *partial excuse* propuesta en la doctrina estadounidense (Renteln, 2004). En igual sentido, la jurisprudencia no logró brindar soluciones jurídicas consistentes y uniformes, confundiendo a menudo los conflictos culturales con los de índole socioeconómica, familiar y educativa.

El art. 24 del Código Procesal Penal Federal se inscribe en ese contexto. Es una norma con mala técnica legislativa que adolece de vaguedades y de una equívocidad semántica, con la cual el legislador intentó innovar introduciendo el fenómeno de la diversidad cultural en el proceso penal; pero –además de que su producto no tiene nada de novedoso– considero que quedó apenas en el primer peldaño de lograr una regulación sólida y operativa en materia de delitos culturalmente motivados. Pues no sólo no es autosuficiente, sino que ha venido a traer más dudas que certezas en el tratamiento de estos hechos –cada vez más recurrentes–, dejándose pasar una oportunidad histórica que no se repetirá en años, máxime en el contexto político y social actual que ha marcado una agenda donde este tipo de reformas legales no son prioritarias.

Es que, en primer lugar, sin que exista una justificación al respecto, el precepto se autolimita a los hechos cometidos “entre miembros de un pueblo originario”, excluyendo otros supuestos en los que –aun cuando la víctima no pertenezca a esa comunidad– pueden verificarse en el imputado indígena motivaciones culturales que cabría tener en cuenta.

Sobre el punto, la interpretación alternativa que aquí se mencionó de que la norma podría estar reconociendo la facultad de la autoridad indígena para solucionar conflictos penales intracomunitarios, si bien explicaría la fórmula utilizada por el legislador en tanto necesariamente en ese caso ambas partes debieran pertenecer al mismo grupo étnico-cultural, ello no se compadece con la lógica y armonía de todo el ordenamiento jurídico en el que se inserta el precepto, donde no cabe –por lo menos, por ahora– instituir cacicazgos con atribuciones jurisdiccionales que sustituyan el derecho y a las autoridades constitucionalmente instituidas para resolver los casos judiciales. La cuestión, así planteada, merece una profunda discusión en clave constitucional.

Otro punto relevante es que la manda restringe irrazonablemente el concepto de diversidad cultural, atribuyéndoselo en exclusiva a los pueblos originarios

sin contemplar otras expresiones culturales minoritarias que también son parte de la realidad de nuestro país (y que cuentan con protección constitucional y convencional), cuyos miembros tienen derecho a esgrimir una defensa cultural en los términos del art. 24 en los casos en que se compruebe que el hecho es de esa categoría. De ahí que la aplicación literal de la norma importaría un trato desigual vedado por el art. 16 de la Constitución Nacional.

Asimismo, del análisis realizado es posible concluir que la cláusula –tal como fue redactada– tiene naturaleza sustantiva, aunque el sitio y su extensión no sean los adecuados. No se trata, entonces, de un mandato procesal genérico para eliminar las barreras culturales que hubiera entre el imputado y el proceso penal, desde que aquello ya se encuentra garantizado a partir de otras disposiciones del código procesal, como la provisión de traductores o intérpretes.

No obstante, la indeterminación que entraña la norma tampoco permite dilucidar un modelo de conducta que –en el ámbito de la valoración de los hechos y de la responsabilidad penal– deban seguir los operadores judiciales cuando estén ante un “caso cultural”, lo que convierte al precepto en una directriz muy general con consecuencias jurídicas difusas que el juez deberá ir completando y delimitando en cada caso concreto.

No obstante la vaguedad del único precepto que el legislador le ha dedicado al tema, la manda del art. 24 se convierte en una declaración de interés respecto a la protección de la multiculturalidad en el sistema penal argentino que (se asume) busca superar las dificultades que la diversidad cultural trajo a las discusiones de la dogmática penal y que excedieron a las categorías clásicas de la teoría del delito, pero cuyos alcances sustantivos –por ahora– solo pueden ser precisados por los jueces que intervengan en cada instancia del proceso, quienes tendrán que decidir el modo de implementar un tratamiento jurídico más favorable al imputado que responda a la exigencia de la norma y, a la vez, sea coherente con las reglas de nuestro sistema, sin desproteger a las víctimas.

De ahí que, en función de esa manda, los jueces y fiscales deban actuar, desde sus respectivos roles, con “perspectiva cultural” cada vez que intervengan en un caso de esta índole. Decidir con este enfoque quiere decir que los operadores judiciales deberán maximizar sus esfuerzos para contemplar todas las incidencias que pudiera tener el factor cultural en un caso concreto, arbitrando los medios necesarios para comprobar o descartar un delito culturalmente motivado y obligándose a incluir en el proceso de argumentación jurídica las alternativas de solución que mejor persigan los fines de la norma. En palabras de Nicolás Becerra (1997), “los jueces [deberán] abandonar el paradigma del funcionario

judicial sólo sometido a la ley y descomprometido con otros datos esenciales del contexto social en el que se desenvuelve el caso y su propia tarea” (p. 19).

Y si bien las soluciones jurídicas a las que puedan arribarse a partir de la aplicación concreta de esta directriz exceden el objeto de este trabajo, parece claro que será el juez quien tendrá la difícil tarea de equilibrar los principios y derechos constitucionales en tensión, debiendo procurar la operatividad de la cláusula cultural sin que se convierta en un *bill* de indemnidad para justificar cualquier crimen de las disidencias. Pues, de lo contrario, un mal uso (o abuso) de la directriz terminará por vaciar de contenido a la diversidad cultural, a la vez que se instalarán en la sociedad sentimientos de descrédito y rechazo por este tipo de normas y decisiones en desmedro de los espacios de tolerancia que deben existir en cualquier sistema penal democrático que se apertura al multiculturalismo.

Bibliografía

- Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5.
- Anzit Guerrero, R. (2015). El tratamiento de los pueblos originarios en el nuevo Código Procesal Penal y en el Anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina. *La Ley*.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (10), 101-120.
- Basilico, R. (2017). *Error de prohibición culturalmente motivado*. Cathedra Jurídica.
- Becerra, N. (1997). *Derecho penal y diversidad cultural: la cuestión indígena*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Bertinat Gonnet, S. (15 de julio de 2015). *La legitimación para querellar de los pueblos originarios en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. elDial.com. https://www.eldial.com/nuevo/nuevo_diseno/v2/doctrina2.asp?id=8082&base=50&t=j.
- Bidart Campos, G. (1995). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. La reforma constitucional de 1994*. Ediar.
- Binder, A. (1996). Diez tesis sobre la reforma de la justicia penal en América Latina. *Revista Contribuciones*, (3), 7-22.
- Borja Jiménez, E. (2009). Derecho Indígena, Sistema Penal y Derechos Humanos. *Nuevo Foro Penal, Universidad EAFIT*, 1 -46.
- Capitant, H. (1 de julio de 2000). Los trabajos preparatorios y la interpretación de las leyes. *La Ley*, 11-19.
- Cesano, J. D. (2004). Delito y diversidad cultural: algunas reflexiones sobre el caso argentino. *Revista del CESLA*, (6), 49-70.

- Collo, P. y Sessi, F. (1995). *Diccionario de la tolerancia*. Grupo Editorial Norma.
- Constenla, C. (2022). *Defensoría de Indios*. Astrea.
- Daray, R. (2019). *Código Procesal Penal Federal. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Vol. 1). Hammurabi.
- De Luca, J. y Da Rocha, J. (2014). *La justicia penal en las comunidades originarias*. Ad-Hoc.
- De Maglie, C. (2012). *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*. Marcial Pons.
- Donna, E. A. (2009). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. IV). Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. A. y Días, H. L. (2021). *Código Procesal Penal Federal Comentado* (Vol. I). Rubinzal-Culzoni.
- Ekmekdjian, M. A. (1997). *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Argentina*. (Vol. IV). Depalma.
- Eroles, C., Gagnetten, M. y Sala, A. (2004). *Antropología, cultura popular y derechos humanos*. Espacio.
- Ferrajoli, L. (2013). El populismo penal en la sociedad del miedo. En Zaffaroni, E. R., Ferrajoli, L., Basílico, R. y Torres, S., *La Emergencia del Miedo* (pp. 57-76). Ediar.
- García Vitor, E. (1994). Diversidad cultural y derecho penal. *Colección Jurídica y Social*, (36), 1-19. Universidad Nacional del Litoral.
- García Vitor, E. (2003). Culturas diversas y sistema penal. En *Problemas Actuales de derecho penal*. Universidad Católica de Temuco. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_83.pdf.
- García-Gallo, A. (1987). *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de derecho indiano*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- Gelli, M. A. (5 de julio de 1995). Los nuevos derechos en el paradigma constitucional de 1994. *La Ley*.
- Hairabedián, M. (2021). *Código Procesal Penal Federal Comentado*. Ad-Hoc.
- Larsen, P. (2020). Reglas, estándares y dos modelos de derecho probatorio para el proceso penal. *InDret*, (1), 300-335.
- Levaggi, A. (2012). *El Derecho Penal Argentino en la Historia*. Eudeba.
- López Rosas, J. R. (2019). *Historia Constitucional Argentina*. Astrea.
- Menem, E. y Dromi, R. (1994). *La Constitución Reformada*. Ediciones Ciudad Argentina.
- Nino, C. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.
- Pastor, D. (2015). *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*. Hammurabi.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (1993). La legislación social indiana: su recepción y fundamentación. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (15), 225-251.
- Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). *Interpretación Jurídica*. Astrea.
- Renteln, A. D. (2004). *The Cultural Defense*. Oxford University Press.
- Romero Villanueva, H. y La Rosa, M. (2019). *Código Procesal Penal Federal Comentado* (Vol. I). La Ley.
- Sabsay, D. A. (2022). *Manual de Derecho Constitucional*. La Ley.
- Sagüés, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Harvard University.
- Segovia, G. y Segovia, J. (1995). La protección de los indígenas. En Pérez Guilhou, D. y Seisdedos, F. *Derecho Constitucional de la Reforma del 94* (pp. 317-343). Depalma.
- Slonimski, P. (2002). *Derecho Penal Antidiscriminatorio*. Fabián J. Di Plácido.
- Soler, S. (1989). *Derecho Penal Argentino* (Vol. II). TEA.
- Soprano, M. M. (2022). *Delitos Culturalmente Motivados: la incertidumbre del derecho penal ante la multiculturalidad*. BdeF.

Zaffaroni, E. R. (2013). Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. En Zaffaroni, E., Ferrajoli, L., Basílico, R. y Torres, S., *La Emergencia del Miedo* (pp. 14-35). Ediar.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

¿ES CONCEBIBLE UN *DERECHO DE SUPERFICIE ADMINISTRATIVO*? A LA LUZ DE LAS FACULTADES PROVINCIALES Y DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES PARA REGULAR LOS USOS DE LOS BIENES PÚBLICOS

Ignacio de la Riva

Pontificia Universidad Católica Argentina

idlr@cassagne.com.ar

Recibido: 05/07/2023

Aceptado: 02/10/2023

Resumen

El patrimonio estatal está integrado, en una proporción considerable, por bienes del dominio público, cuyo régimen especial los excluye del tráfico jurídico en virtud de la regla que prescribe su inalienabilidad. La creación, manutención y puesta en valor de esos bienes, en los tiempos de estrechez de las cuentas públicas que corren, necesitan inexorablemente del aporte de fuentes de financiamiento privadas, que, a su vez, reclaman condiciones mínimas de seguridad jurídica, que un instrumento como el derecho real de superficie puede brindar. El presente trabajo tiene por objeto, en primer lugar, intentar demostrar que el derecho de superficie es compatible con la inalienabilidad del dominio público y, por ende, apto para ser aplicado en ese campo. Adicionalmente, se detiene a examinar, a la luz del reparto de competencias de la Constitución Nacional, el alcance de las potestades de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dictar normas dirigidas a habilitar la aplicación del derecho de superficie respecto a los bienes del dominio público de sus respectivas jurisdicciones, sin entrar en conflicto con el régimen de los derechos reales previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Palabras clave: dominio público, derecho de superficie, concesión de uso especial del dominio público, derecho real administrativo, federalismo.

Is an Administrative Surface Right Conceivable?

In light of the Provincial Powers and the Autonomous City of Buenos Aires to Regulate the Uses of Public Goods

Abstract

The state's property is formed, in a considerable proportion, by assets of the public domain, whose special regime excludes them from legal transactions by virtue of the rule that prescribes their inalienability. The creation, maintenance and enhancement of these assets, in the current times of tight public accounts, inexorably need the contribution of private financing sources, which in turn demand minimum conditions of legal predictability that an instrument such as the surface right can provide. The purpose of this paper is, first of all, to try to demonstrate that the surface right is consistent with the inalienability of the public domain and apt, therefore, to be applied in such field. Additionally, it examines, in light of the distribution of powers in the Argentine Constitution, the scope of the powers of the provinces and the Autonomous City of Buenos Aires to issue regulations aimed at enabling the application of surface right with respect to the assets of the public domain of their respective jurisdictions, without conflicting with the regime of rights *in rem* provided for in the Argentine Civil and Commercial Code.

Key words: public domain, surface right, concession of special use of the public domain, administrative rights *in rem*, federalism.

1. El contexto: hacia un aprovechamiento más eficiente del patrimonio público

El déficit de las cuentas públicas es una realidad que aqueja a todas las naciones hace varias décadas. Los países serios intentan hacerle frente a través de una rigurosa disciplina fiscal (en el ámbito comunitario europeo, rige el principio de estabilidad presupuestaria), lo cual deriva, a la postre, en una mayor estrechez de las finanzas públicas, en tanto limita la capacidad de los Gobiernos para endeudarse (Fernández Scagliusi, 2015, pp. 108-111).

Tal estado de cosas incide, inevitablemente, sobre la manera de gestionar el patrimonio público, pues exige una administración más eficiente de los bienes estatales, atenta a no desaprovechar ocasiones que permitan obtener recursos extras a partir de su explotación y disminuir así el peso que su producción y manutención conllevan (Gaudemet, 2000, p. 11; Mairal, 2005, pp. 104-105; Spitz, 2007, p. 954).

Esta preocupación se ve reflejada en las voces que propician una “valorización” de los bienes públicos (Fernández Scagliusi, 2015, *passim*),¹ orientada

1 Este llamado a valorizar el patrimonio público no se circunscribe, sin embargo, al terreno de los

a incrementar su aprovechamiento no solo en el plano económico, sino en cualquier dimensión que facilite un mayor goce de sus beneficios por parte del público al cual están destinados, sin descuidar lo concerniente a la sustentabilidad del patrimonio involucrado.² Una propuesta, en suma, que involucra toda mejora en su uso y gestión para una satisfacción más plena del interés general.

Ahora bien, semejante planteamiento se topa, en el caso particular de los bienes estatales que integran el *dominio público*, con una dificultad no menor. Como es sabido, la dogmática y las normas sobre las cuales se erige la categoría demanial están presididas por un afán netamente conservacionista, cuyo principal foco de atención pasa por asegurar su destino de uso público, motivo fundante de la figura y del derecho especial diseñado para regirla (Hauriou, 1919, p. 716).³ Ello explica que la nota central de su régimen consista en la exclusión de todo tráfico jurídico-privado que implique su enajenación, regla que evidencia cabalmente el sesgo contrario a toda dinámica comercial que prima en este ámbito. La concepción estricta con la que tradicionalmente se ha planteado la inalienabilidad de los bienes del dominio público repele de plano, incluso, la posibilidad de gravarlos (Chapus, 2000, p. 420; Gaudemet, 2000, p. 11).

Esta limitación al tráfico de los bienes públicos deriva, en el fondo, de la presunción de que la finalidad de uso público perseguida (elemento teleológico) sólo estará a salvo en tanto se preserve su titularidad estatal (elemento subjetivo). Una convicción que, como es obvio, opera como un escollo para la valoración propugnada, ya que no solo elimina la posibilidad de disponer de dichos bienes, sino también la de ofrecerlos en garantía en el marco de las operaciones de crédito que se requiere celebrar en procura de obtener el financiamiento necesario para alcanzar un aprovechamiento más pleno de esos activos (Moreu Carbonell, 2003, pp. 446 y 459-462; Ruiz Ojeda, 1999, pp. 17-27 y 126).

La presencia de esta evidente dificultad no debe conducir, por cierto, a postular el abandono de una construcción tan añeja y consolidada como lo es la

bienes del dominio público, sino que alcanza también a aquellos que integran el dominio privado estatal, que en España se denominan “bienes patrimoniales” (cfr. Fernández Acevedo, 2006, pp. 79-137).

- 2 La preocupación por una gestión eficiente en términos económicos no es ajena, desde luego, a la administración de los bienes públicos. Sin embargo, una administración del patrimonio estatal que sólo atienda a optimizar la rentabilidad no sería admisible, en tanto la satisfacción del interés público a cuyo servicio debe orientarse dicha gestión no puede limitarse a un mero afán lucrativo.
- 3 Hauriou (1919) definía a los bienes del dominio público como “propiedades administrativas afectadas formalmente a la utilidad pública (sea al uso directo del público, sea al uso de un servicio público) y que, por causa de esta afectación, son inalienables, imprescriptibles y protegidas por las reglas penales de las comunicaciones” (p. 716).

categoría del dominio público. No es esa, desde luego, la idea que inspira a la corriente revisionista arriba apuntada. Ella encierra, más bien, un llamado a encontrar, dentro del estrecho laberinto que la figura proporciona, formas de compatibilizar las premisas sobre las que se asienta el instituto del dominio público con la urgencia por extraer de él el máximo provecho posible (Moreu Carbonell, 2014, p. 143).⁴ El desafío que plantea la valorización del dominio público pasa, entonces, por lograr armonizar la noción del dominio público con instrumentos jurídicos que permitan una utilización más eficiente y racional de ese, dando cabida a un financiamiento privado que resulta ineludible frente al contexto de estrechez presupuestaria más arriba descrito. La experiencia comparada ofrece, al respecto, valiosos ejemplos, de los que podrían tomarse enseñanzas de gran provecho para nuestro país (Barcelona Llop, 1995, pp. 564-572; Guiridlian Larosa, 2004, pp. 75-79; Richer, 2006, pp. 599-611; Ruiz Ojeda, 1999, pp. 36-120).

2. Justificación del tema: la propiedad de las mejoras en la concesión de uso especial del dominio público vs. en el derecho de superficie

La manera clásica de rentabilizar el uso de los bienes del dominio público con el auxilio del sector privado consiste en la asignación de derechos de uso y ocupación sobre ellos bajo el marco de la figura concesional. Se trata de un instrumento sobradamente probado y con carta de ciudadanía bien ganada en nuestro derecho público.

¿Qué sentido tiene, entonces, explorar una variante, como el derecho de superficie, que carece de trayectoria en el ámbito jurídico-público? ¿Existe alguna razón que justifique examinar las posibilidades de su empleo para estructurar inversiones privadas sobre bienes del dominio público, ya sea para dar lugar a obras de relativa importancia (por ejemplo, la construcción de un estacionamiento subterráneo en un parque público) o para proyectos de enorme envergadura (como la instalación de una planta de licuefacción en un espacio portuario, que requiere de una inversión de miles de millones de dólares estadounidenses)?

Como tantas veces se ha recordado, la inversión privada solo germina allí donde se le ofrece un escenario de razonable seguridad jurídica. Ello, con may-

4 La misma autora observa que lo importante consiste en identificar soluciones para una “gestión dinámica” de los patrimonios públicos, con una mirada que vaya más allá de la visión meramente “conservadora” que ha primado durante tanto tiempo.

or razón si se trata de una inversión cuantiosa que se traducirá en “costos hundidos”, destinada a erigir una construcción sobre un bien ajeno y de carácter público.

Lo cierto, pues, es que la concesión de uso especial del dominio público plantea, cuanto menos, serias dudas respecto a la propiedad de las mejoras incorporadas por el concesionario, las cuales casi invariablemente, por imperio de la normativa vigente, terminan revirtiendo en favor del titular estatal del inmueble, quien no suele reconocerle al concesionario la esperada compensación, ni siquiera frente a la extinción anticipada de la concesión.⁵

Es verdad que tal solución ha sido objeto de reiteradas críticas por parte de la doctrina, que defiende mayoritariamente el derecho del concesionario respecto a las construcciones que realiza sobre el bien público que le ha sido otorgado en concesión (Diez, 1969, p. 508; Marienhoff, 2011, pp. 358-360; Villegas Basavilbaso, 1952, p. 267), con muy pocas disidencias (Mata, 2009, pp. 285-286) y matizaciones (De la Riva, 2013, pp. 643-644). Pese a ello, el derecho positivo mantiene inalterado a lo largo del tiempo el temperamento contrario,⁶ con sorprendente soslayo frente al desaliento que así provoca en un concesionario que estará, como es lógico, menos inclinado a realizar inversiones de consideración.

En el derecho de superficie, las cosas se presentan de un modo bien distinto, desde que el Código Civil y Comercial de la Nación le atribuye al superficiario un *derecho de propiedad* (temporario) sobre lo construido,⁷ lo cual, de por sí, permite pensar que su posición frente a las mejoras gozará de mayor solidez si se la compara con aquella del concesionario de uso (De la Riva, 2016, pp. 1-3).

La conclusión antedicha se confirma tras una detenida comparación entre

5 Por ejemplo, el régimen nacional de la concesión de uso especial de bienes del dominio público prevé que “todas las mejoras edilicias permanentes, tecnológicas o de cualquier tipo que el concesionario introduzca en los inmuebles del Estado Nacional afectados al cumplimiento del contrato, quedarán incorporadas al patrimonio estatal desde su ejecución y, en principio, no darán lugar a compensación alguna” (cfr. el artículo 32 de la Resolución 213/2018 de la Agencia de Administración de Bienes del Estado [AABE]). El mismo reglamento atenúa el rigor de este criterio cuando la extinción de la concesión resulta de su revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, en cuyo caso le impone al Estado el deber de indemnizar al concesionario el daño emergente (no el lucro cesante), incluyendo las inversiones no amortizadas (cfr. artículo 41 de la Resolución 213/2018 de la AABE).

6 Según el artículo 32 de la Resolución 213/2018 (arriba citado), las mejoras introducidas por el concesionario quedan en manos del Estado al final de la concesión sin dar lugar a indemnización alguna. Se mantiene, de este modo, la solución que preveían los reglamentos precedentes (cfr. el artículo 182 del Anexo al Decreto 893/2012 y, previamente, el artículo 155 del Decreto 436/2000).

7 Cfr. los artículos 2114 y 2115 del Código Civil y Comercial.

ambas figuras. Si se repara en el objeto propio de cada una de ellas, mientras la concesión de uso especial confiere al concesionario únicamente un derecho de uso sobre el inmueble estatal,⁸ el derecho real de superficie pone en cabeza del superficiario las facultades de uso, goce y disposición sobre lo construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo.⁹ Este poder de disposición, del todo ausente en el caso del concesionario, habla a las claras de la autonomía que la ley le asigna al señorío del superficiario sobre las mejoras que incorpora, durante el tiempo de vigencia del derecho real conferido.¹⁰ Es elocuente, en tal sentido, la mención del legislador de que el superficiario realiza tales construcciones “haciendo propio lo (...) construido”¹¹ y adquiriendo “su propiedad”.¹²

La certidumbre que tales disposiciones legales le brindan al superficiario respecto de su derecho de propiedad (por cierto, de alcance meramente temporario y sujeto a las condiciones estipuladas en el régimen aplicable) sobre lo construido difiere ostensiblemente, en suma, del desamparo en el que se encuentra el concesionario de uso respecto de las mejoras por él introducidas.

Estas consideraciones, sumadas a la autonomía de la cual gozan las construcciones respecto del inmueble al cual adhieren debido al desdoblamiento que tiene lugar en el derecho real de superficie, animan a pensar que el derecho del superficiario estará en condiciones de ingresar en el tráfico jurídico (algo vedado al concesionario demanial), incluyendo la posibilidad de ofrecerlo en garantía real y, de ese modo, ampliar considerablemente sus posibilidades de obtener financiamiento.¹³ Es cierto que aquellas mejoras que no puedan ser desmontadas (el caso, por ejemplo, de una planta industrial) no podrán ser materialmente retiradas por el superficiario que invoque su propiedad o por

8 De acuerdo con lo previsto en el reglamento nacional citado en notas anteriores, la concesión de uso “otorga a un particular el uso especial, privativo o compartido de un inmueble propiedad del Estado Nacional durante un tiempo determinado” (artículo 26 de la Resolución 213/2018 de la AABE).

9 Cfr. los artículos 2114 y 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación.

10 Cfr. el artículo 2117 del Código Civil y Comercial de la Nación.

11 Cfr. el artículo 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación.

12 Ídem.

13 A este respecto, el artículo 2120 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que “el titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie”. Es oportuno destacar, además, que el artículo 2125 del mismo cuerpo legal prevé que “si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie”.

el acreedor que pretenda ejecutar la garantía constituida sobre ellas, lo cual no impide, sin embargo, encontrar sucedáneos acordes con la propiedad que se predica, como podría ser asignar un valor a esos bienes con vistas al pago de una indemnización al superficiario a cargo del titular demanial, o contemplar la posibilidad de que tales activos sean transferidos al acreedor crediticio para permitir su explotación por él.

3. Obstáculos que enfrenta la aplicación del derecho de superficie sobre los bienes del dominio público provincial o municipal

Aun cuando se estime atractiva la idea de constituir derechos de superficie sobre los bienes del dominio público como vehículo para dar cauce a posibles inversiones privadas que propendan a su valorización, las dudas y reparos no tardarán en aparecer.

Lo primero que se pondrá en cuestión será, seguramente, la compatibilidad de ese derecho real con la inalienabilidad que pesa sobre los bienes del dominio público. Para dar respuesta a esta objeción, será determinante dilucidar si la constitución de derechos de superficie configura o no un acto de disposición, prohibido por esa regla básica del régimen de este tipo de bienes.

Seguidamente, no faltarán quienes pongan en cuestión que quepa extrapolar una figura típicamente civil, como sin duda lo es el derecho de superficie, al ámbito público, que tiene sus propias instituciones. Dado que el régimen referido a la gestión de los bienes del dominio público es propio de cada jurisdicción, habrá que preguntarse si es menester, para que pueda apelarse a la técnica superficiaria en el terreno demanial, el dictado de una norma local que habilite a hacerlo. Ligado a lo anterior, será preciso indagar si no constituye un óbice para ello la limitación impuesta por el sistema cerrado (*numerus clausus*) adoptado por nuestro ordenamiento civil en materia de derechos reales. La grave restricción a la autonomía de la voluntad que deriva de un régimen de esta índole, que bien puede calificarse como de orden público, ¿obliga a las autoridades locales al momento de ejercer su competencia concerniente al dictado del régimen de uso de los bienes de su dominio público? ¿O gozan ellas, por el contrario, de absoluta autonomía para el diseño de las reglas e instituciones que habrán de gobernar la gestión de su patrimonio público?

Todas cuestiones, como se puede advertir, de innegable complejidad, que nos obligarán primero a reflexionar desde una perspectiva netamente *sustantiva* sobre la compatibilidad entre el dominio público y el derecho de superficie en

razón de la inalienabilidad de aquél. Seguidamente, deberá acometerse la dificultad de orden *competencial* que emerge de nuestro sistema federal, derivada del inexorable entrecruzamiento entre la ley de fondo y las normas locales en esta materia, lo cual exigirá examinar el reparto de competencias dispuesto por el constituyente en lo referido al dictado de las normas que rigen la clasificación y el tráfico de los bienes en general, y aquellas atinentes a los bienes públicos en particular, a efectos de identificar criterios que permitan su armoniosa convivencia.

Sólo cuando se haya logrado dar respuesta a los interrogantes señalados, se estará en condiciones de establecer, con algún grado de certeza, si el derecho real de superficie puede resultar un instrumento apto para la dinamización de los bienes del dominio público local.¹⁴ Avanzaremos, pues, en el orden anticipado, afrontando en primer lugar los aspectos sustantivos aludidos, para pasar luego a los de naturaleza competencial.

4. Alcances de los límites derivados de la inalienabilidad del dominio público

Pese a su *carácter extracommercium*, los bienes del dominio público son objeto de un tráfico jurídico habitual del cual no siempre se tiene cabal conciencia. Se trata de un tráfico acotado, desde luego, sujeto a los estrechos límites que impone su carácter inalienable, pero que presenta variantes que bien pueden considerarse incluidas dentro del campo de los derechos reales.

No en vano, en los albores del herecho administrativo, el propio Hauriou (1929, pp. 270-281) calificó al derecho surgido de la concesión de uso de bienes del dominio público como un verdadero derecho real *administrativo*. Esta adjetivación refleja a las claras que, pese al mayor vigor jurídico (en tanto que oponible *erga omnes*) propio de todo derecho real, las prerrogativas que emanan para el concesionario de la concesión de uso demanial quedan sometidas a las potestades del sujeto estatal que la otorga, quien puede –entre otras cosas– revocar la concesión por razones de interés público contra el pago de la parti-

14 Es preciso dejar aclarado que este estudio, como lo anticipa el subtítulo del trabajo, se circunscribe al dominio público local (provincial y municipal). Si bien las conclusiones a las cuales se arribe en la dimensión sustantiva del problema (referidas a la compatibilidad entre dominio público y derecho real de superficie), podrían muy bien proyectarse sobre los bienes del dominio público nacional; no ocurre otro tanto con las consideraciones que se viertan en el plano competencial, ya que el mismo legislador nacional que dicta el régimen de fondo (a través de la sanción del Código Civil) podrá, cuando sancione las leyes dirigidas a regular el uso de los bienes del dominio público nacional, introducir las particularidades que considere pertinentes sin dar lugar a controversia, dada la identidad de fuentes y jerarquías que existe entre ambas normas.

nente indemnización, como sucede con todo derecho de fuente administrativa (Cassagne y De la Riva, 2014, pp. 815-818; Marienhof, 2011, pp. 355-358).¹⁵

Hay que apresurarse a aclarar, no obstante, que los derechos reales a los cuales nos venimos refiriendo en este trabajo pertenecen al elenco de los derechos reales sobre cosa ajena. En ningún caso ellos comprometen la titularidad, por definición estatal, de los bienes sobre los cuales recaen, titularidad que no puede, por otra parte, sufrir alteraciones mientras persista la condición demanial del bien. Lo que es objeto de tráfico, por tanto, no es el bien, sino los derechos reales de uso o aprovechamiento constituidos sobre él en favor del concesionario; de allí que se trate de derechos reales sobre cosa ajena.

Este tráfico jurídico acotado propio de los bienes demaniales se vale, pues, de una variedad de formas e instrumentos que, si bien se encuentran contemplados en la normativa *iuspublicista* emanada de la jurisdicción respectiva (aquella que titulariza el bien), no dejan de emular figuras y técnicas pertenecientes al mundo de los derechos reales de origen civilista. En muchos casos, ello es resultado de la lisa y llana adopción por parte del derecho público de categorías propias del ordenamiento privado, como ocurre cuando se trasvasan a la normativa jurídico-pública alguno de los derechos reales enunciados, taxativamente, por el artículo 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación, previo realizar, por cierto, las imprescindibles adaptaciones. Un ejemplo de esto último lo constituye el derecho real de anticresis,¹⁶ que aparece ocasionalmente receptado en la normativa de derecho administrativo,¹⁷ o también la propiedad fiduciaria, empleada con creciente frecuencia en el ámbito público.¹⁸ En otros casos, aun cuando se trata de técnicas propias del derecho administrativo (como la concesión de uso especial del dominio público),¹⁹ es dable observar que exhiben una indudable correlación con figuras análogas del derecho privado (como podría ser, en ese caso, el derecho real de uso).

15 Para profundizar sobre la categoría de los derechos reales administrativos, remito a la clásica obra de González Pérez (1989, *passim*).

16 Según el Código Civil y Comercial, la anticresis es un derecho real de garantía que puede constituirse sobre cosas registrables, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos al pago de la deuda (cfr. el artículo 2212 del citado Código).

17 La figura de la anticresis ha sido expresamente receptada en la ley de puertos para el desarrollo de obras públicas dentro de ese ámbito (cfr. el artículo 15 de la Ley 24093).

18 Cfr., a modo ilustrativo, los artículos 3° y siguientes de la Ley 24855; 1°, 4° y concordantes del Decreto 1299/2000; 74 de la Ley 25401; 3°, 12 y concordantes del Decreto 976/2001; 10 y siguientes del Decreto 1381/2001; 1° y concordantes del Decreto 180/2004; 7° de la Ley 27191; y 1° del Decreto de necesidad y urgencia 1334/2014.

19 En la órbita nacional, ver los artículos 26, 27, 29, 30 y 80 de la Resolución 213/2018 de la AABE.

Todas las instituciones mencionadas (anticresis, fideicomiso público, concesión de uso especial) comportan instrumentos capaces de potenciar la sinergia entre el sector público y el privado con vistas a un mejor aprovechamiento del patrimonio estatal. Cada una de ellas proporciona un espacio dentro del cual el inversor puede contar con cierta previsibilidad respecto de los riesgos que corren sus derechos frente a las prerrogativas de la Administración titular del bien público al que se incorporarán las mejoras que realice. Al mismo tiempo, cuando el estatuto jurídico respectivo logra definir con precisión y acierto la situación jurídica del particular involucrado, el derecho (real) que éste incorpora a su patrimonio puede ofrecerse en garantía (real) para facilitar la obtención del financiamiento que necesita para llevar adelante mejoras que permitan maximizar el aprovechamiento del bien público en cuestión.

Lo expuesto hasta aquí permite comprobar que existe un tráfico de los bienes del dominio público que, en tanto no compromete la titularidad de los bienes involucrados, no está reñido con la inalienabilidad que de ellos se predica. A lo sumo, la dificultad reside en cómo armonizar el destino de uso público al cual se encuentran consagrados esos bienes (tutelado por su inalienabilidad), con el propósito de extraer de ellos un mayor provecho, cuyos beneficios serán capturados en una porción más o menos relevante por el sujeto privado al cual se asigne el derecho real del cual se trate. Es esta, hay que decirlo, una tensión que se suscita respecto de todas las figuras examinadas, ya que ni siquiera la concesión de uso, pese a su larga trayectoria, escapa a este dilema entre el respeto del fin propio del bien y la concomitante asignación de derechos de uso especial (Bielsa, 1956, pp. 427-428; Villegas Basavillbaso, 1952, p. 246), aun cuando las dudas a este respecto surgen con mayor fuerza frente a las modalidades de aprovechamiento más novedosas.²⁰

El quid de los límites de la inalienabilidad en orden a determinar qué negocios jurídico-reales pueden celebrarse sobre los bienes del dominio público fue agudamente identificado, hace más de dos décadas, por el destacado jurista francés Yves Gaudemet (2000, p. 19) a través de la sugerente idea de que *la*

20 Por ejemplo, el fideicomiso público genera un intenso debate en cuanto a si los bienes del dominio público pueden formar parte de los activos subyacentes, dada la inalienabilidad que pesa sobre ellos (Bello Knoll, 2013, pp. 195-202; Guiridlian Larosa, 2012, pp. 720-728).

Contra esta eventual objeción, cabe sostener que la incorporación de un bien demanial como activo fiduciario no configuraría un acto de disposición, ya que semejante operación solo transmite el dominio fiduciario que, por definición, es temporal e imperfecto (cfr. el artículo 19634 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación), mientras resguarda en cabeza del sujeto estatal la nuda propiedad de la cosa y la perspectiva segura de restablecer la plenitud de su dominio en su favor al término del fideicomiso.

afectación constituye la medida de la demanialidad. La frase condensa, de manera magistral, el fundamento y único sentido que preside la necesidad de aislar un conjunto de bienes estatales (a los que se engloba bajo la noción de dominio público) para someterlos a un régimen jurídico especial, que no tiene otro propósito que asegurar el destino de uso público al cual se encuentran consagrados. Es ese destino y no otra cosa lo que justifica las graves restricciones impuestas a su titular público en lo que hace a la capacidad de disponer de ellos (contra lo que es propio de todo dueño), en el entendimiento de que el destino de uso público al que están consagrados quedará mejor salvaguardado en tanto se preserve su titularidad estatal.

Lo que la observación de Gaudemet pone de relieve no es tanto la validez de la exigencia de la inalienabilidad, sino más bien su contracara, esto es, el hecho de que si la causa de la restricción que pesa sobre el propietario estatal, que ve cercenada de ese modo su facultad de disponer del bien, está dada por la necesidad de garantizar el destino prefijado para dicho bien, habrá que admitir que ese mismo argumento condiciona los alcances de la restricción aludida. En otros términos, la exclusión del bien del tráfico jurídico sólo podrá justificarse y extenderse hasta donde lo exija la preservación de su destino de uso público, no más allá.

Desde esa misma perspectiva, entonces, lo determinante para definir en cada caso si el otorgamiento de un derecho real administrativo resulta compatible con el carácter demanial del bien consistirá en establecer si la constitución de tal derecho puede entorpecer o poner en riesgo el destino de uso público que dio motivo a la publicación del bien. Se trata, pues, de una línea de análisis que permite despojarse de la mirada en exceso rigorista que ha impregnado a la dogmática clásica del dominio público, más inclinada a repeler de cuajo todo intento de flexibilizar la regla de la inalienabilidad que a permitir generar alternativas para un tráfico jurídico más fluido para esos bienes, en tanto las recetas que para ello se ensayen no comporten una amenaza para aquel destino de uso público que es la única razón de ser de la regla bajo examen.

De lo que se trata, en suma, es de procurar encontrar, en cada caso y frente a cada derecho real que se proponga, el punto de equilibrio adecuado entre la preservación de la finalidad de uso público en juego y los distintos usos o aprovechamientos que puedan resultar compatibles con ese destino, del mismo modo en que se lo hace de cara a la concesión de uso.

5. El derecho de superficie y su compatibilidad con el dominio público

Si uno se atiene a la literalidad del artículo 2118 del Código Civil y Comercial de la Nación, habrá que concluir que el derecho de superficie sólo puede ser constituido por los titulares de los derechos reales de dominio, condominio o propiedad horizontal. La pregunta que ello suscita es si el texto citado deja margen para que el titular de un bien del dominio público pueda otorgar derechos reales de superficie sobre bienes de esa naturaleza.²¹

La duda planteada puede salvarse a partir de la consideración del dominio público como una forma de propiedad (pública), bien que sujeta a un régimen jurídico especial.²² Tal punto de vista, al cual adhiero, supone adoptar una concepción amplia de la genérica noción de dominio, abarcadora tanto del dominio privado como del dominio público.

Superada de este modo esa primera valla, emerge inmediatamente un segundo problema: ¿es compatible el otorgamiento de derechos de superficie con la inalienabilidad que pesa sobre los bienes del dominio público? Para responder a este interrogante, es menester examinar si la constitución de un derecho real de superficie comporta o no un acto de disposición, vedado por el artículo 237 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Una primera respuesta puede encontrarse en el artículo 2121 del mismo Código, el cual prescribe que, aun luego de la constitución de un derecho de superficie, “el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho”. El precepto transcrito guarda consonancia con la coexistencia que media entre los derechos del titular del dominio y del superficiario, según lo refleja el artículo 2115 del propio texto legal. Ambas disposiciones despejan toda duda respecto de que el titular del dominio (en el caso, del dominio público) no se desprende de su condición de tal al constituir un derecho de superficie, lo cual permite aseverar que el otorgamiento de un derecho real de

21 Algunos comentaristas del artículo 2118 se inclinan por admitir la constitución de derechos de superficie únicamente sobre los bienes del dominio privado estatal y rechazar esa alternativa respecto de los bienes del dominio público (Gurfinkel de Wendy, 2014, pp. 695-696). Otros señalan que el Código se ocupa únicamente del derecho de superficie sobre bienes del dominio privado, en tanto el dominio público se rige por el derecho administrativo (Cossari y Cossari, 2023, p. 136).

La doctrina anterior a la sanción del Código Civil y Comercial ya se mostraba remisa a la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre bienes del dominio público (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989, p. 25).

22 La naturaleza jurídica del dominio público es objeto de una honda controversia entre quienes ven en él una forma de propiedad y aquellos que sostienen que se trata de una técnica de intervención estatal sobre los bienes. Para una exposición más detenida de los alcances de este debate, remito a Cassagne y De la Riva (2014, pp. 805-807) y De la Riva (2009, pp. 181-199).

esa índole no implica despojarse del dominio del bien. El carácter temporario del derecho de superficie y el consiguiente restablecimiento del dominio perfecto en cabeza del titular del bien al término del plazo de vigencia del derecho de superficie²³ vienen a confirmar la conclusión expuesta.

No puede dejar observarse, sin embargo, que la constitución de un derecho de superficie hace nacer en favor del superficiario un verdadero derecho de dominio, si bien imperfecto (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989, p. 25),²⁴ lo cual podría poner en crisis la convicción sobre su compatibilidad con la inalienabilidad que se predica de los bienes del dominio público.

Para despejar esta nueva fuente de posibles cuestionamientos, resultante en este caso de la condición de dominio (imperfecto) atribuida al derecho adquirido por el superficiario, nada mejor que repasar las notas tipificantes de la figura, tomadas de las normas del Código Civil y Comercial que regulan el derecho real bajo análisis. De ellas resulta que el derecho de superficie: (i) constituye un derecho real “sobre un inmueble ajeno”;²⁵ (ii) comporta “un derecho real temporario”;²⁶ (iii) otorga a su titular la propiedad “sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo”, con la consiguiente facultad de “uso, goce y disposición material y jurídica” sobre tales plantaciones o construcciones;²⁷ y (iv) configura una propiedad (superficial) que “coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.²⁸

Las características expuestas nos persuaden, pues, de que estamos frente a un derecho real apto para ser aplicado al dominio público, en tanto su constitución no implica acto de disposición alguno. Está claro, en efecto, que el dominio imperfecto que adquiere el superficiario no lo convierte en titular del bien sobre el cual reposa, definido expresamente por el codificador como un “inmueble ajeno”. Por otra parte, el dominio del superficiario se extiende únicamente sobre lo construido y en calidad de dominio imperfecto, con un alcance “temporario”, que además “coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”, todo lo cual demuestra que ésta subsiste luego del otorgamiento del derecho de superficie.

23 Cfr. los artículos 1967, 2125 y 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación.

24 Según el artículo 1946 del Código Civil y Comercial de la Nación, el dominio imperfecto es aquel que “está sometido a condición o plazo resolutorios” o referido a una cosa “gravada con cargas reales”. A su vez, el artículo 1964 del mismo Código contempla como “dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado”.

25 Artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación.

26 Ídem.

27 Artículos 2114 y 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación.

28 Artículo 2115, recién citado.

Las disquisiciones precedentes, orientadas a mostrar la armonía que existe entre la figura demanial y el derecho real de superficie, se asimilan con mayor facilidad tan pronto como se recuerda que el derecho de superficie se asienta sobre el quiebre del principio de accesión que ha imperado, como regla y de manera constante, en nuestro régimen de los derechos reales desde la sanción del Código Civil²⁹ en 1871. Como observa la doctrina, el derecho de superficie no supone derogar esta regla, sino tan solo suspenderla temporariamente (Alterini et al., 2018, p. 538; Iriarte, 2018, p. 296). Lo plantado y lo construido, todo lo adherido al suelo, se sustrae en este caso al dominio del propietario del inmueble para conformar una “propiedad” independiente³⁰ *ad tempus* (Diez-Picazo y Guillón, 2000, p. 487).

Este límite temporal del derecho real de superficie constituye una nota crucial para conciliarlo con la condición inalienable de los bienes públicos, pues garantiza que su integridad física y jurídica será restablecida al vencimiento del término del derecho real aludido, oportunidad en que lo construido revertirá al propietario estatal del suelo.³¹ Esta circunstancia guarda profunda sintonía con el temperamento restrictivo con que se aplica la regla de la accesión en el campo del dominio público, tal como lo demuestra el hecho de que el régimen demanial sólo alcanza a aquellos accesorios que contribuyen a la mejor satisfacción del destino de uso público al cual se encuentra consagrado el bien (Marienhoff, 2011, pp. 82-87).

Se vuelve a poner de resalto, de este modo, la centralidad de la afectación como nota esencial y definitoria de la categoría del dominio público. En ella estriba el fundamento y la medida de la demanialidad y del régimen *ius-publí-cista* correlativo, con la carga de inmovilidad y sustracción al tráfico jurídico que de él derivan. En tanto quede a salvo la finalidad apuntada (esto es, el uso público al que se encuentra afectado el bien), no habrá motivos para rechazar la suspensión (temporaria) del régimen demanial respecto de aquellos volúmenes

29 En el Código Civil derogado, el artículo 2520 disponía que “La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos”. Actualmente, el artículo 1945 del Código Civil y Comercial establece que “todas las construcciones, siembras y plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie”.

30 En este sentido, se ha hecho notar que, “mirado desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena; en cambio, desde la perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad” (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989, p. 13). Esta diferencia aparece, por lo demás, expresamente plasmada en el artículo 1888 del Código Civil y Comercial.

31 Cfr. el artículo 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(del suelo, subsuelo o vuelo) que no entrañen ningún aporte efectivo a la más plena satisfacción de aquel destino.

Es indudable, sin embargo, que para que verdaderamente tal compatibilidad entre el derecho de superficie y la condición demanial del bien se verifique en los hechos y no sólo en el plano teórico, el derecho real de superficie otorgado no deberá ir en desmedro del uso público específicamente asignado al bien al momento de su afectación.³² Esto lleva a pensar que, en principio, la constitución de derechos de superficie sobre el demanio sólo debería alcanzar a ciertas porciones del inmueble (nunca a todo el bien), cuidando de no avanzar en ningún caso sobre los espacios o volúmenes específicamente consagrados al uso público. Por otra parte, los sectores afectados por el derecho de superficie deberían estar dotados de la suficiente autonomía funcional para no interferir en el uso propio del bien de dominio público involucrado.

En definitiva, admitida la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre bienes del dominio público, durante su vigencia habrá que distinguir entre espacios que continuarán plenamente sometidos al régimen demanial y sectores o volúmenes que, por no brindar ninguna contribución a la mejor satisfacción del destino de uso público asignado al bien, podrán quedar primordialmente regidos por el derecho privado y librados, por tanto, a un tráfico jurídico correlativo, lo cual, indudablemente, ampliará las alternativas de aprovechamiento del bien (Fernández Scagliusi, 2015, pp. 237-272). Con las limitaciones propias del caso, el derecho adquirido por el superficiario podrá transferirse o gravarse en los términos en los que las normas especiales lo permitan. Todo ello, claro está, siempre y cuando esos volúmenes resulten separables sin desmedro del uso público al que está destinado el bien.

En tanto se respeten los límites señalados, qué duda cabe que la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre los bienes públicos ayudará a maximizar su aprovechamiento sin afectar su destino. En otros términos, empleado dentro de esos límites, el derecho de superficie dará cabida a que esos bienes satisfagan, simultáneamente, dos finalidades: la propia del destino al que están consagrados y aquella del superficiario, amén de permitirle al titular público

32 Cabría pensar, en este sentido, que no sería de aplicación al caso de los bienes del dominio público lo normado en el artículo 2121 del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme al cual “el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario”. Tratándose de bienes del dominio público, la prelación que surge de esa norma se invierte, ya que ha de primar el pleno respeto y goce del uso público prevalente, que opera como límite inexcusable frente a la posibilidad de asignar derechos de superficie sobre bienes demaniales.

del bien obtener ingresos adicionales en concepto de canon por el uso de espacios que no se encuentra afectados al uso público.

De allí que el derecho de superficie luzca no sólo como una técnica compatible con el dominio público sino, más aún, como un vehículo particularmente apropiado para sacar el mejor provecho de los bienes que lo integran, gracias a que el desdoblamiento propio de la figura³³ permite preservar la titularidad del bien y sustraer, al mismo tiempo, de las restricciones demaniales aquellas porciones del inmueble (suelo, subsuelo, vuelo) ajenas al destino de uso público para darles temporariamente un uso distinto, garantizando, sin embargo, la incorporación de las mejoras al patrimonio estatal al término del derecho de superficie.

Resta mencionar una dificultad de índole operativa, derivada de la exención de matricular los bienes del dominio público prevista en el ordenamiento argentino.³⁴ Indudablemente, esta circunstancia conspira contra la publicidad y certeza que deben acompañar a todo derecho real, dados los efectos *erga omnes* que les son inherentes. De allí la conveniencia de que una futura reforma del régimen legal vigente en la materia remueva este escollo y autorice la matriculación de los bienes del dominio público que se consideren aptos para ello,³⁵ en beneficio de la seguridad jurídica de la que se quiere rodear no sólo al derecho de superficie postulado en este trabajo, sino a cualquier otro derecho real constituido sobre ese tipo de bienes.³⁶

6. El sistema federal argentino y su incidencia en el régimen de los bienes públicos

Despejadas las dificultades que enfrenta la constitución de derechos de superficie sobre el dominio público en el plano sustantivo, pasaremos ahora a analizar

33 Frente a la omisión del Código Civil de incluir el derecho de superficie entre los derechos reales taxativamente contemplados, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, la doctrina rechazaba toda posibilidad de desdoblar la titularidad del inmueble de dominio público y la propiedad de las mejoras incorporadas por el concesionario de uso sin contar con el necesario respaldo legal (Mairal, 2005, pp. 110-111).

34 Cfr. los artículos 2º y 10 de la Ley 17801.

35 No está de más señalar que el derecho comparado ha evolucionado en esa dirección. En España, por ejemplo, las administraciones públicas deben inscribir en los registros pertinentes tanto los bienes como los derechos de su patrimonio, “sean demaniales o patrimoniales”, así como todos los actos o contratos referidos a ellos susceptibles de inscripción (cfr. el artículo 36.1 de la Ley 33/2003, del 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

36 Idéntica observación se ha hecho respecto de los derechos de anticresis que el artículo 15 de la Ley 24093 autoriza a constituir sobre áreas portuarias (De Reina Tartiére, 2009, p. 497; Guiridlian Larosa, 2004, p. 97).

aquellas que provienen del reparto de competencias para regular las materias implicadas, impreso en el sistema federal argentino.

El modelo que Alberdi (1886, pp. 11-12, 1981, pp. 110-119 y 149-159) propuso para la Argentina y que nuestros constituyentes adoptaron ha sido descrito como un federalismo atenuado que, a diferencia de aquel de los Estados Unidos de América, exhibe como una de sus notas distintivas la existencia de una “legislación de fondo” unívoca para todo el país. Es el Congreso de la Nación el encargado de sancionar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, con la advertencia de no alterar “las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”.³⁷ Por si hiciera falta, el texto constitucional enfatizó la exclusividad de la competencia federal sobre esas materias al declarar que “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación”, en virtud de lo cual “no pueden (...) dictar los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, después que el Congreso los haya sancionado”.³⁸ De esa forma, las prescripciones de los códigos aprobados por el Congreso federal constituyen ley común para todo el territorio de la nación.

No hay discusión acerca de que el régimen de los bienes, en general, integra la legislación civil. Resulta menos claro, en cambio, en qué medida (si alguna) las normas que regulan los derechos reales pueden abordar cuestiones atinentes a los bienes del dominio público o si éstos han de ser objeto, exclusivamente, del derecho administrativo propio de cada jurisdicción³⁹ (federal o local, según sea el caso). La duda nace del hecho de que los bienes del dominio público no dejan de ser *cosas* (muebles o inmuebles) o *bienes*, lo cual los haría susceptibles de quedar alcanzados por el régimen de los derechos reales.

Lo cierto es que, en los hechos, nuestro derecho exhibe un escenario en el cual tanto el ordenamiento jurídico nacional como el local confluyen a regular lo atinente a los bienes públicos. Así lo evidencia, por un lado, la presencia en la legislación civil de normas específicamente referidas al dominio público, como es el caso de aquellas que toman a su cargo la enumeración de los bienes que integran esa categoría,⁴⁰ o aquellas que establecen las notas inherentes a su régimen jurídico sustantivo.⁴¹ Por otro lado, también se observa la simultánea

37 Cfr. el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional (artículo 67, inciso 11, en el texto original).

38 Cfr. el artículo 126 de la Constitución Nacional.

39 Cfr. los artículos 5° y 121 de la Constitución Nacional.

40 Cfr. el artículo 235 del Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias.

41 El artículo 235 del Código Civil y Comercial de la Nación, en efecto, dispone que “los bienes públi-

existencia de un vasto régimen local (provincial y municipal) destinado a ordenar el uso de esos mismos bienes.⁴²

Esta configuración bifronte del régimen demanial ha generado disputas doctrinarias en cuanto a si las normas del Código Civil que precisan qué bienes pertenecen al dominio público (nacional, provincial o municipal) serían acordes a nuestro sistema constitucional. Al respecto, mientras un sector considera que tales disposiciones comportan un avance indebido del Congreso federal sobre un ámbito de actuación propio del legislador local (Cano, 1943, pp. 71-74; Martín, 2010, p. 71; Rebas y Carbajales, 2011, pp. 1168-1169; Salomoni, 2000, p. 79), la doctrina mayoritaria justifica el deslinde entre bienes públicos y privados establecido por el legislador civil en la necesidad de delimitar el ámbito de aplicación del régimen de los bienes emanado de ese mismo órgano legislativo (Cassagne y De la Riva, 2014, p. 805; Comadira, y Escola, 2012, p. 1669; Cuadros, 2018, pp. 12-13; De la Riva, 2016, pp. 72-73; Díez, 1969, pp. 375-376; Tobías, 2019, pp. 45-46; Villegas Basavilbaso, 1952, p. 93).

Este último argumento parece suficiente para avalar la decisión del legislador nacional de tomar a su cargo la enumeración de los bienes públicos. Resulta un poco más arduo, en cambio, dar con las razones que explican la inclusión en el Código Civil de un régimen sustantivo básico y común a todos los bienes del dominio público (incluidos los de carácter local), al prescribir su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Podría pensarse, eventualmente, que la consagración por el Congreso nacional de estos tres criterios, relegando a las leyes locales únicamente el dictado de las normas tendientes a regular el uso y goce del dominio público,⁴³ no haría más que explicitar las notas inherentes a la naturaleza de los bienes que lo integran, una tarea que el legislador común debía asumir para evitar que las normas locales distorsionaran la esencia de la divisoria entre bienes públicos y privados trazada por el codificador.

Es oportuno hacer notar que este tipo de dilemas nacidos de la concurrencia entre normas nacionales y locales sobre ciertas materias no se plantean únicamente respecto de los bienes. El régimen de las personas jurídicas también necesita acometer, como primer paso, el trazado de la línea que distinga a personas jurídico-públicas de las personas jurídico-privadas, labor que en nuestro

cos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles”.

42 En el orden nacional, por ejemplo, puede citarse el Reglamento de gestión de bienes inmuebles del Estado Nacional, aprobado por la Resolución 213/2018 de la AABE. Y en jurisdicción provincial, los numerosos Códigos de Aguas existentes.

43 Cfr. el artículo 237 del Código Civil y Comercial de la Nación.

ordenamiento ha sido encarada por el codificador civil pese a sus inequívocas connotaciones para la configuración del derecho administrativo referido a las personas públicas. Más aún, la propia tipología de las sociedades (total o parcialmente) estatales es, también, obra de leyes emanadas del Congreso de la Nación,⁴⁴ del cual provienen los marcos legales bajo los cuales las jurisdicciones locales crean luego sus propias entidades empresariales. Llamativamente, en este terreno no han surgido opiniones críticas a la actuación del legislador nacional.

Un similar cruce de jurisdicciones se observa en el plano de la responsabilidad del Estado. Si bien en tiempos recientes el legislador nacional ha decidido establecer una separación bastante definida entre los ordenamientos jurídico-públicos que afrontan la materia y el régimen privado de la responsabilidad civil al prever que las disposiciones del Código Civil y Comercial no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria,⁴⁵ ello no impide que subsista la necesidad de acudir a la aplicación analógica de las normas civiles para superar las inevitables lagunas que se presentan en las leyes administrativas que gobiernan lo atinente a la responsabilidad estatal (Cassagne, 2021, pp. 422-423).

Lo ocurrido con el régimen de las personas públicas y de la responsabilidad del Estado es muestra cabal de que, más allá de las discusiones que podrían suscitar las normas sobre tales materias insertas en la legislación civil y del distinto temperamento con el que nuestro derecho ha resuelto las consiguientes dificultades, el modelo federal argentino no sólo admite, sino que reclama en determinados campos cierto grado de articulación entre las leyes de fondo que aplican en todo el territorio y la normativa que configura el derecho administrativo local como único modo de preservar la armonía y la unidad del sistema jurídico en su conjunto.

Tal amalgama entre ambos ordenamientos (nacional y local) reposa, en última instancia, en la unidad intrínseca del derecho, que no es incompatible con la distinción de sus ramas y, en particular, de las dos vertientes fundamentales que lo integran: el derecho público y el privado. Pero esa fusión inexorable del entramado normativo en un único sistema jurídico debe procurarse sin descuidar el respeto de las incumbencias propias de cada jurisdicción, de modo que el legislador nacional no invada con sus prescripciones el ámbito de lo local (relativo al derecho administrativo) y las normas emanadas de las órbitas

44 Cfr. las leyes 12962, 13653, 17318, 19550 (artículos 380 y siguientes) y 20705.

45 Cfr. los artículos 1° de la Ley 26944 y 1764 del Código Civil y Comercial.

provinciales o municipales tampoco contradigan el núcleo básico de las instituciones diseñado por el Congreso federal en ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas por el artículo 75, inciso 12 de la Constitución Nacional. Se trata de un equilibrio no sencillo de alcanzar, por cierto.

7. Poderes locales de regulación del uso y goce de los bienes del dominio público

Contrariamente al debate doctrinario que suscitan las leyes emanadas del Congreso de la Nación atinentes a la calificación pública de ciertos bienes y al diseño de su estatuto jurídico básico en el plano sustantivo (su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad), la competencia de las autoridades locales para aprobar el régimen concerniente al uso y goce de los bienes del dominio público situados en su territorio no plantea disensos (Marienhoff, 2011, pp. 279-280).

De hecho, son los ordenamientos provinciales y municipales los que se han ocupado, desde siempre, en sus órbitas, de regular de manera amplia esa faz, más dinámica, de los bienes demaniales que caen bajo sus respectivas titularidades, sin que ello haya dado lugar a reparos por parte de la doctrina o de la jurisprudencia. Para comprobarlo, basta con constatar la práctica habitual de las provincias en lo que hace al dictado de sus respectivos códigos de Aguas⁴⁶ o de sus regímenes de concesión de uso de bienes del dominio público.⁴⁷

En clave constitucional, tal escenario se justifica por la ausencia de toda cláusula por la que las provincias hayan delegado al Gobierno federal la facultad de regular el uso de ese tipo de bienes.⁴⁸ Correlativamente, las constituciones provinciales exhiben, con relativa frecuencia, disposiciones que encomiendan esa tarea a las propias autoridades locales.⁴⁹ Se trata, por lo demás, de una solución enteramente razonable, ya que es de estricta lógica que el titular de tales bienes (y no otro) sea quien establezca los términos y alcances con los que se puede

46 A modo de ejemplo, menciono los códigos de Aguas de las provincias de Salta, Mendoza, Santiago del Estero, Córdoba, Buenos Aires, Santa Cruz, Corrientes, Chaco, Río Negro y San Luis.

47 A título ilustrativo, cito el Decreto-Ley 9533/1980 de la Provincia de Buenos Aires.

48 Tal vez, la única excepción a lo dicho consista en la atribución otorgada al legislador nacional para dictar las normas que rigen la navegación de los ríos (artículos 26 y 75, inciso 10 de la Constitución Nacional).

49 Cfr. los artículos 61 y 66 de la Constitución de Catamarca, el artículo 68 de la Constitución de Córdoba, el artículo 58 de la Constitución de Corrientes, los artículos 41 y 50 de la Constitución del Chaco, el artículo 240 de la Constitución de Entre Ríos, el artículo 65 de la Constitución de La Rioja, el artículo 83 de la Constitución de Salta, el artículo 111 de la Constitución de Santiago del

sacar provecho de ellos, pues es propio del dueño de una cosa disponer sobre su uso (sea por sí o por parte de terceros).

Ahora bien, esta prerrogativa reconocida al titular de los bienes públicos para el dictado del régimen que ha de gobernar su aprovechamiento tiene por límite, según ha quedado dicho, lo dispuesto en la legislación común, léase, el carácter inalienable, imprescriptible e inembargable que se predica de esos mismos bienes. A consecuencia de ello, la normativa local sólo puede prescribir el uso (no la disposición) de los bienes del dominio público, por la sencilla razón de que ellos son indisponibles merced a lo previsto por el legislador común. Pero en tanto las normas locales destinadas a regular el uso y goce de su dominio público sean respetuosas de tales límites, no habrá impedimento para que contemplen cuantos instrumentos consideren oportunos para ordenar y hacer factible la utilización de los bienes en cuestión.

En definitiva, no se advierte reparo alguno para que las normas provinciales y municipales incluyan la posibilidad de constituir sobre los bienes del demanio cualquiera de los derechos reales previstos en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial que resulte compatible con el carácter inalienable de aquéllos. Salvado ese límite, debe darse la bienvenida a toda habilitación legal dirigida a facilitar el tráfico jurídico de los derechos constituidos sobre los bienes demaniales (Mairal, 2005, pp. 110-111), incluida la posibilidad de conferir derechos de superficie.

8. Pertinencia de un régimen del derecho de superficie en el ámbito local

Las normas sobre el uso de los bienes del dominio público de la nación, de las provincias y de los municipios dictadas en sus respectivas órbitas apelan, de forma habitual, a figuras propias del régimen de los derechos reales plasmado en la legislación civil. Así, se admite como algo normal que esos ordenamientos contemplen la posibilidad de someter a compraventa, donación o locación los inmuebles comprendidos,⁵⁰ en particular cuando se trata de bienes del dominio privado, regidos primordialmente por el derecho civil. Pero también se advierte que negocios como la locación (típicamente privado) están previstos en el campo del dominio público⁵¹ dada su compatibilidad con la regla de la

Estero y los artículos 83 y 88 de la Constitución de Tierra del Fuego.

50 A título de ejemplo, ver, en el orden nacional los artículos 7°, 59 y siguientes y 89 de la Resolución 213/2018 de la AABE.

51 Así, por ejemplo, los artículos 66 y siguientes de la Resolución 213/2018 de la AABE, al regular los

inalienabilidad que rige a su respecto, más allá de la imprecisión terminológica y conceptual que ello pudiera implicar (Marienhoff, 2011, pp. 236-237).

Las razones que explican este intercambio de figuras entre ambos planos (el civil y el administrativo) son sencillas de comprender. Pese a su indudable autonomía, el sistema jurídico-público no es, en modo alguno, autosuficiente y exhaustivo. Más allá de la lógica (*exorbitante*) que lo preside, éste se inserta en un orden jurídico más amplio dado por el ordenamiento general del cual forma parte. A consecuencia de ello, no ha de sorprender que en ocasiones abreve en el derecho civil como un fondo residual inexorable del sistema jurídico general, a fin de extraer de sus disposiciones (de manera directa o analógica, según sea el caso) criterios y soluciones que no encuentra en su propio entramado, que es, por fuerza, incompleto (Cassagne, 2021, pp. 142-144; Martín-Retortillo Baquer, 1996, pp. 142-144).

De allí que el derecho administrativo se valga recurrentemente de figuras e instituciones forjadas en otras ramas jurídicas (primordialmente, el derecho civil). Cuando así lo hace, la inserción de aquellas técnicas jurídico-privadas en las normas que configuran el régimen jurídico-público conllevará (muchas veces de modo implícito) una suerte de reenvío al marco propio de la categoría que se adopta en todo aquello que la norma administrativa no haya previsto una solución propia.

Cabe advertir, sin embargo, que este flujo desde el derecho civil al derecho administrativo se enfrenta, en el caso particular de los derechos reales, con un problema que no puede ser soslayado: el régimen previsto por el codificador privado configura un sistema cerrado, organizado sobre la base de un número limitado de categorías (*numerus clausus*) taxativamente enumeradas en el artículo 1887 del Código Civil y Comercial. Ello supone, por una parte, que el elenco de derechos reales previsto no puede ser ampliado a través de la creación de otros, pero también significa que la estructura y alcances de los tipos contemplados no pueden ser modificados.⁵²

Frente a este férreo límite, cabe preguntarse qué capacidad tiene la autoridad local para dictar normas tendientes a regular el uso de los bienes públicos con arreglo a las técnicas de los derechos reales previstas en la legislación civil, pero incorporándoles los matices o aditamentos que estime necesarios para

“contratos de locación sobre inmuebles del Estado”, hacen genérica referencia a los “inmuebles de propiedad del Estado Nacional”, sin distinción alguna entre aquellos de su dominio público o de su dominio privado.

52 Cfr. el artículo 1884 del Código Civil y Comercial de la Nación.

adaptarlas a las necesidades públicas ¿Puede el legislador local precisar los alcances con los que tales tipos se aplicarán a los bienes de su dominio público sin que esas modulaciones sean cuestionadas por comportar una alteración de los contornos de los derechos reales acuñados por el codificador? En otras palabras, ¿puede el derecho administrativo, al prever la aplicación de un determinado derecho real sobre los bienes de su patrimonio, conferirle a esa figura una fisonomía propia, ajustada a las necesidades públicas, sin que ello suponga transgredir la regla del *numerus clausus*?

Está fuera de discusión la competencia exclusiva otorgada por la Constitución al legislador nacional para sancionar el régimen de los derechos reales, así como la correlativa incompetencia de las autoridades locales para dictar normas en esa materia. Pero ello no desdice las facultades con las que cuentan estas últimas para establecer sus propias instituciones –y, en ese marco, regular el uso de los bienes públicos de su titularidad–, siempre que lo hagan sin contrariar el régimen jurídico sustantivo común, incluido el referido al dominio público. A este respecto, la doctrina ha dicho que la determinación de los derechos reales que pueden constituirse sobre los bienes del dominio público incumbe a la jurisdicción a la cual pertenecen en cada caso (Guiridlian Larosa, 2004, pp. 81-83; Marienhoff, 2011, pp. 464-465), de modo que no habría dificultad en admitir que las normas locales establezcan, dentro de su esfera de aplicación, una tipicidad especial para los derechos reales configurados por la legislación de fondo (Alterini et. al, 2018, pp. 97-98),⁵³ dirigida a habilitar y hacer factible su aplicación a los bienes de su titularidad, aunque [cabe insistir] cuidando de no contradecir el régimen sustantivo dispuesto por el legislador común (Fanelli Evans, 2000, p. 199).

Es sabido que el régimen de los derechos reales es, sustancialmente, de orden público; de allí que sus disposiciones deban ser acatadas rigurosamente sin margen para acordar soluciones que se aparten de sus preceptos (Alterini et al., 2018, pp. 83-88). Esta fuerte presencia de directivas de orden público en la composición del régimen de los derechos reales no excluye, sin embargo, la existencia en ese mismo ámbito de ciertos márgenes librados a la voluntad de las partes por expresa disposición del propio legislador. Con razón se ha dicho que en el terreno de los derechos reales “está prohibido todo lo no permitido directamente por la ley” (Alterini et al., 2018, pp. 83-88), lo cual significa que sólo habrá libertad para introducir criterios o soluciones no previstas allí donde el legislador lo haya expresamente autorizado.

53 Los mismos autores observan, incluso, que en ciertas ocasiones las normas locales configuran nuevos derechos reales, lo cual constituye, a mi juicio, un escenario más discutible.

En tal sentido, es dable observar que el régimen específico sobre el derecho de superficie inserto en el Código Civil y Comercial de la Nación es pródigo en espacios librados a la autonomía de las partes, lo cual, en lo que aquí interesa, supone también la posibilidad de que las normas locales fijen imperativamente los criterios que estimen adecuados en esos ámbitos.

Así, por ejemplo, el marco legal o reglamentario a ser dictado por cada jurisdicción con vistas a habilitar la constitución de derechos de superficie sobre sus propios bienes del dominio público podría (e incluso debería) abordar aspectos tales como la estipulación del plazo máximo de vigencia por el cual podrán otorgarse ese tipo de derechos reales, el que nunca podrá ser mayor al previsto en el Código Civil y Comercial (setenta años).⁵⁴ Esa normativa administrativa podrá también precisar las condiciones bajo las cuales los derechos del superficiario podrían ser objeto de transferencia u otorgados en garantía real, en tanto los requisitos que se estipulen no desnaturalicen la facultad de transmitirlos o gravarlos que reconoce la ley civil como uno de los rasgos inherentes a ese tipo de derechos.⁵⁵ Convendría, asimismo, que el régimen local precise los criterios bajo los cuales se tendrá por configurado el supuesto de extinción referido al no uso del derecho de superficie por un período de diez años.⁵⁶ Y sería deseable, también, que el marco local prevea el alcance de la indemnización debida al superficiario (si alguna) al tiempo de la extinción del derecho de superficie otorgado, así como los criterios para la determinación de su cuantía.⁵⁷

El régimen administrativo al que se viene aludiendo podría avanzar también sobre otras cuestiones que son ajenas a la regulación civil y propias, más bien, de la dinámica de la Administración pública, como lo concerniente al procedimiento de selección del beneficiario del derecho de superficie, las formalidades requeridas para el perfeccionamiento de su constitución, los deberes a cargo del superficiario (particularmente, aquellos tendientes a garantizar la preservación del destino de uso público del pertinente bien público) o la previsión del pago de un canon a cargo del superficiario.

Finalmente, tanto el diseño del régimen administrativo al que se viene alu-

54 Cfr. el artículo 2117 del Código Civil y Comercial.

55 Cfr. los artículos 2119 y 2120 del Código Civil y Comercial. Es oportuno recordar que el artículo 1906 del mismo texto sienta como regla que “todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario”.

56 Cfr. el artículo 2124 del Código Civil y Comercial.

57 Cfr. el artículo 2126 del Código Civil y Comercial. Será importante, a este respecto, que la normativa local no malogre las ventajas que en este trabajo se atribuyen al derecho de superficie por sobre la concesión de uso especial fijando un criterio restrictivo en cuanto a la indemnización debida.

diendo como su posterior aplicación no deberán desatender la necesidad de velar por que los derechos de superficie a otorgarse no atenten contra el destino de uso público asignado a los bienes públicos alcanzados. Entre otras cosas, parece aconsejable prever que la habilitación a constituir derechos de superficie por el marco jurídico local circunscriba esa facultad a las partes de tales inmuebles ajenas a la finalidad de uso público a la que se encuentran consagrados.⁵⁸ Deberá también reconocerse a la Administración la facultad de revocar el derecho de superficie por razones de interés público ante la aparición de circunstancias que exterioricen que el derecho de superficie otorgado ha devenido un obstáculo para la satisfacción de aquel destino de uso público. En esta última hipótesis, deberá estipularse de manera cuidadosa el derecho del superficiario a recibir una indemnización acorde a la naturaleza de su derecho.⁵⁹

Ha de tenerse presente que este tipo de prevenciones relacionadas con la primacía del uso público al que está afectado el bien no sólo aplican al derecho de superficie, sino también para cualquier título que conlleve la asignación de derechos de uso especial sobre bienes del dominio público, cuya validez queda siempre sujeta a la compatibilidad que debe mediar entre el ejercicio de los derechos privativos otorgados y la preservación del destino de uso público del bien en cuestión.

Salvaguardado, entonces, el uso público al que está consagrado el bien, puesto que la afectación es la medida de la demanialidad, no habría óbice para que la normativa jurídico-pública habilite la constitución de derechos de superficie sobre ese tipo de bienes,⁶⁰ en particular respecto de aquellos espacios del dominio público que resulten ajenos a la satisfacción del destino de uso público al que se encuentra consagrado el bien (Franch I Saguer, 1996, pp. 436-443). Más aún, admitir, regulación administrativa mediante, que la constitución de derechos de superficies sobre los bienes del dominio público contribuirá, con toda

58 Una solución de este tipo estaría en plena sintonía con lo previsto en el artículo 2116 del Código Civil y Comercial, que admite la posibilidad de que los derechos de superficie se constituyan “sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo”.

59 Según el artículo 2126 del Código Civil y Comercial, “producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

60 Un precedente sumamente interesante en este sentido puede observarse en la Ley 27328, que contempla la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre bienes del dominio público en el marco de los contratos de colaboración público privada celebrados por el Estado nacional (ver el artículo 9, inciso “g” de la ley citada y el artículo 9, apartado 10 del Decreto 118/2017 que lo reglamenta).

seguridad, a valorizar por medio de inversiones privadas el valioso patrimonio público que tales bienes encierran.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1886). *Elementos de derecho público provincial argentino*. En Obras Completas de Juan Bautista Alberdi (Tomo V). <https://www.cervantesvirtual.com/obras/autor/alberdi-juan-bautista-1810-1884-2852/0>.
- Alberdi, J. B. (1981). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (3ª ed.). Plus Ultra.
- Alterini, J. H., Alterini, I. E. y Alterini, M. E. (2018). *Tratado de los derechos reales* (Tomos I y II). Thomson Reuters-La Ley.
- Barcelona Llop, J. (1995). Novedades en el régimen jurídico del dominio público en Francia. *Revista de Administración Pública*, (137), 549-576.
- Bello Knoll, S. I. (2013). *El fideicomiso público*. Marcial Pons.
- Bielsa, R. (1956). *Derecho administrativo* (5ª ed., Tomo III). Depalma.
- Cano, G. (1943). *Estudios de derecho de aguas*. Valerio Abeledo.
- Cassagne, J. C. (2021). *Curso de derecho administrativo* (13ª ed., Tomos I y II). Thomson Reuters-La Ley.
- Cassagne, J. C. y De la Riva, I. M. (2014). Formación, trayectoria y significado actual del dominio público en la Argentina. *Revista de Derecho Administrativo*, (93), 799-824.
- Chapus, R. (2000). *Droit Administratif général* (14ª ed., Tomo II). Éditions Montchrestein.
- Comadira, J. R. y Escola, H. J. (2012). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo II). Abeledo Perrot.
- Cossari, Nelson G. A. y Cossari, L. R. N. (2023). Comentario al artículo 2118. Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.), *Código Civil y Comercial comentado* (2ª ed., Tomo VIII, pp. 135-137). Thomson Reuters-La Ley.
- Cuadros, O. A. (2018). *Administración y mercado. Dominio y contratos del Estado. Regulación de los derechos de propiedad*. Astrea.
- De Reina Tartière, G. (2008). La teoría de los derechos reales administrativos: fundamentos, ámbito y tipología. *El Derecho Administrativo* (2008), 511-535.
- De Reina Tartière, G. (2009). Derechos reales administrativos y publicidad registral. En De Reina Tartière, G. (Coord.), *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)* (pp. 495-515). Heliasta.
- De la Riva, I. M. (2009). La naturaleza jurídica del dominio público. En De Reina Tartière, G. (Coord.), *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)* (pp. 181-199). Heliasta.
- De la Riva, I. M. (2013). La concesión de uso del dominio público. En Cassagne, J. C. (Dir.), *Tratado general de los contratos públicos* (Tomo III, pp. 605-651). La Ley.
- De la Riva, I. M. (2016). Comentario al artículo 235. En Compagnucci de Caso, R. H. (Coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias* (Tomo 1B, pp. 50-58). Hammurabi.
- Diez, M. M. (1969). *Derecho administrativo* (Tomo IV). Bibliográfica Omeba.

- Diez-Picazo, L. y Guillón, A. (2000). *Sistema de derecho civil* (6ª ed., Vol. III). Tecnos.
- Fanelli Evans, G. (2000). Las concesiones y los derechos reales administrativos (El anteproyecto de ley de concesiones, licencias y permisos de servicios públicos nacionales y figuras vecinas). En Comadira, J. R., Cassagne, J. C., Canda, F. O., Coviello, P. J. J., Sesín, D. J., Gauna, J. O., Marcer, E. A., Grecco, C. M., Pérez Cortés, M. J., Perrino, P. E., Pérez Hualde, A., Barra, R. C., Fanelli Evans, G., Mairal, H., Bustamante, J. E., Sarmiento García, J. H., Pritz, O. A. F., Botassi, C. A., Marafuschi, M. A., ... y Salomoni J. L., *Contratos administrativos (Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho)* (pp. 197-207). Editorial Ciencias de la Administración.
- Fernández Acevedo, R. (2006). La problemática cuestión de la rentabilidad en la explotación de los bienes y derechos patrimoniales. Su regulación jurídica en la Ley del Patrimonio de las Administraciones públicas. *Revista de Administración pública*, (171), 79-137.
- Fernández Scagliusi, M. A. (2015). *El dominio público funcionalizado: la corriente de valorización*. INAP.
- Franch I Saguer, M. (1996). Imbricación del dominio público y privado. *Revista de Administración Pública*, (139), 419-443.
- Gaudemet, Y. (2000). El futuro del Derecho de las propiedades públicas. *Revista Andaluza de Administración Pública*, (40), 11-24.
- González Pérez, J. (1989). *Los derechos reales administrativos* (2ª ed.). Civitas.
- Guiridlian Larosa, J. (2004). *Contratación pública y desarrollo de infraestructuras (Nuevas formas de gestión y financiación)*. LexisNexis Abeledo-Perrot.
- Guiridlian Larosa, J. (2012). Procedimiento administrativo y fideicomiso público. En Pozo Gowland, H. M., Halperin, D., Aguilar Valdéz, O., Lima, F. J. y Canosa, A. (Dirs.), *Procedimiento administrativo* (Tomo IV, pp. 720-728). La Ley.
- Gurfinkel de Wendy, L. N. (2014). Superficie. En Rivera, J. C. y Medina, G. (Dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Tomo V). La Ley.
- Hauriou, M. (1919). *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* (9ª ed.). Dalloz.
- Hauriou, M. (1929). *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929* (Tomo III). Recueil Sirey.
- Iriarte, A. L. (2018). El derecho real de superficie. *Revista de derecho privado y comunitario*, (2), 295-320.
- Kemelmajer de Carlucci, A. y Puerta de Chacón, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Astrea.
- Mairal, H. A. (2005). Nuevas ideas en materia de dominio público. En Comadira, J. R., Baccalar Filho, R. F., Marcou, G., Bianchi, A. B., Monti, L., Zilli de Miranda, M., Álvarez Álvarez, F. D., Mata, I., Barra, R. C., Reilly, J. A., Cuadros, O. A., Muratorio, J. I., Rennella, M. P., Zambrano, P. L., Galeano, J. J., Rodríguez, M. J., Rejtman Farah, M., Hutchinson, T., Aguilar Valdéz, O. R., ... y Salomoni J. L., *Organización administrativa, función pública y dominio público* (pp. 103-111). Ediciones RAP.
- Marienhoff, M. S. (2011). *Tratado de derecho administrativo* (4ª ed., Tomo V). Abeledo-Perrot.
- Martin, L. (2010). *Derecho de aguas (Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas)*. Abeledo-Perrot.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1996). *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones* (2ª ed.). Civitas
- Mata, I. (2009). *Ensayos de Derecho Administrativo*. Ediciones RAP.
- Moreu Carbonell, E. (2003). Desmitificación, privatización y globalización de los bienes públicos: del dominio público a las obligaciones de dominio público. *Revista de Administración Pública*, (161), 435-477.

- Moreu Carbonell, E. (2014). El debate actual sobre el concepto y la naturaleza del dominio público. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (19), 133-154.
- Rebasa, M. y Carbajales, J. J. (2011). Los recursos naturales en la reforma del 94: Aportes para una interpretación constitucional. El caso de los hidrocarburos. *La Ley*, 2011-C, 1167-1181.
- Richer, L. (2006). *Droit des contrats administratifs* (5ª ed.) L.G.D.J.
- Ruiz Ojeda, A. (1999). *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos. Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española*. Marcial Pons.
- Salomoni, J. L. (2000). El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática. *Actualidad del Derecho Público*, (14), 79-107.
- Spitz, P. E. (2007). Les nouvelles méthodes de gestion des biens publics: l'exemple de Paris. *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, (18), 954-959.
- Tobías, J. W. (2019). Comentario al artículo 235. En Alterini, J. H. (Dir. gral.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (3ª ed., Tomo II, pp. 44-62). La Ley.
- Villegas Basavillbaso, B. (1952). *Derecho administrativo* (Tomo IV). Tipográfica Editora.

Legislación citada

- Código Civil.
Código Civil y Comercial.
Constitución Nacional.
Decreto 118/2017, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 180/2004, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 434/2000, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 893/2012, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 976/2001, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 1299/2000, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 1334/2014, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto 1381/2001, Poder Ejecutivo Nacional.
Decreto-Ley 9533/1980, Provincia de Buenos Aires.
Ley 12962.
Ley 13653.
Ley 17318.
Ley 17801.
Ley 19550.
Ley 20705.
Ley 24093.
Ley 24855.
Ley 25401.
Ley 26944.
Ley 27191.
Ley 27328.
Resolución 213/2018, AABE.

UN EXAMEN CRÍTICO DE LA POSICIÓN A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE ESTABILIDAD PROPIA AL PERSONAL ESTATAL CONTRATADO

Iván Fernando Romero Verdún

Universidad de Buenos Aires

ivan.rvk@gmail.com

Recibido: 03/07/2023

Aceptado: 18/10/2023

Resumen

Cuál es la reparación correspondiente para el personal estatal contratado cuyo vínculo temporal se ve ilegítimamente prolongado por desviación de poder es una cuestión aún debatida en la doctrina argentina. Si bien en el año 2010 la Corte se inclinó por una reparación de índole económica, un sector de la academia, de orientación mayormente laboralista, ha criticado esta solución bajo la consideración de que correspondería la reincorporación y reconocimiento de estabilidad propia, de conformidad con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. En relación con ello, el presente trabajo tiene como objeto presentar y evaluar los postulados de tal mirada. En el marco de tal análisis, inicialmente se formulará una crítica de base a tal enfoque. Se sostendrá así que, en sus valoraciones, tal perspectiva, al centrarse únicamente en el trabajador, no ha dimensionado adecuadamente este conflicto en términos constitucionales. Asimismo, no parece haber tomado en debida consideración la categoría de potenciales interesados y el derecho constitucional de estos al ingreso igualitario a las funciones públicas. Sucesivamente, y teniendo presente este aspecto, se examinarán de forma particular los distintos argumentos de tal posición. Este cuadro, en razón de las implicancias de la determinación de financiar un cargo de manera permanente, las posibles valoraciones de oportunidad en las que incurriría un juez al reconocer estabilidad propia, el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, los alcances actuales de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros, se concluirá con un rechazo a la propuesta de tal enfoque. Finalmente, en el último punto, se abordarán posibles alternativas de intervención judicial.

Palabras clave: empleo público, agentes contratados, agentes temporarios, concursos, servicio civil, Administración pública, estabilidad propia.

A Critical Examination of the View in Favor of Judicial Recognition of Employment Stability for Temporary Government Personnel

Abstract

Which is the appropriate redress for temporary government personnel whose employment is illegitimately extended due to deviation of power is still a matter of debate among Argentine scholars. Although in 2010 the Argentine Supreme Court opted for an economic compensation, a sector of academia, mostly labor-oriented, has criticised this solution under the consideration that it would correspond to the reinstatement and recognition of its employment stability (tenure), under Article 14 bis of the Argentine Constitution. In this regard, the purpose of this paper is to present and evaluate the postulates of this view. Within the framework of such analysis, we will begin with an initial critique of such approach. It will be argued that, in its assessments, such perspective, by focusing only on the worker, has not adequately dimensioned this conflict in constitutional terms. It will be argued that, in its analysis, such perspective has not appropriately dimensioned this conflict in constitutional terms, by not taking into due consideration the category of potential candidates and their constitutional right to equal access to public functions. Subsequently, and bearing this aspect in mind, we will examine in particular the different arguments of such position. In this context, in view of the implications of the determination to finance a position on a permanent basis, the possible judgments of opportunity that a decision recognizing tenure would entail for a court, the right to equality in access to the public service, the current scope of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, among others, we conclude with a rejection of the proposal of such an approach. Finally, in the last point, we discuss possible alternatives for judicial intervention.

Key words: public employment, temporary agents, contests, civil service, public administration, tenure.

1. Introducción

En el sector público argentino, es un fenómeno recurrente la contratación de personal por vía de modalidades temporarias, las cuales se extienden prolongadamente en el tiempo en contravención de las pautas legales establecidas o que son utilizadas con fines distintos de los jurídicamente previstos.

En este contexto, ante el cese del vínculo contractual formalmente transitorio, agentes acuden a la vía judicial para litigar individualmente por la reincorporación a fin de que se declare su derecho a la estabilidad propia en el empleo¹

1 En la doctrina se ha distinguido entre estabilidad propia (o absoluta) e impropia (o relativa). Clásicamente, se ha explicado que la primera no podría ser reemplazada por una indemnización y que solo podría cesar por las causas que la ley menciona (Marienhoff, 2011b, p. 224). En una lectura renovada del concepto, se ha atribuido a la estabilidad propia las siguientes consecuencias: 1) si la cesantía es declarada ilegal, debe reincorporarse al agente; 2) si media una causa legítima (por ejem-

sobre la base del artículo 14 bis de la Constitución Nacional (en adelante, CN).

En relación con esto, a partir del precedente *Ramos* del año 2010,² la Corte Suprema pasó a reconocer la protección indemnizatoria para tales grupos de trabajadores, en tanto se acredite que se hubiese utilizado el mecanismo de contratación temporal con desviación de poder. No obstante, al mismo tiempo, rechazó como reparación el reconocimiento de estabilidad propia para quienes no se hubiesen incorporado siguiendo los requisitos y medios de selección previstos para el ingreso a la carrera administrativa.³

Contra tal solución jurisprudencial y a favor de la reincorporación, no han sido pocas las voces que, desde una orientación mayoritariamente laboralista, han cuestionado los argumentos planteados por el máximo tribunal en tal decisión, en especial que la reparación en casos de trabajadores contratados pueda consistir en una indemnización. En cambio, con invocación de los principios del derecho laboral, el derecho constitucional a la estabilidad propia del trabajador estatal y el deber de restitución integral, entre otros, propugnan que la solución sea la reincorporación del agente en planta permanente.

En este trabajo me propongo examinar la propuesta de tal perspectiva, con el objeto de determinar si la reinstalación resulta la reparación constitucionalmente correspondiente para el caso de los extrabajadores contratados.⁴ Ello, con un enfoque restringido al ámbito judicial y la posible actuación de un magistrado. A este fin, en primer lugar, se efectuará una revisión de las principales decisiones de la Corte Suprema en torno a la reparación para los trabajadores contratados, de manera de plasmar el estado de la cuestión jurisprudencial (apartado 2); en segundo lugar, se describirán los argumentos de tal enfoque a favor del reconocimiento de estabilidad propia (apartado 3) y, en tercer lugar,

plo, modificaciones de estructura), surge el deber de ubicar al agente en otro cargo con funciones similares, acorde con su nivel escalafonario anterior, y si no fuese factible, abonarle una indemnización sustitutiva para terminar el contrato (Ivanega, 2019, p. 179).

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], *Ramos José Luis c/Estado Nacional*, 06/04/2010, Fallos: 333:311.

3 CSJN, *Ramos José Luis c/Estado Nacional*, considerando 8.

4 Se ha asociado el concepto “contratado”, en términos amplios, con aquel personal que carece de estabilidad (Ivanega, 2019, p. 248). Estos vínculos suelen tener, generalmente, las siguientes características: 1) carencia de estabilidad propia y de derecho a carrera administrativa; 2) vínculo sujeto a un plazo; 3) licencias o franquicias limitadas; 4) la Administración puede rescindir el contrato en cualquier momento sin derecho a indemnización a favor del empleado (Ivanega, 2019, p. 250). Como casos de utilización fraudulenta de modalidades transitorias, entre otros tantos ejemplos, se han mencionado los siguientes supuestos: contratación a plazo determinado, pero sin que se justifique tal modalidad de revista; relación de empleo público eventual, pero mantenida al finalizar la causa objetiva que la motivó, e interinatos de duración indefinida o excesiva (Boglioli, 2009, p. 232).

se realizará un análisis propio sobre la cuestión (apartado 4).

Como adelanto, en el marco de tal evaluación, de forma introductoria formularé una crítica de base de la citada posición. Así, sostendré que aquella, a pesar de presentarse como la solución constitucional al tema, al centrarse únicamente en el trabajador, termina por resultar un abordaje constitucionalmente incompleto sobre la cuestión. En particular, postularé que tal perspectiva, si bien ha apuntado a responder a varias de las consideraciones de la Corte Suprema en *Ramos*, no parece haber advertido que la principal objeción con la que se enfrenta no se funda en lo dicho en tal precedente, sino en el derecho constitucional a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Esto es lo que tal enfoque debe fundamentalmente contestar y no ha dimensionado adecuadamente. Es que, como se expondrá, cada pase a planta permanente o reconocimiento de estabilidad propia sin concurso conlleva afectar el derecho de los terceros potenciales interesados. De tal modo, se esbozará que, desde un punto de vista constitucional, el conflicto no es entre dos partes, sino entre tres: Estado, trabajador contratado y potenciales interesados a concursar por el cargo.

Sucesivamente, se analizarán los principales argumentos de tal posición, entre estos: 1) que no se afectaría la división de poderes y las competencias presupuestarias del Congreso con una orden judicial de reincorporación definitiva; 2) la demostración de la idoneidad del trabajador con el transcurso del tiempo en la ejecución de tareas y la inoponibilidad a este de la falta de concurso; 3) la estabilidad como una derivación del principio de reparación integral, la insuficiencia de la compensación económica y que la indemnización no genera suficiente disuasión contra el Estado; y 4) la finalidad de la reforma constitucional de 1957 al introducir el derecho a la estabilidad propia.

Cabe dejar en claro, a su vez, algunas exclusiones del ámbito de este artículo. No obstante alguna mención en el final, no pretendo abarcar en este examen a los posibles casos de reinstalaciones condicionadas,⁵ sino solo a las de carácter definitivo que impliquen directa o indirectamente el reconocimiento de estabilidad propia y definitiva del trabajador contratado. Tampoco se incluyen los particulares escenarios en los que la reinstalación del agente temporario es fruto de considerarse que medió un vicio en el acto administrativo, tal como

5 Con este concepto, hago referencia a aquellas sentencias que han ordenado la reinstalación del trabajador hasta tanto se designe a otra persona por concurso. Ver como ejemplo: Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Consumo, Sala II, *Cecotti Alicia María c/GCBA*, 26/05/2011.

en la motivación⁶ o en el debido procedimiento previo.⁷ Es pertinente mencionar, finalmente, que se tiene presente la existencia de otro fenómeno cercano, consistente en la formulación de pedidos administrativos de pase a planta permanente sin concurso, generalmente instados por asociaciones sindicales. Más allá de la posible extensión de varias consideraciones constitucionales que se formularán y una referencia al final, en este trabajo no se procura desarrollar específicamente tal supuesto.

2. La protección del empleado público *contratado* en la jurisprudencia

De manera preliminar, resulta conveniente empezar con una revisión de los principales precedentes judiciales de la Corte Suprema vinculados al personal contratado en los cuales se vio implicado el derecho a la estabilidad propia.⁸

Un punto apropiado de inicio es la década de 1980, dada la sistematización y conexión entre casos que comenzó a realizar el tribunal durante este período. Al respecto, durante estos primeros años, la Corte pareció privilegiar la determinación de cuál era el régimen legal aplicable antes que introducir valoraciones directas de tipo constitucional. En este sentido, a partir de *Deutsch*⁹ y durante los sucesivos años hasta 1989, el tribunal plasmó un rechazo a que la relación jurídica del personal transitorio se rigiera por el derecho público administrativo. A su vez, consideró aplicable la Ley 20744 de Contratos de trabajo (en adelante, LCT),¹⁰ a pesar de no mediar el acto expreso de inclusión que exige el

6 Por caso, cuando la revocación de la designación transitoria se realizó con la mera referencia a “razones de servicio”. Ver al respecto CSJN, *Scarpa, Raquel Adriana Teresa c/Estado Nacional - Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, 22/08/2019, Fallos: 342:1393.

7 En un caso de 2023, la Corte Suprema consideró que se había violado el derecho de defensa de una trabajadora temporaria, a la que se le revocó su designación con base en presuntas faltas disciplinarias, pero sin que se le hubiese dado oportunidad para ejercer su derecho de defensa de manera previa al acto de cese, CSJN, *Flores, María José c/EN-Ministerio Público de la Defensa*, 09/02/2023, Fallos: 346:12.

8 Desde ya, un repaso de esta naturaleza no es algo novedoso, sin embargo, en el marco de este trabajo, resulta una tarea apropiada a fin de poder comprender y abordar mejor las posturas doctrinarias que serán posteriormente presentadas. Otra revisión de esta índole puede consultarse en Ivanega (2019, p. 268-296).

9 CSJN, *Deutsch, Noemí A. c/Municipalidad de la Capital*, 04/09/1984, Fallos: 306:1236. Se debatía acerca del régimen aplicable a una persona que había trabajado como artista en el Teatro Municipal San Martín. La Cámara del Trabajo había rechazado la demanda por considerar que la relación se regía por el derecho público.

10 Ley 20744 de Contratos de trabajo (BO 27/09/1974).

artículo 2, inciso a) de tal cuerpo normativo.¹¹ Así lo hizo en *Ruiz*,¹² *Zacarias*¹³ y *Bolardi*.¹⁴ En este contexto, el tribunal fue estableciendo consideraciones tales como: que debía diferenciarse entre el personal que se rige por el derecho administrativo de aquel otro contratado para funciones no previstas en los cuadros de la Administración, a los que se les aplicaba la ley laboral común;¹⁵ que la mera calidad de persona jurídica estatal de la demandada o la actividad de servicio público no implicaba necesariamente que debieran aplicarse las normas de derecho público¹⁶ y que la solución de cada caso dependía de la legislación aplicable y de la conducta desarrollada por las partes.¹⁷ Este encuadre implicaba otorgarle al personal temporario la protección de la ley de contratos de trabajo, el cual se traducía en una reparación económica.

En paralelo, durante estos años la Corte rechazó planteos de extrabajadores contratados que pretendían el reconocimiento de estabilidad propia y la consecuente reinstalación. En efecto, en *Rieffolo Basilotta*¹⁸ se descalificó lo decidido por la Cámara Federal, que había entendido que, ante las sucesivas prórrogas y el transcurso del tiempo, el agente había adquirido estabilidad. Contra tal valoración, por un lado, se consideró que las tareas del personal no permanente no requieren imprescindiblemente que difieran en naturaleza de las del resto, sino que bastaba con su transitoriedad, carácter que era asignado por la autoridad político-administrativa y que no le era dable juzgar al órgano judicial. Por otro lado, sentó que el mero transcurso del tiempo “no puede trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente no permanente y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración”. Lo contrario, refirió, implicaría desarticular

11 En lo que concierne a este aspecto, el artículo 2, inciso a) de la Ley 20744 preceptúa que las disposiciones de tal ley no serán aplicables “a los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo”.

12 CSJN, *Ruiz, Ramón Raúl c. Banco de la Nación Argentina*, 21/08/1986, Fallos: 308:129.

13 CSJN, *Zacarias Anibal Rudecindo y otros c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, 05/03/1987.

14 CSJN, *Bolardi, Irraul Guillermo c/Estado Mayor del Ejército*, 27/12/1988, Fallos: 311:2799.

15 CSJN, *Deutsch, Noemí A. c/Municipalidad de la Capital*, considerandos 3 y 5.

16 CSJN, *Ruiz, Ramón Raúl c. Banco de la Nación Argentina*, considerandos 3 y 4; *Zacarias Anibal Rudecindo y otros c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, considerando 9; *Bolardi Irraul Guillermo c/Estado Mayor del Ejército*, considerando 3.

17 CSJN, *Bolardi Irraul, Guillermo c/Estado Mayor del Ejército*, 27/12/1988, considerando 3.

18 CSJN, *Rieffolo Basilotta, Fausto*, 05/02/1987, Fallos: 310:1987.

el régimen de empleo público.¹⁹ Este último criterio se repitió también en *Jasso*²⁰ y en *Marignac*.²¹

Ahora bien, en 1989, el máximo tribunal dictó sentencia en la causa *Gil*.²² A pesar de haberse publicado solo el sumario del fallo, la decisión guarda importancia por constituir un cambio jurisprudencial significativo al declarar inaplicable la ley de contratos de trabajo y dejar sin un marco de protección claro para los agentes contratados.

En el caso, se rechazó la pretensión del actor, que –puede deducirse– consistía en la reinstalación en el puesto en función de continuas renovaciones de contratos temporales con una universidad nacional. El tribunal dio cuenta de sus fundamentos con cuatro razones: 1) el transcurso del tiempo no podía trastocar de por sí la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración, argumento ya presentado en decisiones anteriores;²³ 2) la mayor conveniencia de recurrir a la contratación, así como la de poner fin al contrato, constituía una decisión política administrativa no revisable en sede judicial; 3) el sometimiento voluntario sin reservas a un régimen jurídico expreso comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación, por ende, la aceptación de los contratos y de sus pertinentes prórrogas –presididos por un régimen de inestabilidad– vedaba reclamar por los derechos emergentes de la estabilidad en el empleo; y 4) frente a la inexistencia de un régimen jurídico específico que reglamente los derechos del personal del organismo, sean de carácter permanente o no, y en atención a lo dispuesto por el artículo 2, inciso a de la LCT,²⁴ era inatendible la pretensión del actor de

19 CSJN, *Rieffolo Basilotta Fausto*, considerando IV del dictamen.

20 CSJN, *Jasso Ramón Enrique y Fragueiro, José María*, 30/06/1987, Fallos: 310:1390, considerandos 9 a 12. En este caso, se agregó además que no existía norma que autorizara a sostener la continuidad en la relación de empleo público sobre la base de la subsistencia de las tareas para la que los agentes habían sido incorporados transitoriamente

21 CSJN, *Marignac, Francisco Ramón v. Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos*, 29/12/1987, Fallos: 310:2927, punto 4.

22 CSJN, *Gil Carlos Rafael c/Universidad Tecnológica Nacional*, 28/02/1989, Fallos: 312:245.

23 Ya establecido en CSJN, *Rieffolo Basilotta, Jasso y en Marignac*.

24 La citada disposición establece:

“Art. 2° - Ámbito de aplicación. La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta.

Las disposiciones de esta ley no serán aplicables:

a) A los dependientes de la Administración Pública Nacional, Provincial o Municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo”.

que su situación se excluya del régimen del derecho público para regirse por el derecho laboral.²⁵ Este nuevo estándar de la Corte terminó por dejar sin protección al personal contratado. Ello así, puesto que ni se le reconocía estabilidad propia ni tampoco –a partir de este precedente– se consideraba aplicable la ley de contratos de trabajo a menos que se satisficiera el requisito del acto expreso de inclusión.

El criterio de Gil, en cuanto a la inaplicabilidad de la ley laboral, fue mantenido por la Corte en los años sucesivos²⁶ en casos tales como *Leroux de Emede*²⁷ y *Castelluccio*.²⁸ En *Vaquero*, por otra parte, ante un planteo por reconocimiento de estabilidad propia, se recordó también que el mero transcurso del tiempo no trastocaba la situación de revista.²⁹

A partir del año 2004, con una nueva composición, la Corte Suprema empezó a darle mayor dimensión a la cuestión constitucional en causas correspondientes a trabajadores. Fue en este marco que, en *Vizzoti* y en *Aquino*, destacó que, de conformidad con el artículo 14 bis, el principio protectorio que surge de tal precepto y diversos instrumentos internacionales es que el trabajador es sujeto de preferente tutela en la relación de empleo.³⁰

Esta renovada perspectiva también se trasladó al empleo público, de lo cual es ejemplo *Madorrán*.³¹ Cabe remarcar que el caso no se trató de un agente contratado por modalidades temporarias que se prorrogaron irregularmente en el tiempo. Versó, en cambio, de una trabajadora que había adquirido estabilidad propia y luego fue despedida a partir de la habilitación normativa que realizó un convenio colectivo.

-
- 25 Si bien es en caso un de reclamo por accidente laboral contra la entonces Municipalidad de Buenos Aires, a efectos de determinar el fuero competencia, ya el año anterior la Corte Suprema había indicado que dentro del concepto de empleo público estaban incluidos tanto los supuestos de incorporación permanente como aquellos del personal contratado y temporario. CSJN, *Lujan Romeo, José Julián*, 03/03/1988, Fallos: 311:216, considerando 2.
- 26 Se ha señalado que, a partir de este precedente, se inició un camino jurisprudencial consistente en rechazar la aplicación de la ley laboral común frente a la existencia de un régimen jurídico administrativo específico y en función de lo previsto por el artículo 2, inciso a) de la LCT (Ivanega, 2019, p. 272).
- 27 CSJN, *Leroux de Emede, Patricia S. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*, 30/04/1991, Fallos: 314:376, punto 2 (solo se publicó el sumario).
- 28 CSJN, *Castelluccio Miguel Ángel c/Municipalidad de Buenos Aires*, 05/10/1999 [no publicado en colección de fallos], punto III del dictamen del procurador al que adhiere la Corte.
- 29 CSJN, *Vaquero, Mónica S. c/Ministerio del Interior de la Nación*, 23/08/2001 [no publicado en colección de Fallos], considerando 6.
- 30 CSJN, *Vizzoti Carlos Alberto c/AMSA*, 14/07/2004. Fallos: 327:3677, considerandos 9 y 11; *Aquino Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA*, 21/09/2004, Fallos: 327:3753, considerando 7.
- 31 CSJN, *Madorrán Marta Cristina c/Administración General de Aduanas*, 03/05/2007, Fallos: 330:1989.

En sus consideraciones sobre la controversia, la Corte comenzó con una referencia histórica respecto a la finalidad de la estabilidad propia del empleo público consagrada en la reforma constitucional de 1957. Recordó que tal garantía tuvo por objeto eliminar la práctica de las cesantías en masa en ocasión de cambios de Gobierno, de manera de proscribir la arbitrariedad jerárquica o de la política partidaria.³² A su vez, que tal tutela tuvo como propósito el normal y eficiente funcionamiento de las instituciones en beneficio de los administrados, toda vez que se habían visto los resultados negativos de la desprotección de la función pública.³³ De tal manera, refirió que sustituir la reinstalación con la indemnización dejaría abierta la eventual repetición de las prácticas que en 1957 se pretendieron evitar.³⁴ Esta garantía, por otra parte, concordaría con el artículo 16 de la CN y la condición de idoneidad en el empleo que exige tal cláusula, dado que es razonable pensar que el propio Estado estará interesado en continuar teniendo a su disposición un agente, salvo que medien fundamentos justificados para su cese.³⁵ Asimismo, el tribunal vinculó la estabilidad con el derecho internacional de los derechos humanos, como una derivación del derecho a trabajar, la dignidad y el principio *pro homine*.³⁶ En este sentido, dijo, la estabilidad guardaría coherencia con las reparaciones que se realizan en las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, de lo que sería ilustrativo el caso *Baena*.³⁷ La Corte terminó entonces por confirmar la declaración de inconstitucionalidad del artículo del convenio que facultaba al despido de la agente.

Por las reflexiones constitucionales allí sentadas, la decisión tuvo una importante repercusión en un sector de la doctrina, la que, como se verá en el apartado 3, tomó varios de los argumentos allí sentados para pretender fundar también el derecho de los contratados a tal garantía.

Tres años más tarde, el máximo tribunal dictó sentencia en *Ramos*,³⁸ causa que trataba sobre un trabajador cuyo vínculo se había extendido por más de

32 CSJN, *Madornán*, considerando 4.

33 CSJN, *Madornán*, considerando 6.

34 CSJN, *Madornán*, considerando 7.

35 CSJN, *Madornán*, considerando 7.

36 CSJN, *Madornán*, considerando 8.

37 CSJN, *Madornán*, considerando 8. Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, reparaciones y costas, 02/02/2001, Serie C N° 72.

38 En la misma fecha, la Corte también dictó sentencia en *Sánchez*, aunque allí, en función de los hechos probados, no consideró que había mediado desviación de poder de acuerdo con el estándar de *Ramos*, CSJN, *Sánchez Carlos Próspero c/Auditoría General de la Nación*, 06/04/2010, Fallos: 333:335.

veinte años.³⁹ En la decisión, la mayoría del tribunal consideró que, al estar limitada la utilización del contrato a tiempo determinado a un plazo máximo de cinco años, el organismo utilizó figuras autorizadas legalmente con una evidente desviación de poder, la que tuvo como objeto encubrir una designación permanente. En tales condiciones, estimó que se generaron legítimas expectativas de permanencia que merecían la protección del artículo 14 bis. Ahora bien, en relación con el tipo de reparación, refirió que el mero transcurso del tiempo no modificó la situación del actor, quien si bien tenía derecho a una indemnización por el actuar ilícito del Estado, no podría solicitar su reincorporación al empleo ni la aplicación del régimen laboral específico para el cálculo de la indemnización.⁴⁰ Ello así, puesto que la Ley 25164⁴¹ solo les reconoce estabilidad a quienes ingresan a cargos pertenecientes al régimen de carrera y cuya financiación esté prevista en el presupuesto. Por ello, si se le atribuyera estabilidad a quien no ha sido incorporado con los requisitos y medios de selección previstos, se afectaría el régimen de empleo público, como también el monto autorizado por el legislador en forma diferenciada para personal contratado y de personal permanente. La reincorporación, por ende, vulneraría el régimen legal de la función pública y el principio constitucional que prevé que le corresponde al Congreso autorizar anualmente el presupuesto general de la Administración nacional y que toda erogación que se aparte de tales límites resulta ilegítima.⁴²

Asimismo, el tribunal: 1) sentó que, dado el tipo de relación, correspondía aplicar el régimen de empleo público para el cálculo de la indemnización –y no la ley laboral–, por lo que aplicó analógicamente el artículo 11 de la Ley 25164; 2) descartó la aplicación de la teoría del sometimiento voluntario –trasladada al empleo público en *Gil*– al señalar que no se cuestionaba el régimen de contratación, sino la desviación de poder producida;⁴³ y 3) distinguió el caso de lo resuelto en *Madorrán* al observar que, en tal precedente, la parte actora había sido designada en planta permanente y tenía estabilidad.

En los años posteriores, no sin la adición de algunas consideraciones sobre el alcance indemnizatorio y dos sentencias que pueden calificarse como ex-

39 CSJN, *Ramos, José Luis c/Estado Nacional*.

40 CSJN, *Ramos, José Luis c/Estado Nacional*, considerando 8.

41 Ley 25164 Marco de regulación del empleo público nacional (BO 08/10/1999).

42 CSJN, *Ramos, José Luis c/Estado Nacional*, considerando 8.

43 CSJN, *Ramos, José Luis c/Estado Nacional*, considerando 7.

cepciones,⁴⁴ la Corte Suprema mantuvo en lo sustancial el estándar fijado en Ramos. Así lo hizo en *González Dego*,⁴⁵ *Maurette*⁴⁶ y *Martínez*,⁴⁷ entre otros, en los que se descartó, a su vez, la aplicación de la ley de contratos de trabajo. De igual manera, con algunas particularidades, aplicó este estándar en *Gómez*,⁴⁸ *González*⁴⁹ y *Sánchez*⁵⁰ de 2022. Puede afirmarse entonces que Ramos se mantiene como el *leading case* actual en materia de reparaciones a contratados.

-
- 44 En *Delfino*, la Corte rechazó un recurso contra una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad del estatuto de un organismo, el cual establecía que su personal se regía por la Ley 20744 de contratos de trabajo, y no la ley nacional de empleo público. Previamente, sobre tal base, el tribunal de alzada había anulado un despido sin sumario previo -realizado en los términos del artículo 242 de la LCT- y ordenado la reincorporación de la agente. En una breve sentencia, el máximo tribunal desestimó los agravios del demandante con una remisión genérica a *Madorrán*. Un reenvío similar ocurrió en *Aguerre*, caso en el que la Cámara, de manera previa y con fundamento en el artículo 14 bis, había considerado inconstitucional la posibilidad de despedir sin causa y contra el pago de una indemnización, por lo que ordenó la reincorporación de un funcionario. Lo llamativo en ambas decisiones es que la Corte se desinteresó en indagar sobre la adquisición de la estabilidad de los actores y el mecanismo de ingreso. En el posterior caso *Luque*, no obstante, la Corte validó que una sociedad estatal se rija por la ley de contratos de trabajo, rechazó la reincorporación del agente y declaró que el contrato había mutado a una relación por plazo indefinido, pero siempre en el marco de la ley laboral común, lo que lo diferenciaba del caso *Madorrán*, en el que la agente gozaba de estabilidad propia. CSJN, *Delfino, Laura Virginia c/Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos*, 09/03/2011, Fallos: 334:229, *Aguerre, Miguel Angel c/Etoss*, 05/04/2011 [no publicado en colección de Fallos]; *Luque Rolando Baltazar c/Sociedad del Estado Casa de Moneda*, 27/10/2015, Fallos: 338:1104.
- 45 CSJN, *González Dego, María L c/Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos y otro*, 05/04/2011.
- 46 CSJN, *Maurette Mauricio c/Estado Nacional-Ministerio de Economía*, 07/02/2012 [no publicado en colección de Fallos]. Aquí, como en *González Dego*, se rechazó la aplicación del artículo 232 de la LCT y se consideró aplicable los párrafos tercero y quinto del artículo 11 de la Ley 25164, siguiendo el estándar de Ramos.
- 47 CSJN, *Martínez, Adrián O. C/Universidad Nacional de Quilmes*, 06/11/2012, Fallos: 335:2219, pronunciamiento en el cual, además, se rechazó la aplicación de la doctrina del sometimiento voluntario en los términos de *Gil*.
- 48 CSJN, *Gómez Orlando Mario c/Estado Nacional-Ministerio de Justicia-Policía Federal Argentina*, 27/11/2014, Fallos: 337:1337. Tal como observa un comentario al fallo, en el caso se buscó ajustar la reparación siguiendo una interpretación analógica en el derecho público, tal como en Ramos, pero no respecto de la Ley 25164, la cual no regía la relación. Asimismo, se aplicó tal estándar pese a que el régimen aplicable no fijaba un plazo máximo de duración (Ivanega y Falcone, 2015).
- 49 CSJN, *González Lorenzo Ramón c/Banco de la Provincia de Buenos Aires*, 08/10/2013, Fallos: 336:1681.
- 50 CSJN, *Sánchez Oscar Vicente c/Municipalidad de Esquina*, 21/06/2022, Fallos: 345:477. Caso con la particularidad de que el propio tribunal provincial había calificado de trabajo en “negro” a la actividad de la parte actora, lo cual no obstó a que la Corte Suprema aplicase Ramos por la desviación de poder producida.

3. La posición a favor de la estabilidad propia en doctrina

Con el estado de situación jurisprudencial descripto, se presenta a continuación la perspectiva doctrinaria a favor del reconocimiento de estabilidad propia para el extrabajador contratado. Al respecto, este sector de la academia, de orientación mayormente laboralista, se centra fundamentalmente en el trabajador y propone la aplicación de los principios del derecho laboral para la solución reparatoria, en especial el principio protectorio, el de primacía de la realidad y el de irrenunciabilidad. En este orden de ideas, se intentará agrupar los principales puntos que han sido formulados desde este enfoque.

En primer lugar, como uno de los puntos más reiterados de esta mirada, distintos autores han planteado una réplica al argumento “presupuestario” que la Corte Suprema desarrolla en *Ramos*. Se ha contestado así que no se afectarían las competencias del Congreso ni la división de poderes con el dictado de una sentencia que ordene la reincorporación definitiva de un agente. En particular, se ha sostenido que las remuneraciones que perciben los trabajadores contratados están previstas en el presupuesto nacional y es aprobado por el Congreso Nacional, solo que en un inciso diferente al que se consigna en salarios corrientes (Cremonte, 2015, p. 418). Por ende, de seguirse el argumento del máximo tribunal, se convalidaría una desviación de poder toda vez que la existencia de partidas presupuestarias destinadas a cubrir funciones de carácter permanente sería una realidad (Cremonte, 2011, p. 303; en similar sentido, Vidal, 2013, sec. III). Asimismo, se ha recordado que existen sobrados ejemplos en los que los tribunales han obligado a la Administración pública a efectuar actividades positivas, erogaciones pecuniarias de gran envergadura y hasta políticas públicas, tal como ocurrió en el caso *Mendoza*⁵¹ (Arrouy, 2015, p. 46). De igual manera, con base en un voto plasmado en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires,⁵² se ha dicho que nada obstaría a que, en su caso, la creación del empleo se haga en el marco de la ejecución de sentencia (p. 47). Finalmente, se ha calificado al argumento presupuestario como intrascendente y formalista, toda vez que, ante la manda judicial de reincorporación, la Administración podría efectuar las adecuaciones presupuestarias necesarias para cumplir con lo ordenado (De la Fuente, 2010, p. 1094).

En segundo lugar, como otra respuesta a *Ramos* en cuanto a la necesidad de cumplimentar los requisitos y medios de selección para el ingreso a la carrera

51 CSJN, *Mendoza Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros*, 08/07/2008, Fallos: 331:1622.

52 Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, *Villafañe, Blas Galo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires*, 13/11/2012, voto del ministro Hitters, punto D.1. II.

administrativa, se ha postulado que los agentes contratados han demostrado ya su idoneidad y que sería cuestionable la exigencia de otras condiciones. En este sentido, se ha esbozado que resultaría evidente que quienes se han desempeñado durante largos años en determinados puestos en el Estado “cumplen con el único requisito constitucional para acceder a un empleo, la idoneidad” (Cremonte, 2015, p. 418). Por este motivo, si al trabajador no se lo sancionó ni se registraron deficiencias, habría cumplido con las exigencias de la función (Cremonte, 2011, pp. 303-304). En la misma línea, la propia decisión del Estado de renovar sucesivamente los contratos acreditaría la idoneidad de los agentes (Abal y Sotura, 2009, p. 1144). En paralelo, se ha calificado a la imposición de acreditar el cumplimiento de los requisitos previstos para el ingreso a la carrera administrativa como una carga ilógica y formal excesiva. Esto así, dado que el organismo estatal trataría de ocultar la relación permanente (De la Fuente, 2010, p. 1094), además de que resultaría circular y contradictorio que se pida un acto que reconozca una contratación fraudulenta (Arrouy, 2015, pp. 42-43).

También parte de esta réplica, en lo que concierne a la posible afectación al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, se ha planteado la pregunta de a quién preocupa tal situación mientras los trabajadores llevan años desempeñando una función permanente (Vidal, 2013, sec. III) y si tal consideración no resulta más bien “una excusa cínica para violentar el ‘derecho al trabajo’ y el artículo 14 bis”, así como cuestionar la idoneidad del trabajador cuando ha sido reiterada y permanentemente recontratado para cumplir una función permanente (Vidal, 2013, sec. III). Por ello, se alega, resultaría jurídicamente inadmisibles que los actos ilegales cometidos por la Administración, tal como no llamar a concurso, sirvan de justificación para negar el derecho a la estabilidad propia (De la Fuente, 2010, p. 1094). Por ende, la ausencia de concurso o proceso de selección sería únicamente atribuible a la Administración y no al trabajador (Cremonte, 2015, p. 418). En su caso, si la Administración esgrime tal defensa, le sería aplicable la teoría de los actos propios, además de no poder esgrimir su propia torpeza para beneficiarse de su inconducta (De la Fuente, 2010, p. 1094).

De igual modo, con base en el principio de primacía de la realidad, el principio protectorio y el de irrenunciabilidad, se ha postulado que si los contratos se renuevan incesantemente, los trabajadores desempeñan actividades de personal de planta permanente y el Estado no llama a concurso, no es lícito interpretar que el trabajador no goza de estabilidad por no haber ingresado por con las condiciones para adquirir tal categoría de revista (Buenader, 2016, párr.

51). Esto así, en tanto es el Estado el que incumplió con el deber de llamar a concurso y cometió fraude (párr. 51).

Como un tercer aspecto, se ha manifestado que la indemnización no resultaría una reparación integral y adecuada en términos constitucionales y convencionales. A este efecto, se ha referido que, sin perjuicio de que la reparación indemnizatoria debiera ser una de las dos opciones a voluntad del trabajador, la solución principal debería constituir en nulificar el despido o cesantía a fin de que se ordene la reinstalación en el puesto (Cremonte, 2015, p. 418). La reparación por vía analógica no daría así respuesta a la totalidad de los derechos del trabajador, en especial si se considera el caso de la Ley 25164, la cual se trata de una indemnización tarifada (Cremonte, 2011, p. 304). Como apoyo a esta consideración, se ha dicho que las instancias internacionales en materia de derechos humanos otorgan una reparación plena, de lo cual sería conteste el caso *Baena*, sentencia que ordenó restablecer en sus cargos a víctimas aludidas (Cremonte, 2011, p. 304; Vidal, 2013, sec. III).

Ya en cuanto a la efectividad de la reparación en sí, se ha denunciado que la indemnización, a su vez, resultaría en una magra compensación en función de los niveles de inflación del país, la aplicación de un criterio de tasa de interés pasiva y el hecho de que se pueda perder el trabajo a una edad que impediría obtener un nuevo empleo (Botassi, 2018, p. 220). Por otra parte, la reparación económica tarifada tampoco inhibiría de manera alguna al Estado dado su poderío económico, de lo que sería prueba de ello los masivos despidos en la estructura estatal presentados como “no renovaciones de contratos” (Benitez, 2018, pp. 232-233). En esta línea, tal eventual indemnización no preocuparía al gobernante de turno, por cuanto el dinero lo paga el Estado (De la Fuente, 2010, p. 1096). En cambio, se ha sugerido que si la Corte hiciese cumplir la ley, la Constitución y los tratados invalidando las contrataciones ilícitas y abusivas, el grupo político perdería todo interés en realizar tales acciones y quedaría obligado a respetar la carrera administrativa (p. 1097).

En cuarto lugar, se ha esbozado un argumento vinculado con una lectura histórica del artículo 14 bis, introducido por la reforma constitucional de 1957. Se ha dicho, a este efecto, que los convencionales constituyentes abogaron por tal garantía con la finalidad de proteger a los agentes públicos de las arbitrariedades de turno y el mal manejo de los partidos políticos o agrupaciones similares (Balbín, 2019, p. 128). Además, que se tuvo en cuenta que la estabilidad tenía como miras proteger no solo un interés individual, sino también grupal, tendiente a proteger la unidad de gestión y a una administración de calidad

(Balbín, 2019, p. 132). Por tal motivo, cabría extender esta protección a los agentes fraudulentamente contratados, lo que sería conteste con los objetivos aclamados por los convencionales (Balbín, 2019, p. 130). En igual sentido, se ha afirmado que la única interpretación posible coherente con los términos y objetivos de la reforma constitucional de 1957 es que con el “término empleado” público se pretendió incluir a todos los trabajadores cuyo empleador era el Estado (Díaz Cafferata, 2009, párr. 8). En consecuencia, en contra de la doctrina que distingue entre personal que ejerce funciones esenciales y el de otro tipo, se ha referido que si el objeto de la reforma era desterrar las arbitrariedades del ámbito de la Administración pública y tratar de limitar las prácticas clientelares al no permitir que los puestos sean entregados como botín a las fuerzas políticas, no se comprende por qué tales propósitos han de quedar restringidos solo a una porción de la Administración pública (párr. 9).

4. Análisis

4.1 Crítica inicial

Antes de avanzar sobre varios de los planteos particulares de la perspectiva en examen, descrita en el punto anterior, estimo que corresponde formular una crítica inicial a aquella. Es que, a pesar de que desde tal enfoque se declame estar proponiendo la solución constitucional al tema, al tomar en cuenta únicamente al trabajador, tal lectura termina por resultar un abordaje constitucionalmente incompleto sobre la cuestión. Esto así, en tanto se concentra en el artículo 14 bis de la CN, pero deja prácticamente sin tratamiento a la potencial objeción fundada en el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, cuya existencia no parece dimensionar.

Al respecto, el artículo 16 de la CN establece que todos sus habitantes son iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. De este precepto se deriva que la Constitución exige idoneidad para el ingreso a la función pública, pero medida y evaluada sobre la base de la igualdad, lo que solo puede hacerse a través de mecanismos de selección competitivos como el concurso público.⁵³ Este procedimiento es el mecanismo de

53 Se ha definido a esta figura como el procedimiento que, mediante pautas de publicidad, imparcialidad e igualdad, selecciona a quien ostenta mayor idoneidad para la designación (Barraza, 2022, sec. D.1.b). Alternativamente, se lo ha caracterizado como “la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas” (Marienhoff, 2011a, p. 146). Sin embargo, esta última definición no destaca las características de publicidad que se le suelen atribuir –y se esperan– a este procedimiento.

selección de funcionarios públicos no políticos que surge de la regla impuesta por el artículo 16 de la Constitución Nacional (Buteler, 2017, p. 660; en similar sentido, Comadira y Escola, 2013, pp. 791-793; Sáenz, 2012, p. 23). Asimismo, por si quedasen dudas, desde 1994 poseen jerarquía constitucional normas que son mucho más expresas acerca de esta derivación del derecho a la igualdad. En efecto, la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 23, inciso 1, ap. c), establece que todos los habitantes deben gozar del derecho a “... tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”, precepto que se replica de forma similar en el artículo 25, inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁴ y en el artículo 21, inciso 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.⁵⁵

La exigencia de concurso, además, se encuentra sostenida por instrumentos con jerarquía supralegal, tales como la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵⁶ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.⁵⁷ En efecto, se ha destacado que tales tratados establecen como un deber de los Estados el disponer sistemas de contratación para funcionarios públicos y adquisición de bienes y servicios que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia. Tales normas reafirmarían la exigencia de idoneidad para el acceso a la función pública como un recaudo constitucional, mentado conjuntamente con la garantía de igualdad ante la ley (Rey Vázquez, 2022, párr. 12). De igual manera, se ha afirmado que esta regla se derivaría del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo N° 111. De esta norma, que dispone que los países miembros deben promover la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación con el objeto de eliminar cualquier discriminación, puede fundarse la obligación de los Estados miembros de garantizar el acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Pucciarello, 2012, pp. 258-260). Por último, aunque con una naturaleza distinta, tal deber y derecho es receptado por la Carta Iberoamericana de la Función Pública.⁵⁸

54 “Art. 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

55 “Art. 21. 2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

56 Aprobada por Argentina por la Ley 24759 (BO 17/01/1997).

57 Aprobada por Argentina por la Ley 26097 (BO 09/06/2006).

58 Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Santa Cruz de la Sierra, Bolivia (26 y 27 de junio de 2003). Adoptada por la Resolución N° 11 en la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Santa Cruz de la Sierra,

El enfoque en análisis, de orientación mayormente laboralista, se concentra principalmente en contestar los argumentos de la Corte en *Ramos*, pero no toma real dimensión del conflicto constitucional con la igualdad en el acceso a los cargos públicos que implicaría otorgarle estabilidad al personal sin concurso. Este es, desde un punto de vista constitucional, el principal escollo contra su posición. A su vez, los pocos autores que han esbozado algunas palabras sobre esta cuestión parecen tener una concepción un tanto contradictoria sobre la operatividad de los derechos. Por un lado, implícitamente parecen entender que el artículo 14 bis es exigible y de aplicación inmediata para el caso de los contratados. Pero, por otro, que el artículo 16 de la CN y el 23, inc 1 c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) serían programáticos, una mera directriz orientativa para el Estado o que, en definitiva, la instancia concursal podría ser obviada sin más.⁵⁹

A mi modo de ver, el artículo 14 bis de la CN debe ser interpretado en armonía y en conjunto con el artículo 16 de la CN y los instrumentos con jerarquía institucional que garantizan el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. El principio que emana de la Constitución es que la estabilidad propia del empleado público es para aquel que haya ingresado transitado los mecanismos de selección abiertos, competitivos e igualitarios. Esta es la interpretación que armoniza tales principios constitucionales y que opera como regla. No es, por ende, ni evidente ni manifiesto que, en el caso de los contratados, la reparación deba consistir en otorgar estabilidad propia, por lo que una propuesta que pretenda tal solución parte de tener que argumentar en contra del principio reseñado y a favor de una excepción a este.

Por otra parte, como consecuencia de no haberse dimensionado adecuada-

Bolivia (14 y 15 de noviembre de 2003). Si bien es caracterizable de *soft law*, el artículo 20 de la Carta dispuso que la gestión de procesos de acceso al empleo público ha de llevarse a cabo en todo caso de acuerdo a los siguientes principios: a) publicidad; b) libre concurrencia; c) transparencia en la gestión; d) especialización de los órganos técnicos encargados de la gestión y resolución de los procedimientos; e) garantía de imparcialidad de los órganos encargados de la gestión y resolución; f) fiabilidad de los instrumentos utilizados para verificar las competencias de los aspirantes; g) elección del mejor candidato de acuerdo a los principios de mérito y capacidad; h) eficacia de los procesos de reclutamiento y selección para garantizar adecuación al perfil del puesto; i) eficiencia y agilidad de los procesos de reclutamiento y selección, sin perjuicio del respeto a las garantías que deben rodearlos.

59 Este mismo reproche también es trasladable al fallo *Kek* de la Corte Suprema. En tal sentencia, en una causa que implicaba analizar si existía el deber de ingreso por concurso, el tribunal no intentó siquiera considerar la posible incidencia de la Constitución y normas supraliberales a tal efecto. CSJN, *Kek Sergio Leonardo c/Municipalidad de Duty Gray*, 25/03/2015, Fallos: 338:212. Ver al respecto Rey Vázquez (2022).

mente este problema en términos constitucionales, el enfoque en comentario ha sido incapaz de reconocer al tercer sujeto de este conflicto: el potencial interesado en concursar por el cargo. Este se ve afectado en su derecho a la igualdad, salvo que se piense que se pueden crear cargos públicos de manera infinita, con el otorgamiento de estabilidad a quien no pasó por un procedimiento de selección abierto y competitivo. Esta categoría plantea considerar el derecho a la igualdad de alguien que está afuera de la relación contractual, lo que si bien es extraño para el esquema laboral, no lo es para el derecho público administrativo.⁶⁰ Además, este tercer sujeto quizá hasta ponga parcialmente en crisis el estándar laboralista de considerar al trabajador como la parte más débil. Es que en el marco de esta relación tripartita –desde un punto de vista constitucional–, es dable preguntarse si como regla no suele ser acaso el potencial interesado que está afuera de la Administración la persona más vulnerable. Este, para empezar, ni siquiera pudo entrar a trabajar al Estado, lo que revela un significativo menor acceso a los grupos con poder (políticos, partidarios, sindicales, entre otros) que administran o facilitan informalmente el ingreso a las categorías temporarias. Asimismo, a diferencia del trabajador contratado, carece de absoluta protección gremial o colectiva, dado que no existe ninguna entidad que tienda a proteger el derecho de los que están afuera. Estos potenciales interesados no entran y no tienen a nadie que proteja su derecho a concursar para el ingreso. Es más, estando atomizados, se tienen que enfrentar, indirectamente, con las pretensiones de sindicatos altamente organizados que, a más de tener poder para facilitar el ingreso de sus allegados, piden por el pase a planta sin concurso⁶¹ y pueden tener influencia a favor de los que ya están adentro, de llegar a realizarse tal procedimiento.

Si bien el potencial interesado que está afuera del Estado es el representante típico de esta figura, es importante notar que alguien que está dentro también puede formar parte de esta categoría, como una especie distinta. En efecto, un trabajador estatal puede ser afectado en su derecho a la carrera administrativa si se les otorga estabilidad propia sin concurso a otros agentes de su repartición. Esto fue lo que los demandantes alegaron, por ejemplo, en un llamativo

60 En razón del estudio de los problemas concernientes a las licitaciones y concursos, desde hace tiempo la doctrina administrativista reflexiona sobre el derecho a la igualdad de los que están fuera del procedimiento. Ver al respecto Comadira (2013).

61 Se ha mencionado un episodio en el que una entidad sindical reclamó por un pase a planta automático o directo, para lo cual pretendía que el Congreso eximiese la aplicación de la Ley 25164 de empleo público (Salas y Wegman, 2016, p. 114).

caso que se tramitó ante la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza. En su presentación, los actores impugnaron la constitucionalidad de un pase a planta sin concurso, acordado por convenio colectivo con una organización sindical y ratificado posteriormente por decreto y ley. El fundamento de la pretensión fue que, al otorgarse estabilidad propia a personal de rango superior que estaba ocupando las posiciones de manera interina, se afectaba el derecho de ellos a concursar por tales cargos. La demanda fue rechazada por la mayoría, aunque contó con un voto en minoría del magistrado Pérez Hualde, el que, con fundamento en normas de rango constitucional, consideró inconstitucional el precepto puntual de la norma que disponía el citado pase.⁶²

Como se aprecia, el conflicto sobre el personal contratado es mucho más complejo desde un abordaje constitucional de lo que una mirada exclusivamente concentrada en el trabajador parece entender.

4.2 Examen de los argumentos a favor del reconocimiento judicial de estabilidad propia

Sin perjuicio de la crítica de base formulada, abordaré en este apartado los principales argumentos de esta mirada, los cuales fueron presentados en el punto 3.

4.2.1 La cuestión presupuestaria

En *Ramos*, la Corte refirió que la ley de empleo público solo les reconocía estabilidad a quienes ingresaran a cargos pertenecientes al régimen de carrera y cuya financiación estuviera prevista en la Ley de Presupuesto. A su vez, que si se

62 Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, *Alaniz Flavio Diego y Ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza*, 09/05/2017, Causa 13-03719833-6. Sintéticamente, la mayoría, integrada por los magistrados Gómez y Nandrea, consideró que la acción era improcedente, entre otras razones porque: 1) se había impugnado solamente el decreto homologatorio del convenio y no este ni la tampoco la ley sucesiva que lo ratificó; 2) resultaba desproporcionada la pretensión, y su admisión provocaría efectos desmedidos, genéricos e indeterminados; 3) si bien el concurso como medio de selección presentaría el más eficaz para consumir el mandato constitucional de idoneidad, no cabría concluir que, sin tal procedimiento, la idoneidad exigida resulta necesariamente ausente; y 4) no se habría acreditado que los sujetos alcanzados no fueran idóneos. En cambio, el voto en minoría del ministro Pérez Hualde estimó que: 1) el planteo de inconstitucionalidad se encontraba fundado en función del artículo 16 de la CN y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que tutelan el acceso igualitario a la función pública; 2) el decreto, al homologar el convenio colectivo, transgredió la Constitución en la disposición en cuestión, que establecía un pase a planta permanente del personal interino de manera indiscriminada y amplia, y quebrantó los principios de idoneidad como pilar del ingreso y movilidad en la función pública.

le reconocía estabilidad a quien no había sido incorporado con los requisitos y medios de selección establecidos para el ingreso a la carrera administrativa, se estaría no solo afectando el régimen legal de empleo, sino también el “el monto autorizado por el legislador, en forma diferenciada, para financiar gastos correspondientes a personal contratado y personal permanente”.⁶³

Al respecto, una primera línea de críticas ha apuntado a que, contrariamente a lo que sostiene el tribunal, no se vería afectada la división de poderes, puesto que los fondos para financiar al personal contratado fueron también autorizados por el legislador, aunque en otra sección. En tal marco, se plantea que no reconocer que se financió una relación permanente implicaría invalidar una desviación de poder o apearse a un formalismo reprochable.

Con relación a esto, es dable advertir que la decisión de financiar cargos de planta permanente de una repartición no es una cuestión que simplemente se limite a la ubicación de los fondos en un inciso u otro del presupuesto. En cambio, implica un conjunto complejo de determinaciones anteriores entre la Administración pública y el Poder Legislativo respecto de qué cargos realmente se necesitan en un organismo, con qué perfiles y en qué cantidad, entre otros. Por ende, pasar por alto estas definiciones conlleva el riesgo no solo de que el juez asuma competencias presupuestarias del legislador, sino también de la Administración pública.

Contra esto, podría argüirse que tal determinación ya ocurrió en los hechos con la renovación sucesiva de contrataciones temporarias, pero esto implica negar o desconocer las cuestionables prácticas que operan en torno al empleo público. Es que la utilización de personal interino o contratado en el Estado puede responder a las necesidades específicas de un organismo, pero también estar motivado por razones ajenas a tal fin. Si bien no es un fenómeno únicamente local –en referencia a Argentina–, investigaciones han sostenido que, en las últimas décadas, los Gobiernos han acudido a la expansión de las modalidades de contratación flexible y al aumento de dotación con el objetivo de mantener un dominio político de la Administración pública (Iacovello y Llano, 2017, pp. 93-94).⁶⁴ De esta manera, el ingreso de personal en modalidades

63 CSJN, *Ramos*, considerando 8.

64 En el mismo trabajo se da cuenta que, entre 2004 y 2014, el personal civil de la Administración pública nacional en su conjunto (permanente, transitorio y contratado) ascendió un 67% en términos absolutos, en tanto que el colectivo de contratados ascendió un 260%, (Iacovello y Llano, 2017, p. 99). Al mismo tiempo, otra investigación en Argentina ha aportado evidencia de que los contratos de empleo público bajo patronazgo derivan en servicios políticos para el patrón que los contrata, tales como asistir a reuniones, ayudar en la campaña y monitorear las elecciones, entre otros (Oliveros,

transitorias puede haber sido instado sin la debida consideración acerca de los requerimientos reales de la Administración. En este contexto, la mera renovación de una contratación como parámetro para valorar la necesidad pública de contar con un cargo de manera permanente resulta cuestionable.

No obstante, en contraste, existe un mecanismo para realizar tal determinación: el concurso público. En efecto, se ha explicado que –al menos en el ámbito del empleo público a nivel de la Administración nacional– es en la primera etapa de tal procedimiento en la que, por medio de tratativas políticas, técnicas, financieras, se construye la oferta de empleo público y se define la cantidad, los perfiles y el tipo de cargos a autorizar (Patrucchi et al., 2022, pp. 174-175). Por consiguiente, la concesión judicial de estabilidad propia podría implicar pasar por alto todas estas determinaciones. El juez no solo asumiría la idoneidad del agente –cuestión que se analizará posteriormente–, sino que también podría entrometerse en la decisión de cuáles y cuántos son los cargos que se requieren efectivamente en una repartición. Esto deriva en que, en definitiva, la distinción en el presupuesto entre agentes permanentes y no permanentes no sea un detalle formal, sino el fruto de un complejo de evaluaciones y decisiones anteriores respecto de los cargos de carrera.

Corresponde reconocer que estas valoraciones, si bien aplicables, quizá se modulen en parte para ciertas jurisdicciones y posiciones. Por ejemplo, podría citarse la situación del personal interino o temporario en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, áreas con estructuras paralelas que se repiten. Igualmente, persiste el riesgo de que el juez esté asumiendo una decisión técnica y de oportunidad sobre la necesidad de un cargo y, consecuentemente, una justificación de financiamiento de la posición a futuro.

Ahora bien, otra línea distinta de crítica en torno al aspecto presupuestario recuerda ejemplos en los que los tribunales han obligado a la Administración pública a efectuar actividades positivas y erogaciones pecuniarias de gran envergadura (Arrouy, 2015, p. 46). También que, en su caso, la creación del cargo podría hacerse en la etapa de ejecución de sentencia, tal como se propuso en un voto de una sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (p. 47).

Al respecto, es cierto que la rigidez de la regla de que es el Congreso quien tiene a su cargo fijar el presupuesto general (artículo 75, inciso 8 de la CN) – que en algún momento en nuestro país hasta impedía demandar al Estado– fue

2021, pp. 397-398). Se ha referido, no obstante, que el patronazgo también podría estar motivado en razones técnicas, en función de la necesidad de cubrir cargos en tiempos incompatibles con los concursos (Luxardo, 2019, p. 176).

cediendo a otra visión de la forma republicana a través de la sucesión de distintas leyes y de la jurisprudencia (Corti, 2011, p. 601). Asimismo, que hoy debe armonizarse tal principio de reserva financiera con la tutela judicial efectiva (p. 604) y que existen sentencias de las últimas décadas en las que se ha reconocido algún deber constitucional por parte del Estado, que por sus implicancias derivaron en requerir importantes ajustes presupuestarios.⁶⁵

En la actualidad, entonces, se admite que una sentencia pueda incidir directa o indirectamente en determinaciones presupuestarias. Sin embargo, por un lado, cabe advertir que tal posibilidad está supeditada a que el derecho constitucional que se reclama, en definitiva, exista. Pero esto es lo que está en discusión en relación a los contratados, lo cual no es manifiesto ni evidente. Por otro, de conformidad con lo expuesto en párrafos anteriores y en este caso puntual, un juez, de pretender “crear el empleo” en la etapa de ejecución, asumiría un cúmulo de decisiones de oportunidad que incluyen y exceden lo presupuestario. Asimismo, daría por acreditada la idoneidad del exagente de manera cuestionable y con afectación al derecho de terceros, tal como será abordado en el siguiente punto.

4.2.2 Concurso y acreditación de idoneidad

Otra línea de cuestionamiento a Ramos plantea que las sucesivas renovaciones, sin que se acrediten sanciones ni deficiencias, demostrarían la idoneidad del trabajador. Como apoyo, se esboza además que para valorar el reconocimiento del derecho a la estabilidad, habría que examinar las tareas efectivamente prestadas de acuerdo con el principio de la realidad. Del mismo modo, el no llamado a concurso solo sería imputable a la Administración y no podría serle opuesto al trabajador.

En cuanto a esto, existen al menos tres puntos que conflictúan con la pretensión de tener por acreditada la idoneidad del agente por la mera ejecución continuada de ciertas tareas, aun cuando no hubiesen mediado sanciones disciplinarias. Para empezar, en cuanto al criterio en sí, cabe advertir que la idoneidad para una posición puede estar vinculada a condiciones de formación o de antecedentes que hagan al perfil del puesto. En este sentido, tomar solamente en cuenta la realización material de ciertas labores puede implicar dejar de lado tales exigencias. Plantearé una situación a propósito patente para clarificar lo

65 Ver como ejemplo CSJN, *Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud y Acción Social*, 01/06/2000, Fallos: 323:1339; Q.C.S.Y c/*Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, 24/04/2012, Fallos: 335:452.

expuesto. En el devenir diario de la Administración, pueden darse (se dan) escenarios anómalos en los que personas que no ostentan las titulaciones, experiencia o no se encuentran orientados en el área de estudio o especialidad que atañe a un puesto en particular terminen, no obstante, ocupándolo. En este marco, alguien que es licenciado en Filosofía o no tener titulación alguna podría colaborar, por largos años, en la proyección de dictámenes o informes técnicos (ajenos a su ámbito) mediante la asistencia mecánica de escritos modelo y un equipo de trabajo. Si por las incumbencias de temas tal posición está pensada para un graduado en un área determinada (Derecho, Relaciones de Trabajo, Administración, etc.), por más que –como contratado– se ocupe de tales tareas por diez años, su idoneidad para el cargo es igualmente objetable. Ejemplos más comunes ocurren cuando quien ocupa el cargo quizá tenga la titulación básica de grado, pero carece de estudios que hagan a la especialidad. Del mismo modo, es posible que existan condiciones generales para ser admitido en la carrera administrativa que agentes transitorios podrían no cumplir. Como un caso real, se ha referido que, en el marco de concursos internos en la Administración nacional, personas que venían ocupando el puesto por varios años, y pretendían presentarse al procedimiento, carecían de secundario completo, exigencia que resultaba necesaria para el ingreso (Salas y Wegman, 2016, p. 115).

De esta forma, la mera ejecución de tareas o transcurso del tiempo en un cargo no resulta un criterio autosuficiente para valorar la idoneidad de una persona para un determinado puesto que puede implicar pasar por alto condiciones que hagan a la aptitud para el cargo. En su caso, la experiencia y el aprendizaje deberían redundar en una ventaja en el marco de concursos (Salas y Wegman, 2016, p. 115), lo que menos justificaría obviar tal instancia procedimental tendiente a comprobar la efectiva idoneidad.

Un segundo punto tiene que ver con que, de hacer lugar a demandas de reinstalación definitiva de expersonal contratado, el Poder Judicial terminaría incurriendo en valoraciones de oportunidad. Sobre la base de lo dicho en los párrafos anteriores, se presenta el riesgo de que el juez termine por definir, indirectamente, el perfil y formación exigida para tal posición, reemplazando en este aspecto a la Administración. Es dable reconocer que quizá existen casos en los que estas objeciones no tengan el mismo tenor. En algunos escenarios podría resultar más evidente que el trabajador contratado esté orientado en el perfil del puesto; en otros, las competencias del área pueden resultar más transversales y, por ende, no requerir *a priori* una formación específica. Sin embargo,

de conceder estabilidad propia en el marco de un proceso judicial, subsiste siempre el riesgo de que el magistrado esté asumiendo determinaciones sobre los presupuestos de idoneidad que corresponden a la Administración. Esta es quien debe definir los requisitos y el perfil para las posiciones, ya sea en el marco de un concurso o de alguna forma anterior y verificar la idoneidad del postulante.⁶⁶

Como un tema aparte está la cuestión de los terceros. En contra de lo esbozado por algún autor, quien sostiene que el único requisito constitucional para acceder a un empleo público es la idoneidad (Cremonte, 2015, p. 418), cabe resaltar que en nuestro bloque constitucional interesa no solo tal aptitud, sino también el procedimiento de selección, puesto que hace a la satisfacción del derecho a la igualdad de todos los potenciales interesados. En este sentido, como se ha dicho en el apartado 4.1, el artículo 14 bis de la CN debe ser interpretado en armonía y en conjunto con el artículo 16 de la CN y los instrumentos con jerarquía institucional que garantizan el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Es así que el principio que emana de la Constitución es que la estabilidad propia del empleado público es para aquel que haya ingresado transitado mecanismos de selección abiertos, competitivos e igualitarios. Este punto guarda relevancia, puesto que aun, por más idoneidad que se asuma del agente –inclusive tomando en cuenta la cantidad de años que ocupó una posición–, si esta no ha sido valorada por un mecanismo competitivo, la potencial objeción fundada en el derecho a la igualdad *a priori* queda sin responder. Afuera podría haber candidatos de igual o mayor idoneidad a quienes se les privó de poder participar. En esta misma línea, se ha sostenido que de la normativa constitucional, convencional y legal emana el requisito de comprobación fehaciente de la idoneidad en condiciones de igualdad entre todos los habitantes para el ingreso a la Administración, lo cual exige para su cumplimiento la sustanciación de concursos transparentes, públicos y con convocatorias debidamente publicitadas (Salas y Wegman, 2016, p. 135).

Contra lo expuesto, quizá se podría replicar que el magistrado podría, en su caso, colectivizar el pleito. Pero la pregunta sería con qué fin. Aun si se llegasen a presentar terceros potenciales interesados, el juez no podría determinar quién es el más idóneo para la posición en un proceso judicial. Tal determinación

66 Vale destacar también que la propia Ley 24185 (BO 21/12/1992), que regla las convenciones colectivas para el personal de la Administración nacional, por el artículo 8, inciso c) exceptúa de la negociación al “principio de idoneidad como base del ingreso y de la promoción de la carrera administrativa”.

requiere necesariamente un procedimiento administrativo de selección con perfil del puesto y bases y condiciones para la evaluación. El proceso judicial se revela inadecuado para poder valorar competitivamente la idoneidad para una posición. En este cuadro, se suma entonces objeción, fundada en el derecho a la igualdad a que, como reparación, un juez reconozca estabilidad propia al trabajador contratado que no ingresó por concurso. De hacerlo, se podría objetar que con su decisión está afectando el derecho a la igualdad de los potenciales terceros interesados. Al respecto, vale recordar que estos pueden ser tanto personas ajenas a la Administración como también trabajadores de la misma repartición que aspiran a la posición del demandante.

Finalmente, en tercer lugar, es cierto que el trabajador no es culpable de que no se haya llamado a concurso, pero tal circunstancia no subsana los distintos problemas que existen en torno al reconocimiento judicial de estabilidad. De igual manera, no implica abogar por dejarlo sin ningún tipo de protección, asunto a lo que se hace referencia en el punto 4.3.

4.2.3 Reparación

La posición doctrinaria en análisis también ha desarrollado una serie de cuestionamientos que apuntan a rechazar la alternativa de una compensación económica como una forma de resarcir el perjuicio causado al trabajador contratado desvinculado. Ello contribuiría a sostener que la reincorporación es la medida reparatoria adecuada.

Al respecto, comenzaré por examinar el que estimo es el planteo más relevante dentro de esta línea. Me refiero a la invocación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se sostiene así que, en tal instancia internacional, en casos de empleo público se ha ordenado el restablecimiento de las víctimas en sus cargos, en función de considerarse que, ante las cesantías, resulta aquella la principal medida reparatoria derivada del principio de restitución plena. A este fin, se cita lo resuelto en *Baena*.⁶⁷

En cuanto a esto, corresponde reconocer que el citado tribunal internacional ha ordenado la reinstalación de funcionarios estatales en diversas causas como parte de las medidas reparatorias. Sin ser la primera sentencia de esta

67 CIDH, Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*.

índole,⁶⁸ de esto es ejemplo *Baena*.⁶⁹ En tal caso, en orden sucesivo, se ordenó: 1) la reincorporación en los cargos que ostentaban los trabajadores; 2) de no ser posible ello, alternativas de empleo que respeten similares condiciones a las que tenían; y 3) de tampoco ser aquello viable, el pago de una indemnización.⁷⁰ De forma posterior a esta sentencia, se volvió a ordenar la reinstalación en otros procesos, aunque más notoriamente en episodios en los que los cesanteados eran jueces y fiscales. Así sucedió en *Apitz Barbera*,⁷¹ *Reverón Trujillo*⁷² y *López Lone*.⁷³

Ahora bien, merece resaltarse que, en los últimos años, la Corte Interamericana, sin perjuicio de seguir recordando que la reincorporación es la mejor medida que satisface el principio de restitución plena, parece haberse inclinado a no conceder tal reparación y a optar, en cambio, por una indemnización. Esto así, en especial en causas de agentes temporarios. En *San Miguel Sosa*,⁷⁴ caso que giró en torno a la cesantía de funcionarios que revestían tal modalidad, el Estado demandado argumentó que la reincorporación solicitada por las víctimas violaría el régimen de ingreso a la carrera administrativa, el cual exigía concurso para la adquisición de estabilidad laboral. El tribunal resolvió que, en razón de las circunstancias del caso, no correspondía ordenar la reinstalación, por lo que solo condenó a una indemnización por despido arbitrario.⁷⁵ En el mismo sentido, en *Casa Nina* –causa relacionada con la destitución de un fiscal provisorio–, ante el planteo del Estado de que solo podría reincorporar válidamente a magistrados titulares que hubieran alcanzado su plaza mediante concurso, el tribunal concordó en que no era “viable” tal tipo de reparación, por lo que solo determinó el pago de una compensación económica.⁷⁶ Por último, en otra

68 Por ejemplo, en un caso anterior, había ordenado la reincorporación de la víctima al servicio docente en instituciones públicas con igual salario al que tenía previamente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Lozayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, 27/11/1998, Serie C N° 42, considerando 113.

69 CIDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, considerando 201.

70 CIDH, *Caso Baena*, considerando 203.

71 CIDH, *Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, Serie C N° 182, punto resolutivo 17.

72 CIDH, *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/06/2009, Serie C N° 197, punto resolutivo 7.

73 CIDH, *Caso López Lone y otros vs. Honduras*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/10/2015, Serie C N° 302, considerando 298.

74 CIDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/02/2018, Serie C N° 348, considerando 241.

75 CIDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, considerando 242.

76 CIDH, *Caso Casa Nina vs. Perú*, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas,

serie de causas sobre despido de trabajadores estatales de los últimos años, el tribunal desestimó la reincorporación solicitada por los representantes de las víctimas con fundamento en el tiempo transcurrido desde el cese laboral y las posibles dificultades de cumplimiento de la orden.⁷⁷

De acuerdo con lo presentado, pareciera que la experiencia y sucesión de casos ha repercutido en el estándar sobre la reincorporación como reparación del citado tribunal internacional, al que se le han agregado excepciones. En lo que especialmente atañe a este trabajo, si se sigue lo resuelto en *Casa Nina* y *San Miguel Sosa*, para la reinstalación, se advierte que la Corte Interamericana ha tomado en cuenta si el trabajador tenía estabilidad –adquirida por los mecanismos concursales previstos– o si solo revistaba en modalidades transitorias o provisionales. Si bien el tribunal no ahondó con sus propias palabras sobre tal cuestión, remitió directamente a las posiciones de los representantes estatales acerca de las ulteriores violaciones a los regímenes de empleo público que implicaría la reinstalación. Por ende, la invocación de la jurisprudencia de tal sistema para apoyar la reincorporación definitiva de los exagentes contratados encuentra objeciones en una línea más reciente de sentencias de la Corte Interamericana, la cual –para casos análogos– se ha limitado a reparar mediante una indemnización.

En otro orden de ideas, la compensación económica como forma para reparar a los exagentes contratados ha recibido objeciones vinculadas con el monto, tiempo del proceso e incentivos que crea en el Estado. Se ha cuestionado así, por un lado, que aquella sea tarifada (Cremonte, 2011, p. 304) y el tiempo de espera que significa para el trabajador desvinculado el tener que aguardar por la indemnización dado los niveles de inflación, los criterios de tasa de interés y la dificultad para obtener un nuevo empleo según la edad (Botassi, 2018, p. 220). Por otra, que la indemnización no resultaría un mecanismo que disuada al Estado de seguir incurriendo en contrataciones temporarias, dado el poder económico de aquel (Benítez, 2018, pp. 232-233) y que no son los funcionarios quienes lo pagan (De la Fuente, 2010, pp. 1096-1097).

24/11/2020, Serie C N° 419, considerandos 130 a 132. Posteriormente, ante el planteo recursivo de la parte de que la reincorporación no debía necesariamente ser en el mismo cargo y que había cargos provisionales vacantes, la Corte Interamericana volvió a sentenciar que “fue en atención a la provisionalidad de dicho cargo que el Tribunal no accedió a la reincorporación planteada”, CIDH, Caso *Casa Nina vs. Perú*, Interpretación de la sentencia, 01/09/2021, Serie C N° 433.

77 CIDH, *Caso Trabajadores cesados del Petroperú y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/09/2017, Serie C N° 344, considerando 231; *Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 03/06/2021, Serie C N° 426 considerando 173; y *Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala*, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 27/07/2022, Serie C N° 459, considerando 40.

En lo que concierne al monto de la indemnización, no es objeto de este trabajo examinar puntualmente qué parámetros resultarían más adecuados, lo cual es una discusión válida y necesaria, pero diferente a si una compensación económica podría admitirse como una reparación adecuada (ya se vio que la propia Corte IDH lo admite para agentes temporarios). En este sentido, es posible que tal aspecto merezca nuevas discusiones.⁷⁸ En cuanto al tiempo de espera, es dable reconocer que la posible lentitud de los juicios impacta, de manera general, en la obtención de justicia. Sin embargo, tal expandido problema no parecería justificar que se sustituya la reparación económica por la estabilidad propia, más aún cuando la indemnización es el sistema reparatorio que, como regla, establece la ley de contratos de trabajo para los trabajadores del sector privado. En cambio, en relación con esta cuestión, a más de apuntarse a mejoras que reduzcan los tiempos del proceso judicial, tal vez merezca que se preste atención a otras propuestas de tutela –no exentas de controversias–, tales como las medidas cautelares de provisión indemnizatoria (García Pulles, 2009).

Tema aparte resulta ser el argumento acerca de la baja disuasión que una reparación económica genera para el Estado. Cuáles son los incentivos que la responsabilidad patrimonial del Estado produce es un tema un tanto controversial.⁷⁹ Con independencia de ello, resulta difícil de creer que conceder estabilidad propia judicialmente redunde en que los funcionarios del nivel superior –políticos– propicien el ingreso por concurso y de acuerdo al régimen de carrera. Más bien podría pensarse que ocurriría todo lo contrario. Un Gobierno, con la intención de afianzar su poder político dentro de la Administración, podría acudir a contrataciones temporarias de manera masiva. Ello, sabiendo que si sus designados llegasen a superar el máximo de tiempo para tales contrataciones, estos podrían instar juicios para que se declare la desviación de poder, se reconozca el derecho a la estabilidad propia y se los reincorpore. En especial si tal Gobierno apostase por un segundo mandato, proyectando garantizar un largo transcurso de tiempo de manera de consolidar tal protección para sus

78 Como algunos de los planteos al respecto, ver Castañeda Ferreyra (2017, p. 1975).

79 Desde el análisis económico del derecho, existen trabajos que han planteado que el Estado no se guía por incentivos económicos, sino políticos, por lo que, a diferencia del sector privado, no internalizará costos sociales por el solo hecho de ser obligado a hacer desembolsos presupuestarios (Levinson, 2000, pp. 349-350) y que generará disuasión (p. 373). Asimismo, se ha dicho que el Estado se ve afectado por una falla fundamental en la cadena de mando, lo que implicaría que condenarlo por daños no se traduciría en incentivos para que sus agentes actúen eficientemente (Mattiacci et al., 2010, p. 776). Sin embargo, y sin desconocer que el Gobierno se guía por incentivos políticos, se ha planteado que existe una relación entre aquellos y la responsabilidad patrimonial (Rosenthal, 2007, pp. 831-843).

designados afines. El otorgamiento judicial de estabilidad propia a quien no transitó por un concurso mediante un procedimiento competitivo y abierto podría terminar por premiar a las designaciones por patronazgo.

4.3 La reforma constitucional de 1957

Otro argumento a favor de reconocer estabilidad propia al personal contratado se funda en una lectura de la finalidad tenida en cuenta en la Convención Constituyente de 1957 que derivó en la adición del artículo 14 bis. En este sentido, dicha consideración parte de remarcar que se quiso terminar con el sistema de botín, desterrar el manejo arbitrario de los partidos políticos y, con ello, alcanzar una Administración pública de calidad (Balbín 128-132, Díaz Cafferata, 2009, párr. 9). Desde esta óptica, se plantea que tales finalidades hacen que deba extenderse la garantía de estabilidad también al personal fraudulentamente contratado.

Al respecto, de manera inicial cabe destacar que cuando se examinan este tipo de textos –antecedentes a la reforma–, debe tenerse presente que una lectura originalista puede ser susceptible de críticas, en tanto implicaría convertir en fuente de derecho a documentos y archivos que carecen de tal atribución. Asimismo, puede ser que existan contradicciones que no permitan determinar adecuadamente una voluntad genuina y única.

Con todo, es cierto que varios de los convencionales, tal como cita la misma Corte Suprema en *Madorrán*, remarcaron que la garantía de estabilidad propia tenía como objetivo evitar el sistema de botín de guerra, terminar con las cesantías arbitrarias y proteger el normal y eficiente funcionamiento de la Administración pública.⁸⁰

No obstante, en el mismo ámbito de discusión, otros convencionales también remarcaban que el ingreso debía hacerse por concurso. El convencional Martella, por ejemplo, representante socialista, además de brindar apoyo a la consagración de estabilidad, recordó el proyecto de reforma total que su espacio había presentado, en el cual, en la parte pertinente a este tema, pretendía que se dispusiera que “la provisión del empleo público se hará por concurso y prueba de suficiencia, y la ley reglará las excepciones. Se observará el escalafón para los ascensos” (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente año 1957, 1958b*, pp. 1243-1244). Diez convencionales, entre ellos Martella,

80 CSJN, *Madorrán*, considerandos 4 a 6.

asimismo suscribieron un proyecto de reforma del entonces artículo 86 de la Constitución, el cual extendía para cada jurisdicción el deber de concurso al preceptuar que “Los empleados públicos (nacionales, provinciales y municipales) serán designados por concurso. Los estatutos respectivos determinarán también el régimen de estabilidad, ascensos y cesantías, garantizándoles derecho de defensa ante tribunales especiales (...)” (*Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente año 1957, 1958a, p. 911*).

De esto resulta que, desde la misma lógica de los antecedentes de tal reforma constitucional, la idea de extender la estabilidad propia a quien no ingresó siguiendo los mecanismos de concurso previstos puede ser discutida. Con independencia de ello, tal posición se enfrenta hoy a normas constitucionales y supralegales que consagran de manera clara el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, aspecto para el cual me remito al punto 4.1.

4.4 Posicionamiento y alternativas

De conformidad con lo desarrollado, existen serios reparos para oponer a los argumentos de la posición doctrinaria que pretenden el reconocimiento judicial de estabilidad propia al trabajador estatal contratado.

Una posible crítica a las valoraciones formuladas en este trabajo podría ser que se la acuse de ser demasiado rígida en torno a la situación de tal personal. En particular –siguiendo una interpretación conflictivista–, que si entonces media una tensión entre el derecho a la estabilidad del trabajador fraudulentamente contratado y el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, habría que ponderar en cada caso concreto cuál debe prevalecer.

A mi modo de ver, por los problemas desarrollados en el punto 4.2, tal ponderación, inclusive de aceptársela, no correspondería que sea realizada por el Poder Judicial, que solo podría restringirse a una reparación económica. En su caso, serían la Administración y el Congreso los órganos que estarían en mejor posición para, en el marco de una evaluación entre los derechos en juego, establecer medidas armonizantes o moduladoras. Dentro de estas, igualmente, la posibilidad de conceder estabilidad propia sin concurso se presenta censurable. Cualquiera de estos dos estamentos debería poder superar la importante carga argumentativa de explicar por qué realizar un concurso resulta una solución inviable y, con ello, justificar la excepción al derecho constitucional a la igualdad en el ingreso a los cargos públicos y la acreditación efectiva de la idoneidad, lo que no parece admisible.

En cambio, la tensión entre tales derechos quizá podría justificar algunas puntuales medidas transicionales dentro del procedimiento concursal a favor de los que ostentaban la categoría de contratados. Es aquí donde puede haber un mejor ámbito para una posible –limitada– ponderación. Por ejemplo, entre otras soluciones, se ha referido que, en el ámbito nacional, se permitió participar en estos procedimientos para el ingreso a la carrera a quienes ocupaban el cargo, pero carecían del requisito de título secundario. Ello, bajo la condición de que, de triunfar en el concurso, se les permitiría continuar con su situación transitoria hasta por tres años, plazo en el que debían completar sus estudios bajo pena de quedar desvinculados (Salas y Wegman, 2016, pp. 115-116). Cada una de las soluciones de este tipo, no obstante, debe ser escrutada individualmente a fin de que no creen un privilegio de entidad que afecte el derecho de los potenciales interesados. Por caso, la sobreutilización de la modalidad del concurso cerrado al público externo –que solo permite que se presenten los que ya se desempeñan en la institución– es una medida que genera el riesgo de que los concursos se conviertan en un mero mecanismo de regularización del empleo antes que un mecanismo de ingreso que garantice la igualdad de oportunidades (Luxardo, 2019, p. 192).

Ahora bien, en contraste con lo sostenido, un ámbito que creo propicio para la intervención judicial es en el marco de demandas tendientes a que la Administración llame a concurso. En este sentido, existen opiniones y sentencias que se han volcado a reconocer tal pretensión en tanto una norma lo exija de manera reglada (Buteler, 2017, p. 23; Sáenz, 2012, pp. 31-32).⁸¹ Asimismo, como propuestas para ampliar tal exigencia, se ha sugerido que, sobre la base de que es el concurso el único procedimiento que garantiza la selección por idoneidad de conformidad con el artículo 16 de la CN, todo cargo que requiera especialidad técnica o profesional debe realizarse por tal procedimiento, sea que esté o no en normas positivas (Sáenz, 2012, p. 31). De mi parte, agregó que cuando transcurren lustros sin que el Estado llame a concurso, al mismo tiempo que procede a ocuparlos con designaciones transitorias, la inicial discrecionalidad en la determinación del momento adecuado acerca de cuándo llamar a concurso o mantener vacantes congeladas comienza a transformarse en una omisión irrazonable y arbitraria. Si se conjuga esta valoración con la

81 Ver también Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *ACIJ y otros c/ Estado Nacional*, 10/09/2009, Expte. 28406/2006; Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Consumo de CABA, Sala I, *Romero Verdín Iván Fernando c/ Consejo de la Magistratura de la CABA*, 10/09/2019, Expediente 79325/2017-0.

jurisprudencia acerca de omisiones inconstitucionales y de reglamentación,⁸² tal vez pueda fundarse una nueva causal para exigir el llamado a concurso.

Por fuera de tal supuesto, otro tipo de intervención judicial que se ha propuesto consiste en que la demanda no persiga la reinstalación definitiva, sino la reincorporación temporaria y condicionada hasta que el puesto sea cubierto por concurso (Boglioli, 2009, pp. 251-253). De manera similar, se ha planteado que cuando se ha adquirido una posición por concurso, pero sujeta a un plazo, ante el vencimiento de este, el titular tendría derecho a continuar en el cargo hasta que se produzca la renovación por el mismo procedimiento (Sáenz, 2012, p. 34).⁸³ Aquí, dada la limitación del objeto de este trabajo, haré una reserva sobre tales posiciones. No obstante, tan solo a modo de valoración preliminar, estas podrían también ser merecedoras de varias de las objeciones formuladas en el punto 4.2.

Desde ya, la tercera alternativa judicial es la reparación vía indemnización, de conformidad con lo resuelto por la Corte en *Ramos*. Esta vía no está exenta de algunos problemas que deben ser discutidos, en particular tales como los que conciernen al monto. También, y tal como se indicó en el punto 4.2.3, contra la afectación que genera la demora de los procesos judiciales quizá resulte necesario reflexionar sobre nuevos tipos de tutela, tal como la propuesta de medidas de provisión de indemnización (García Pulles, 2009).

5. Conclusiones

De conformidad con lo desarrollado en este trabajo, se presenta una síntesis de las principales determinaciones:

1) El fallo *Ramos*, dictado por la Corte Suprema de Justicia en el año 2010, se mantiene como el *leading case* en materia de reparación para el personal estatal contratado. Bajo este estándar, mediante una reparación económica –de verificarse–, se sanciona la desviación de poder en el uso de modalidades transitorias y se compensa la afectación a las legítimas expectativas. Al mismo tiempo, se rechaza la reincorporación, fundamentalmente bajo la valoración de que si se atribuyera estabilidad a quienes no han ingresado siguiendo los requisitos y medios de selección previstos, se afectaría el régimen de empleo público y el monto autorizado por el legislador para el personal contratado y permanente.

82 Ver, por ejemplo, CSJN, *Etcheverry, Juan Bautista y otros c EN*, 21/10/2021, Fallos: 344:3011.

83 La Corte Suprema parece haberse opuesto a este criterio para el caso de docentes de universidades nacionales: CSJN, *Ryser Walter Adolfo c. Universidad Nacional de Catamarca*, 03/05/2017, Fallos: 340:614.

2) En contra de esta jurisprudencia, existe una posición doctrinaria a favor del reconocimiento de estabilidad propia para el exagente contratado. Este sector, de orientación mayormente laboralista, se centra en el trabajador, y para la solución reparatoria, en sus consideraciones invoca el derecho a la estabilidad propia consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y los principios del derecho del trabajo. Esta mirada, en particular, plantea los siguientes puntos:

- a. En oposición a *Ramos*, que no se vería afectada la división de poderes si el Poder Judicial ordenarse la reinstalación, en tanto los fondos para financiar al personal contratado están también autorizados por el legislador. No reconocer la relación permanente implicaría invalidar una desviación de poder y apearse a un formalismo reprochable. De igual modo, en su caso, la creación del cargo podría hacerse durante la etapa de ejecución de sentencia.
- b. Las sucesivas renovaciones sin que se acrediten sanciones ni deficiencias demostrarían la idoneidad del trabajador, por lo que el reconocimiento del derecho a la estabilidad debería valorarse de acuerdo a las tareas efectivamente prestadas y el principio de primacía de la realidad. A su vez, el no llamado a concurso solo sería imputable a la Administración y no podría serle opuesto al trabajador.
- c. La indemnización no resultaría una reparación plena en términos constitucionales y convencionales y, en su caso, debería resultar una opción a favor del trabajador. Esta consideración tendría apoyo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de lo que sería conteste el caso *Baena*, en el que se ordenó restablecer a las víctimas en sus cargos. Asimismo, la reparación económica, además de tarifada, resultaría una magra compensación en función de los niveles de inflación y criterios de aplicación de tasa de interés. Esta, además, no generaría una adecuada disuasión en el Estado dado sus recursos económicos y el hecho de que no es el gobernante de turno quien paga la compensación.
- d. La Convención Constituyente de 1957, al introducir el artículo 14 bis, tuvo en miras terminar con el sistema de botín, desterrar el manejo arbitrario de los partidos políticos y alcanzar una Administración pública de calidad. Tales finalidades harían que la garantía de la estabilidad propia deba ser también extendida al personal fraudulentamente contratado.

3) En relación con esto, como una crítica inicial a tal perspectiva observé que, a pesar de que desde aquella se declame estar proponiendo la solución constitucional al tema, al centrarse únicamente en el trabajador, tal enfoque termina por resultar un abordaje constitucionalmente incompleto sobre la cuestión. Esto así, en razón de que deja prácticamente sin tratamiento a la objeción vinculada al derecho constitucional y convencional a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Así, tal posición, si bien apunta a contestar a *Ramos*, no toma real dimensión del conflicto constitucional que implicaría otorgar estabilidad a personal sin concurso. Asimismo, y como consecuencia de no haber dimensionado adecuadamente este problema, ha sido incapaz de reconocer al tercer sujeto de este conflicto en términos constitucionales: el potencial interesado. Sujeto este que, como regla, podría incluso ser considerado como la parte más débil de este escenario tripartito.

4) Sentada tal objeción, formulé las siguientes valoraciones sobre los argumentos de la postura en análisis:

- a. La decisión de financiar cargos de planta permanente no es una cuestión que se limite a la ubicación formal de los fondos en un inciso u otro del presupuesto. Implica, en cambio, un complejo de determinaciones anteriores, entre la Administración y el Poder Legislativo, respecto a qué cargos realmente se necesitan en un organismo, con qué perfiles y en qué cantidad, entre otros. Pasar por alto estas definiciones conlleva el riesgo de que un juez no solo asuma competencias presupuestarias del Congreso, sino también relativas a la Administración. Por otra parte, si bien en la actualidad se admite que una sentencia pueda incidir directa o indirectamente en modificaciones presupuestarias, ello está supeditado a que el derecho constitucional que se reclama exista. Pero esta cuestión es lo que está en discusión para los contratados y no es de principio evidente ni manifiesto. Sin perjuicio de ello, de conformidad con la consideración anterior, si un magistrado pretendiese crear el empleo durante la etapa de ejecución, asumiría un cúmulo de decisiones de oportunidad que exceden lo presupuestario.
- b. La mera ejecución de tareas o transcurso del tiempo en un cargo no resulta un estándar ni suficiente ni adecuado para valorar la idoneidad de una persona para un determinado puesto. De partida, tal criterio puede implicar pasar por alto condiciones –tales como la formación o antecedentes– que hagan a las exigencias para un cargo. Sobre tal base, el reconocimiento de estabilidad propia por parte de un magistrado

- implicaría el riesgo de que aquel funcionario termine por definir, indirectamente, el perfil y requisitos de idoneidad para un cargo, reemplazando en este aspecto a la Administración. Como un punto aparte, tal criterio no termina por dar respuesta al derecho a la igualdad de los terceros. Afuera, podría haber candidatos con igual o mayor idoneidad a los que se privó de competir por la posición. De acuerdo con el régimen constitucional y convencional actual, la idoneidad debe ser fehacientemente acreditada mediante procedimientos abiertos y transparentes para el acceso a la función pública. Finalmente, el trabajador no es culpable de que no se haya llamado a concurso, pero tal circunstancia no subsana los distintos problemas que existen en torno al reconocimiento judicial de estabilidad.
- c. La invocación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en especial *Baena*– para sustentar el reconocimiento de estabilidad propia al personal fraudulentamente contratado encuentra objeciones en una línea más reciente de precedentes del mismo tribunal. Si bien este continúa afirmando que la reincorporación es la medida que mejor satisface el principio de reparación plena, en casos como *San Miguel Sosa*, de 2018, y *Casa Nina*, de 2020, parece haber distinguido el supuesto del agente que tenía estabilidad, adquirida por los mecanismos concursales previstos del que solo revistaba una modalidad transitoria. En tales causas, atendiendo la objeción estatal sobre el carácter temporario que ostentaban los funcionarios, se limitó a ordenar una compensación económica. Asimismo, en los últimos años, con fundamento en las dificultades materiales que conllevaría la reincorporación, en la práctica se ha orientado a reparar mediante indemnizaciones.
 - d. Los posibles cuestionamientos al monto de la indemnización y la tasa de interés aplicable son discusiones válidas, pero resultan aspectos diferentes a si una compensación económica puede resultar una reparación adecuada. La demora en los procesos judiciales, si bien afecta a la obtención de justicia de manera general, no justifica el reconocimiento de estabilidad propia. Contra estas circunstancias, especialmente el tiempo de los pleitos, tal vez sea necesario evaluar algunas nuevas propuestas de tutela provisoria.
 - e. En cuanto a la alegada baja disuasión que las condenas económicas generarían para el Estado –en contraste con una posible orden de re-

instalación-, se ha contestado que resulta difícil creer que conceder estabilidad propia judicialmente redunde en que los funcionarios políticos propicien el ingreso por concurso y de acuerdo al régimen de carrera. Por el contrario, con la intención de afianzar su poder político dentro de la Administración, un Gobierno podría acudir a contrataciones temporarias de manera masiva, a sabiendas de que sus designados podrían instar luego juicios para que se declare la desviación de poder y obtengan la reincorporación definitiva. La concesión judicial de estabilidad podría terminar por premiar designaciones por patronazgo.

- f. De acuerdo con los diarios de sesiones, la Convención Constituyente de 1957, al consagrar la estabilidad propia para el empleo público, tuvo en miras terminar con el sistema de botín, las cesantías arbitrarias y proteger el normal funcionamiento de la Administración. Sin embargo, en tales antecedentes surge que los convencionales también hacían énfasis en que el ingreso al Estado debía hacerse por concurso. De tal manera, el planteo de extender la estabilidad propia a quien no ingresó siguiendo los mecanismos de concurso previsto puede ser observado desde la misma lógica de los registros que se invocan. Con independencia de ello y el intento de determinación de la voluntad del constituyente, tal posición se enfrenta hoy a normas constitucionales y supralegales que consagran de manera manifiesta el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos.

5) Sobre la base de lo expuesto, concluyo con un rechazo a los argumentos de la posición doctrinaria que pretende el reconocimiento judicial de estabilidad propia al extrabajador contratado. En cuanto a esto, y sin perjuicio de oponerme a que no se realice concurso, sostengo que la tensión entre derechos quizá podría justificar algunas puntuales medidas transicionales dentro del procedimiento concursal a favor de los que ostentaban la categoría de contratado. Estas igualmente deben ser escrutadas individualmente en relación con si generan una afectación no tolerable en la igualdad en el acceso a los cargos públicos. En contraste, sumado a la reparación vía indemnización –como un ámbito válido de intervención judicial-, manifiesto una opinión a favor de demandas tendientes a que la Administración llame a concurso en tanto una norma lo exija de manera reglada y también en otros supuestos. De igual forma, aunque al solo efecto de mención y haciendo reservas, se hizo referencia a la posibilidad de reinstalaciones condicionadas.

Bibliografía

- Abal, M. y Sotura, R. (2009). Agentes contratados por la administración pública nacional. Derecho a la estabilidad. *La Ley*, 2009-C.
- Arrouy, P. L. (2015). Empleo público temporario. *Cartapacio de Derecho*, 27.
- Balbín, N. A. (2019). Debates en torno a la estabilidad laboral de los agentes contratados por la administración pública nacional. *Revista Derechos en Acción*, 12, 105-142. <https://doi.org/10.24215/25251678e301>.
- Barraza, J. (2022). El empleo público. *El Derecho Revista de Derecho Administrativo*, 3.
- Benitez, O. E. (2018). El caso de los contratados. Algo más que un reflejo de un país al margen de la ley. *Revista de Derecho Laboral*, 2018(1), 218-238.
- Boglioli, D. F. (2009). La situación del personal “contratado” (irregularmente) en la Administración Pública. *Revista Derecho del Trabajo*, 2009(2), 223-263.
- Botassi, C. (2018). Empleo público y desvío de poder. *La Ley*, LL-2018 A, 214-221.
- Buenader, E. (2016). Algunas consideraciones sobre el empleo público y el derecho a la estabilidad (a propósito de un fallo de la corte suprema). *El Derecho - Revista del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2016.
- Buteler, A. (2017). *Concurso público*. Astrea.
- Castañeda Ferreyra, A. M. (2017). Constitucionalidad o inconstitucionalidad del personal contratado en la administración pública. *Revista Derecho del Trabajo*, 10, 1955-1976.
- Comadira, J. P. (2013). La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de los contratos. *Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos. Jornadas de la Universidad Austral (2013-mayo 15-17: Buenos Aires)*, 271-293.
- Comadira, J. R. y Escola, H. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot.
- Corti, H. G. (2011). *Derecho constitucional presupuestario* (2ª ed.). Abeledo Perrot.
- Cremonte, M. (2011). Régimen protectorio para el empleado público. *La Ley*, 2011-E, 294-305.
- Cremonte, M. (2015). Sobre una doctrina en consolidación. *La Ley*, 2015-B, 415-419.
- De la Fuente, H. H. (2010). La Corte ante el personal contratado. *La Ley*, 2010-D, 1087-1098. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente año 1957*. (1958a). Vol. I. Imprenta del Congreso de la Nación.
- Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente año 1957*. (1958b). Vol. II. Imprenta del Congreso de la Nación.
- Díaz Cafferata, S. (2009). La estabilidad del empleo público fraudulentamente “contratado”. *El Dial. Suplemento de Derecho Administrativo*.
- García Pulles, F. R. (2009). Medidas cautelares de provisión indemnizatoria en la República Argentina. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 370, 417-429.
- Iacovello, M. y Llano, M. (2017). Confianza mata mérito. El impacto de la concentración del poder presidencial en la gestión de recursos humanos en el Estado argentino. *Temas y Debates*, 33, 91-105. <https://doi.org/10.35305/tyd.v0i33.356>.
- Ivanega, M. M. (2019). *Empleo público*. Astrea.
- Ivanega, M. M. y Falcone, L. S. (2015). Transitoriedad e indemnización en el empleo público. *La Ley - Suplemento Constitucional*.

- Levinson, D. (2000). Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs. *The Chicago University Law Review*, 67(2).
- Luxardo, D. (2019). El patronazgo en los tiempos del sistema nacional de empleo público (SINEP) de la APN de la República Argentina. Nuevos escenarios de un lastre atávico. *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal*, 19(32), 173-196. <https://doi.org/10.14409/daapge.v19i32.8485>.
- Marienhoff, M. S. (2011a). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Vol. III-A). Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. S. (2011b). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ª ed., Vol. III-B). Abeledo Perrot.
- Mattiacci, G., Garoupa, N. y Gómez Pomar, F. (2010). State liability. *European Review of Private Law*, 18, 773-811.
- Oliveros, V. (2021). Working for the Machine: Patronage Jobs and Political Services in Argentina. *Comparative Politics*, 53(3), 381-402. <https://doi.org/10.5129/001041521X15974977783469>.
- Patrucchi, L., Salas, E. y Isuani, F. (2022). Los procesos de concurso en el Sistema Nacional de Empleo público. Experiencias, actores y desafíos. En Isuani, F. J. (Comp.), *Estudios sobre capacidades burocráticas* (pp. 155-203). Universidad Nacional de General Sarmiento. https://ediciones.ungs.edu.ar/wp-content/uploads/2022/08/9789876305983_completo.pdf.
- Pucciarello, M. B. (2012). Concursos y contratación de empleados públicos. Influencia de las normas internacionales del trabajo sobre la selección de contratistas del Estado. *Revista de Derecho Público*, 2012(1), 239-264.
- Rey Vázquez, L. E. (2022). Una reflexión acerca de los sistemas de contratación de cara a las Convenciones de lucha contra la corrupción. *Revista de Contrataciones Públicas*, 8.
- Rosenthal, L. (2007). A theory of governmental damages liability: Torts, constitutional torts, and takings. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 9, 797-870.
- Sáenz, J. I. (2012). Concursos para el acceso a los cargos públicos. Control Judicial y principios fundamentales. *Revista de Derecho Público*, 2012(2), 21-67.
- Salas, E. y Wegman, M. (2016). *Para el servicio civil que merece un país en serio. Hacia la consolidación del derecho de igualdad de todo ciudadano a ingresar a la Administración Pública por concurso de méritos y capacidades*. Asociación Argentina de Estudios de Administración Pública.
- Vidal, V. (2013). Del fraude y la precarización del empleo público a la reinstalación y la estabilidad. Una exigencia en la que la atribución de competencia al fuero social del trabajo puede resultar definitoria. *Compendio Jurídico-Erreius*, 71.

Jurisprudencia citada

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Aguerre, Miguel Angel c/Etoss, 05/04/2011 [no publicado en colección de Fallos].
- Aquino, Isacio c/Cargo Servicios Industriales SA, 21/09/2004, Fallos: 327:3753.
- Asociación Benghalensis c/Ministerio de Salud y Acción Social, 01/06/2000, Fallos: 323:1339.
- Bolardi Irraul, Guillermo c/Estado Mayor del Ejército, 27/12/1988, Fallos: 311:2799.
- Castelluccio, Miguel Ángel c/Municipalidad de Buenos Aires, 05/10/1999 [no publicado en colección de Fallos].
- Delfino, Laura Virginia c/Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos, 09/03/2011.
- Deutsch, Noemí A. c/Municipalidad de la Capital, 04/09/1984, Fallos: 306:1236.

- Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN, 21/10/2021, Fallos: 344:3011.
- Flores, María José c/EN-Ministerio Público de la Defensa, 09/02/2023, Fallos: 346:12.
- Gil, Carlos Rafael c/Universidad Tecnológica Nacional, 28/02/1989, Fallos: 312:245.
- Gómez Orlando Mario c/Estado Nacional-Ministerio de Justicia-Policía Federal Argentina, 27/11/2014, Fallos: 337:1337.
- González Lorenzo Ramón c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, 08/10/2013, Fallos: 336:1681.
- Jasso, Ramón Enrique y Fraguero, José María, 30/06/1987, Fallos: 310:1390.
- Kek, Sergio Leonardo c/Municipalidad de Duty Gray, 25/03/2015, Fallos: 338:212.
- Leroux de Emede, Patricia S. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, 30/04/1991, Fallos: 314:376.
- Lujan Romeo, José Julián, 03/03/1988, Fallos: 311:216.
- Luque Rolando Baltazar c/Sociedad del Estado Casa de Moneda, 27/10/2015, Fallos: 338:1104.
- Madorrán, Marta Cristina c/Administración General de Aduanas, 03/05/2007, Fallos: 330:1989.
- Marignac, Francisco Ramón v. Consejo Provincial del Menor o Superior Gobierno de la Provincia de Entre Ríos, 29/12/1987, Fallos: 310:2927.
- Maurette, Mauricio c/Estado Nacional-Ministerio de Economía, 07/02/2012 [no publicado en colección de Fallos].
- Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros, 08/07/2008, Fallos: 331:1622.
- Q.C.S.Y c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, 24/04/2012, Fallos: 335:452
- Ramos, José Luis c/Estado Nacional-Ministerio de Defensa, 06/04/2010, Fallos: 330:310.
- Rieffolo Basilotta, Fausto, 05/02/1987, Fallos: 310:1987.
- Ruiz, Ramón Raúl c. Banco de la Nación Argentina, 21/08/1986, Fallos: 308:129.
- Ryser, Walter Adolfo c. Universidad Nacional de Catamarca, 03/05/2017, Fallos: 340:614.
- Sánchez Carlos Próspero c/Auditoría General de la Nación, 06/04/2010, Fallos: 333:335.
- Sánchez, Oscar Vicente c/Municipalidad de Esquina, 21/06/2022, Fallos: 345:477.
- Scarpa Raquel Adriana Teresa c/Estado Nacional-Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 22/08/2019, Fallos: 342:1393.
- Vaquero, Mónica S. c/Ministerio del Interior de la Nación, 23/08/2001 [no publicado en colección de Fallos].
- Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA, 14/07/2004, Fallos: 327:3677.
- Zacarías Anibal Rudecindo y otros c/Caja Nacional de Ahorro y Seguro, 05/03/1987.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, Serie C N° 182.
- Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, reparaciones y costas, 02/02/2001, Serie C N° 72.
- Caso Casa Nina vs. Perú, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2020, Serie C N° 419.
- Caso Casa Nina vs. Perú, Interpretación de la sentencia, 01/09/2021, Serie C N° 433.
- Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 27/07/2022, Serie C N° 459.
- Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 03/06/2021, Serie C N° 426.

Caso *López Lone y otros vs. Honduras*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/10/2015, Serie C N° 302.

Caso *Lozayza Tamayo vs. Perú*, Reparaciones y Costas, 27/11/1998, Serie C N° 42.

Caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/06/2009, Serie C N° 197.

Caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/02/2018, Serie C N° 348.

Caso *Trabajadores cesados del Petroperú y otros vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/09/2017, Serie C N° 34.

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Villafañe, Blas Galo c/Banco de la Provincia de Buenos Aires, 13/11/2012.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Sala I, *Alaniz Flavio Diego y Ot. c/Gobierno de la Provincia de Mendoza*, 09/05/2017, Expte. 13-03719833-6.

Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal

Sala V, *ACIJ y otros c/Estado Nacional*, 10/09/2009, Expte. 28406/2006.

Cámara en lo Contencioso Administrativo, Tributario y de Consumo

Sala I, *Romero Verdún Iván Fernando c/Consejo de la Magistratura de la CABA*, Expte. 79325/2017-0, 10/09/2019.

Sala II, *Cecotti Alicia María c/GCBA*, 26/05/2011, Expte. 24871-0, 26/05/2011.

LA COMISIÓN DE LÍMITES DE LA PLATAFORMA CONTINENTAL Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL MÁS ALLÁ DE LAS 200 MILLAS MARINAS. EL CASO ARGENTINO¹

Ada Inés Sánchez Echevarría

Universidad Católica Argentina

adainessancheze@gmail.com

M. Eugenia Goya

Universidad Austral

euge.goya@gmail.com

Recibido: 29/11/2022

Aceptado: 28/08/2023

Resumen

En este artículo se analiza la noción jurídica de “plataforma continental”, incluida su extensión más allá de las 200 millas marinas. Asimismo, se examina el rol de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC) en cuanto órgano creado por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CONVEMAR) como una instancia de intermediación entre, de un lado, las pretensiones de los Estados ribereños y, del otro, los intereses de la comunidad internacional en su conjunto sobre la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas. Además, se estudia el procedimiento contemplado en el artículo 76 de la CONVEMAR para el establecimiento del borde exterior del margen continental de los Estados ribereños. Finalmente, se expone el procedimiento seguido por la Argentina para obtener una recomendación favorable de la CLPC a su presentación y, posteriormente, establecer el límite exterior de la plataforma continental argentina.

1 Las autoras desean agradecerle a José Augusto Pacheco de Freitas por su lectura y comentarios al borrador de este artículo. Asimismo, desean expresar que cualquier opinión vertida en este artículo es completamente a título personal y no representa la posición de ninguna institución a la que pertenecan.

Palabras clave: derecho del mar, plataforma continental, plataforma continental más allá de las 200 millas, Comisión de Límites de la Plataforma Continental, delimitación marítima, Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental, artículo 76 CONVEMAR, relación entre Comisión de Límites de la Plataforma Continental y tribunales internacionales.

The Commission on the Limits of the Continental Shelf and the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles. The Argentine Case

Abstract

This article analyses the legal notion of continental shelf, including its extension beyond 200 nautical miles. Furthermore, it examines the role of the Commission on the Limits of the Continental Shelf as the body created by the United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) to serve as an intermediary between the aspirations of coastal States, on the one hand, and the interests of the international community as a whole, on the other, over the continental shelf beyond 200 nautical miles. Additionally, it studies the procedure set up by article 76 of UNCLOS for the establishment of the outer limit of the continental shelf. Finally, it considers Argentina's work towards obtaining a favourable recommendation by the CLCS on its presentation, and the establishment of the outer limit of Argentina's continental shelf.

Key words: law of the sea, continental shelf, continental shelf beyond 200 nautical miles, Commission on the Limits of the Continental Shelf, maritime delimitation, National Commission on the Outer Limit of the Continental Shelf, article 76 UNCLOS, interplay between Commission on the Limits of the Continental Shelf and international tribunals.

1. Introducción

En 1982, se abrió a la firma la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, la CONVEMAR), un tratado internacional que sistematizó, actualizó y codificó las normas jurídicas que regulan los espacios marítimos. En las primeras partes de esta Convención, se establecen cuáles son los espacios marítimos reconocidos en el derecho internacional y se determinan, entre otras cuestiones, sus extensiones máximas y los derechos de los Estados sobre ellos.

En la CONVEMAR, los Estados acordaron que determinarían la extensión de sus espacios marítimos de manera unilateral –típicamente a través de normas internas– cuando estos no encuentren barreras en las pretensiones de otros Estados ribereños y por convenios bilaterales o multilaterales en el caso de los Estados ribereños cuyas costas sean adyacentes o estén situadas frente a frente de otro Estado ribereño, produciendo una eventual superposición de

pretensiones entre ellos. En atención a la cantidad de casos en los cuales las costas de los Estados ribereños son adyacentes o enfrentadas, la CONVEMAR promueve enfáticamente la celebración de acuerdos internacionales entre los Estados para lograr la delimitación del mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva, como también de la plataforma continental hasta la extensión de 200 millas marinas (en adelante, 200 M).

Adicionalmente, la CONVEMAR les reconoce a los Estados la potestad de establecer el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 M en algunas circunstancias particulares. Para proceder al ejercicio de ese derecho, en la Convención se decidió crear la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (en adelante, la CLPC o “la Comisión”), un órgano especializado encargado de evaluar y organizar las tareas de los Estados para determinar los límites de su plataforma continental cuando esta se extienda más allá de las 200 M. Los Estados que pretendan establecer el límite exterior de su plataforma continental deben realizar presentaciones técnico-jurídicas ante la CLPC, la cual procederá a su análisis para evaluar la extensión de la plataforma continental. Una valoración positiva de esa presentación da lugar a una recomendación de la Comisión que le permite al Estado ribereño realizar la delimitación definitiva del límite exterior de la plataforma continental y hacer oponible a la comunidad internacional los confines de ese espacio marítimo.

En ese marco, en el año 1997, la Argentina inició los esfuerzos a nivel nacional para delimitar su plataforma continental conforme a los requisitos de la CONVEMAR. La entidad a cargo de esa tarea fue la Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental (en adelante, la COPLA), cuyo objetivo principal consiste en la elaboración de “una propuesta definitiva para establecer el límite exterior de la Plataforma Continental Argentina”.² En cumplimiento de su mandato, la COPLA realizó la presentación argentina ante la CLPC en el año 2009 y obtuvo la recomendación casi siete años más tarde, en 2016, seguida de otra segunda recomendación, en 2017.

Sobre la base de la recomendación de la CLPC, el Congreso de la Nación Argentina finalmente aprobó la modificación a la ley de espacios marítimos en agosto de 2020. De esa manera, la ley de espacios marítimos de 1991 (que establece las líneas de base del territorio argentino y la extensión de su mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental

2 Ley 24815, artículo 2.

hasta las 200 M)³ fue actualizada con la incorporación del nuevo límite de la plataforma continental, que ha sido establecido de manera definitiva.⁴ Adicionalmente, en septiembre y octubre de 2021, la Argentina realizó el depósito de las listas de coordenadas ante las Naciones Unidas, última etapa restante de este proceso.⁵ Debe advertirse, sin embargo, que la Comisión no pudo evaluar la parte de la presentación referida a la plataforma continental más allá de las 200 M correspondiente a las áreas del territorio argentino de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y del territorio antártico argentino por circunstancias que se evaluarán más adelante en este artículo. En ese sentido, todavía queda pendiente la delimitación definitiva de esos espacios marítimos.⁶

En resumen, en el primer apartado de este artículo se aborda el concepto de plataforma continental y su evolución en la doctrina y la jurisprudencia internacionales. A continuación, en el segundo apartado se estudia la CLPC: en primer lugar, se evalúa el artículo 76 de la CONVEMAR y el procedimiento ante la CLPC y, en segundo lugar, se analizan los desafíos que han surgido en torno a su competencia. En el tercer apartado, se describe el largo proceso que siguió la Argentina en el ámbito internacional, a través del trabajo de la COPLA, para el establecimiento de su plataforma continental en concordancia con la CONVEMAR. Finalmente, en el cuarto y último apartado, se ofrecen unas breves reflexiones sobre el rol y las perspectivas a futuro de la CLPC, como también sobre las cuestiones pendientes en materia de delimitación del límite exterior de la plataforma continental argentina.

2. La plataforma continental

La CONVEMAR define la plataforma continental en los siguientes términos:

La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las

3 Ley 23968.

4 Ley 27557.

5 Texto disponible en: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/mzn_s/MZN1562021LOS.pdf.

6 En el apartado 4, “La Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental y el límite exterior del margen continental argentino”, se darán mayores precisiones sobre las condiciones jurídicas que impiden avanzar en esa tarea.

líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.⁷

Desde los orígenes de la noción del mar territorial como una parte del territorio del Estado ribereño que se extendía hasta las 3 millas contadas desde la costa en el siglo XVII hasta los desarrollos más recientes en materia de exploración y explotación de los espacios marítimos, la plataforma continental ha sido una de las últimas fronteras que existen para el ejercicio de los derechos de soberanía de los Estados ribereños. En ese sentido, la atención que genera este espacio es cada vez mayor y más ambiciosa. Al respecto, la motivación principal de los Estados para empujar al máximo la extensión de sus proyecciones soberanas responde en gran medida a intereses económicos.⁸ Stoll (2008) llega al extremo de afirmar: “These powers (...) exist *mainly* for the purpose of exploitation of resources” (párr. 24).⁹ En efecto, la plataforma continental alberga una gran abundancia de recursos vivos y no vivos. Entre los primeros, se destacan las especies bentónicas (abulones, ostras, vieiras, mejillones, corales, erizos de mar y pepinos de mar, entre otros) y los crustáceos (langostas, cangrejos, langostinos, centolla).¹⁰ De los segundos, la plataforma continental contiene grandes cantidades de arena, grava, fosforita, sulfuro, carbón, gas y petróleo, nódulos de manganeso y depósitos de minerales sulfuros (Sverdrup y Armbrust, 2008, pp. 122-125).¹¹ Estas riquezas hacen que la explotación exclusiva y excluyente de esta zona se vuelva un interés primordial de los Estados ribereños.¹² Por ello, Subedi (2011) señala:

[a]s vast quantities of resources are reported to be in existence beneath the ocean floor, there seems to be a rush underway by coastal States around the globe to establish the outer limit of their continental shelf as far out as possible under the law. (p. 414)¹³

7 CONVEMAR, artículo 76, inciso 1. Énfasis añadido.

8 Al respecto, ver Churchill y Lowe (2010, pp. 141-142 y 156-157), Young (1948, p. 849), Ridde-ll-Dixon (2014, pp. 422-443).

9 Énfasis añadido.

10 Al respecto, ver *Benthos* en Kingsford (2018).

11 Ver, además, Murton (2000, pp. 281-306) y Hein et al. (2020, pp. 158-169).

12 Sobre el particular, ver Prescott (2000, pp. 64-83). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que toda explotación de la plataforma continental más allá de las 200 M está sujeta a pagos y contribuciones a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, de conformidad con el artículo 82 de la CONVEMAR, como se verá más adelante en este artículo.

13 Más de medio siglo antes, en relación con los recursos minerales en la plataforma continental,

Asimismo, todos los Estados tienen el derecho a tender cables y tuberías submarinas¹⁴ y a explotar los recursos naturales de conformidad con las obligaciones de protección y preservación del medio ambiente.¹⁵ Además, los Estados ribereños tienen el derecho exclusivo a construir islas artificiales, instalaciones y otras estructuras en su plataforma continental¹⁶ y de autorizar y regular las perforaciones en ese espacio,¹⁷ y es necesario su consentimiento para llevar adelante actividades de investigación científica marina.¹⁸

Por su parte, Macnab (2004, p. 12) clasifica los derechos de soberanía de los Estados ribereños sobre su plataforma continental en cuatro grandes categorías: la jurisdicción sobre los recursos vivos y no vivos sobre el lecho y el subsuelo de la plataforma continental, la regulación de ciertas actividades, el control y la prevención de la contaminación y la regulación de la investigación científica.

Adicionalmente, los derechos que la CONVEMAR le reconoce al Estado ribereño sobre su plataforma continental coexisten con otras obligaciones internacionales previstas en otros instrumentos internacionales. Entre ellos, el Tratado sobre prohibición de emplazar armas nucleares y otras armas de destrucción en masa de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo, de 1972, previo a la adopción de la CONVEMAR,¹⁹ que se refiere a todos los espacios marítimos del territorio sumergido a partir del “límite exterior de doce millas” de la zona contigua. Asimismo, la Convención sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, de 2001, posterior a la entrada en vigor de la CONVEMAR, le reconoce al Estado ribereño el derecho a prohibir o autorizar cualquier actividad sobre dicho patrimonio a fin de “impedir intromisiones en sus derechos soberanos o en su jurisdicción reconocidos por el derecho internacional”,²⁰ y les impone la obligación a los Estados parte de realizar consultas

Mouton planteaba (1952): “If we believe that international exploitation is impracticable for the time being, it does not mean that it will always remain so” (p. 366).

14 CONVEMAR, artículo 79.

15 CONVEMAR, artículos 192 y siguientes.

16 CONVEMAR, artículos 60 y 80.

17 CONVEMAR, artículo 81.

18 CONVEMAR, artículo 246, inciso 2.

19 Versión en español disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20955/volume-955-I-13678-Other.pdf>. Este tratado fue ratificado por la Argentina en marzo de 1983.

20 Artículo 10, inciso 2. Ver, especialmente, los artículos 3 y 9-11. Versión en español disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000124687_spa.locale=en. Este tratado fue ratificado por la Argentina en julio de 2010.

y coordinaciones en los casos de descubrimiento de patrimonio cultural subacuático en la plataforma continental de otro Estado parte del tratado.

La multiplicidad de intereses sobre la plataforma continental llevó al establecimiento en la CONVEMAR de un régimen jurídico propio para dicho espacio, según el cual “[e]l Estado ribereño ejerce *derechos de soberanía* sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales”.²¹ Asimismo, cabe señalar que el avance del Estado ribereño sobre la plataforma continental implica un correspondiente retroceso de la comunidad internacional, lo cual queda especialmente en evidencia cuando la plataforma continental se extiende naturalmente más allá de las 200 M.²² En consecuencia, el reconocimiento de derechos a *un* Estado sobre la plataforma continental exterior es, al mismo tiempo, una erosión de los derechos del resto de *toda* la comunidad internacional.

En ese sentido, la creación de la CLPC constituyó un mecanismo adecuado para la conciliación de las pretensiones de los Estados ribereños y las de los demás Estados y sujetos de derecho internacional.²³ Al respecto, Wolfrum (2006) ilustra con agudeza este balance al referirse a la labor de la CLPC como:

a necessary bridging of the gap between the aspirations of those States which considered the establishment of the outer limits of their continental shelves as part of their sovereignty and of those which wanted to limit a further seaward extension of national claims to the detriment of an internationally administered seabed area. (p. 21)

Sin embargo, el mismo autor critica duramente el sistema creado en la CONVEMAR: “(...) the potential counterpart to any national claim which unavoidably decreases the scope of the international seabed area, the International Seabed Authority, has no role in the deliberation of the Commission” (Wolfrum, 2006, p. 24).

Por su parte, Vitzthum (2008) advierte: “[A]t the time of conclusion of the UN Convention on the Law of the Sea, contracting parties were not aware of the fact that the deep seabed might be one of the most species rich habitats on

21 CONVEMAR, artículo 77, inciso 1. Énfasis añadido.

22 Sobre el rol de los factores geográficos en la determinación de límites marítimos, ver Highet (1989, pp. 87-100). Cfr., adicionalmente, ITLOS, *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary* (Bangladesh v. Myanmar), Fondo, 14/03/2012, párrs. 417 y 420.

23 Sobre la posibilidad de terceros Estados de realizar reclamos por sus pretensiones sobre la plataforma continental, Nelson (1998, pp. 573-588) evalúa la factibilidad de un recurso de *actio popularis*.

the planet” (p. 12). Esta afirmación resalta todavía más la necesidad de armonizar todos los intereses contrapuestos en este espacio.

Los factores reseñados ponen de manifiesto los esfuerzos de los Estados ribereños para aumentar los derechos de soberanía sobre la plataforma continental reconocidos en el primer párrafo del artículo 76 de la CONVEMAR y para avanzar incluso más allá de las 200 M.²⁴ En ese sentido, si bien la regla general es que estos derechos llegarán solo hasta las 200 M de la plataforma continental, la propia Convención les reconoce una potestad excepcional a los Estados ribereños que cuenten con una plataforma continental que se extienda naturalmente más allá de las 200 M:²⁵

(...) [E]l Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, *dondequiera que el margen se extienda más allá de las 200 millas marinas* contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial (...).²⁶

Asimismo, las Directrices de la CLPC²⁷ especifican: “Desde el punto de vista geomorfológico, la plataforma es típicamente la parte del lecho marino adyacente al continente que forma una gran terraza sumergida que desciende suavemente mar adentro”.²⁸

Estas valiosas definiciones son el resultado de numerosos debates sobre cómo aprehender en términos jurídicos una realidad geológico-geográfica de difícil conceptualización. Sin embargo, los mayores conocimientos científicos y los avances tecnológicos han generado cambios, muchas veces sustanciales, sobre qué se entiende por “plataforma continental” desde la perspectiva científica, de modo que esos desarrollos han permitido y exigido interpretaciones, reinterpretaciones y modificaciones a la definición jurídica de “plataforma continental” que fue adoptada en la CONVEMAR en 1982. En efecto, dado que la noción científica de la plataforma continental es una realidad con múltiples

24 Al respecto, ver la propuesta de De Buren sobre las observaciones de Barbosa de Magalhães al borrador de Schücking para una convención sobre aguas territoriales, en el sentido de incorporar la totalidad de la plataforma continental como parte del mar territorial en el marco del Congreso Nacional de Pesca Marítima, que tuvo lugar en Madrid en 1916 (League of Nations, Document C.196.M.70.1927.V, p. 63).

25 Sobre esta “potestad”, ver Cavnar (2009, p. 396).

26 CONVEMAR, artículo 76, inciso 4.a. Énfasis añadido.

27 Las Directrices son un instrumento de trabajo aprobado por la propia Comisión que establece las pautas y criterios que debe seguir la CLPC para determinar el límite exterior de la plataforma continental.

28 CLPC, Directrices, párr. 6.2.2.

aristas y complejidades, su definición acabada y definitiva excede por mucho los supuestos que una norma jurídica pueda contemplar razonablemente. Ello ha motivado a que en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia internacionales se lleve adelante una extensa labor para darles mayor precisión a las normas de la CONVEMAR, en especial respecto a la naturaleza jurídica de la plataforma continental cuando se extiende más allá de las 200 M y los derechos que tienen los Estados ribereños sobre dicho espacio.²⁹

En esta línea, Stoll (2008) advierte que el régimen jurídico de la plataforma continental “ha tomado prestado su nombre y algunos conceptos de la noción de plataforma continental de la oceanografía” (párr. 1), sin embargo, se ha apartado de esa noción científica en algunos aspectos, entre ellos, la determinación del límite exterior de la plataforma continental.³⁰ De igual manera, Armas Pfirter (2012) afirma que el concepto de plataforma continental de la CONVEMAR se refiere a un término jurídico que, en algunos casos, puede no coincidir con el concepto científico. En ese sentido, la autora señala que, en el plano jurídico, la plataforma continental comprendería tres áreas fisiográficas: el lecho y el subsuelo de la plataforma propiamente dicha, que se prolonga hasta donde se observa un cambio brusco de pendiente; el talud, donde se evidencia un cambio abrupto del declive; y la emersión continental, caracterizada por una pendiente más suave debido al depósito de sedimentos. Así, Armas Pfirter (2012, pp. 219-220) advierte que la plataforma continental definida en la CONVEMAR contempla, en realidad, tres zonas físicas distintas, de las cuales solo una corresponde efectivamente a la plataforma geológica. De manera concordante, Suárez (2008, p. 132, 2010, p. 135) señala que la definición de la plataforma continental tiene un fuerte componente técnico, aunque ello no significa que las consideraciones y recomendaciones de la CLPC no tengan también un contenido jurídico.

Como se adelantó, el concepto jurídico de plataforma continental no coincide necesariamente con su concepto científico. En consecuencia, el descalce entre sus distintas conceptualizaciones ha llevado a que su definición en el derecho internacional mute y evolucione a lo largo de los años en una constante interacción entre criterios jurídicos y científicos (geológicos, geofísicos e hidrológicos, entre otros).³¹ Así, como destaca Armas Pfirter (2019), ya a inicios

29 Sobre el marcado rol de la jurisprudencia en la consolidación y precisión de conceptos en materia de derecho del mar, ver especialmente Treves (2015, pp. 77-88).

30 Traducción libre.

31 La idea de “interacción” ha sido tomada del juez Nelson (2002, pp. 1235-1253), quien destaca el par-

del siglo XX se encuentran las primeras referencias a la noción de plataforma continental y, con el pasar del tiempo, el concepto ha ganado precisión jurídica y científica a medida que han surgido prácticas, doctrina especializada, mayores avances tecnológicos y conocimiento científico y un mayor acervo jurisprudencial ligados a dicho espacio marítimo.³²

Esta aproximación a la realidad de la plataforma continental como un espacio identificable, con características propias y con posibilidades de explotación y utilización cada vez mayores permite abordar a continuación la jurisprudencia internacional relativa a esta materia. Al respecto, las sentencias y laudos de los tribunales internacionales son una fuente muy fructífera para entender el desarrollo y los debates en torno al concepto de plataforma continental, así como el alcance de los derechos y obligaciones de los Estados ribereños sobre dicho espacio. En ese sentido, los *Casos de la plataforma continental del mar del Norte* de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, la Corte o la CIJ) son los primeros en una serie de controversias internacionales que han permitido avanzar en la consolidación de la noción jurídica de plataforma continental, dando mayor precisión a sus particularidades.

En 1969, la CIJ pronunció su sentencia para los casos sobre la plataforma continental en la zona del mar del Norte entre Alemania y Dinamarca, por un lado, y Alemania y los Países Bajos, por el otro. En unas pocas líneas, el tribunal definió de manera muy concreta el alcance de la plataforma continental, en concordancia con la norma jurídica aplicable en esa época: la Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental, de 1958: “Area of continental shelf that constitutes a natural prolongation of its land territory into and under the sea”.³³ Además, el tribunal precisó que el reconocimiento del derecho de los Estados ribereños sobre la plataforma continental se sustenta en que esa zona puede ser considerada como parte del territorio estatal:

Submarine areas do not really appertain to the coastal State because—or not only because—they are near it (...). What confers the *ipso jure* title which international law attributes to the coastal State in respect to its continental shelf, is the fact that the submarine areas concerned may be deemed to be *actually part of the territory* over which the coastal State *already has dominion*.³⁴

titular juego que se produce entre los alcances jurídicos y la caracterización científica de la noción de plataforma continental.

32 Ver, además, Stoll (2008, párr. 12).

33 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, Judgment, ICJ Reports, 1969, párr. 19.

34 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf*, párr. 43. Énfasis añadido.

En 1982, en el *Caso relativo a la plataforma continental*, de Túnez contra Libia, la CIJ recurrió al concepto de plataforma continental como “[the] natural prolongation of its land territory into and under the sea”, guardando coherencia, de ese modo, con la noción que ya había empleado en los casos del mar del Norte.³⁵ El valor de esta sentencia estuvo dado porque, debido al desacuerdo entre ambos Estados sobre el significado de la expresión “prolongación natural”, la Corte debió precisar los alcances de esa fórmula.³⁶ Al respecto, el tribunal sostuvo que puede existir un descalce entre los conceptos científico y jurídico de la plataforma continental:

[A]t a very early stage in the development of the continental shelf as a concept of law, it acquired a more extensive connotation, so as eventually to embrace any sea-bed area possessing a particular relationship with the coastline of a neighbouring State, whether or not such area presented the specific characteristics which a geographer would recognize as those of what he would classify as ‘continental shelf’.³⁷

Esta precisión se hizo con motivo del análisis del argumento de Libia respecto a que la teoría de las placas tectónicas y otras consideraciones científicas evidencian que la plataforma continental forma geológicamente parte de su propio territorio, tanto por su ubicación como por su composición.³⁸ Sin embargo, la Corte sostuvo que “the confident assertions of the geologists on both sides that a given area is ‘an evident prolongation’ or ‘the real prolongation’ of the one or the other State” no constituyen un argumento *jurídico* suficiente en el marco de una decisión de derecho internacional. En consecuencia, el tribunal determinó: “The function of the Court is to make use of geology only so far as required for the application of international law”.³⁹

Diez años más tarde, en 1992, el tribunal arbitral constituido para resolver un diferendo sobre la delimitación de los espacios marítimos, incluyendo la plataforma continental, entre Canadá y Francia destacó en su laudo la importancia del elemento geográfico en materia de delimitación: “Les caractéristiques géographiques sont au cœur du processus de délimitation”, aunque

35 International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, párr. 37.

36 International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, párr. 38.

37 International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, párr. 41. Énfasis añadido.

38 International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, párrs. 51 y ss.

39 International Court of Justice, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, párr. 61.

inmediatamente advirtió: “[L]es faits géographiques ne déterminent pas par eux-mêmes la ligne à tracer”.⁴⁰ De ese modo, el tribunal arbitral siguió un criterio coincidente con el de la CIJ en el caso de Túnez contra Libia.

En 2006, con la CONVEMAR ya plenamente en vigor, la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, la CPA) emitió su laudo sobre la controversia entre Barbados y Trinidad y Tobago, en el cual precisó que el término más adecuado para referirse a la plataforma continental más allá de las 200 M es “exterior” (*outer*) y no “extensa” o “extendida” (*extended*), porque es una mejor caracterización de la plataforma: “(...) the Tribunal considers that it is more accurate to refer to the ‘outer continental shelf’, since the continental shelf is not being extended”.⁴¹ Esa expresión –en apariencia simple– marcó la pauta del tribunal arbitral en el sentido de que la plataforma continental es una sola realidad física, tanto hasta las 200 M como más allá de esa distancia.

Por otra parte, el tribunal recurrió a la noción “clásica” de prolongación natural que se venía siguiendo en la jurisprudencia y, además, consideró el criterio de la distancia desde la costa, más recientemente incorporado en la noción jurídica de la plataforma continental.⁴² Este segundo aspecto no excluye el elemento natural, sino que incorpora un criterio más objetivo y práctico, que ya se ha asentado en la doctrina y la jurisprudencia como la regla general en materia de delimitación marítima.

En 2012, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en adelante, el Tribunal del Mar o el Tribunal) se pronunció sobre una controversia entre Bangladesh y Myanmar en la bahía de Bengala, en cuya sentencia los árbitros se refirieron a la noción “prolongación natural”. Al respecto, Bangladesh sostenía que Myanmar no tenía derechos sobre la plataforma continental más allá de las 200 M, pues esta no era una prolongación del territorio birmano emergido⁴³ y que, en cambio, la pretensión bangladesí sí se asentaba en probados criterios geológicos y geomorfológicos.⁴⁴ En cuanto a esto, el Tribunal determinó que la noción de prolongación natural a la que hace referencia la CONVEMAR no

40 *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Décision du 10 juin 1992, Recueil des sentences arbitrales, v. XXI, párr. 24.

41 *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, nota 4.

42 *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, párr. 224. También 225-229.

43 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párr. 415.

44 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párr. 416.

es un criterio “separado e independiente”⁴⁵ de la noción de límite exterior del margen continental: “While the term ‘natural prolongation’ is mentioned in this paragraph, it is clear from its language that the notion of ‘the outer edge of the continental margin’ is an essential element in determining the extent of the continental shelf”.⁴⁶

De ese modo, el Tribunal precisó que el concepto de plataforma continental debe interpretarse teniendo en cuenta la totalidad de los aspectos que lo componen (tradicionalmente, en la doctrina y la jurisprudencia, se ha considerado que estos son la prolongación natural, la distancia desde la costa y todos aquellos elementos de análisis relevantes para el caso) y, en línea con ello, descartó la línea argumentativa bangladesí de la prolongación natural como el criterio más relevante a efectos de delimitar la plataforma continental más allá de las 200 M: “The Tribunal is of the view that ‘the most natural prolongation’ argument made by Bangladesh has no relevance to the present case”.⁴⁷

Asimismo, el Tribunal del Mar determinó que el régimen jurídico del artículo 83 de la CONVEMAR es aplicable a la plataforma continental en su totalidad, sin hacer distinciones de acuerdo a la distancia de la costa –i.e., hasta o más allá de ella–, ratificando así el argumento presentado por Bangladesh.⁴⁸

También en 2012, la CIJ pronunció su sentencia para la *Controversia territorial y delimitación marítima (Nicaragua contra Colombia)*. En un fallo de suma relevancia, el tribunal determinó, en cierta concordancia con los argumentos de ambas partes, que la definición de plataforma continental enunciada en el primer párrafo del artículo 76 de la CONVEMAR⁴⁹ constituye derecho consuetudinario y que, en consecuencia, es jurídicamente vinculante para Colombia,

45 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párr. 435.

46 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párr. 429.

47 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párr. 460.

48 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párrs. 360-363.

49 Artículo 76, inciso 1: “La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia”.

aun cuando ese Estado no sea parte de la Convención.⁵⁰ Así, el concepto de plataforma continental ya no sería solo una norma convencional, sino que también habría sido incorporado en el sistema jurídico internacional como una norma consuetudinaria.⁵¹

En 2014, la CPA emitió su laudo en la controversia entre Bangladesh y la India respecto al límite marítimo en la bahía de Bengala. En su decisión, el tribunal partió de la premisa de que la plataforma continental es una sola, de conformidad con el artículo 76 de la CONVEMAR.⁵² Debido a ello, la delimitación que realizaron los árbitros en la zona de la plataforma continental siguió el mismo método empleado para el resto de los espacios marítimos en controversia:⁵³ se estableció un límite provisional conforme al método de la equidistancia, se evaluaron las circunstancias relevantes y, en última instancia, se efectuó la evaluación de desproporcionalidad (*disproportionality test*) para considerar si debían realizarse ajustes al límite provisional y proceder al trazado del límite definitivo.⁵⁴

Por último, la sentencia más reciente sobre la materia ha sido la del Tribunal del Mar en la controversia sobre *Delimitación marítima entre Ghana y Costa de Marfil*, de 2017. La sala *ad hoc* que decidió el caso coincidió con las partes en que los territorios *hasta* las 200 M y *más allá* de las 200 M corresponden a un mismo espacio marítimo y sostuvo que los artículos de la CONVEMAR aplicables son los mismos para toda la extensión de la plataforma continental (artículos 15, 74, 76 y 83 de la CONVEMAR).⁵⁵

En este apartado se han intentado plantear algunos supuestos e ideas básicas sobre la plataforma continental que permitirán explicar en los siguientes apar-

50 International Court of Justice, *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia), párrs. 114, 115 y 118.

51 Armas Pfirter (2010, pp. 477-498) incluso va más allá al sostener que la aceptación de los principios generales contenidos en el artículo 76 por Estados que no son parte de la CONVEMAR significa que estos ya son norma consuetudinaria, de manera que el entramado jurídico que regula la plataforma continental más allá de las 200 M es cada vez más amplio.

52 Permanent Court of Arbitration, *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*, párr. 77.

53 Permanent Court of Arbitration, *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*, párr. 465.

54 Al respecto, ver Permanent Court of Arbitration, *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India*, párrs. 438-480, en especial a partir del párr. 456.

55 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire*, párrs. 91-99. Ver, además, párrs. 259, 278, 373 y 527. Especialmente, párr. 490: "The Special Chamber emphasizes that there is in law only a single continental shelf rather than an inner continental shelf and a separate extended or outer continental shelf".

tados el rol de la CLPC y, posteriormente, el proceso que transitó la Argentina para la delimitación de su propia plataforma continental más allá de las 200 M. En ese sentido, este artículo se desarrollará sobre las siguientes premisas:

- Es difícil conceptualizar y caracterizar la plataforma continental porque su propia naturaleza es compleja y porque los avances tecnológicos agregan constantemente nuevos elementos de análisis que afectan la comprensión de este espacio.
- A pesar de ello, el derecho internacional ha logrado formular una definición jurídica de “plataforma continental” de suma utilidad: la CONVENCIÓN MAR la define como “el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas [del Estado ribereño] que se extienden más allá de su mar territorial (...)”.
- En la doctrina y, especialmente, en la jurisprudencia internacionales existe consenso sobre la unidad de la plataforma continental. En ese sentido, los derechos y las obligaciones que se generan hasta y desde las 200 M son los mismos, sin que quepa hacer distinciones según la distancia desde la costa.
- Los recursos ya conocidos de la plataforma continental –y los que se siguen descubriendo gracias a los avances tecnológicos– generan fuertes intereses que muchas veces se contraponen entre sí. El equilibrio entre las pretensiones de los Estados ribereños y las de los demás sujetos y actores de derecho internacional adquiere una importancia central y se torna esencial para el mantenimiento del orden y la paz internacionales.

3. La Comisión de Límites de la Plataforma Continental

3.1 El artículo 76 de la CONVENCIÓN MAR y la CLPC

Como se adelantó en el primer apartado de este artículo, la CONVENCIÓN MAR define la plataforma continental mediante la descripción de las áreas que comprende y los puntos –los “límites”– hasta los cuales se extiende, más allá de los cuales pasa a ser considerada como parte de los fondos marinos. En ese sentido, la Convención les reconoce a los Estados ribereños la potestad de establecer el límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 M cuando el borde exterior del margen continental se encuentre a una distancia superior a las 200 M contadas desde las líneas de base. Más allá de ese límite exterior, se encuentra la “Zona”, el área de los “fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”⁵⁶ que constituye patrimonio

56 CONVENCIÓN MAR, artículo 1, inciso 1.

común de la humanidad⁵⁷ y que no puede ser objeto del ejercicio de derechos soberanos o de soberanía por parte de los Estados.

El artículo 76 de la CONVEMAR define la plataforma continental en los siguientes términos:

La plataforma continental de un Estado ribereño comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia.

Así, el primer elemento relevante de la definición es el establecimiento de la extensión de la plataforma continental: dónde comienza y hasta dónde puede extenderse. Enseguida, la CONVEMAR agrega dos precisiones sobre los confines de la plataforma continental. La primera dice: “La plataforma continental de un Estado ribereño no se extenderá más allá de los límites previstos en los párrafos 4 a 6”, abriendo así la puerta a la posibilidad de establecer un límite exterior distinto, al que llamaremos “básico” (hasta las 200 M). La segunda precisión consiste en establecer un límite exterior duro que no puede superarse bajo ningún criterio:

El margen continental comprende la prolongación sumergida de la masa continental del Estado ribereño y está constituido por el lecho y el subsuelo de la plataforma, el talud y la emersión continental. No comprende el fondo oceánico profundo con sus crestas oceánicas ni su subsuelo.

A continuación, la CONVEMAR se refiere a la excepción al límite blando de las 200 M como extensión máxima de la plataforma continental. En efecto, en los siguientes incisos determina las fórmulas y restricciones que deberán aplicarse en la determinación del límite exterior más allá de las 200 M. En primer lugar, debe demostrarse que el Estado ribereño tiene derecho a una plataforma continental más allá de las 200 M mediante la llamada “prueba de pertenencia”, que requiere en la aplicación de una de dos fórmulas. La primera, conocida como fórmula irlandesa o de Gardiner, y la segunda, como fórmula Hedberg, se aplican alternativamente (“o”) y permiten determinar la extensión de la plataforma continental:

57 CONVEMAR, artículo 136.

Para los efectos de esta Convención, el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, dondequiera que el margen se extienda más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante: i) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con los puntos fijos más alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1% de la distancia más corta entre ese punto y el pie del talud continental; o ii) Una línea trazada, de conformidad con el párrafo 7, en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental.

Además, la CONVEMAR agrega: “Salvo prueba en contrario, el pie del talud continental se determinará como el punto de máximo cambio de gradiente en su base”.⁵⁸

A continuación, el artículo 76 determina las restricciones que limitan cuánto pueden avanzar las pretensiones jurídicas del Estado ribereño sobre la plataforma continental. Estas restricciones responden a un criterio de distancia y a otro de profundidad que, al igual que las fórmulas positivas, también se aplican alternativamente:

Los puntos fijos que constituyen la línea del límite exterior de la plataforma continental en el lecho del mar, trazada de conformidad con los incisos i) y ii) (...) [previamente mencionados], deberán estar situados a una distancia que no exceda de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isóbata de 2.500 metros, que es una línea que una profundidades de 2.500 metros.

El artículo 76 establece una restricción específica respecto de las crestas submarinas, que no se aplica a otros elementos de la plataforma:

No obstante lo dispuesto en el párrafo 5 [referido a las restricciones], en las crestas submarinas el límite exterior de la plataforma continental no excederá de 350 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial. Este párrafo no se aplica a elevaciones submarinas que sean componentes naturales del margen continental, tales como las mesetas, emersiones, cimas, bancos y espolones de dicho margen.

Para que el Estado ribereño pueda ejercer legítimamente los derechos de

58 Más adelante se verá que este apartado fue de suma utilidad para que la Argentina pudiera demostrar la extensión de una parte de su plataforma continental.

soberanía reconocidos en el artículo 76 de la CONVEMAR sobre la plataforma continental más allá de las 200 M, no basta su sola voluntad, sino que se requiere la intervención previa de un órgano técnico. En efecto, el artículo 76 crea un órgano a cargo de esa tarea:

El Estado ribereño presentará información sobre los límites de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial a la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, establecida de conformidad con el Anexo II sobre la base de una representación geográfica equitativa. La Comisión hará recomendaciones a los Estados ribereños sobre las cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores de su plataforma continental. Los límites de la plataforma que determine un Estado ribereño tomando como base tales recomendaciones serán definitivos y obligatorios.

De esa forma, los límites exteriores de la plataforma continental que puedan establecer los Estados ribereños serán válidos frente a la comunidad internacional únicamente cuando hubiera mediado la intervención y el visto bueno de la CLPC, expresado mediante una recomendación (Jares, 2010, p. 451). En línea con ello, Armas Pfirter (2012, p. 247) advierte que el límite no deviene obligatorio por la mera declaración de voluntad de un Estado en ese sentido, sino porque los Estados parte de la CONVEMAR acordaron⁵⁹ que esas declaraciones serían vinculantes y oponibles a terceros cuando hubieran sido adoptadas de conformidad con la recomendación de la CLPC.⁶⁰ Así, es sintomático del rol central del Estado ribereño en el establecimiento del límite exterior de la plataforma continental que la Comisión carezca de mecanismos para la implementación de sus recomendaciones.⁶¹ Este órgano solo emite su opinión científico-técnica a pedido del Estado ribereño, pero no es quien la ejecuta: esa tarea le queda reservada al Estado ribereño.

La inclusión de un mecanismo como el de la CLPC en la CONVEMAR es evidencia de una pugna de intereses cuya solución se canalizó a través la creación de un órgano que pudiera mediar entre las pretensiones de todas las partes. Al respecto, Allott (1983) describe este mecanismo como “[a] power sharing in the law of the sea” (p. 1), que se encauza en “... a complex structure

59 Nos permitimos enfatizar la idea de que ese acuerdo se alcanza por la voluntad común de todos los Estados parte, libremente prestada, que se expresa en el tratado.

60 Ver también en Armas Pfirter (2010, p. 498).

61 Al respecto, ver Subedi (2011, p. 424).

of technical and legal elements” (p. 18), pero que importa también “a sophisticated balance of powers and responsibilities” (p. 18).⁶² En esa línea, en el laudo de 1992 para la controversia entre Canadá y Francia, el tribunal arbitral se declaró incompetente para delimitar la plataforma continental porque su decisión afectaría no solo a los Estados parte en el diferendo, sino también al resto de la comunidad internacional. De esa manera, el laudo evidencia el delicado equilibrio entre la protección de los derechos e intereses del Estado ribereño y los del resto de la comunidad internacional:

Toute décision par laquelle le Tribunal reconnaîtrait aux Parties des droits sur le plateau continental au-delà de 200 milles marins ou rejetterait de tels droits constituerait une décision impliquant une délimitation non pas “entre les Parties” mais entre chacune d’elles et la communauté internationale (...).⁶³

Estas reflexiones permiten entender la función que puede desempeñar un órgano articulador e imparcial para la delimitación de la plataforma continental. En efecto, la CLPC fue concebida solo como un órgano técnico y científico encargado de evaluar las presentaciones de los Estados sobre las plataformas continentales más allá de las 200 M y determinar si estas son conformes a los requisitos que establece la CONVEMAR.

La CLPC, cuya primera sesión se llevó a cabo en 1997,⁶⁴ fue creada en el marco de la CONVEMAR con el auspicio de las Naciones Unidas con un doble mandato. Por un lado, tiene competencia recomendatoria, la cual, a grandes rasgos, consiste en evaluar la delimitación efectuada por el Estado ribereño del margen exterior de su plataforma continental y hacer las recomendaciones pertinentes. Por el otro, tiene capacidad para proveer asistencia técnica y científica a los Estados parte que la soliciten.⁶⁵

En cuanto al carácter y la naturaleza de la CLPC como órgano, Subedi (2011) advierte: “Its status seems to fall somewhere between a quasi-judicial and an administrative body; it could perhaps best be described as a technical-cum-scienti-

62 La noción *complex mechanism* también se encuentra en Stoll (2008, párr. 20). Ver, además, Macnab (2004, pp. 10-11).

63 *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Décision du 10 juin 1992, *Recueil des sentences arbitrales*, v. XXI, párr. 78.

64 CLCS/1, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/178/09/PDF/N9717809.pdf>.

65 CONVEMAR, anexo II, artículo 3 y Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC), CLCS/40/Rev.1, artículo 55. Además, ver Suárez (2008, p. 83, 2010, p. 135).

fic body consisting of members with technical and scientific expertise” (p. 430). En efecto, la Comisión está integrada por expertos en geología, geofísica e hidrografía, elegidos por los Estados parte de la CONVEMAR entre sus nacionales y, además, en su composición se debe asegurar una representación geográfica equitativa. Los miembros de la CLPC prestan servicios a título personal, no deben actuar conforme a instrucciones de los Gobiernos u otras autoridades y su mandato tiene una duración de cinco años con posibilidad de reelección.⁶⁶

A la luz de las clasificaciones más tradicionales de las organizaciones internacionales, la Comisión es atípica y compleja porque no reúne las características propias de un órgano judicial ni las de uno administrativo. Además, sus miembros no son juristas y no tienen una trayectoria en el mundo del derecho ni experiencia jurídica (Subedi, 2011, pp. 429-430). En ese sentido, la ausencia de abogados o juristas ha sido considerada como una debilidad de la CLPC (pp. 423 y 430),⁶⁷ pues, aun cuando las cuestiones que sus miembros deben evaluar son mayormente técnicas, esa evaluación debe hacerse dentro del marco de normas jurídicas, cuya interpretación y aplicación requiere un cierto grado de análisis jurídico. Al respecto, Wolfrum (2006) señala la paradoja de que: “[T]he same words may, at least in theory, become the subject of an interpretation provided by an institution for judicial settlement and, accordingly, the interpretation rendered by the Commission may compete with the one of such judicial settlement institution” (p. 22).

En efecto, las normas que regulan la plataforma continental y la actividad de la CLPC están esparcidas entre tratados, reglamentos, directivas, jurisprudencia y otros instrumentos jurídicos que conforman un corpus que no siempre es enteramente claro o completo.⁶⁸ Con todo, el artículo 76 de la CONVEMAR

66 Al respecto, ver: CONVEMAR, artículo 76, inciso 8 y Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, artículos 6-15. Sobre el rol de la CLPC en la delineación y la delimitación de la plataforma continental extendida, ver Magnússon (2015, pp. 40-116). Sobre la financiación de las actividades de la Comisión y sus dificultades, ver Subedi (2011, pp. 426-429).

67 Ver también Oude Elferink (2013, párrs. 6, 8-9 y 17) y Note verbale No. 08/11 by the United Kingdom to the Secretary-General of the United Nations, en la cual el Reino Unido afirma: “The United Kingdom believes that there are issues of legal interpretation upon which the Commission would have benefited from taking expert legal advice before concluding its deliberations”, dejando en evidencia los inconvenientes que puede acarrear la falta de precisión sobre los alcances de la CLPC para abordar los aspectos jurídicos que plantean las presentaciones de los Estados ribereños. Nota disponible en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/gbr08/gbr_nv_11jan2011.pdf.

68 Debe señalarse que las normas y los procedimientos de la CLPC se crean, se adaptan y se corrigen en la medida en que lo requieren las prácticas de la Comisión y las dificultades que plantean los casos que se presentan. En ese sentido, Jares (2010, pp. 457-465) destaca el valor que tuvo la primera

es la norma central en la materia, pues contiene las reglas y determina el procedimiento por el cual los Estados ribereños pueden establecer una plataforma continental con un límite superior a las 200 M.

Al respecto, según explica Suárez (2008, p. 177), la primera etapa del procedimiento establecido en el artículo 76 consiste en la preparación y elaboración por parte del Estado ribereño de la delimitación provisoria de su límite exterior de conformidad con las fórmulas y reglas establecidas en la CONVEMAR. En la segunda etapa, el Estado ribereño hace su presentación a la Comisión, quien la evalúa y emite una recomendación.⁶⁹ La tercera etapa se completa con la adopción de los límites por parte del Estado ribereño de conformidad con la recomendación de la CLPC. Finalmente, la cuarta y última etapa consiste en el depósito por el Estado ribereño de las cartas y toda otra información relevante ante el secretario general de las Naciones Unidas (en adelante, el secretario general), quien luego procederá a darles la debida publicidad.⁷⁰

A continuación, para analizar las etapas del proceso de delimitación, se tomará como guía el esquema propuesto por Suárez (2008).

3.1.1 Preparación y elaboración de la presentación

En la primera etapa, los Estados deben recabar las pruebas científicas y técnicas necesarias para demostrar la existencia de una plataforma continental con una extensión mayor a las 200 M y, posteriormente, hacer su propuesta de delimitación del borde exterior del margen continental, de conformidad con el artículo 76 de la CONVEMAR.⁷¹ Al respecto, como señala Vernet (2015, p. 609), los Estados ribereños pueden elegir la combinación de fórmulas y restricciones más

presentación rusa para que la CLPC estableciera su modalidad de trabajo, que luego replicaría (y optimizaría) en las demás presentaciones que siguieron. Asimismo, el autor reseña los puntos procedimentales más salientes que surgieron de las presentaciones posteriores.

69 En este artículo, a diferencia de la propuesta de Suárez (2008), la etapa de la presentación a la Comisión, en primer lugar, y de su posterior recomendación, en segundo lugar, se abordarán como dos instancias distintas en los apartados 3.1.2. y 3.1.3.

70 Ver también el Reglamento de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC), artículo 54. Adicionalmente, Tanaka (2015, pp. 123-153) propone una esquematización similar.

71 Para un análisis exhaustivo sobre la regla de fórmulas y restricciones del artículo 76 de la CONVEMAR, ver: "Scientific and Technical Guidelines of the Commission on the Limits of the Continental Shelf", CLCS/11 of 13 May 1999, CLCS/11/Add./Corr.1 of 19 November 1999, CLCS/11/Add.1 of 3 September 1999, CLCS/11/Corr.1 of 24 February 2000, y CLCS/11/Corr.2 of 17 May 2000; Cook y Carleton (2000) –especialmente Macnab (2000, pp. 253-267) y Carleton et al. (2000, pp. 268-281)– y Macnab (2004, pp. 1-17).

conveniente para lograr la delimitación del margen continental que resulte más beneficiosa a sus intereses. En ese sentido, la autora señala que es posible distinguir tres etapas en el proceso de trazado del límite exterior de la plataforma: en primer lugar, se aplica la “línea de las fórmulas” mediante las llamadas “fórmulas positivas” del artículo 76 ya mencionado; en segundo lugar, se toman en cuenta las restricciones para establecer la llamada “línea de las restricciones”; y, por último, se obtiene el límite exterior de la plataforma continental como resultado de la aplicación de las fórmulas y restricciones seleccionadas en las etapas anteriores. Entre otras consideraciones, este proceso reviste una gran complejidad técnico-científica, requiere acceso y disponibilidad de tecnología (desde instrumentos y medios de navegación adecuados para la tarea hasta *software* especializado para el procesamiento de la información obtenida durante el trabajo de campo) y tiene un alto costo económico, lo cual constituye un desafío y una dificultad adicional para los Estados con menos recursos.⁷²

3.1.2 Presentación del Estado ribereño

En la segunda etapa, los Estados ribereños deben realizar sus presentaciones ante el secretario general, de conformidad con el Reglamento de la CLPC (en adelante, “el Reglamento de la CLPC” o “el Reglamento”). La presentación sobre el límite exterior de la plataforma continental más allá de las 200 M debe contener “las características de ese límite junto con información científica y técnica de apoyo”.⁷³

Originalmente, el Anexo II de la CONVEMAR establecía un plazo máximo de diez años desde la fecha de su entrada en vigor para que los Estados ribereños hicieran sus presentaciones.⁷⁴ Sin embargo, ese límite temporal rápidamente se mostró demasiado optimista y debió ser reinterpretado y adaptado a las circunstancias de los Estados ribereños y a la carga laboral de la Comisión.⁷⁵ Ello llevó a una primera modificación del plazo por los Estados parte, quienes acordaron que recién se iniciaría en 1999 –cuando fueron adoptadas las Direc-

72 Al respecto, ver Armas Pfirter (2019, 2020). Además, Cavnar (2009, pp. 398-400).

73 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 45, inciso a.

74 CONVEMAR, Anexo II, artículo 4. Los documentos oficiales de este debate se pueden encontrar en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/issues_ten_years.htm. En el caso de la Argentina, que ratificó la CONVEMAR en 1995, ese plazo se habría extendido hasta el año 2005.

75 Al respecto, ver SPLOS/157 (disponible en: <https://undocs.org/SPLOS/157>), SPLOS/INF/20 (disponible en: <https://undocs.org/SPLOS/INF/20>) y CLCS/50/2 (disponible en: <https://undocs.org/CLCS/50/2>).

trices Científicas y Técnicas- para aquellos Estados que hubieran ratificado la CONVEMAR con anterioridad a ese año.⁷⁶ De esa manera, el plazo original para la presentación se extendió desde 2004 hasta 2009.

No obstante, numerosos Estados encontraron dificultades para hacer sus presentaciones definitivas antes de 2009, de modo que fue necesario realizar una nueva extensión del plazo. En efecto, se decidió que la “transmisión al Secretario General de *información preliminar*” sería suficiente para impedir el vencimiento del plazo⁷⁷ y que esa presentación “no prejuzga sobre la presentación [definitiva] (...), ni sobre el examen de la presentación por la Comisión”.⁷⁸ Al respecto, casi cincuenta Estados ya han comunicado la “información preliminar indicativa de los límites exteriores de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas y una descripción del estado de preparación y de la fecha prevista de envío de la presentación”,⁷⁹ que deberán completar con la presentación del artículo 76 de la CONVEMAR para poder establecer de manera definitiva el límite exterior de la plataforma continental.

Asimismo, más de un centenar de Estados ribereños han realizado 97 distintas presentaciones ante la CLPC.⁸⁰ Esas han sido, en algunos casos, por la totalidad del territorio del Estado que da derecho a la plataforma continental más allá de las 200 M, mientras que, en otros, los Estados han decidido hacer presentaciones diferentes para cada una de las distintas partes de su plataforma continental. Al respecto, el Reglamento de la CLPC establece:

(...) [E]l Estado ribereño podrá hacer una presentación que corresponda a una parte de su plataforma continental a fin de no prejuzgar la fijación de límites entre Estados en otra parte u otras partes de la plataforma continental respecto de las que pueda hacerse posteriormente una presentación.⁸¹

Adicionalmente, el Reglamento contempla la posibilidad de que “[d]os o más Estados ribereños” hagan “presentaciones conjuntas o por separado a

76 SPLOS/72, disponible en: <https://undocs.org/SPLOS/72>.

77 SPLOS/183, disponible en: <https://undocs.org/es/SPLOS/183>. Énfasis añadido.

78 SPLOS/183, 1.a.

79 SPLOS/183, 1.a. El listado completo de las presentaciones preliminares, actualizado al 4 de julio de 2022, está disponible en: https://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_preliminary.htm.

80 El listado completo de las presentaciones ante la CLPC, actualizado al 25 de octubre de 2022, está disponible en: http://www.un.org/depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm.

81 Reglamento de la CLPC, CLCS/40, Anexo I, artículo 2, inciso 3.

la Comisión pidiéndole que formule recomendaciones sobre delimitación”.⁸² Debe advertirse que estas modalidades se encuentran en el anexo sobre “presentaciones en caso de controversia entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente u otras controversias territoriales o marítimas pendientes”.

En esta instancia, la participación del Estado ribereño concluye cuando realiza la presentación ante el secretario general. Por su parte, este –que lleva un registro de las presentaciones– acusa recibo del documento y lo notifica a la CLPC y a los Estados miembro de las Naciones Unidas y de la CONVEMAR. Además, debe dar la debida publicidad a la presentación formulada mediante la publicación de un resumen.⁸³ Por su parte, la Comisión incluye la presentación en el programa provisional de su siguiente reunión ordinaria.⁸⁴

A continuación, la presentación se examina de manera confidencial en la sesión de la Comisión inmediatamente posterior a su notificación por el secretario general.⁸⁵ Seguidamente, si la presentación es admitida y a menos que se tome una decisión diferente, la CLPC establece una subcomisión para que evalúe la presentación en profundidad y emita una recomendación “preliminar”, que luego será examinada por la Comisión en pleno para proceder a la aprobación o enmienda de la recomendación “definitiva”.⁸⁶ En ese sentido, la recomendación que los Estados reciben es la versión ya aprobada por la Comisión. Debe advertirse que tanto la propuesta de la subcomisión como sus deliberaciones y las de la Comisión son confidenciales.⁸⁷

Las subcomisiones se componen de siete miembros elegidos entre los veintinueve que integran la Comisión. Los integrantes de las subcomisiones deben ser designados de manera equilibrada y teniendo en cuenta las características particulares de cada presentación,⁸⁸ de modo que, por ejemplo, un miembro de la Comisión no participará en la subcomisión que evalúe la presentación del Estado de su propia nacionalidad, como tampoco si ha prestado asesoramiento al Estado que realiza la presentación.⁸⁹ Adicionalmente, el Reglamento de la CLPC establece, como regla general, que solo pueden funcionar hasta tres sub-

82 Reglamento de la CLPC, CLCS/40, Anexo I, artículo 4.

83 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 48 y ss.

84 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 51.

85 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 51.

86 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 53.

87 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 44 bis.

88 CONVEMAR, Anexo II, artículo 5.

89 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 42, inciso 1.

comisiones en simultáneo.⁹⁰ Cabe destacar que cada subcomisión comienza su mandato en el momento de la designación de sus integrantes y solo lo finaliza cuando el Estado ribereño deposita las cartas y la información pertinente del límite exterior de su plataforma continental ante las Naciones Unidas.⁹¹

3.1.3 Recomendación de la CLPC

El inicio de labores de la subcomisión marca el comienzo de la etapa de evaluación de la presentación del Estado ribereño. Idealmente, esa instancia concluirá con una recomendación favorable de la Comisión.

La primera parte del trabajo de la subcomisión, que consiste en un “examen inicial de la presentación”, se desarrolla durante la primera semana desde su constitución. En dicha oportunidad, la subcomisión evalúa cuestiones generales relativas a la prueba de pertenencia de la presentación y a la correcta aplicación de las fórmulas y restricciones previstas en el artículo 76 de la CONVEMAR; controla que, en presentaciones con líneas rectas, la longitud de estas no supere las 60 M; considera la necesidad de solicitar el asesoramiento de especialistas o la cooperación de organizaciones internacionales; y estima la duración de los trabajos de la subcomisión para arribar a una recomendación, entre otros aspectos.⁹² Adicionalmente, la subcomisión “examina (...) toda la información relativa a las controversias a que pueda dar lugar la presentación”⁹³ y, si verificara la existencia de un diferendo, recurre al procedimiento del Anexo I del Reglamento, relativo a “Presentaciones en caso de controversia entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente u otras controversias territoriales o marítimas pendientes”.

Una vez culminado el análisis preliminar, la subcomisión procede a evaluar minuciosamente la presentación mediante un “examen científico y técnico sustancial”.⁹⁴ En efecto, se escrutan, entre otros, los datos y la metodología utilizados para determinar la ubicación del pie del talud continental, la metodología empleada para determinar la línea de la fórmula a una distancia de 60 millas a partir del pie del talud continental, los datos y la metodología utilizados para la aplicación de las fórmulas irlandesa o Hedgberg, los datos y la metodología

90 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 51, inciso 4 bis.

91 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 42, inciso 2.

92 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III(III).

93 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 7.

94 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III(IV).

utilizados para determinar la línea de las restricciones a una distancia de 350 millas de las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial y el trazado de las líneas de las fórmulas y de las restricciones y del límite exterior de la plataforma continental mediante líneas rectas de longitud no superior a 60 millas. Asimismo, se estiman las incertidumbres en los métodos aplicados con miras a determinar las principales fuentes de ellas y sus efectos en la presentación y, finalmente, se evalúa que los datos presentados sean suficientes, cuantitativa y cualitativamente, para justificar los límites propuestos.⁹⁵

En esta instancia, debe advertirse que terceros Estados podrían formular objeciones a la presentación de un Estado ribereño en relación con una potencial superposición de pretensiones, conflictos de soberanía pendientes o interpretaciones divergentes de cláusulas o disposiciones de la Convención, entre otros motivos, todo ello mediante notas verbales⁹⁶ (Oude Elferink, 2009, p. 536). Sin embargo, debe señalarse también que ni la CONVEMAR ni el Reglamento de la CLPC establecen un plazo límite para la interposición de objeciones.⁹⁷

Completado el examen científico y técnico de la presentación, la subcomisión requiere un quórum de dos tercios de sus miembros⁹⁸ para evaluar si aprueba una recomendación. En particular, el Reglamento de la CPLC dispone que la subcomisión “hará lo posible para realizar su labor por acuerdo general”⁹⁹ y, solo en el caso de que no hubiera sido posible arribar a un consenso, se procederá a una votación, que requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes para la aprobación de cuestiones sustantivas, como lo es la aprobación de una recomendación.¹⁰⁰ Seguidamente, la subcomisión transmite su recomendación a la Comisión para su tratamiento en el plenario. Debe advertirse, no obstante, que el Estado ribereño tiene la oportunidad de realizar

95 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 9.

96 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 2, inciso a.v.

97 Sobre el particular, resulta llamativa la oportunidad de la transmisión de Chile al secretario general de una nota verbal presentada a la Argentina en 2020, cuatro años más tarde de la aprobación de la última recomendación de la CLPC a la Argentina. En ese sentido, cabe preguntarse si debería ser admisible la objeción de un tercer Estado a la presentación de un Estado ribereño cuando ya se han superado las instancias en las que estas normalmente se plantean, según la práctica que han seguido los Estados ante la CLPC. Al respecto, ver: https://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONAND-TREATIES/PDFFILES/communications/Chile_communication_26052020_ESP.pdf.

98 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 24. Cabe destacar que el quórum de dos tercios de los miembros se aplica también a la Comisión y a los órganos subsidiarios en todos los casos.

99 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, anexo III, Modus operandi para el examen de una presentación formulada a la CLPC, artículo. 13.

100 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículos 36-39.

una última intervención ante la Comisión sobre cualquier asunto relacionado con su presentación antes de que esta proceda a tomar la decisión definitiva.¹⁰¹

En ese sentido, Suárez (2008) caracteriza este procedimiento como un diálogo entre el Estado ribereño y la CLPC, en el cual ambas partes participan en un mecanismo colaborativo. En efecto, la Comisión no actúa como un tribunal con facultad para adoptar decisiones definitivas –de corte adversarial, donde la decisión es tomada por una parte y debe ser acatada por la otra–, en tanto el derecho a la plataforma continental es inherente al Estado ribereño y su existencia no depende de la voluntad o intervención de otros sujetos, órganos o entidades de derecho internacional. Por esta razón, gradualmente se han incorporado nuevas instancias para que el Estado participe en el proceso decisorio de la Comisión.

Al respecto, si bien una de las versiones antiguas del reglamento de la CLPC contemplaba la posibilidad de que la subcomisión solicitara datos o información adicional al Estado ribereño,¹⁰² no había una instancia similar para que también el Estado ribereño pudiera tener algún rol durante las deliberaciones de la CLPC. Por ello, en 2006 se introdujeron enmiendas al reglamento para que los Estados tuvieran una instancia adicional de “diálogo” con la CLPC antes de que esta hiciera su recomendación definitiva.¹⁰³ En efecto, el reglamento vigente en la actualidad contempla, *inter alia*, que

en una etapa avanzada del examen de la presentación, la subcomisión invitará a la delegación del Estado ribereño a una o varias reuniones en las que hará una exposición general de sus opiniones y conclusiones generales derivadas del examen de la presentación, en parte o en su totalidad.¹⁰⁴

Además, en el mismo sentido, el Reglamento prevé: “El Estado ribereño tendrá la oportunidad de responder a la exposición de la subcomisión en el mismo período de sesiones y en una etapa posterior”.¹⁰⁵ Asimismo, se considera procedente la participación del Estado en “las reuniones en [las] que [sus representantes] deseen proporcionar aclaraciones adicionales a la subcomisión

101 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 15, inciso 1 bis.

102 Reglamento de la CLPC, CLCS/40, Anexo III, artículo 10.

103 Al respecto, ver: CLCS/50, Tema 9(36), disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CLCS/50&Lang=S>; y CLCS/52, Tema 9 (41), disponible en: <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CLCS/52&Lang=S>.

104 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 10, inciso 3.

105 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 10, inciso 4.

sobre cualquier asunto relacionado con la presentación”¹⁰⁶ y también “después de que la subcomisión presente sus recomendaciones a la Comisión y antes de que la Comisión considere las recomendaciones y las apruebe”.¹⁰⁷ Desde entonces, como señala Suárez, el procedimiento se desarrolla de forma que “both the Commission and the coastal state may continue their ‘dialogue’ until both are finally in agreement” (Suárez, 2008, p. 220).¹⁰⁸

Una vez que el Estado ribereño haya hecho su última presentación ante la Comisión –antes de que la recomendación de la subcomisión sea considerada en el plenario–, la CLPC continúa sus procedimientos a puerta cerrada y no admite ulteriores intervenciones del Estado.¹⁰⁹ La Comisión, finalmente, “examina y aprueba o enmienda las recomendaciones preparadas por la subcomisión”.¹¹⁰ La aprobación de la recomendación en el plenario sigue las mismas reglas que en la subcomisión: una vez alcanzado el quórum, primero se procurará el consenso entre los miembros presentes de la Comisión y, solo si este no se consiguiera, se someterá a votación, que requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes para que la recomendación sea aprobada.¹¹¹ En caso de aprobación, la recomendación se comunica por escrito al Estado ribereño y al secretario general.¹¹²

Es importante señalar, sin embargo, que la CONVEMAR contempla la posibilidad de que el Estado ribereño realice un pedido de revisión o una nueva presentación “dentro de un plazo razonable” si estuviera en desacuerdo con la recomendación de la Comisión.¹¹³ En cambio, no considera un mecanismo a seguir frente a un eventual desacuerdo permanente entre el Estado ribereño y la CLPC, supuesto que constituye una potencial debilidad del sistema y que aún no tiene soluciones establecidas.¹¹⁴ En los casos de pedido de revisión, la

106 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 15, inciso 1.c.

107 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo III, artículo 15, inciso 1 bis.

108 Ver, en un sentido similar, Jares (2010, pp. 453-455).

109 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, anexo III, Modus operandi para el examen de una presentación formulada a la CLPC, artículo 15.

110 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 53.

111 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículos 35-37.

112 CONVEMAR, Anexo II, artículo 6.

113 CONVEMAR, Anexo II, artículo 8. También Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 53, inciso 4.

114 Al respecto, ver Oude Elferink (2013, párr. 12). Además, sobre el potencial círculo vicioso que podría producirse frente a recurrentes presentaciones sobre el mismo límite (el “ping-pong”). Ver, por todos, Cavnar (2009, pp. 402-405).

Comisión siempre ha procurado reconstituir las subcomisiones rápidamente y con los mismos integrantes, de manera que la nueva evaluación comience lo más pronto posible.¹¹⁵ Además, en línea con ello, la CLPC decidió en 2010 que los pedidos de revisión tendrán prioridad frente a las demás presentaciones que estén en lista de espera.¹¹⁶ Por último, una vez que la presentación revisada o la nueva presentación son evaluadas, la Comisión emite una nueva recomendación y el procedimiento puede continuar con su curso normal.

3.1.4 Delimitación definitiva: la adopción de los límites

La tercera etapa del proceso consiste en la adopción por parte del Estado ribereño de los límites del margen exterior de la plataforma continental de conformidad con la recomendación de la CLPC. A diferencia de las etapas anteriores, este acto es regulado íntegramente por el derecho interno del Estado ribereño, ya que la delimitación constituye un acto jurídico unilateral por el cual el propio Estado ribereño determina los límites de su territorio en ejercicio de su potestad soberana.¹¹⁷

En esta instancia, se hace evidente el equilibrio que los Estados parte de la CONVEMAR lograron entre, por una parte, el ejercicio de los derechos de soberanía de los Estados ribereños sobre la plataforma continental más allá de las 200 M –que se manifiesta en la determinación de los límites del propio territorio mediante un acto unilateral– y, por la otra, la protección de los intereses de la comunidad internacional en su conjunto,¹¹⁸ que se preservan mediante

115 Ver, a modo de ejemplo, CLCS/80, Tema 11(1), disponible en: <https://undocs.org/es/clcs/80>; CLCS/93, Tema 18, disponible en: <https://undocs.org/es/clcs/93>; y CLCS/98, Temas 6-7 y, especialmente, Tema 19 sobre la presentación parcialmente revisada de Argentina, disponible en: <https://undocs.org/es/CLCS/98>.

116 CLCS/68, artículo 57, disponible en: <https://undocs.org/CLCS/68>.

117 En ese sentido, ver Jares (2010, p. 451). Al respecto, considerando el principio de confidencialidad que rige en el procedimiento, debe señalarse que el Estado ribereño comparte información con la CLPC que, en muchos casos, es estrictamente confidencial y reservada por razones de seguridad o estrategia nacionales. En ese sentido, el hecho de compartir esta información con un órgano de las Naciones Unidas, pero sin que esta se convierta en pública, importa una cierta concesión entre el derecho del Estado ribereño de determinar sus límites unilateralmente, de acuerdo a sus propias consideraciones, y permitir a la comunidad internacional –en el contexto controlado y limitado de la CLPC– ejercer algún tipo de “supervisión” sobre la delimitación del espacio marítimo. Al respecto, ver Cavnar (2009, pp. 408-409).

118 Prescott (2000, p. 66) señala que alrededor del 20% de las áreas marítimas (*oceanic areas*) consiste en márgenes continentales, un porcentaje considerable de cuya exploración y explotación se vería excluida la mayor parte de la humanidad.

la intervención de la CLPC como guardiana de los espacios marítimos que son patrimonio de la humanidad y mediante los pagos y contribuciones que el Estado ribereño debe hacer a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos por la explotación de los recursos no vivos de la plataforma continental exterior.¹¹⁹ Así, coincidimos con Suárez (2008, p. 215) en que la única manera de que los límites sean definitivos y obligatorios y, por lo tanto, oponibles a terceros Estados es que se correspondan con los recomendados por la Comisión.

3.1.5 Depósito de las cartas e información pertinente ante el secretario general

La última etapa consiste en el depósito de las cartas e información pertinente ante el secretario general y su posterior publicidad. En efecto, la CONVEMAR establece: “El Estado ribereño depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas cartas e información pertinente, incluidos datos geodésicos, que describan de modo permanente el límite exterior de su plataforma continental”, y a continuación agrega: “El Secretario General les dará la debida publicidad”.¹²⁰

De ese modo, una vez presentado ante el secretario general, el límite que determine el Estado ribereño será definitivo, obligatorio y oponible a todos los Estados parte de la CONVEMAR, siempre y cuando haya sido establecido de conformidad con la recomendación de la CLPC.¹²¹ Asimismo, el depósito pone a disposición de la comunidad internacional la información sobre los nuevos límites del Estado ribereño.

Adicionalmente, el presidente de la CLPC ha señalado la necesidad y la obligación del secretario general de “dar la debida publicidad también a las recomendaciones de la Comisión que a juicio de ésta estén relacionadas con dichos límites” como requisito para la publicidad del nuevo límite y su oponibilidad a terceros Estados. De manera complementaria,

[l]a Comisión también pidió al Secretario General que informara a la Comisión cada vez que se depositara un documento referido a los límites exteriores de la plataforma continental sobre la base de su recomendación, con el fin de dar cumplimiento al artículo 54, párrafo 3 del Reglamento.¹²²

119 Al respecto, ver Wolfrum (2006, pp. 21-28). Sobre el acuerdo alcanzado entre los Estados negociantes de la CONVEMAR en relación con la explotación exclusiva del Estado ribereño en la plataforma continental más allá de las 200 M, ver especialmente Oude Elferink (2013, párr. 2).

120 CONVEMAR, artículo 76, inciso 9.

121 CONVEMAR, artículo 76, inciso 8 y Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 53, inciso 5.

122 CLCS/68, Tema 14(58).

La publicidad de esos límites tiene una importancia central porque los hace oponibles a terceros Estados, en particular en relación con la explotación de los recursos presentes en ese sector de la plataforma continental. En línea con ello, Wolfrum (2006) considera el hipotético caso de un Estado que presente cartas o datos que no guarden conformidad con la recomendación de la CLPC. Al respecto, el autor interpreta que existiría prácticamente una *obligación* del secretario general de no dar publicidad a ese acto en los siguientes términos:

[t]he fact that the Secretary General refuses to publicize the charts and other information on the outer limits of a particular continental shelf flag to the community of States that such limits were established contrary to the procedure provided for in the Convention on the Law of the Sea. (p. 25)

Asimismo, Wolfrum (2006) apunta también las dificultades que tendría el Estado ribereño para que sus derechos sobre la plataforma continental sean reconocidos por el resto de la comunidad internacional: “This will certainly diminish the acceptability of such limits; they may be challenged in practice and to undertake or license economic activities on such part of the shelf may be difficult in practice” (p. 25).

3.2 La competencia de la CLPC y los desafíos que plantea

Los términos en los que la CONVEMAR establece la competencia de la CLPC han planteado algunos casos difíciles. Dos de ellos resultan de particular interés: el primero se refiere a la relación que existe entre las competencias de la Comisión y las de los tribunales internacionales cuando los Estados someten a estos una controversia sobre su (pretendida) plataforma continental más allá de las 200 M.¹²³ El segundo caso, relacionado con el anterior, se refiere al impedimento que encuentra la Comisión en su normativa para evaluar presentaciones que incluyan espacios sujetos a controversias territoriales o marítimas pendientes.

Se abordará en primer lugar la relación entre las competencias de la Comi-

123 Como ya se adelantó, un debate intrínsecamente relacionado con este, aunque distinto, es el del *ius standi* de otros sujetos de derecho internacional para recurrir a tribunales internacionales si se encontraran en desacuerdo con los límites establecidos por un Estado ribereño sobre una parte de la plataforma continental más allá de las 200 M. En general, la doctrina ha entendido que dichas pretensiones solo podrían canalizarse a través de una *actio popularis*, un recurso que no es actualmente admitido en el derecho internacional. Al respecto, ver Wolfrum (2006, p. 27).

sión y las de los tribunales internacionales. Para ello, al igual que con el desarrollo de la noción de plataforma continental, la principal fuente en la materia es la jurisprudencia internacional. Al respecto, la jurisprudencia en esta materia ha sido relativamente pacífica: en general, se ha interpretado que la Comisión y los tribunales internacionales poseen diferentes esferas de competencia, entre las cuales puede haber puntos de encuentro, aunque no de superposición. Esta interpretación se ha ido decantando a lo largo de los años, adquiriendo mayor precisión, pero sin apartarse de la premisa original.

En efecto, ya en 1992, el tribunal arbitral constituido para resolver la controversia entre Canadá y Francia sobre la delimitación de los espacios marítimos entre ambos Estados sostuvo que la determinación del límite de la plataforma continental recaía en el ámbito de las funciones de la CLPC¹²⁴ y no en el de los árbitros:

(...) le Tribunal relève que, conformément à l'article 76, paragraphe 8, et à l'annexe II de la convention de 1982 sur le droit de la mer, une commission appelée «Commission des limites du plateau continental» doit être constituée en vue d'examiner les revendications et les informations que lui soumettront les Etats côtiers et de leur faire des recommandations.¹²⁵

El laudo del caso entre Canadá y Francia sentó un valioso primer precedente por la distinción entre las competencias de los órganos jurisdiccionales y las de la recientemente creada CLPC, como también por el reconocimiento de la labor específica que la Comisión debería cumplir una vez constituida.

Las sentencias posteriores, que se analizarán a continuación, se dieron en un contexto en el que la CONVEMAR ya gozaba de una amplísima recepción en el sistema internacional. Al respecto, es importante recordar que la CONVEMAR se firmó a finales de 1982, entró en vigor en 1994 y contaba con 163 ratificaciones en 2006.¹²⁶ Esa amplia aceptación del tratado incorporó una variable adicional a las solicitudes de los Estados de que los tribunales internacionales delimitaran sus plataformas continentales: en el ámbito del derecho del mar, ya se encontraba en funciones la CLPC, un órgano con competencia específica sobre ese espacio marítimo. En consecuencia, la jurisprudencia internacional pasó

124 Debe tenerse en cuenta que la CLPC aún no había sido constituida cuando el tribunal arbitral adoptó esta decisión.

125 *Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française*, Décision du 10 juin 1992, Recueil des sentences arbitrales, v. XXI, párr. 79.

126 A la fecha, 182 Estados han ratificado la Convención. Argentina lo hizo recién en 1995. Ver: SPLOS/72.

a considerar el debate sobre el rol de la Comisión y su interacción con los tribunales internacionales en materia de delimitación de la plataforma continental.

Así, en 2006, la Corte Permanente de Arbitraje sostuvo en el caso entre Barbados y Trinidad y Tobago:

[T]here is no overlap between the functions of the Commission and the Tribunal by virtue of Article 76, as Trinidad and Tobago is asking for “the establishment of a direction – an azimuth, not a terminus”, while the Commission’s concern is exclusively with the location of the outer limit of the shelf.¹²⁷

De ese modo, el tribunal determinó que sí tenía jurisdicción para entender respecto de la pretensión de Trinidad y Tobago de delimitar la plataforma continental más allá de las 200 M. Sin embargo, en ese caso en concreto, el tribunal entendió que la línea de la frontera marítima única entre ambos Estados no se extendía más allá de las 200 M, de manera que no era procedente que se manifestara al respecto.¹²⁸

Un año más tarde, en 2007, la CIJ sostuvo en su sentencia sobre la *Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar del Caribe*: “The Court may accordingly, without specifying a precise endpoint, delimit the maritime boundary and state that it extends beyond the 82nd meridian without affecting third-State rights”.¹²⁹ Así, la Corte circunscribió su labor a la *delimitación* de la frontera marítima entre ambos Estados. Debe advertirse, sin embargo, que el tribunal no estableció el punto final del límite marítimo, pues entendió que esa decisión debía ser tomada a través del mecanismo establecido en la CONVEMAR para la determinación del límite exterior de la plataforma continental, conforme al artículo 76. En efecto, la CIJ expresó: “[A]ny claim of continental shelf rights beyond 200 nautical miles must be in accordance with article 76 of UNCLOS and reviewed by the Commission on the Limits of the Continental Shelf established thereunder”.¹³⁰

Posteriormente, en 2012, el Tribunal del Mar decidió sobre la controversia entre Bangladesh y Myanmar respecto a la Bahía de Bengala. En el análisis del rol de la CLPC y de su propia relación con ese órgano, el tribunal recordó el es-

127 *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, párrs. 82-87.

128 *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago*, párrs. 367-368 y 384(ii).

129 International Court of Justice, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), *ICJ Reports* 2007, párr. 319.

130 International Court of Justice, *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea* (Nicaragua v. Honduras), *ICJ Reports* 2007, párr. 319.

píritu armónico con el que se ideó el sistema de normas que regula los espacios marítimos y, en consecuencia, la unidad del derecho del mar:¹³¹

The Convention sets up an institutional framework with a number of bodies to implement its provisions, including the Commission, the International Seabed Authority and this Tribunal. Activities of these bodies are *complementary to each other* so as to ensure coherent and efficient implementation of the Convention. The same is true of other bodies referred to in the Convention.¹³²

Esta serie de casos permite discernir un criterio jurisprudencial bastante uniforme por el cual se han interpretado las competencias de los tribunales internacionales, por un lado, y de la CLPC, por el otro, como parte de un mismo sistema jurídico armónico, en el cual todos los órganos actúan de manera complementaria sin menoscabar las competencias de los otros.

Respecto a la problemática que se plantea cuando la plataforma continental se ubica en zonas con disputas territoriales no resueltas, el Anexo I del Reglamento de la CLPC sobre “Presentaciones en caso de controversia entre Estados con costas adyacentes o situadas frente a frente u otras controversias territoriales o marítimas pendientes” establece: “En caso de que haya una controversia territorial o marítima, la Comisión no considerará ni calificará la presentación hecha por cualquiera de los Estados Partes en esa controversia”.¹³³

Debe tenerse en cuenta que la Comisión es un órgano cuya labor es estrictamente técnico-científica, de modo que estructuralmente no está equipada para desempeñar tareas de carácter político o jurisdiccional porque no fue concebida de esa manera, sin perjuicio de que su labor se desarrolla dentro de un marco jurídico. En efecto, como regla general, la Comisión carece de la potestad para evaluar presentaciones que contengan cuestiones relacionadas con territorios en disputa o cuya soberanía no resulte clara e indiscutible. En ese sentido, las controversias sobre territorios en disputa incumben de manera exclusiva a los Estados involucrados, que deberán resolverlos previamente –a través de acuerdos, procesos arbitrales o judiciales o cualquier otro medio de

131 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párrs. 371-387.

132 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párr. 373. Énfasis añadido.

133 Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, Anexo I, artículo 5. Debe advertirse, sin embargo, que a continuación el artículo agrega: “No obstante, la Comisión podrá considerar una o varias presentaciones respecto de las zonas objeto de controversia con el consentimiento previo de todos los Estados que sean partes en ella”. Ver, además, Reglamento de la CLPC, CLCS/40/Rev.1, artículo 46.

solución pacífica de controversias¹³⁴ para que, una vez superado el desacuerdo, la CLPC quede habilitada para proceder a la evaluación y recomendación sobre el límite exterior de esa plataforma continental.

Ahora bien, el Anexo I del Reglamento de la Comisión también establece: “[L]a Comisión podrá considerar una o varias presentaciones respecto de las zonas objeto de controversia con el consentimiento previo de todos los Estados que sean parte en ella”.¹³⁵ Al respecto, Oude Elferink (2013, párr. 19) sostiene que, en general, los Estados tienden a prestar su consentimiento para que la CLPC evalúe las presentaciones cuando estas se refieren a límites marítimos entre países vecinos.¹³⁶ Sin embargo, advierte también, esto no ha ocurrido en la mayoría de los supuestos que involucran disputas de soberanía o la superposición de la pretensión sobre la plataforma continental *más allá* de las 200 M de un Estado ribereño con la plataforma continental *hasta* las 200 M de otro Estado ribereño.

En esos casos difíciles, especialmente cuando no media el consentimiento de todos los Estados involucrados, el rol de la CIJ –y, eventualmente, también el del Tribunal del Mar o el de otros tribunales internacionales competentes– cobra una importancia central porque constituirá la última instancia competente para resolver esos diferendos y permitir que, posteriormente, la CLPC pueda evaluar las presentaciones sobre las zonas en disputa una vez que las controversias territoriales hayan sido resueltas.

En ese sentido, en su sentencia de 2012 sobre la controversia entre Bangladesh y Myanmar respecto a la Bahía de Bengala, el Tribunal del Mar sostuvo una línea argumentativa que considera al sistema jurídico del derecho del mar como un todo armónico, y, al respecto, postuló una solución a la paradoja que se plantea respecto de las zonas en disputa donde la plataforma continental se extiende más allá de las 200 M. En efecto, el tribunal entendió que este tipo de cuestiones permanecería sin solución si no se establecía el límite de la zona en controversia,¹³⁷ de modo que la delimitación de la plataforma continental

134 Al respecto, ver: CONVEMAR, artículo 83.

135 Artículo 5, inciso a.

136 En 2006, Francia, Irlanda, España y el Reino Unido realizaron la primera presentación conjunta sobre el área del mar Céltico y del Golfo de Vizcaya. En los siguientes años, ha habido siete presentaciones conjuntas adicionales. Es de destacar, además, que la más reciente ha sido realizada por dos Estados de nuestra región: en 2020, Costa Rica y Ecuador realizaron una presentación sobre la cuenca del Canal de Panamá. El listado completo de presentaciones, incluidas las conjuntas, está disponible en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm.

137 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary*

más allá de las 200 M se volvía un imperativo para el tribunal a fin de asegurar el correcto funcionamiento del sistema jurídico del derecho del mar.¹³⁸ En consecuencia, el tribunal procedió a realizar la delimitación de la plataforma continental más allá de las 200 M sin que mediara la participación de la CLPC.

Oude Elferink (2009, pp. 537-538) señala al respecto que si las partes no llegaran a un consenso sobre las áreas en disputa, tienen la posibilidad de realizar una presentación parcial que omita el espacio marítimo del territorio en controversia sin que ello prejuzgue sobre los límites pendientes, de conformidad con el artículo 3 del Anexo I de las Reglas de Procedimiento de la Comisión. Como alternativa, los Estados ribereños pueden remitir presentaciones separadas, según el artículo 4 del Anexo referido, pero la Comisión solo podrá delimitar las zonas en disputa con el consentimiento unánime de todas las partes involucradas. A su vez, Armas Pfirter (2012) resalta que la práctica estatal ha ido incluso más allá de lo dispuesto en la normativa, en tanto varios Estados han decidido recurrir a presentaciones parciales también en casos que no están vinculados con una controversia territorial –como en el supuesto de Estados con territorios fragmentados–, debido a la complejidad de la tarea o por una cuestión de organización del trabajo.¹³⁹ Armas Pfirter (2012, pp. 224-225) también señala que algunos Estados realizaron presentaciones parciales y conjuntas con sus pares en ciertas zonas compartidas.

En relación con la problemática de los territorios en disputa y la posibilidad de formular objeciones a las presentaciones que los incluyan, Suárez (2010) ha sostenido: “[A]ll other states which do not possess any juridical interest should not have access to the submission process”, mientras que aquellos “which have delimitation or territorial disputes with the submitting Coastal State may participate to a limited extent in the submission process” (p. 166). En este sentido, las objeciones presentadas por terceros Estados pueden ser totales o pueden estar condicionadas por los avances que hubieran alcanzado los Estados negociadores en el caso de que se estén llevando a cabo negociaciones respecto de los territorios en disputa. En efecto, Armas Pfirter (2012, pp. 231-235) explica que, en el primer caso, conforme lo dispone el Anexo 1, párrafo 5 (a) del Reglamento, la CLPC “no considerará ni calificará la presentación hecha por cualquiera

between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, párr. 390.

138 International Tribunal for the Law of the Sea, *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal*, párrs. 391-394.

139 Al respecto, a modo de ejemplo, ver los casos de la Federación Rusa, Brasil, Indonesia, España e Islandia.

de los Estados Partes en esa controversia”. En el segundo supuesto, denominado por esta autora como “objeción total ‘por el momento’” (pp. 232 y ss.), se aclara que se condiciona la competencia de la CLPC a un posible acuerdo entre los Estados parte en la disputa o a una resolución arbitral o judicial que ponga fin a la controversia territorial.

En esta sección se ha abordado la naturaleza de la CLPC, la labor específica que desempeña y los desafíos prácticos y estructurales que enfrenta. Al respecto, es posible presentar las siguientes conclusiones y reflexiones parciales:

- La sola voluntad del Estado ribereño es insuficiente para que la determinación del límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 M sea vinculante y oponible a otros sujetos de derecho internacional.
- La CLPC fue establecida por la CONVEMAR como un mecanismo que permite compatibilizar las pretensiones de los Estados ribereños sobre la plataforma continental más allá de las 200 M con los intereses de la comunidad internacional en su conjunto,
- La CLPC es un órgano técnico-científico cuya labor se desarrolla en un marco jurídico, de manera que su análisis de las presentaciones no es completamente ajuridico ni puramente técnico-científico.
- La labor de la CLPC es compatible y complementaria con la de otros órganos de derecho internacional, como los tribunales internacionales, en cuanto parte de un *sistema* de derecho del mar (y, en general, de derecho internacional) armónico.

4. La Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental y el límite exterior del margen continental argentino

La delimitación de los espacios marítimos de la Argentina fue realizada a través de la Ley 23968 de 1991 (modificada por el Decreto 2623/91), por la cual se determinaron las líneas de base del territorio nacional. Asimismo, para establecer los límites marítimos restantes, la Argentina celebró tratados con los dos Estados con los cuales comparte costas. En efecto, en 1973, celebró con Uruguay el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo, por el cual delimitó el límite lateral marítimo y el de la plataforma continental desde la línea imaginaria que une Punta del Este, en Uruguay, con Punta Rasa del Cabo San Antonio, en Argentina. Adicionalmente, en 1984, con la mediación de la Santa Sede, celebró con Chile el Tratado de Paz y Amistad, por el cual acordó los límites del territorio de Tierra

del Fuego, el Estrecho de Magallanes y el Canal de Beagle.¹⁴⁰ Sin embargo, una porción importante del territorio argentino permanecía sin delimitar: aquella correspondiente a la plataforma continental más allá de las 200 M.

Como se adelantó previamente, el procedimiento para realizar una presentación ante la CLPC demanda la recopilación y el análisis de una gran cantidad de datos. En el caso de la Argentina, donde la extensión del territorio de la plataforma continental es una de las más vastas del mundo¹⁴¹ y el océano es uno de los de mayor dinámica oceanográfica (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2017, p. 413), la tarea revestía suma complejidad y requería organización, planeamiento, recursos humanos y económicos y tiempo. En consecuencia, el Estado argentino creó una comisión encargada específicamente de este trabajo para alcanzar el objetivo de realizar una presentación ante la CLPC en las mejores condiciones dentro del plazo de diez años desde la entrada en vigor de la CONVEMAR para nuestro país, el que fue posteriormente extendido.¹⁴²

La COPLA se estableció en la órbita del Ministerio de Relaciones Exteriores en 1997, dos años después de que la Argentina ratificara la CONVEMAR. La naturaleza de sus labores requiere un trabajo interdisciplinario, de modo que también está integrada, además de por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un representante del Servicio de Hidrografía Naval y otro del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.¹⁴³ Asimismo, su ley constitutiva la faculta para interactuar con diversas entidades nacionales y extranjeras, como la Secretaría de Ciencia y Tecnología, “entes estatales y privados, nacionales y extranjeros”, la Comisión de la Carta Geológica, la Subsecretaría de Minería, el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos y el Servicio de Hidrografía Naval.¹⁴⁴ En ese sentido, la propia COPLA se define como una “comisión interministerial, presidida por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, en la cual se han desempeñado una amplísima variedad de profesionales: “[G]eodestas, hidrógrafos, geólogos, geofísicos, cartógrafos, oceanógrafos, expertos en sistemas de información geográfica, abogados y expertos en derecho inter-

140 Tratado de Paz y Amistad, artículos 7-11. Para ver el listado completo de documentos presentados por la Argentina, ver: <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/ARG.html>.

141 Al respecto, ver: <http://maps.continentalshelf.org/>.

142 Al respecto, ver el punto 3.1.2. de este artículo.

143 Ley 24815, artículo 3.

144 Ley 24815, artículo 6.

nacional”.¹⁴⁵ Este dato resulta significativo, pues evidencia la complejidad y diversidad de las tareas que lleva adelante la COPLA.

El 21 de abril de 2009,¹⁴⁶ la Argentina entregó su presentación ante la CLPC sobre la proyección marítima respecto de todo el territorio argentino, tanto el continental como el correspondiente a las islas del Atlántico Sur y al sector antártico. Seguidamente, el 26 de agosto de 2009, el equipo argentino expuso ante el plenario de la Comisión los principales puntos de su presentación y las cuestiones relevantes que, a su criterio, ameritaban una mención expresa (en especial, la existencia de una controversia territorial en la zona de las islas Malvinas y la afirmación de la “legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas (...)” de la Argentina)¹⁴⁷. En las deliberaciones a puerta cerrada de esa sesión, la Comisión decidió que no revisaría la parte de la presentación correspondiente al área en disputa,¹⁴⁸ aunque, por distintas razones, tomó una decisión similar respecto de las zonas correspondientes al sector antártico argentino, como se verá a continuación.

La presentación argentina contiene la información relevante para la determinación del límite exterior de la plataforma continental entre las latitudes 35° a 55° S, aproximadamente.¹⁴⁹ Además, tiene información relativa al sector antártico argentino. Sin embargo, en la carta al secretario general por la cual se transmitió la presentación argentina, se advirtió sobre el “especial status legal y político de la Antártida (...)”¹⁵⁰ y, en concordancia con esa declaración, la CLPC no evaluó los datos correspondientes a ese sector de la plataforma continental argentina. Asimismo, en la propia presentación, la Argentina informó sobre la existencia de una controversia internacional sin resolver en el área correspondiente a las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur.¹⁵¹ Al

145 Ver en: <http://www.plataformaargentina.gov.ar/es/la-comisi%C3%B3n-nacional-del-1%C3%ADmite-exterior-de-la-plataforma-continental-copla>.

146 El plazo de diez años de Argentina vencía el 13 de mayo de 2009, al igual que el de todos los Estados que ya eran parte de la CONVEMAR al momento de la aprobación de las Directrices.

147 CLCS/64, Tema 18(74).

148 CLCS/64, Tema 18(76).

149 Para un análisis en profundidad de la información y los datos que sustentaron el límite exterior de la plataforma continental elegido por la Argentina, ver Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (2017).

150 Carta de la Misión Permanente de la República Argentina ante las Naciones Unidas al secretario general de las Naciones Unidas, de fecha 21 de abril de 2009, firmada por el embajador Jorge Argüello.

151 Resumen ejecutivo de la presentación argentina, pp. 7-8.

respecto, el no pronunciamiento de la CLPC sobre dicha área ha sido interpretado en el sentido de que “la Comisión reconoció la existencia de una disputa de soberanía entre la Argentina y el Reino Unido” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2017, p. 7).

Para que el gran volumen de información presentado resultara comprensible, en la presentación se dividió la plataforma en tres grandes regiones: la primera se extiende “desde el límite con Uruguay hasta aproximadamente los 48° S en el escarpe de Malvinas” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2017, p. 65), la segunda se ubica “a lo largo del escarpe de Malvinas y hasta el Norte del banco Ewing/zona de fractura Malvinas”,¹⁵² y la tercera “abarca desde el sur de la isla Grande de Tierra del Fuego y la Isla de los Estados en el Oeste, hasta las islas Georgias del Sur al Este”.¹⁵³ Esa división no es arbitraria, sino que responde a los tres tipos de márgenes que fueron identificados conforme a criterios científicos: margen continental pasivo volcánico, en la región más boreal; margen continental cizallado o transcurrente, en la región intermedia; y margen continental combinado-dorsal norte del Scotia, en la región más austral. Esta categorización muestra, una vez más, el rol central de los conceptos técnicos y científicos en la aplicación de las nociones jurídicas sobre la plataforma continental.

Asimismo, las características físicas de la plataforma continental condicionan las fórmulas y las restricciones que se pueden aplicar a su margen exterior y los métodos de prueba a los que se debe recurrir para demostrar la ubicación del pie del talud continental y sustentar la elección de determinada línea como el límite exterior de este espacio marítimo. En el caso argentino, si bien en dos tipos de márgenes fue más fácil identificar el pie del talud (esto es, en el cizallado o transcurrente y en el combinado-dorsal norte del Scotia),¹⁵⁴ en el margen continental pasivo volcánico la tarea resultó más ardua y fue necesario recurrir a la prueba en contrario para sustentar la elección de una determinada línea como límite exterior (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2017, p. 9). Esta posibilidad se encuentra contemplada en la CONVEMAR, pero, hasta la presentación argentina, nunca había sido utilizada por ningún Estado parte ante la CLPC.

De conformidad con el procedimiento habitual ante la CLPC, la presentación argentina fue objetada por otros Estados. En efecto, la Comisión recibió notifi-

152 Resumen ejecutivo de la presentación argentina, p. 11.

153 Resumen ejecutivo de la presentación argentina, p. 11.

154 En la medida en que es posible afirmar que esta tarea es “fácil”.

caciones del Reino Unido (6 de agosto de 2009 y 23 de agosto de 2012),¹⁵⁵ los Estados Unidos (19 de agosto de 2009),¹⁵⁶ la Federación Rusa (24 de agosto de 2009),¹⁵⁷ la India (31 de agosto de 2009),¹⁵⁸ los Países Bajos (30 de septiembre de 2009),¹⁵⁹ Japón (19 de noviembre de 2009)¹⁶⁰ y Chile (25 de mayo de 2016).¹⁶¹ Dichos Estados rechazaron el reclamo argentino sobre el suelo y subsuelo marino en las áreas circundantes al continente antártico con fundamento en el artículo 4 del Tratado Antártico de 1959. Por su parte, el Reino Unido también objetó la presentación argentina en relación con las islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur e hizo reserva de su reclamo de soberanía sobre dicho territorio.

Debido al gran volumen de trabajo de la Comisión, recién se decidió el establecimiento de la subcomisión que evaluaría la presentación argentina en 2012.¹⁶² En consecuencia, Argentina solicitó a la Comisión realizar una nueva exposición sobre su presentación, en virtud del extenso periodo transcurrido desde la primera oportunidad en que lo hizo. Al respecto, el 8 de agosto de 2012, la delegación argentina reiteró ante el plenario los puntos originalmente planteados en 2009.¹⁶³ A continuación, la subcomisión inició su tarea de evaluación de la presentación argentina con la participación del equipo argentino. En el espíritu de diálogo entre la CLPC y el Estado ribereño contemplado en el Reglamento, la subcomisión pudo realizarle preguntas adicionales a la Argentina. Finalizada esa primera ronda de deliberaciones, la subcomisión postergó la reanudación de sus tareas para el siguiente año.¹⁶⁴

De ese modo, las labores de la subcomisión continuaron hasta que, a finales de agosto de 2015, aprobó por mayoría un proyecto de recomendación que fue elevado a la Comisión. En esa oportunidad, la Argentina realizó una nueva exposición antes de que se procediera a la decisión final, en la cual destacó los puntos de coincidencia y de desacuerdo entre lo planteado en su presentación

155 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/clcs_45_2009_los_gbr.pdf y https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/gbr_re_arg_2009_2.pdf.

156 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/usa_re_arg_2009.pdf.

157 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/rus_re_arg_2009.pdf.

158 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/ind_re_arg_2009.pdf.

159 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/nld_re_arg_2009.pdf.

160 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/jpn_re_arg_2009.pdf.

161 Ver en: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_09/chl_re_arg_2016_s.pdf.

162 CLCS/76, Tema 8(25-27).

163 CLCS/76, Tema 17(53-57).

164 CLCS/76, Tema 17(58).

y en el proyecto de recomendación elevado por la subcomisión. Luego, si bien la Comisión prosiguió con sus deliberaciones a puerta cerrada, resolvió aplazar la decisión para su siguiente período de sesiones, entre otras razones, por una objeción que se planteó en la CLPC respecto del margen identificado por la prueba en contrario.¹⁶⁵

En la sesión del año siguiente, el 11 de marzo de 2016, la Comisión finalmente aprobó el proyecto de recomendaciones de la subcomisión sobre la base de la presentación argentina de 2009 “en su versión enmendada”.¹⁶⁶ Sin embargo, el 28 de octubre de 2016, la Argentina realizó una nueva presentación parcialmente revisada referida a “dos puntos del límite exterior de la plataforma continental ubicados en el norte, cerca de la frontera con el Uruguay, que no figuraban en las recomendaciones (...) del 2016”.¹⁶⁷ Al igual que en 2012, la Argentina solicitó realizar una exposición sobre esa presentación ante la Comisión.

A continuación, conforme a la modalidad de trabajo adoptada por la CLPC, la presentación fue asignada a la misma subcomisión que había evaluado la presentación argentina original, la cual elevó su nuevo proyecto de recomendaciones a la Comisión menos de un mes más tarde. Como en 2015, la Argentina realizó una nueva exposición antes de que la Comisión comenzara sus deliberaciones, que luego continuaron a puerta cerrada. Finalmente, el 17 de marzo de 2017, la Comisión aprobó sus recomendaciones¹⁶⁸ con respecto a la presentación argentina parcialmente revisada.¹⁶⁹

Respecto a las objeciones de terceros Estados y de la situación de las áreas en controversia o con un *status* jurídico especial, la Comisión dejó asentadas las siguientes aclaraciones en el informe que acompaña las recomendaciones. En relación con las islas Malvinas, sostuvo que no se encontraba en posición de “(...) consider and qualify those parts of the Submission that were subject to dispute”. Además, con respecto a la Antártida, manifestó que no se encontraba en posición de “(...) consider and qualify the part of the Submission that related to the continental shelf appurtenant to Antarctica”.¹⁷⁰

165 CLCS/90, Tema 7(38-41).

166 CLCS/93, Tema 8(18-20).

167 CLCS/98, Tema 19(71).

168 El resumen ejecutivo de esas recomendaciones se encuentra disponible en: https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/arg25_rev/20170317_ARGREV_SUMREC_COM.pdf

169 CLCS/98, Tema 19(70-79).

170 Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission made by Argentina on 21 April 2009, I, párrs. 5-6.

Con estas recomendaciones, la Argentina pudo completar la primera –y más extensa– serie de requisitos que exige el derecho internacional para establecer el límite exterior de la plataforma continental de un Estado ribereño. En consecuencia, dichas recomendaciones permitieron modificar la legislación nacional para ajustar los límites del territorio marítimo de conformidad con ellas, con la excepción del área en disputa (i.e., la región correspondiente a las islas Malvinas, Sándwich del Sur y Georgia del Sur) y del sector antártico argentino, en el cual subsiste la moratoria acordada en el Tratado Antártico para los reclamos soberanos de los Estados parte de ese régimen jurídico.¹⁷¹ Como se adelantó, el ajuste de los límites de los espacios marítimos se realizó en 2020 a través de la Ley 27557, que modificó la Ley 23968 sobre las líneas de base, que constituye la norma vigente en la actualidad respecto del límite exterior de la plataforma continental argentina.

Mediante la promulgación de la Ley 27557, los límites fueron adoptados en la legislación nacional de conformidad con las recomendaciones de la CLPC. Además, entre septiembre y octubre de 2021, la Argentina realizó el depósito “en poder del Secretario General de las Naciones Unidas [de las] cartas e información pertinente, incluidos datos geodésicos, del límite exterior de su plataforma continental”.¹⁷² Posteriormente, conforme al procedimiento establecido por la CONVEMAR, el secretario general los publicó.¹⁷³ Por último, el 2 de diciembre de 2021, el secretario general comunicó a la División de Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar que la Argentina ya había realizado el depósito de los documentos correspondientes y establecido así los puntos del límite exterior de su plataforma continental más allá de las 200 M.

De esta forma, la CLPC ya ha culminado sus tareas con respecto a todas las áreas de la plataforma argentina que no están en disputa o bajo un régimen jurídico especial y el procedimiento del artículo 76 ha quedado completado. Finalmente, el límite exterior correspondiente a la zona de las islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur solo podrá establecerse una vez que se resuelva la controversia de soberanía subyacente con el Reino Unido.

171 Conforme a los terceros párrafos del artículo 2 de la Ley 25557 y del artículo 1 de la Ley 23968.

172 CONVEMAR, artículo 76, inciso 9.

173 CONVEMAR, artículo 76, incisos 9 y 84, inciso 2.

5. Reflexiones finales

Este trabajo abordó diversos aspectos jurídicos relevantes sobre la plataforma continental más allá de las 200 M. En primer lugar, se analizó la noción jurídica de la plataforma continental, incluida su extensión más allá de las 200 M. En segundo lugar, se estudió el rol de la CLPC como el órgano creado por los Estados parte de la CONVEMAR como una instancia de intermediación entre las pretensiones de los Estados ribereños y los intereses de la comunidad internacional sobre la plataforma continental más allá de las 200 M y se examinó el procedimiento para establecer el borde exterior del margen continental que los Estados ribereños deben cumplir para delimitar su plataforma continental más allá de las 200 M con efectos definitivos, obligatorios y oponibles a terceros Estados. Al respecto, se señalaron dos desafíos que enfrenta la CLPC: la relación entre su propia competencia y el rol de otros órganos respecto a la plataforma continental más allá de las 200 M y el tratamiento de las pretensiones sobre la plataforma continental más allá de las 200 M en zonas en disputa. Finalmente, en tercer lugar, se detalló el procedimiento seguido por la Argentina para delimitar sus espacios marítimos: desde la creación de un órgano especializado para elaborar la presentación para la CLPC y los pasos concretos para obtener una recomendación favorable hasta la sanción de la ley que establece el límite exterior de la plataforma continental argentina y el depósito de las cartas correspondientes ante el secretario general.

Así, en este artículo se ha expuesto cómo ha evolucionado la comprensión de la plataforma continental como un espacio marítimo delimitable jurídicamente y las consecuencias de esa conceptualización, tanto para el Estado ribereño como para el resto de la comunidad internacional. En ese sentido, se ha puesto de manifiesto de qué modo la noción jurídica de plataforma continental siempre ha estado fuertemente condicionada por su comprensión científica. Asimismo, los casos planteados a los tribunales internacionales han permitido identificar y precisar los elementos concretos que componen dicha noción jurídica. Al respecto, el análisis de las sentencias y los laudos de tribunales internacionales ha servido para entender cómo se ha desarrollado y decantado de una manera coherente una jurisprudencia uniforme en torno al concepto de la plataforma continental, que considera los conocimientos y avances científicos y, al mismo tiempo, resguarda la preponderancia de sus aspectos jurídicos como los más relevantes para la delimitación marítima y el derecho del mar.

De este modo, se ha destacado la importancia del artículo 76 de la CONVEMAR en la medida en que provee una definición básica que permitió alcanzar

un consenso entre todos los Estados parte y que, al mismo tiempo, otorga flexibilidad para completar y adaptar los confines de la definición de acuerdo a los nuevos conocimientos y avances tecnológicos que surgen.

En paralelo, las presentaciones que ha recibido la CLPC han permitido establecer estándares, prácticas y pautas de interpretación que han ayudado a dar mayor claridad al régimen jurídico de la plataforma continental más allá de las 200 M y sus alcances. Evidentemente, la aplicación de normas generales a casos concretos permite generar un acervo de interpretaciones que completan los vacíos, lagunas y oscuridades del artículo 76 de la CONVEMAR y de las demás normas referidas a la plataforma continental más allá de las 200 M.

En esa medida, la creación de la CLPC ha sido muy valiosa para encontrar un equilibrio entre la explotación de la plataforma continental y sus recursos por parte de los Estados ribereños y los intereses del resto de la comunidad internacional sobre estos últimos. Es de destacar que la Comisión ha logrado adaptarse a los desafíos que han surgido durante su funcionamiento y ser un órgano al cual los Estados efectivamente recurren y cuyos procedimientos respetan y siguen para proceder a la delimitación de sus plataformas continentales.

En cuanto a esto, la canalización del proceso de determinación del límite exterior de las plataformas continentales de los Estados parte de la CONVEMAR en la CLPC ha sido positiva para conciliar los intereses de los Estados ribereños y los de la comunidad internacional. Esa gestión pacífica de cuestiones potencialmente controversiales ha asegurado un régimen jurídico de gran alcance y precisión, que facilita las interacciones entre Estados y disminuye las incertidumbres que puedan generar disputas.

Por su parte, la COPLA ha logrado cumplir su objetivo principal. A pesar de las dificultades que se le presentaron a lo largo de los años –tales como la insuficiente capacidad tecnológica del país, las crisis económicas que amenazaron y condicionaron en cierta medida los avances de la presentación, los vaivenes en materia de política y de estrategia nacionales y un plazo límite que parecía muy breve para la magnitud de las tareas que exigía la gran extensión de la plataforma continental–, pudo realizar una presentación completa y obtener una recomendación favorable en todas las zonas de la plataforma continental argentina, salvo en aquellas en las que por el momento no es posible hacerlo porque se encuentran en disputa (en la zona de la plataforma que corresponde a las islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur) o donde los reclamos de soberanía se encuentran suspendidos temporalmente (en la zona regulada por el Tratado Antártico).

De este modo, se hace evidente que el entramado jurídico que regula la plataforma continental más allá de las 200 M es valioso porque brinda certeza jurídica y permite organizar efectivamente las actividades de los sujetos de derecho internacional en esta área sumamente específica del espacio marítimo, disminuyendo así potenciales situaciones de conflicto y promoviendo la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad internacional.

Bibliografía

- Allott, P. (1983). The Power Sharing in the Law of the Sea. *The American Journal of International Law*, 77(1), 1-30.
- Armas Pfirter, F. (2010). Submissions on the Outer Limit of the Continental Shelf: Practice to Date and Some Issues of Debate. En Vidas, D. (Ed.), *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation* (pp. 477- 498). Martinus Nijhoff Publishers.
- Armas Pfirter, F. (2012). El límite exterior de la plataforma continental. La presentación argentina y algunos aspectos de la práctica seguida hasta la fecha. En Gutiérrez Posse, H. (Coord.), *Derecho Internacional Público* (pp. 217-247). Abeledo Perrot.
- Armas Pfirter, F. (2019). La plataforma continental y su límite exterior. Audiovisual Library of International Law. Codification Division, Office of Legal Affairs. United Nations.
- Armas Pfirter, F. (2020). Sesión académica de derecho internacional público: Importancia para la Argentina de la demarcación de la plataforma continental. Pontificia Universidad Católica Argentina. <https://www.youtube.com/watch?v=pgJ9guO3q2E&t=1122s>.
- Carleton, C. M., Shipman, S., Monahan, D. y Parson, L. (2000). The Practical Realization of the Continental Shelf Limit. En Cook, P. y Carleton, C. (Eds.), *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface* (pp. 268-281). Oxford University Press.
- Cavnar, A. (2009). Accountability and the Commission on the Limits of the Continental Shelf: Deciding Who Owns the Ocean Floor. *Cornell International Law Journal*, 42(3), 387-440.
- Churchill, R. R. y Lowe, A. Y. (2010). *The Law of the Sea*. Manchester University Press.
- Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental. (2009). *Presentación Argentina del Límite Exterior de la Plataforma Continental*.
- Commission on the Limits of the Continental Shelf. (1999). *Scientific and Technical Guidelines of the Commission on the Limits of the Continental Shelf*, CLCS/11/Add. 1.
- Commission on the Limits of the Continental Shelf. (2008). *Rules of Procedure of the Commission on the Limits of the Continental Shelf*, CLCS/40, 2004; CLCS/40/Rev.1.
- Commission on the Limits of the Continental Shelf. (2010). *Statement by the Chairperson of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the progress of work in the Commission*, CLCS/68.
- Commission on the Limits of the Continental Shelf. (2016). *Summary of Recommendations*

- of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Submission Made by Argentina on 21 April 2009, Approved by the Commission, with amendments, on 11 March 2016.
- Commission on the Limits of the Continental Shelf. (2017). Summary of Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf in regard to the Partial Revised Submission Made by Argentina on 28 October 2016, Approved by the Commission, with Amendments, on 17 March 2017.
- Cook, P. y Carleton, C. (2000). *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface*. Oxford University Press.
- Godio, L. M. A. (2020). La plataforma continental argentina y su nuevo límite exterior. Algunas precisiones necesarias para la comprensión de la ley 27.557. *Revista Anales de Legislación Argentina*, LXXX(11), 30-47.
- Hein, J., Koschinsky, A. y Kuhn, T. (2020). Deep-ocean polymetallic nodules as a resource for critical materials. *Nature Reviews Earth & Environment*, 1, 158-169.
- Henkin, L. (1969). International Law and “the Interests”: the Law of the Seabed. *AJIL*, 63(3), 504-510.
- Hight, K. (1989). Whatever Became of Natural Prolongation? En Dallmeyer, D. y DeVorse, L. (Eds.), *Rights to Oceanic Resources. Deciding and Drawing Maritime Boundaries* (pp. 87-100). Martinus Nijhoff Publishers.
- Jares, V. (2010). The Work of the Commission on the Limits of the Continental Shelf. En Vidas, D. (Ed.), *Law, Technology and Science for Oceans in Globalisation* (pp. 449-475). Martinus Nijhoff Publishers.
- Jensen, Ø. (2014). The Commission on the Limits of the Continental Shelf. Brill Nijhoff.
- Jiménez García-Carriazo, A. (2017). La ampliación de la plataforma continental en el Atlántico Sur: el enfrentamiento marítimo entre Argentina y Reino Unido. *Revista de Estudios Jurídicos*, (17), 2-21. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/3705>.
- Jiménez García-Carriazo, A. (2018). The Commission on the Limits of the Continental Shelf: Approach to Scientific and Legal Aspects of Coastal States’ Submissions. *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, XXXVI.
- Kingsford, M. J. (12 de noviembre de 2018). Marine ecosystem. *Encyclopedia Britannica*.
- Kunoy, B. (2012). The Terms of Reference of the Commission on the Limits of the Continental Shelf: A Creeping Legal Mandate. *Leiden Journal of International Law*, 25(1), 109-130.
- Macnab, R. (2000). Initial Assessment. En Cook, P. y Carleton, C. (Eds.), *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface* (pp. 253-267). Oxford University Press.
- Macnab, R. (2004). The Case for Transparency in the Delimitation of the Outer Continental Shelf in Accordance with UNCLOS Article 76. *Ocean Development & International Law*, 35(1), 1-17.
- Magnússon, B. (2015). The Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles. Brill Nijhoff.
- McDorman, T. (2002). The Role of the Commission on the Limits of the Continental Shelf: A Technical Body in a Political World. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 17(3), 301-324.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. (2017). El margen continental argentino: entre los 35° y los 55° en el contexto del artículo 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental.

- Mouton, M. W. (1952). *The Continental Shelf*. Martinus Nijhoff.
- Murton, B. (2000). A Global Review of Non-Living Resources on the Extended Continental Shelf. *Brazilian Journal of Geophysics*, 18(3), 281-306.
- Naciones Unidas. (1982). Acta Final de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Document A/CONF.62/121, 1982. https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/acta_final_esp.pdf.
- Nelson, L. (1998). Claims to the Continental Shelf Beyond the 200-mile Limit. En Götz, V., Selmer, P. y Wolfrum, R. (Eds.), *Liber amicorum Günther Jaenicke* (pp. 573-588). Springer.
- Nelson, L. (2002). The Continental Shelf: Interplay of Law and Science. En Ando, N., McWhinney, E. y Wolfrum, E. (Eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda* (pp. 1235-1253). Kluwer Law International.
- Oude Elferink, A. (2009). The Establishment of the Outer Limits of the Continental Shelf Beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State: the Possibilities of Other States to Have an Impact on the Process. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 24, 535-556.
- Oude Elferink, A. (2013). Commission on the Limits of the Continental Shelf. MPEPIL.
- Prescott, V. (2000). Resources of the Continental Margin and International Law. En Cook, P. y Carleton, C. (Eds.), *Continental Shelf Limits: The Scientific and Legal Interface* (pp. 64-83). Oxford University Press.
- Riddell-Dixon, E. (2014). The seven-decade quest to maximize Canada's continental shelf. *International Journal*, 69(3), 422-443.
- Rothwell, D. R. (2008). Issues and Strategies for Outer Continental Shelf Claims. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 23, 185-211.
- Stoll, P. (2008). Continental Shelf. MPEPIL.
- Suárez, S. (2008). *The Outer Limits of the Continental Shelf. Legal Aspects of their Establishment*. Springer.
- Suárez, S. (2010). Commission on the Limits of the Continental Shelf. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14, 131-168.
- Subedi, S. (2011). Problems and Prospects for the Commission on the Limits of the Continental Shelf in Dealing with Submissions by Coastal States in Relation to the Ocean Territory beyond 200 Nautical Miles. *International Journal of Marine and Coastal Law*, 26, 413-431.
- Sverdrup, K. y Armbrust, E. (2008). *An Introduction to the World's Oceans*. McGraw-Hill.
- Tanaka, Y. (2015). *The International Law of the Sea*. Cambridge University Press.
- Treves, T. (2015). International Courts and Tribunals and the Development of the Law of the Sea in the Age of Codification. En Del Castillo, L. (Ed.), *Law of the Sea, From Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea: Liber amicorum Judge Hugo Caminos* (pp. 77-88). Brill.
- Vernet, P. (2015). La Plataforma Continental. En González Napolitano, S. (Coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (pp. 605-619). Erreius.
- Vitzthum, W. (2008). International Seabed Area. MPEPIL.
- Willetts, P. (2016). Delimitation of the Argentine Continental Shelf. South Atlantic Council. Occasional Paper No. 14. <http://www.staff.city.ac.uk/p.willetts/SAC/OP/OP14UPDT.PDF>.
- Wolfrum, R. (2006). The Role of International Dispute Settlement Institutions in the Delimitation of the Outer Continental Shelf. En Lagoni, R. y Vignes, D. (Eds.), *Maritime Delimitation* (pp. 27-40). Martinus Nijhoff Publishers.

- Young, R. (1948). Recent Developments with Respect to the Continental Shelf. *AJIL*, 42(4), 849-857.
- Yu, J. y Ji-Lu, W. (2011). The outer continental shelf of coastal states and the common heritage of mankind. *Ocean Development and International Law*, 42(4), 317-328.

Legislación citada

- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. (1982).
 Geneva Convention on the Continental Shelf. (1958).
 Ley 23968 de Líneas de Base de la República Argentina, BO 05/12/1991.
 Ley 24815 de Creación de la Comisión Nacional del Límite Exterior de la Plataforma Continental, BO 25/05/1997.
 Ley 27557 de modificación de la Ley 23968, BO 25/08/2020.

Jurisprudencia citada

- Affaire de la délimitation des espaces maritimes entre le Canada et la République française, Décision du 10 juin 1992, RIAA, v. XXI, p. 265-341.
- Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them, Decision of 11 April 2006, RIAA, v. XXVII, p. 147-251.
- International Court of Justice, Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Judgment, ICJ Reports 1985, p. 13.
- International Court of Justice, Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, ICJ Reports 1982, p. 18.
- International Court of Justice, Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2017, p. 3.
- International Court of Justice, North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, p. 3.
- International Court of Justice, Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016, p. 100.
- International Court of Justice, Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, ICJ Reports 2007, p. 659.
- International Court of Justice, Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 624.
- International Tribunal for the Law of the Sea, Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, Case No. 16, 2012.
- International Tribunal for the Law of the Sea, Dispute Concerning the Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, Case No. 23, 2017.
- Permanent Court of Arbitration, Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India, Award 7 July 2014.

ANÁLISIS, CRÓNICAS Y COMENTARIOS

ACERCA DE LA CONTRATACIÓN

Mariano Gagliardo

Abogado

estudio@glc-abogados.com.ar

Resumen

En el presente texto se analiza cómo las reglas del contrato se han expandido en el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación, abarcando otras regulaciones que exceden a las relaciones exclusivamente patrimoniales o creditorias que se contemplaban en la normativa derogada antes de la unificación de las materias civil y comercial.

Palabras clave: contrato, regulación, relaciones patrimoniales, Código Civil y Comercial de la Nación, unificación.

About the Contract

Abstract

This text analyses how contract rules have expanded in the regime of the Civil and Commercial Code of the Nation, covering other regulations that exceed the exclusively patrimonial or credit relationships that were contemplated in the regulations repealed before the unification of civil and commercial matters.

Key words: contract, regulation, property relations, Civil and Commercial Code of the Nation, unification.

1. Introducción

El Código de Vélez Sarsfield define “contrato” como el acuerdo de varias personas sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos. Hoy, este término tiene una diversa expresión legal.

En el régimen actual, el art. 957 señala que “el contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más personas manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. En

ambos ordenamientos –el abrogado y el actual– y con variaciones, resulta una de las especies dentro del género “acto o negocio jurídico”.

La clásica concepción del contrato regula de un modo inmediato o directo las relaciones jurídicas patrimoniales obligacionales, es decir, las propias del derecho creditorio. Sin embargo, nuevos cauces doctrinarios y legales denotan que las ideas precedentemente citadas han evolucionado y van más allá de las clásicas fronteras del contrato, asignándole a esta relación jurídica jerarquía y relevancia trascendente. De manera que los preceptos relativos a los “contratos en general”, núcleo específico de dichas relaciones jurídicas, se irradian en variados tratamientos jurídicos a lo largo de la legislación unificada civil y comercial.

En nuestras consideraciones, la teoría general del contrato tiene su importancia porque existen elementos que son comunes a todos y se particularizan en los aspectos estructurales de la referida relación jurídica.

Como inicio se dirá que el art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación vigente (en adelante, CCCN), siguiendo lo que disponía el art. 902 del régimen abrogado, establece una regla de conducta que las partes deben seguir para que su proceder –consentimiento– no sea producto de la ligereza y predomine antes de la celebración. Dice el precepto citado:

Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

También debe tenerse en cuenta el art. 1728 del Código citado, que alude a la previsibilidad contractual y considera que “[e]n los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración”.

Por ello, resulta indispensable que los contratantes tengan conocimiento completo del acto jurídico que formalizarán, pues la diversidad de modalidades contractuales de la época denota la mayor certeza a fin de evitar la frustración del contrato.

El art. 958, por su parte, dispone la libertad de las partes para celebrar

contratos y determinar su contenido, dentro de los límites de la ley, del orden público, de la moral y de las buenas costumbres.

Repárese en que las convenciones particulares entre los contratos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 12 del CCCN).

Por último, en esta breve reseña se dirá que los contratos forman parte del derecho de propiedad (art. 965 del CCCN y art. 17 de la Constitución Nacional).

Limitando nuestra exposición, excluimos la consideración de importantes contratos contemplados en leyes especiales que, asimismo, configuran nuestra legislación unificada: por ejemplo, lo relativo al contenido de la Ley General de Sociedades Comerciales, la Ley 17418 de Seguros, la Ley 20094 de la Navegación y sus matices contractuales, etcétera.

En aras de un mejor orden expositivo, he numerado los temas a los que me referiré, comentando que, en razón de tiempo y selección a mi parecer de las figuras a comentar, sólo aludiré a grandes rasgos a ciertos institutos, los que, claro está, no contemplan un análisis exhaustivo.

2. Las áreas o institutos alcanzados por la teoría general del contrato

2.1 Derecho de familia

La primera consideración a efectuar se ubica en el derecho de familia, disciplina en la que se ha desarrollado una interesante investigación que versa sobre “la contractualización del derecho de familia” (Medina, 2020, pp. 69 y ss.), en la que se remarca una mayor apertura a la regulación de las relaciones de los miembros que la integran en función de la autonomía de la voluntad.

Sin agotar el tema tratado, en éste –entre otros temas– se alude a los convenios relativos a las relaciones entre padres e hijos, convenios patrimoniales en la pareja, etcétera. En particular, es en el matrimonio civil donde se encuentra la esencia de un acto jurídico bilateral, aunque de manera literal no encuadra en el contexto del art. 957 debido a la inexistencia en el acto de celebración del matrimonio de un objeto de índole patrimonial, tal la exigencia de la norma antes citada.

No obstante, se argumenta (Barbero, 1991, pp. 122 y ss.) que si bien en la forma en la que se encuentra legislado el matrimonio –debido a los efectos personales de la institución, no susceptibles de apreciación pecuniaria–, las reformas legales lo han llevado a que se parezca cada vez más a un contrato, considerándose que la institución se halla en curso o rumbo de llegar a serlo en el futuro.

Mientras tanto, digamos que se trata de una convención

2.2 Matrimonio civil

A propósito del matrimonio civil, bajo la óptica de una convención, es esta la génesis de la llamada “sociedad conyugal”, también nombrada “comunidad conyugal”. Es que quienes la constituyen son la causa jurídica de la sociedad de cónyuges. Y todo matrimonio, en la esfera jurídica, suscita dos órdenes de relaciones entre ellos: las personales, las cuales se refieren tanto a los deberes de cohabitación, fidelidad, asistencia y alimentos como a las instituciones, que con el nombre de “divorcio”, “separación legal” o “separación de cuerpos” atenúan, suspenden o hacen cesar esos deberes, o algunos de ellos; y las patrimoniales, cuyo significado, alcance e intensidad recíprocos dependen de las leyes constitutivas del régimen que les es propio.

A partir del régimen de la Ley 26994, el principio de la autonomía de la voluntad -libertad negocial y poder dispositivo- de los cónyuges encuentra en la nueva regulación un adecuado andamiaje, donde los interesados pueden optar entre el régimen de comunidad de bienes (art. 436 del CCCN) o bien por el régimen de separación de bienes (art. 505 del CCCN), cada uno de los cuales tiene su propia normativa.

El régimen del sistema de comunidad de bienes es voluntario o bien, “a falta de opción hecha en la convención del matrimonio” o en ausencia de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos al régimen de comunidad de ganancias.

Respecto a las mutaciones de sistemas, no puede acordarse que la comunidad comience antes o después, salvo el cambio de régimen matrimonial por convención de cónyuges y en tiempo adecuado. Acorde al art. 449 del CCCN (Modificación de régimen), después de la celebración del matrimonio, el régimen patrimonial puede modificarse por convención de los cónyuges.

Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal mediante escritura pública. Para que el cambio de régimen produzca efectos respecto a terceros, debe anotarse en el acta de matrimonio.

Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un año a contar desde que lo conocieron.

2.3 Contrato de mandato

Una hipótesis contractual que ha sido admitida por el Código unificado es la celebración entre los cónyuges del contrato de mandato en virtud del cual uno de los esposos puede darle al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento que requiere la ley. Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

Es de señalar que los cónyuges pueden conferir mandato a favor de terceros para la administración de sus bienes.

Por prescripción legal, si uno de los cónyuges administra los bienes del otro sin mandato expreso, se aplican las normas del mandato o de la gestión de negocios, según sea el caso.

En otra perspectiva, la Ley 26994 que reformó el régimen societario, en particular el art. 27, posibilita que los cónyuges puedan ser socios de cualquier tipo societario. Corolario de ello, si los esposos fueran socios de una entidad de tipo personalista y, eventualmente, uno de ellos ejerciera la administración, comprometería la responsabilidad y el patrimonio personal del otro a raíz de la responsabilidad ilimitada y solidaria asumida.

2.4 Herencia futura

Los pactos sobre herencia futura eran fulminados en el Código de Vélez Sarsfield, acorde al art. 1175, aunque bajo dicho régimen existían excepciones de especie a esa prohibición (Guastavino, 1968).

La restricción abarca todo género de operaciones sobre la universalidad de la sucesión futura, aún respecto de los bienes particulares comprendidos en ella; de manera que sería ineficaz tanto el contrato por el cual una persona negociara sobre la herencia de su ascendiente como aquel que recayera sobre un bien que hubiera de corresponderle una vez fallecido aquél.

De manera que los recaudos para que exista pacto sobre herencia futura son: a) que se celebre en previsión de una sucesión no abierta todavía y no fallecido el supuesto causante; b) que el objeto del contrato forme parte de esa sucesión o que el pacto se refiera a la universalidad o a una fracción de ella; c) que el contrato se realice en virtud de un derecho hereditario y no a título de crédito u otra clase.

El promitente, por ejemplo, debe transmitir la cosa objeto del contrato en virtud de un derecho hereditario sobre ella. Si las cosas o derechos objeto del con-

trato no han sido consideradas como objetos hereditarios futuros y si aquel que contrata en relación con ellas no actúa como causante o como heredero con derecho eventual a ellos, no habrá estrictamente un contrato sobre herencia futura.

Las precedentes consideraciones se formulan en el art. 1010, 1º ap. del CCCN al decir que “la herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares...”.

Demás está decir que el tema es delicado y me anticipo a eventuales observaciones, pues no caben otras consideraciones más que las reseñadas y, salvo un caso específico que se suscitare, no son conducentes comentarios en abstracto.

Las vacilaciones e interrogantes que al derecho le producen los pactos sucesorios –son los permitidos– no se limitan a afrontar la cuestión de su andamiaje, sino que lo que configura un verdadero laberinto es la naturaleza y construcción del pacto sucesorio y, en particular, sus efectos.

Quedan exceptuados de la limitación

los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros. (Art. 1010)

Por lo demás, si se admite –lo que es dudoso– que esta especie de pacto sucesorio pueda convenirse a título oneroso imponiendo contraprestaciones actuales al instituido, no cabe duda de que el pacto empieza a producir algunos de sus efectos en vida “del de cujus” y, por lo tanto, parece que deben de ser calificados de actos *inter vivos* y no *mortis causa*.

La buena respuesta a estos interrogantes es que esta modalidad de pacto sucesorio es una unidad, cuyos rasgos no permiten fraccionarlo.

Esta excepción, además, plantea la cuestión de la eficacia de los pactos sucesorios convenidos por los eventuales herederos sobre la herencia aún no deferida del causante mientras este vive.

Surge la cuestión ante un hipotético pacto que estuviese en contradicción con actos jurídicos válidamente realizados por el titular de los derechos –futuro causante–, sean actos entre vivos o disposiciones *mortis causa*. No se duda de que los actos del titular prevalecen sobre dichos pactos. La esfera para meditar

lo es para acuerdos de sus eventuales herederos, que está subordinado a que el causante titular de los derechos y legitimado pueda decidir de manera efectiva, ya sea por contrato o bien por vía testamentaria.

El pacto o contrato aludido deberá configurarse entre quien será el causante de la sucesión y los legitimarios, debiendo tenerse en cuenta que los bienes gananciales que pertenezcan al cónyuge superviviente no deberían ser objeto de tal acuerdo.

En esta modalidad, todo parece indicar que sobrevuelan las vaguedades e imprecisiones que caracterizan la materia de los pactos sucesorios, con una inclinación a no considerar como tales más que los concertados a título gratuito. Resultaría así que para poder admitir como pacto sucesorio una determinada convención, sería trascendente que en ella se apreciase como carácter dominante el ánimo de liberalidad.

Por lo demás, se entiende que el pacto sucesorio le confiere al instituido un verdadero derecho –bien que sobreviva al instituyente– sobre el patrimonio de éste: como tal, el derecho condicional es cesible y no priva al *de cujus* de su capacidad para disponer de bienes determinados por actos entre vivos, aunque sí le impide revocar unilateralmente el pacto, ya sea testando o concertando con otra persona un nuevo pacto sucesorio. No obstante, parece que el instituido podrá adoptar medidas cautelares contra los actos del instituyente cuando deliberadamente estén encaminados a perjudicar al instituido.

2.5 Partición por donación

A raíz de lo expuesto, una aplicación del instituto que se señaló (herencia futura) se encuentra en la partición por donación, acto por el cual un ascendiente procede por sí mismo a la partición de sus bienes hereditarios entre los descendientes, fijando de manera anticipada el lote o hijuela de cada heredero.

Se trata de un contrato *inter vivos* de índole compleja con alcances traslativos, cuyos efectos y finalidad se difieren al momento de deceso del causante.

Se ha dicho de este instituto que, aún de escasa utilización, tiene innegables ventajas, especialmente al permitir que el jefe de familia prevea el desarrollo para después de su deceso de las distintas empresas a las que puede estar vinculado, colocándolas en mejores condiciones para lograr un óptimo rendimiento.

La figura es de interés, pues en lo formal es un contrato de donación y una partición en lo sustancial. Es un pacto distributivo; se celebra en previsión de una sucesión todavía no abierta. El objeto del acto forma parte de esa sucesión

futura y se realiza en función de un derecho hereditario presuntivo. Y si, en efecto, el donante luego del acto adquiere otros bienes, esa circunstancia en nada altera el acto anterior que hubiera sido aceptado. La causa eficiente es la división por la cual el ascendiente ha repartido sus bienes a sus descendientes.

Dado que es una partición definitiva de todos los bienes presentes y necesariamente debe pasar la propiedad de las cosas donadas a sus herederos, no puede imponer condición alguna que signifique una restricción a la transmisión de la propiedad que se opera por la división, sirviéndole de medio a la donación.

Una síntesis legal que hace a la conformación de la figura es que resulta una donación y, así, transfiere de manera irrevocable el dominio a los donatarios, requiriendo la expresa aceptación del beneficiario –o beneficiarios– de la liberalidad.

La aceptación viene impuesta por el art. 1542 del CCCN, en cuanto es un recaudo de la donación.

En la institución que se considera, deben tenerse en cuenta dos datos relevantes: a) mientras el donante-partidor viva, sus descendientes son meros donatarios y no cabe que sean considerados como herederos; b) la liberalidad abarca el segmento que constituye la legítima de los descendientes, más si cabe la colación del ascendiente al hacer la partición respecto de los “bienes que anteriormente haya donado y sean susceptibles de colación” (art. 2413 del CCCN), pues, de lo contrario, la modalidad que se considera sería una excelente oportunidad para mejorar a descendientes predilectos.

En la partición por donación, debe tenerse en cuenta que el ascendiente debe colacionar a la masa las donaciones que hubiera realizado a sus descendientes con anterioridad y resulten susceptibles de colación. De allí que en esta figura no se reconozca a los descendientes donatarios la acción de colación. Cuando se trata de esta institución, el ascendiente podrá dividir sus bienes entre sus descendientes que son sucesores particulares; si bien cabe la estipulación de mejora, deberá expresar su voluntad.

El acto es susceptible de impugnación por los coherederos cuando, por medio de este, se haya vulnerado la porción legítima.

La partición conlleva: a) que debe ser aceptada por todos los descendientes; la ausencia de una de ellos, invalida el acto en cuanto partición, aun cuando valgan la o las donaciones que otros descendientes hubiesen aceptado, aunque estas liberalidades separadas estarán sujetas a colación; b) quien efectúa la partición debe ser propietario y deja de serlo con el acto; y c) la partición transmite de manera irrevocable la propiedad de los bienes a los donatarios, aunque el donante puede reservarse el usufructo o pactar una renta vitalicia.

2.6 Transacción

La transacción en el Código de Vélez Sarsfield era considerada como una modalidad extintiva de las obligaciones. No obstante, ello motivó distintas opiniones que le atribuían carácter contractual o bien le negaban tal esencia.

A propósito del tema, Lafaille (1926, p. 351, n° 711), entre otros, opina que se denomina “contrato” a aquellos acuerdos que crean obligaciones, pero como la transacción no origina las obligaciones a las que se refiere, no es un contrato, sino un acto extintivo de obligaciones.

Nos parece que la observación que niega la esencia contractual de la figura comentada es limitar el concepto del instituto e incursionar en cuestiones que no clarifican, sino que confunden. Además, el objetivo de la transacción es transformar un estatus jurídico inseguro por otro seguro mediante el cambio de prestaciones – equivalentes o no–; sobre el particular, el superado art. 832 utilizaba una expresión más amplia que la de “contrato”,¹ preferida por muchas legislaciones. Sin embargo, *stricto sensu*, la denominación “transacción” debe ser reservada para los acuerdos de voluntades que dan nacimiento a derechos creditorios, o sea, para los que provocan un efecto opuesto al propio de la transacción, que es extintivo y no creador de derechos.

La cuestión no es sencilla pues, a veces, la transacción bajo la misma forma del acto no se limita a la extinción de obligaciones litigiosas o dudosas, sino que, al mismo tiempo, crea obligaciones nuevas, mas la yuxtaposición no afecta la ontología de la transacción.

Asimismo, se sostiene que la transacción es un modo, un instrumento de composición de controversias jurídicas y, a través de ella, las partes zanján sus situaciones conflictivas mediante recíprocos actos de abdicación de sus pretensiones originarias en cuestiones dudosas o que están sometidas a litigio, al tiempo que otorgan certidumbre a sus derechos y deberes, con indudable beneficio tanto desde la perspectiva económica como desde la jurídica.

Con motivo de la índole contractual del citado contrato, resultado así previsto en el Código unificado, subsiste la idea de Bibiloni (1929, p. 340) en el sentido de que la transacción no se limita a extinguir obligaciones, siendo extensible a cualquier clase de derecho patrimonial, aunque no sean de obligación: se transige sobre cuestiones de reivindicación, de prenda, hipoteca, de cualquier litigio sobre derechos patrimoniales vinculados con las cuestiones de estado. Lo antes dicho se aplica a la reparación sobre daños eventuales y es facti-

1 Acto jurídico bilateral.

ble transigir sobre derechos condicionales, en atención a que la incertidumbre es un derecho que, en cierto modo, existe desde ya y es susceptible de llegar a constituir un derecho perfecto.

Conceptualmente, la transacción puede consistir en un dar, hacer o no hacer alguna cosa frente a la otra.

La noción de transacción conlleva recíprocas concesiones, es decir, sacrificios recíprocos: el acreedor consiente recibir una parte de su pretensión a cambio de abandonar remunerar a la otra lo que hubieran acordado, de manera que el consenso debe coincidir con una mutua compensación.

Por “recíprocas concesiones” se entiende el que una parte sacrifica su derecho con la pretensión o negación, o, en otras palabras, que la exigencia de la subordinación total del interés ajeno afirmada en la pretensión se sacrifica parcialmente y viceversa; también se priva la exigencia de la total libertad de cualquier obligado, afirmada en la negación de aquella.

Debe señalarse que la transacción es de interpretación restrictiva y, en ciertos supuestos, el análisis de la cuestión debe ser meduloso para evitar equívocos. Así, no pueden configurarse como una transacción aquellos casos en los que el acreedor abona una parte del precio de la cosa al deudor o consiente recibir una prestación diversa, pues, además de no existir incerteza ni litigio en la relación, falta el recaudo de las recíprocas concesiones al no haber, al mismo tiempo, sacrificio por parte del acreedor ni sacrificio del deudor, sino que éste únicamente deriva en ventajas. O bien el acuerdo mediante el cual el vendedor se obliga a reducir su crédito a condición de que el comprador pague en una fecha determinada la suma residual.

Cabe señalar algunas notas que, en ciertas oportunidades, sobresalen en la transacción. Una es que, de manera usual, se dice que es bilateral, lo que se desvirtúa cuando comparecen varias partes: es una relación sui generis la que se produce entre la antigua y la nueva situación: el negocio que se concluye con la transacción está perfectamente diferenciado del anterior, a pesar de que, al mismo tiempo, guardan una íntima conexión en cuanto a que el negocio de transacción tiene causa y razón de ser en la relación anterior, sin la cual carece de fundamento: incide sobre esta y crea un vínculo de acatamiento a la nueva decisión.

Sin que ello agote el inventario de supuestos, es necesario que cada uno de los contratantes reduzca y sacrifique en favor de la otra parte una de sus exigencias a cambio de recibir una parte de aquello que es objeto del litigio, de manera que su consentimiento debe coincidir con una mutua compensación. Ello significa, por lo tanto, que en la transacción cada una de las partes debe

ceder algo de sus derechos. Las recíprocas concesiones son una la causa de la otra, de tal forma que estos sacrificios que hacen cada uno de los contratantes se convierten en el objeto de cada una de las obligaciones que produce.

Por lo demás, cuando se caracteriza a la transacción como contrato bilateral, no se requiere aludir a un contenido de objetivo material dentro de los sacrificios, sino que bastará con la renuncia a presuntas posiciones. Es que la concesión hecha por una de las partes puede consistir también en una alteración de la relación jurídica, por ejemplo, en una espera o en la concesión de pagos parciales, en la reducción del tipo de interés, en atribuir un derecho a resolver, mientras que, por la otra parte, se emite una promesa o reconocimiento de deuda que signifique una seguridad para el contrario.

Otro rasgo de la transacción es que resulta esencial la existencia de obligaciones mutuas, justificándose las concesiones de una parte en las realizadas por la otra, puesto que si no se recibiera nada en compensación o a cambio de lo que cada una de las partes cede para conseguir su fin, estaría ausente la reciprocidad de las prestaciones, dato esencial en la transacción.

En otra perspectiva, es generalmente admitida la clasificación de los contratos onerosos en aleatorios y conmutativos, en función de la certidumbre o incertidumbre del resultado económico. Así, el contrato será conmutativo cuando el equivalente a recibir esté perfectamente determinado desde la conclusión del contrato y sea pecuniariamente apreciable, es decir, cuando cada contratante sea afectado por un sacrificio patrimonial para procurarse una ventaja, conociendo en el momento de la formación del contrato las respectivas prestaciones; y aleatorio cuando en el momento de la celebración del contrato quede pendiente un acontecimiento incierto, de lo que se deriva un riesgo de ganancia o pérdida sobre el resultado económico del contrato; integra así el alea, o incertidumbre de la propia causa de la obligación.

Sin embargo, la transacción no produce siempre ventajas ciertas y evidentes. En algunos supuestos, la ventaja que los contratantes logran suele depender de un hecho contingente y entonces será el contrato exclusivamente aleatorio, mientras que otras veces pueden dejar perfectamente definidos los derechos y, en tal caso, el contrato será exclusivamente conmutativo. Los dos caracteres del contrato dependerán de las prestaciones impuestas a cada parte. Será conmutativo si, atendiendo al momento en el que se hace la convención, cada uno de los contratantes se procura una ventaja cierta y cree dar el equivalente a lo que recibe. Un ejemplo sería el siguiente: Pablo reivindica un inmueble de Pedro, quien lo detenta. Con motivo de una transacción, renuncia a seguir la acción

siempre que Pedro le pague cierta cantidad, que se obliga a pagar durante la vida de Pablo; se estará ante una transacción aleatoria, pues, en el momento en el que se concluye la convención, hay imposibilidad absoluta de apreciar las ventajas que cada uno de los contratantes puede recibir en razón de lo que pueda vivir Pablo.

La transacción sobre cosa ajena no resulta factible y sería nula por falta de causa, puesto que, no teniendo ninguna de las partes la titularidad de la cosa o derecho y no siendo en consecuencia posible que en relación con ella exista litigio o controversia entre estas, de transacción no cabe hablar.

Cabe considerar en la transacción la viabilidad de incluir cualquier derecho, sus modalidades, validez o bien su extensión. Es decir, sacrificios mutuos que pueden traducirse en un contenido de lo más heterogéneo: cosas, promesas, renunciaciones o retenciones de derechos e, inclusive, abarcar algo –bien o cosa– que no sea objeto del litigio. En este último sentido, y respecto del contrato considerado, cabe su configuración traslativa o declarativa a raíz de prestaciones extrañas –o ajenas– que hacen al cumplimiento de la convención: lo sacrificado es un derecho distinto del controvertido, precisando la fuente en donde tal situación se asienta o de donde proviene.

Es decir, es posible que las partes utilicen como instrumento de concordia el reconocimiento de una pretensión a cambio de cosas o derechos extraños al conflicto, en suma, bienes que no formaron parte del litigio. Se materializa esta especie de transacción a través de la renuncia a una pretensión en favor de la otra parte, la cual, en contrapartida, obliga a realizar una prestación.

Demás está decir que renuncia y reconocimiento se correlacionan con la transacción, pues la figura citada las contiene. Sin embargo, de manera aislada contienen rasgos que hacen al distingo de las referidas. Renuncia y reconocimiento fijan obligaciones unilaterales ante la bilateralidad de la transacción. Es que la ausencia de recíprocas concesiones resultará relevante en la etapa de diferenciar las figuras. Por lo demás, renuncia aquel que se desprende de un derecho suyo de manera incontrovertible, lo que no sucede en la transacción en la que el transigente tan solo cree tener un derecho que le asiste, motivo este que lo lleva a reducir sus pretensiones en favor de la otra parte. De allí que, *stricto sensu*, en la transacción se conforma una renuncia a una mera expectativa.

Lo expuesto conduce a sostener que las renunciaciones que se efectivizan en la transacción no son a derechos propiamente dichos, sino que configura la renuncia a una pretensión, pues el derecho que pretende la parte titular es hipotético e incierto.

Ante la esencia de la transacción como contrato que es, se presenta la unilateralidad de la renuncia y del reconocimiento, lo que lleva a sostener que los límites de la transacción son la total renuncia a la propia pretensión y el total reconocimiento de la pretensión de otro.

2.7 Contrato de factoraje

El contrato de factoraje resulta un acto jurídico causado y complejo, logrado a partir de la financiación de entidades financieras, cuyo resultado beneficioso no se ubica en el menor *coste*, sino en el resultado final (*coste global*) que logre aquella organización necesitada de mayor liquidez. Así, el cliente demandante logra un resultado con alcances benéficos en su expansión financiera, obteniendo liquidez anticipada, una notable reducción de riesgo y una transformación de *costes fijos* en variables.

Entonces, el factoraje es corolario de una evolución en la financiación de las empresas necesitadas de liquidez y transformación de *costes*, a raíz de una política comercial de concesión de crédito. Asimismo, le traslada a un tercero especializado en gestión seguridad y liquidez, llamado “factor”, las consecuencias negativas de ciertas políticas comerciales. El factor será quien gestionará, contabilizará y cobrará ciertos créditos, asumiendo, en su caso, el riesgo de la insolvencia y anticipando el importe de los créditos respecto de su vencimiento.

Existen distintas nociones relativas al factoraje, que, con mayor o menor rigurosidad, definen de manera descriptiva, o bien conceptual o finalmente normativa la figura analizada.

Un concepto amplio y minucioso es aquel que dice que es un contrato en virtud del cual una de las partes, llamada “cliente”, lleva a cabo una cesión global de créditos –actuales y futuros– a favor de otra parte, denominada “empresa de factoraje”, para que ésta los gestione y realice su cobro, convirtiéndose en cesionario de dichos créditos. Asimismo, esta última puede desarrollar tanto una labor financiera optativa para el cliente, anticipando el importe de los créditos, como una labor asegurativa de la falta de pago de tales acreencias, recibiendo una comisión cuya cuantía dependerá de las prestaciones realizadas.

Alegría (2008) señala que la figura dista de la madurez jurídica para que “una costumbre uniforme y arraigada pueda suplir su prescindencia” (p. 462); en este sentido, dice que es aquel contrato en virtud del cual el proveedor (cedente) cede o se obliga a ceder al factor-cesionario una cartera de créditos determinables (existentes o futuros) con terceras personas (deudores cedidos), originados

en su giro comercial ya sea con anterioridad a la fecha del contrato o durante un tiempo posterior expresamente convenido, asumiendo el factor la cobranza de los créditos cedidos a cambio de una comisión o contraprestación pactada.

Desde el punto de vista normativo, el art. 1421 del CCCN dice:

Hay contrato de factoraje cuando una de las partes, denominada factor, se obliga a adquirir por un precio determinado o determinable los créditos originados en el giro comercial de la otra, denominada factoreado, pudiendo otorgar anticipo sobre tales créditos asumiendo o no los riesgos.

Esta solución legal, en primer lugar, es una presentación de un instituto que resulta un contrato de colaboración empresaria de índole compleja, advirtiéndose que su formulación es sobreabundancia de una nota y, asimismo, una imprecisión en su redacción.

Respecto a lo primero, era suficiente la mención del reconocimiento de un precio, el que va de suyo que puede ser cierto o bien determinable; en cuanto a lo segundo, la adquisición de un crédito mediante la contraprestación dineraria debió soslayar la inversión de la mención “anticipo sobre tales créditos”, los que van incluidos en la prestación de dinerario comentada.

El poder dispositivo subyace en la norma desde el instante en el que se posibilita la asunción o no de los riesgos (de la respectiva cobranza y su viabilidad), además de servicios de administración, de gestión de cobranza, asesoramiento, etcétera.

En suma, el contenido del contrato traduce un aspecto normativo de las futuras relaciones a las que se refiere y, asimismo, posibilita la exigibilidad de ciertas obligaciones, motivo por el cual cabe la nominación de un contrato marco.

2.8 Contrato de consumo

El llamado “derecho del consumo” tiene una venerada antigüedad, pues, desde el punto de vista económico, el fenómeno del consumo –en sentido amplio– debe retenerse más en la necesidad de analizar (tema para otra oportunidad) las distintas normas dentro del sistema que les corresponde acorde con las clasificaciones tradicionales de la ciencia jurídica.

Se dice que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. En este sentido, el art. 1092 del CCCN dice: “Se considera consumidor la persona física o jurídica final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

Cabe señalar que esta institución –nueva realidad jurídica en razón de su re-

gulación- supone una alteración radical de los presupuestos socioeconómicos del derecho de obligaciones tradicional y determina la falta de aptitud de este para hacerles frente. De allí que los instrumentos tradicionales no sean aptos para servir de cause al nuevo tráfico patrimonial en masa.

Así, se destacan por su significación las relaciones que posibilitan la contratación estandarizada y, básicamente, las condiciones generales de los contratos.

El contrato de consumo conmueve el sistema jurídico tradicional, fundado sobre los principios de igualdad entre los ciudadanos y de libertad de regulación de la propia esfera. No obstante, no logra darle respuesta a la demanda de los problemas que se suscitan en el mercado, precisamente porque la igualdad y la libertad que contempla son puramente formales, pero aparecen desvirtuadas en la práctica por la escasa intervención –meramente adhesiva– de la voluntad del consumidor en el establecimiento de la reglamentación contractual y por el mayor poder que reviste su contraparte profesional, que se traduce no solo en la desigualdad negocial (imposición de las condiciones generales por el profesional), sino también en lo contractual (desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en favor del profesional).

A propósito del contrato de consumo, en líneas generales y sin entrar en su esencia, el consumidor está en situación de inferioridad frente a los empresarios o profesionales (fabricantes, distribuidores, suministradores de bienes o servicios, etcétera). Esta situación viene determinada por la propia estructura de un mercado dominado por la ley de la oferta y también por el carácter de la participación del consumidor en el insumo mercado.

Con relación a la inferioridad, puede afirmarse que se trata de una inferioridad típica o estructural, remarcada por el empleo de los mecanismos o instrumentos jurídicos característicos del tráfico en masa, frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse adecuadamente a raíz, precisamente, de esa situación de inferioridad.

Conceptualmente, el art. 1093 de CCCN define al contrato de consumo

como el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una persona productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

Los antecedentes del precepto se ubican en la normativa de la Ley 24240 de Defensa del consumidor.

3. Conclusión

Para finalizar –lo que no significa agotar el título que, sin dudas, tiene una extensa y variada proyección en el subcontrato, contratos conexos, tratativas contractuales, la llamada y controvertida sucesión contractual, los contratos en la esfera de los derechos reales, etc.–, se denota que la realidad de los hechos se encarga de recordarnos que las relaciones sociales no sólo son base y objeto del derecho, sino también causa y fundamento de los preceptos que la constituyen. Lo antes expuesto tiene mayor efectividad en épocas de marcado dinamismo social.

Esta es una de las razones –no la única– por lo que nuevas figuras, aunado a la creatividad e imaginación humana ante la pujante globalización, nos imponen el desafío de encontrar esquemas y soluciones ante temas, problemas y cuestiones acuciantes de esta apresurada época que nos toca vivir.

Bibliografía

- Alegría, H. (2008). *Reglas y principios de Derecho Comercial*. La Ley.
- Barbero, O. (1991). Naturaleza del matrimonio en el Derecho Civil argentino. En Zannoni, E. A., Ferrer, F. A. M. y Rolando, C. H. (Coords.), *Derecho de familia. Libro homenaje a la doctora María Josefa Méndez Costa* (pp. 122 y ss.). Rubinzal-Culzoni.
- Bibiloni, J. A. (1929). *Anteproyecto de reformas al Código Civil* (Tomo VI). Valerio Abeledo.
- Guastavino E. P. (1968). *Pactos sobre herencia futura*. Ediar.
- Lafaille, H. (1926). *Curso de Obligaciones* (Tomo 1). Biblioteca Jurídica Argentina.
- Medina, G. (2020). *Contractualización del Derecho de Familia. Libro homenaje a Jorge A. Alterini*. Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ANIVERSARIOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

A 150 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES DE 1873¹

Alfonso Santiago

Universidad Austral
asantiago@austral.edu.ar

1. Presentación

Estoy muy contento, muy agradecido y muy honrado de haber sido invitado para decir algunas palabras y exponer algunas ideas en este acto en el que celebramos el 150° aniversario de la sanción de la Constitución de 1873 y de la instalación de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires.

El año 2023 tiene varias efemérides. Estamos celebrando los 170 años de la sanción de la Constitución Nacional de 1853, los 160 años de la instalación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los 100 años de la muerte del Dr. Joaquín V. González, fundador y primer rector de la Universidad Nacional de La Plata. El próximo seis de septiembre estaremos en la finca Samay Huasi –dependencia de la misma Universidad–, en Chilecito, La Rioja, para honrar la memoria y destacada trayectoria pública del gran jurista. Entre los aniversarios se destaca el cumplimiento de 150 años de la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1873.

En mi intervención voy a referirme fundamentalmente al contexto histórico en el cual esta Constitución fue sancionada. Para ello, voy repasar algunos de los principales acontecimientos que acaecieron en nuestro país desde el 1 de mayo de 1851, momento en el que tuvo lugar el famoso pronunciamiento del general Justo José de Urquiza en la plaza principal de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, hasta el 19 de noviembre de 1882, cuando se fundó la ciudad de La Plata. Durante esos 31 años, tuvo lugar la consolidación de la organización del Estado nacional con el dictado de su Constitución, el establecimiento de las

1 El texto recoge la exposición del autor desarrollada en la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires el día 16 de agosto de 2023.

autoridades del Gobierno federal, el afianzamiento del dominio territorial y el establecimiento de la Capital Federal en la Ciudad de Buenos Aires. Simultáneamente, tuvo lugar la consolidación del Estado provincial con el dictado de la Constitución de 1873, la afirmación del dominio sobre todo su territorio y la fijación de su capital en la recién fundada ciudad de La Plata. En esos años, tanto la nación como la provincia sancionaron su Constitución, establecieron sus autoridades, consolidaron su territorio instauraron su capital y, en fin, concluyeron armonizando sus relaciones recíprocas, las cuales fueron bastante conflictivas a lo largo de esos 31 años.

Mi exposición se dividirá en tres partes. En primer lugar, voy a hacer hincapié en la necesidad o la conveniencia del conocimiento y estudio de la historia del derecho y de la historia de las instituciones para la formación de la vida política y judicial. Después, voy a centrarme fundamentalmente en el análisis de los 31 años que van desde 1851 hasta 1882. Finalmente, voy a expresar algunas consideraciones de aprendizaje que podemos recuperar de esos años para la realidad actual que tenemos por delante.

2. Importancia de la perspectiva histórica al momento del estudio del derecho

Quería empezar afirmando algo que seguramente ustedes comparten, pero que a veces vale la pena poner de manifiesto. Es conveniente insistir, “subir el volumen”, en la perspectiva histórica, tanto para el estudio del derecho como para el de la política. Hay una clara complementariedad entre los enfoques sistemáticos e históricos para conocer cualquier realidad humana y jurídica. En general, tendemos a estudiar sistemáticamente una determinada rama del derecho o incluso la propia política. Intentamos encuadrar una determinada realidad a través de conceptos más bien abstractos. Tendemos a mirar la “foto” y a veces no tenemos suficientemente en cuenta la “película”, la perspectiva histórica, los procesos sociales y políticos en su incesante dinamismo.

Pienso que, tanto para la formación jurídica como para la formación política, es muy interesante analizar los procesos, ver la “película”, cómo se van desarrollando a lo largo del tiempo, ya que no se trata de algo sincrónico, sino diacrónico.² Para entender bien los hechos, las ideas y las instituciones

2 El diccionario de la Real Academia Española (s.f.) define la palabra “diacrónico” como algo “que tiene relación con la evolución de un hecho, fenómeno o circunstancia a través del tiempo. Que se ocupa de un hecho, fenómeno o circunstancia desde el punto de vista de su evolución en el tiempo”.

es necesario saber de dónde venimos y hacia dónde vamos. Por eso, comparto la afirmación de ese gran jurista que fue Oliver Holmes cuando decía: “Una página de historia vale más que un tratado de lógica”.

A veces, cuando tenemos que definir al derecho, la primera definición que nos viene a la cabeza es la que afirma que es un conjunto de normas que rigen una determinada parte de la vida humana. A mí me gusta más definirlo como un conjunto de problemas humanos que deben ser resueltos con justicia. Desde esa perspectiva más realista, la historia nos aporta muchísimo. Nos hace entender con más profundidad esta realidad problemática. Comprendemos más el abuso del derecho, la declaración de inconstitucionalidad o cualquier institución jurídica si la ponemos en su contexto histórico. Por ejemplo, acabo de dirigir una tesis del decano de mi facultad, el Dr. Manuel García-Mansilla, quien descubrió que *Marbury v. Madison* no fue el primer caso en donde un tribunal declaró la inconstitucionalidad de las leyes. Durante toda mi vida, siendo profesor de Derecho Constitucional, había repetido ese dato inexacto con total certeza. Pero García-Mansilla, a través de su investigación histórica, demostró que hubo varios casos de la propia Corte Suprema norteamericana, previos al famoso precedente, en los que se ejerció ya el control de constitucionalidad, a la vez que otros muchos fallos de tribunales inferiores y varios textos constitucionales estaduales hacían alusión a la facultad de controlar la constitucionalidad. La historia nos enseña a comprender la ciencia jurídica, porque desde ese conocimiento podemos ver que el control judicial de constitucionalidad no es una creación de la nada, sino que es algo que estaba presente en la tradición y que los jueces no se “sacaron de la manga” esa facultad tan importante que hace a nuestro quehacer.

El enfoque sistemático tiende a crear sistema de ideas, tiende a abstraer, y en esa abstracción se pierde mucho de lo real, de lo concreto, de lo que el enfoque histórico logra completar. Quiero recurrir a un argumento de autoridad para sostener esta tesis: nada más ni nada menos que lo que decía el gran jurista Juan Bautista Alberdi. Al contar su experiencia del encuentro con la perspectiva histórica en el estudio del derecho, afirmaba:

Abri a Lermínier [*Introducción a la historia del Derecho*], y sus páginas ardientes hicieron en mis ideas el mismo cambio que en las suyas había operado el libro de Savigny [*De la vocación de nuestro siglo en legislación y jurisprudencia*]. Dejé de concebir el Derecho como una colección de leyes escritas. Encontré que era nada menos que la ley moral del desarrollo armónico de los seres sociales; la constitución misma de la sociedad.

Alberdi, como historicista romántico, después de haber concebido al derecho como un conjunto de leyes –en lo que es una definición cierta, pero parcial, de la realidad jurídica–, entendió que la historia del derecho le otorga el sentido que éste tiene como proceso histórico de regulación y solución de problemas humanos concretos. Dice también el jurista:

¿A qué ocuparse del pasado? A fin de que si ha sido malo no se repita en el porvenir. Dejad ocultos los escollos en que han sucumbido los trabajos anteriores y en ellos sucumbirán también los trabajos venideros. ¿Cuál es el destino de la historia? Ella pone al pasado al servicio del porvenir.

El estudio de la historia del derecho y de las instituciones políticas puede aportar aprendizajes muy significativos en la formación de la prudencia tanto política como jurídica.

Otro gran jurista, como lo fue Marco Tulio Cicerón, describía la historia diciendo que era “testigo de los tiempos, luz de la verdad, fuente de memoria, mensajero de la antigüedad” y, muy especialmente, “maestra de la vida”. La historia es “maestra de la vida” porque nos permite incorporar a la propia prudencia el rico bagaje de las experiencias previas. También afirmaba el gran Miguel de Cervantes que la historia es “advertencia de lo que está por venir”.

Los romanos, llenos de sabiduría práctica, tenían a Jano como Dios protector del Estado. Se lo representaba como una figura bifronte, con dos caras, una mirando hacia atrás y la otra hacia adelante. Se expresaba de este modo la idea de que, en la conducción del Estado, se debía mirar simultáneamente hacia atrás y hacia adelante, hacia el pasado y hacia el futuro. Jano era también divinidad de las transiciones y de los cambios. Por eso, me parece que es enormemente importante el conocimiento y la perspectiva histórica en la formación de quienes tienen a cargo la conducción del Estado y ejercen responsabilidades públicas. Quien conoce el pasado puede estar mejor situado en el presente y tener un horizonte hacia el futuro.

Por su parte, afirmaba el francés Charles de Gaulle: “Todo Estado es herencia del pasado, expresión de los intereses de hoy y de las esperanzas del mañana”. De hecho, en un reciente libro de Henry Kissinger, en el que se cuenta la vida de seis grandes líderes políticos, se afirma la importancia que para la formación de las mujeres y los hombres de Estado tiene el conocimiento histórico.

Con alguna de estas “pincladas”, queda suficientemente justificada la importancia no solamente de conocer sistemáticamente las constituciones, las leyes y los tratados internacionales, sino también de comprender la historia de los hechos, las instituciones, las ideas y los documentos jurídicos que nos rigen.

3. La Argentina y la provincia de Buenos Aires entre 1851 y 1882: el contexto histórico, institucional y político de la Constitución de 1853

Vamos entonces ahora a la segunda parte de mi exposición, que está orientada a describir sintéticamente los principales hechos políticos que ocurrieron entre el 1 de mayo de 1853 y el 19 de noviembre de 1882.

Todos los años, el gobernador Juan Manuel de Rosas les ofrecía a las provincias su renuncia al manejo de las relaciones con el exterior, solo para que aquellas le ratificaran dicha atribución. Pero ese 1 de mayo de 1853, en Concepción del Uruguay, Entre Ríos, Urquiza expresó un pronunciamiento por el cual aceptaba formalmente la renuncia del gobernador de la provincia de Buenos Aires al manejo de las relaciones exteriores. Se trató de un hecho claramente disruptivo que cambiaría significativamente el rumbo de nuestra historia. Así daba comienzo el enfrentamiento entre él y Rosas, que culminaría en la batalla de Caseros el 3 de febrero de 1853. Con la victoria, Urquiza se impuso sobre Rosas y puso fin a diecisiete años de gobierno en la provincia de Buenos Aires,

Luego, Urquiza convocó a los catorce gobernadores provinciales, principales líderes políticos del país, en San Nicolás de Los Arroyos, donde se firmaría el acuerdo de San Nicolás, y se propuso que cada una de ellas enviara a dos representantes a Santa Fe para dictar la Constitución Nacional.

La Argentina, desde 1810 hasta 1853, no había logrado darse una constitución que tuviera vigencia efectiva en la práctica. Los Estados Unidos tardaron 11 años, desde su independencia en 1776 hasta la sanción de la Constitución en 1787. Nosotros, en cambio, tardamos 43 años, desde 1810 hasta 1853, décadas durante las cuales hubo cientos de guerras civiles y miles de muertos. Pero vamos a ver que entre 1853 y 1882 también se sucedieron enormes conflictos, que recién comenzaron a menguar luego del año 1880.

El acuerdo de San Nicolás se había firmado el 31 de mayo de 1852, pero cuando el nuevo gobernador de Buenos Aires, Vicente Fidel López, volvió a su provincia, se encontró con mucha resistencia porteña, ya que se originó una oposición a que Buenos Aires tuviera la misma representación que las demás provincias. El 11 de septiembre de 1852 tuvo lugar la revolución que depuso a las autoridades provinciales y Buenos Aires omitió enviar representantes a la Convención Constituyente, que se reuniría en Santa Fe. Surgiría así una clara separación entre las trece provincias que conformarían la Confederación –bajo el liderazgo de Urquiza– y la provincia de Buenos Aires. Dicha separación duraría hasta el año 1860.

El 1 de mayo de 1853 se sancionó la Constitución Nacional, la cual sería

jurada en las trece provincias el 9 de julio del mismo año. También tuvo lugar la famosa homilía del obispo Mamerto Esquiú, en Catamarca, en la cual alentó a adherir a la nueva Constitución.³

Mientras sucedía la jura de la nueva Constitución, el 14 de julio de 1853 la sala de representantes de Buenos Aires rechazó, con palabras muy fuertes, todo intento por examinar y aprobar el texto. Incluso cuando los Dres. Salvador María del Carril, José Benjamín Gorostiaga y Martín Zapata, los tres convencionales constituyentes, habían enviado a través de diplomáticos extranjeros una copia para que la sala la firmara. A continuación, voy a transcribir algunos fragmentos que figuran en el acta del 4 de julio de 1853 de la legislatura porteña:

Los señores agentes extranjeros han preguntado últimamente al Gobierno si este recibiría la comisión del Congreso, y se les ha contestado que no, y que se les ha de ahorrar el trabajo de intentarlo por tener que ahorcarlos ante las trincheras, cumpliendo con su deber en pago de la conducta villana que habían observado, procurando toda clase de males al país, permaneciendo ante las rebeldes largo tiempo, concitándolos a guerra y división de las provincias que existían y procurándoles toda clase de males.

Incluso, el diputado Manuel Augusto Montes de Oca dijo que el pliego

3 De esa homilía, pronunciada el 9 de julio de 1853 en la iglesia matriz de Catamarca, podemos extraer las siguientes frases:

“¡República Argentina! ¡Noble patria! ¡Cuarenta y tres años has gemido en el destierro! ¡Medio siglo te ha dominado su eterno enemigo en sus dos fases de anarquía y despotismo! ¡Qué de ruinas, qué de escombros, ocupan tu sagrado suelo! ¡Todos tus hijos te consagramos nuestros sudores, y nuestras manos no descansarán, hasta que te veamos en posesión de tus derechos, rebosando orden, vida y prosperidad! Regaremos, cultivaremos el árbol sagrado, hasta su entero desarrollo; y entonces, sentados a su sombra, comeremos sus frutos. Los hombres, las cosas, el tiempo, todo es de la patria”.

“El inmenso don de la Constitución hecho a nosotros no sería más que el guante tirado a la arena, si no hay en lo sucesivo inmovilidad y sumisión: inmovilidad por parte de ella, sumisión por parte de nosotros (...) La vida y conservación del pueblo argentino dependen de que su Constitución sea fija; que no ceda al impulso de los hombres”.

“No hay un hombre que no tenga que hacer el sacrificio de algún interés; y si cada uno adopta la Constitución, eliminando el artículo que está en oposición a su fortuna, a su opinión, o a cualquier otro interés, ¿pensáis que quedaría uno sólo? ¿quedaría fuerza ninguna si cada uno retira la suya? ¿quedaría en la carta constitucional la idea de soberanía que supone, si cada individuo hombre o pueblo fuese árbitro sobre un punto cualquiera que sea?”.

“Obedeced, señores, sin sumisión no hay ley; sin leyes no hay patria, no hay verdadera libertad; existen solo pasiones, desorden, anarquía, disolución, guerra y males de que Dios libre eternamente a la República Argentina”.

“Los hombres se dignifican postrándose ante la ley, porque así se libran de arrodillarse ante los tiranos”.
“Se trata, Señores, de edificar la República Argentina, y la Religión os envía el don de sus verdades”.

cerrado que habían llevado los diplomáticos debía ser arrojado a la calle “para que lo recoja quien quiera”.

Esa fue la actitud de la legislatura de la provincia de Buenos Aires ante la noticia de la Constitución Nacional de 1853. Por lo tanto, se generó un claro enfrentamiento, muy fuerte, muy abierto y que recién llegaría a ser solucionado tras la batalla de Cepeda y la firma del Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859.

Con el pacto de San José de Flores, Buenos Aires se incorporó finalmente a la Confederación, tras lo cual se realizó una propuesta de reforma a la Constitución de 1853. El proyecto, que surgió primero de una asamblea de la propia provincia de Buenos Aires, se concretó en una asamblea general del país. Así, el 21 de octubre de 1860, en la provincia de Buenos Aires se juró directamente la constitución de 1853 con las modificaciones de la enmienda.⁴

Resulta interesante recordar las palabras pronunciadas por el entonces futuro presidente Bartolomé Mitre, quien había sido uno de los que más se había opuesto a aceptar la Constitución en 1853:

Esta es la Constitución de las Provincias Unidas del Río de la Plata, cuya independencia fue proclamada en Tucumán hace cuarenta y cuatro años. Esta es la Constitución de la República Argentina, cuyo voto fue formado hace treinta y cuatro años por el Congreso Unitario de 1825. Este es también la Constitución del Congreso Federal de Santa Fe, complementada y perfeccionada por la revolución de septiembre en que Buenos Aires reivindicó sus derechos y, como tal, es la Constitución definitiva, verdadero símbolo de la unión perpetua de los hijos de esta gran familia argentina.

Recién en 1860, y gracias a la mediación de Francisco Solano López, hijo del entonces presidente de Paraguay, se logró el acuerdo entre el Estado de Buenos Aires y las restantes trece provincias que conformaban la Confederación.

Ese mismo año, Urquiza traspasó el mando al nuevo presidente, Santiago Derqui, quien continuó gobernando desde Paraná. Durante ese tiempo, hubo un nuevo conflicto entre Buenos Aires y la Confederación, el cual concluyó con la batalla de Pavón, esta vez, saliendo Buenos Aires victoriosa. Como consecuencia, se produjo la renuncia de Derqui y la posterior caída de las autoridades federales del Paraná.

4 Llama la atención un dato que se desprende, por ejemplo, del acta de la jura de la Constitución en Chivilcoy, donde se deja constancia de que el acto fue precedido por la lectura del texto por parte de alumnos de escuelas públicas de ambos sexos.

El 12 de octubre de 1862, Mitre, quien era gobernador del Estado de Buenos Aires, asumió la presidencia nacional y comenzó a ejercer su mandato ya desde la misma ciudad de Buenos Aires,⁵ dejando atrás el tiempo del Gobierno de la Confederación en Paraná, como lo habían sido las presidencias de Urquiza (1854-1860) y de Derqui (1860-1861). De ese modo, se inicia el ciclo de las llamadas “presidencias históricas”: Mitre (1862-1868), Domingo Faustino Sarmiento (1868-1874) y Nicolás Avellaneda (1874-1880), durante las cuales, sin embargo, se mantuvieron fuertes enfrentamientos y guerras civiles, ya que el nuevo orden constitucional estaba lejos de estar afianzado.

Durante los años de la presidencia de Mitre, afirma el historiador José Luis Busaniche, hubo en el país 117 revoluciones y murieron 4.628 personas en 90 combates, además de la guerra contra el Paraguay entre los años 1865 y 1870. Si bien la Constitución Nacional ya se encontraba vigente, se había generado resistencia al nuevo orden constitucional, especialmente en todo el noroeste argentino. Primero tuvo lugar el alzamiento del caudillo “Chacho” Peñaloza y, luego, la sedición de Felipe Varela, vencido finalmente por las fuerzas militares al mando del gobernador de Santiago del Estero, Antonino Taboada, en el combate de Pozo de Vargas el 9 de abril de 1867. Si bien teníamos nueva Constitución, en la práctica faltaba concretar el efectivo y completo orden político.

A Mitre lo sucedió Sarmiento, y los problemas de sublevación se trasladaron del noroeste al noreste. El caudillo Ricardo López Jordán, luego de instigar el asesinato de Urquiza en 1870, impulsó la insurrección de las provincias nororientales, en especial Entre Ríos, durante varios años. En un fallo muy interesante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 22 de marzo del 1872⁶ se describen los cargos del sumario penal que se le realizó a López Jordán, dando cuenta de la gravedad de los hechos de violencia política que había protagonizado. Se enumeran:

- Haber cometido por tercera vez el delito de rebelión, en 1876, invadiendo con fuerzas armadas la provincia de Entre Ríos y librando combates con tropas del ejército nacional.
- Haber cometido o autorizado, durante dicha rebelión y las precedentes de

5 En 1865, durante la presidencia de Mitre, se sancionó la “ley de compromiso”, por la cual se establecía que las autoridades de la nación residirían en la ciudad de Buenos Aires, conjuntamente con las autoridades provinciales. Esto resultó en un factor de debilidad para las autoridades nacionales, ya que el Gobierno provincial mantenía su dominio efectivo sobre el territorio y la población de la ciudad en materias decisivas como la organización de la policía y de los tribunales de justicia.

6 Cfr. Fallos, Tomo 21, pág. 128.

1870 y 1873, gran número de homicidios, siendo las víctimas unas veces fusiladas y otras ejecutadas a cuchillo.

- Haber hecho azotar a un gran número de individuos, muriendo uno de ellos inmediatamente después.
- Haber ordenado dos saqueos generales en los pueblos de Gualeguay y La Paz y muchos otros de particulares casas de negocios y establecimientos rurales.
- Haber impuesto contribuciones forzadas, condiciones forzadas en varios pueblos, cobrado derechos de importación y violado las cajas de la aduana de La Victoria y otros puntos, extrayendo de allí los dineros públicos.

Esto ocurría durante la presidencia de Sarmiento, lo que acreditaba la persistencia de un deseo rebelde por parte de algunas provincias –en este caso, Entre Ríos– para aceptar el orden federal propuesto e impuesto por la Constitución Nacional de 1853-1860.

Durante la presidencia de Avellaneda, la situación sería aún más grave, ya que fue la propia provincia de Buenos Aires, la más importante de todas, la que se reveló contra el Gobierno federal. Cuando en 1874 Avellaneda ganó las elecciones, Mitre encabezó una revolución que fue aplastada por el general Julio Argentino Roca en la batalla de Santa Rosa. En 1880, al término de su mandato, Avellaneda y Roca, su ministro de guerra y principal candidato a presidente, se enfrentaron a un segundo levantamiento de la provincia de Buenos Aires, esta vez bajo la dirección del gobernador Carlos Tejedor.

El conflicto tuvo su origen en la decisión de Avellaneda de resolver la cuestión de la capital antes de finalizar su mandato. Hacia fines del año 1879, anunció el envío de una ley que declaraba a la ciudad de Buenos Aires como capital federal y sede del Gobierno federal. Ya en 1863, cuando era diputado, había defendido esa misma idea. Casi todas las provincias apoyaban la propuesta, a excepción de Buenos Aires, que se negaba a entregar su “perla más preciada” al Gobierno nacional.

La iniciativa presidencial despertó la alarma de Tejedor, quien era, a la vez, contendiente frente a Roca por la presidencia de la nación. En el mes de febrero, Tejedor propuso declinar su candidatura si también lo hacía Roca, pero la propuesta fue rechazada de plano.

El 11 de abril de 1880 se realizaron las elecciones presidenciales, y como la gran mayoría de los electores respondían a Roca, Tejedor sólo se impuso en las provincias de Corrientes y Buenos Aires. Este revés electoral y la inminencia de un nuevo Gobierno nacional en manos de un provinciano como Roca llevaron a Tejedor, y a gran parte de la dirigencia porteña, a un enfrentamiento abierto

con las autoridades federales, formando grupos de milicias provinciales con esperanzas separatistas. Estaba en juego tanto el resultado electoral como, nada más y nada menos, la cesión de la capital provincial a la nación.

La situación se fue agravando de tal modo que, a comienzos de junio, Avellaneda aceptó la propuesta de su nuevo ministro de guerra, Carlos Pellegrini, de trasladar la sede de las autoridades federales a la localidad de Belgrano. Puesto que allí contaría con la protección del coronel Luis María Campos, encargado del ejército de línea apostado en la Chacarita de los Colegiales y leal a la nación. El 3 de junio se instalaron de oficio y el día 4 se emitió un decreto por el cual se designaba al pueblo de Belgrano como lugar provisorio de residencia de las autoridades nacionales. Allí se trasladaron los senadores y la mitad de los diputados.

A lo largo del mes de junio, hubo numerosos enfrentamientos entre las tropas nacionales, al mando de Roca, y los rifleros de Tejedor en los combates en Olivera, Barracas, Los Corrales y, finalmente, Puente Alsina, acumulando más de tres mil bajas entre muertos y heridos. El triunfo final correspondió a las fuerzas nacionales.

El día 22, Tejedor designó a Mitre para que iniciara las tratativas con el Gobierno federal. Fruto de esas negociaciones él dimitió, asumiendo en su lugar el vicegobernador José María Moreno y desarmándose las milicias provinciales. Tiempo después se intervino la provincia y se constituyó una nueva legislatura provincial, la cual confirmó la cesión de la ciudad de Buenos Aires para que sea la capital federal. Así, el 22 de agosto ingresó al Senado el proyecto y el 20 de septiembre se sancionó de modo definitivo la ley de federalización. El 12 de octubre de ese año asumió Roca como nuevo presidente, y el 8 de diciembre se produjo la entrega definitiva de la ciudad.

La federalización significó, desde el punto de vista político e institucional, algo aún más relevante que la fijación de la capital federal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3 de la Constitución Nacional. Significó el triunfo definitivo del Gobierno federal frente a los poderes provinciales que sucesivamente lo habían resistido durante casi tres décadas, desde la sanción de nuestra carta magna en 1853.

Como puede concluirse de los hechos expuestos, entre los años 1853 y 1880 el Estado nacional intentó dominar sobre las provincias, a la vez que aquellas se resistían. De ese modo, hubo levantamientos primero en el noroeste, luego en el noreste y, finalmente, se reveló la propia provincia de Buenos Aires.

¿Cuándo se va a alcanzar la consolidación definitiva del Gobierno federal?

Cuando la “hermana mayor”, la provincia de Buenos Aires, que había cedido en el año 1866 la aduana, cedió también su capital. Fue con esta “decapitación” –mediante la cual la nación obtuvo finalmente su capital federal– que se logró la consolidación definitiva del Gobierno federal a partir de 1880. También en esos años, mediante la conquista del desierto y la incorporación de las tierras chaqueñas, se terminó de definir el territorio nacional. Sobre esa sólida base institucional y política se desarrollaron las capacidades estatales y se puso en marcha el plan de políticas públicas previsto en la Constitución: se fomentó la inmigración, el crecimiento económico, la construcción de ferrocarriles, la promoción de la educación, la alfabetización de la población, etcétera.

A nivel de la provincia de Buenos Aires ocurría un proceso paralelo. En 1873 se sancionó su Constitución provincial, adquirió su conformación territorial actual tras la conquista del desierto y el 19 de noviembre 1882 estableció su capital provincial en la recién fundada ciudad de La Plata.

En síntesis, entre 1853 y 1882 se consolidó la organización constitucional, institucional y política tanto del Gobierno federal como del Gobierno de la provincia de Buenos Aires y de las relaciones entre ambos niveles de gobierno. Este es el contexto histórico en el que se sitúa la reforma constitucional de 1873, de la que ahora se cumplen 150 años.

4. La Convención Constituyente de 1873 y las relaciones Iglesia-Estado

Vayamos ahora al contexto más inmediato de la reforma constitucional de 1873. La provincia de Buenos Aires, estando separada de la Confederación, había dictado su Constitución en 1854. Tras su incorporación definitiva, luego del Pacto de San José de Flores y del trabajo de la Convención Constituyente de 1860, tuvo que adecuar su texto constitucional. El proceso de reforma comenzó en 1870 con la elección de los convencionales constituyentes, pero debido a la epidemia de fiebre amarilla, recién en 1873 se pudo concretar.

Quería tocar aquí un solo punto que se debatió en la Convención Constituyente de 1873: el tema de la relación Iglesia-Estado. Con ocasión de la enmienda, se produjo un interesante debate entre posturas encontradas acerca de las relaciones entre el Estado provincial y la Iglesia católica. En esa Asamblea tendría lugar la primera manifestación de la existencia de posturas laicistas, propiciando una clara separación entre el Estado y la Iglesia, que luego habrían de predominar a nivel nacional en las décadas posteriores.

En enero de 1870 se declaró la necesidad de reforma y, en marzo de ese

año, se eligieron los convencionales constituyentes. En los periódicos predominaban los artículos favorables a introducir modificaciones constitucionales para lograr una mayor separación entre la Iglesia católica y el Estado provincial. Ante esta posibilidad, las autoridades de la diócesis de Buenos Aires, con el monseñor León Federico Aneiros a la cabeza, se movilizaron y consiguieron juntar treinta mil firmas que avalaban una nota pidiendo que no se modificara el régimen constitucional vigente. El pedido fue formalmente presentado ante la Convención Constituyente el 1 de julio del año 1870.

El art. 11 del texto original señalaba que “es inviolable en el territorio de la provincia el derecho que todo hombre tiene para dar culto a Dios Todopoderoso, libre y públicamente, según los dictados de su conciencia”. El convencional Enrique Cambaceres propuso cambiarlo por el siguiente: “El Estado no tiene religión ni costea culto alguno”. Sostenía este joven convencional que la separación entre el Estado y la Iglesia debía ser total, ya que la religión, aún para la doctrina cristiana, se halla fuera del ámbito de la política. Por otra parte, según él, no resultaba justo que quien no profesase una fe debiera contribuir a su sostenimiento.⁷

Se opusieron con distintos argumentos a la introducción de esta enmienda los convencionales Bartolomé Mitre, Carlos Tejedor, Manuel A. Montes de Oca, Pedro Goyena y José Manuel Estrada. Además de una consideración positiva del fenómeno religioso por parte del Estado, sostenían que la Constitución provincial no se podía apartar de lo ya dispuesto en el art. 2 de la Constitución Nacional.

Finalmente, fue aprobado un nuevo texto del art. 11 propuesto por Luis Sáenz Peña, el cual que señalaba: “El Gobierno de la Provincia coopera a sostener el culto católico, apostólico, romano, de acuerdo con lo establecido en la Constitución Nacional”.

Recapitulando lo ocurrido en esta Convención Constituyente y su significado histórico, afirma el historiador David Peña que “el laicismo aletea sin llegar a la cumbre” (como se citó en Gálvez, 2009, p. 197). Este cambio habría de tener lugar recién con la sanción de las leyes 1420 (de educación) y 2393 (de matrimonio civil).

7 Cfr. *Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, 1870-1873* (1877).

5. Algunos aprendizajes que se pueden extraer del proceso histórico analizado

Benedetto Croce decía que toda historia es, en cierto modo, historia contemporánea, porque suelen ser los intereses y los problemas del presente los que nos llevan a indagar en la historia y, también, porque toda historia se escribe desde algún presente. Me parece que es posible extraer del pasado valiosas lecciones o aprendizajes para nuestro presente.

En 1853, la Argentina tenía un millón de habitantes, en 1910, al momento de celebrar el centenario, tenía siete millones y medio. En 1853, el país contaba con la mitad del territorio con el que cuenta hoy en día y el Gobierno federal no se encontraba aún instalado. En otros términos, el Gobierno, la población y el territorio, los tres elementos fundamentales del Estado, se consolidaron recién entre los años 1853 y 1910, particularmente a partir de 1880.

Considero que nuestro país, a lo largo de sus dos siglos de vida independiente, ha producido sólo dos grandes gestas que lo destacan a nivel global: las campañas militares llevadas a cabo por el general José de San Martín, que consiguieron la independencia de tres naciones latinoamericanas, y el asombroso proceso de construcción de la Argentina moderna, en poco más de cincuenta años, desde 1853. Fue durante esas décadas que el país, bajo la guía del proyecto alberdiano que había inspirado a la Constitución Nacional, multiplicó por siete su población, incorporó un millón de kilómetros cuadrados a su territorio y organizó el Gobierno federal, que se convertiría en auténtico motor del desarrollo integral, a la vez que se asomó a la escena internacional con la perspectiva de ser una de las grandes potencias del siglo que se iniciaba.

De ese modo, fuimos capaces de plasmar un proyecto nacional estratégico que guió durante varias décadas, con sus grandes luces y aciertos y sus inevitables sombras y limitaciones, la construcción de nuestro Estado y de nuestra nación.

Esa notable y profunda transformación fue fruto de los aportes de los intelectuales argentinos y de una clase política integrada por personalidades bien distintas, pero enormemente comprometidas con el progreso del país. En buena medida, fue la obra de Alberdi, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, la que condensó y sintetizó las ideas de la “generación del 37” junto con los arduos acuerdos políticos, conseguidos y plasmados en nuestra carta magna tras muchas luchas y fuertes choques de intereses personales y sectoriales.

Este ejemplo de la génesis de nuestra Constitución Nacional de 1853-1860 puede iluminar nuestro presente. También ahora estamos sumidos en una profunda crisis y necesitamos la formulación de un plan estratégico de mediano

y largo plazo, realizado con los aportes del mundo académico en sus diversas disciplinas y que sea la base de un acuerdo de las fuerzas políticas y sociales, hoy algo dispersas y fragmentadas.

La formulación de esas “Bases” del siglo XXI no puede ser obra de una sola persona, como en su tiempo lo hiciera el genial Alberdi. La complejidad de los desafíos a encarar –adecuación de las instituciones democráticas, impacto de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la vida humana, cambio climático, escenario global y regional incierto, cambios demográficos, inclusión social, etc.– requiere del aporte de las universidades y del mundo académico, al tiempo que, por las enormes expectativas de los ciudadanos, el poder político es hoy mucho más difícil de conseguir, mantener y ejercer, y cada día es más fácil perderlo.

Me parece que está faltando en nuestros días un buen proyecto de país, fruto de los aportes del mundo académico y político. Nos hace falta también consolidar el monopolio de la fuerza y de la juridicidad por parte del Estado, fortalecer su institucionalidad, desarrollar sus capacidades y hacerlo presente en todos los ámbitos de nuestro territorio mediante la puesta en marcha de políticas públicas efectivas que produzcan bienes públicos de calidad y accesibles a todos.

Lo que fue el “desierto” entre 1853 y 1880, de algún modo, hoy está representado en la necesidad de la integración social del conurbano bonaerense. Allí es donde tenemos un enorme desafío en pos de la presencia estatal, por la falta de institucionalidad, de infraestructura y de servicios públicos de calidad, particularmente en el ámbito educativo.

En conclusión, esas eran las tres cosas que quería compartir con ustedes: la necesidad de la perspectiva y la formación histórica, el contexto en cual fue sancionada la Constitución provincial de 1873 y algunos de los aprendizajes que esta mirada histórica nos puede proporcionar para el presente.

Muchísimas gracias.

Bibliografía

- Debates de la Convención Constituyente de Buenos Aires, 1870-1873.* (1877). Imprenta de la Tribuna.
- Gálvez, L. (2006). *¿Como Dios manda? Iglesia, masonería y Estado en la Argentina.* Norma.
- Real Academia Española. (s.f.). Entrada “diacrónico”. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/diacronico>.

ENCUENTRO ANUAL DE GRADUADOS. DISCURSO PRONUNCIADO EN EL MARCO DEL ENCUENTRO ANUAL DE GRADUADOS, LLEVADO A CABO EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, EL 29 DE AGOSTO DE 2023

Manuel José García-Mansilla

Facultad de Derecho, Universidad Austral

MGarciaMansilla@austral.edu.ar

Buen día. Como decano de la Facultad de Derecho, quiero saludar a todos los graduados presentes y a los que nos acompañan de modo virtual desde las distintas ciudades del interior de nuestro país y darles la bienvenida a este Encuentro Anual de Graduados de nuestra Facultad.

Los once mil graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral constituimos una comunidad de aprendizaje continuo, llamada a realizar aportes concretos y valiosos tanto hacia adentro como hacia afuera de nuestra Universidad.

Para que ello sea posible, es imprescindible que ese vínculo de unión entre ustedes y hacia la Universidad se mantenga vivo y se manifieste en actos concretos. Con el fin de intensificar este vínculo, trabajan conjuntamente la Asociación de Graduados y el Departamento de Alumni, que hemos puesto en marcha hace ya cinco años en nuestra Facultad. Su misión es la de “mantener un vínculo permanente de los egresados con la Universidad, favorecer la relación entre ellos y colaborar con su desarrollo profesional y aprendizaje continuo, especialmente en materia de innovación y transformación en el ejercicio de la abogacía, promoviendo los valores de la Universidad”.

En ese marco, en el último año se realizaron más de cuarenta actividades en Buenos Aires y en distintas ciudades de nuestro país y del extranjero, destinadas a mantener ese contacto con nuestros graduados y fomentar su formación continua.

Además de la oferta que realiza cada Departamento de nuestra Facultad, desde el Departamento de Alumni se ofrecen programas que apuntan a la formación en temas relacionados con las habilidades blandas, el impacto de las nuevas tecnologías y la formación cultural, humana y cristiana.

Felicito a quienes integran la Asociación de Graduados y al Departamento de Alumni y los animo a que sigan trabajando con el mismo compromiso e iniciativa con que lo vienen haciendo, y animo también a todos nuestros graduados a que participen activamente en las actividades que se organizan para ustedes.

Luego de este breve mensaje institucional, y dado que hoy festejamos el día del abogado, quiero aprovechar la oportunidad para recordarles que este año tenemos cuatro aniversarios muy importantes para nuestro país y para nuestra profesión, los cuales han sido prácticamente olvidados.

Rodolfo Vigo les va a hablar en breve sobre la abogacía y el ejercicio de la abogacía en el siglo XXI. Yo los voy a llevar un rato al pasado.

En el contexto de los 40 años de la recuperación del orden constitucional, de los 150 años de la sanción de la Constitución de la provincia de Buenos Aires en 1873, de los 170 años de la sanción de nuestra Constitución Nacional y de los 200 años del nacimiento de su principal redactor, quiero rendir homenaje a un colega del siglo XIX, que, de una u otra manera, tuvo que ver con todos estos episodios y que, aunque no esté entre los próceres más conocidos de nuestro país, está, sin duda, entre los más importantes.

Me refiero a José Benjamín Gorostiaga, quien nació en Santiago del Estero en 1823 y que, siendo niño, tuvo que huir de su provincia natal con su madre y sus hermanos luego de que el gobernador Juan Felipe Ibarra ordenara la detención y el asesinato de su padre.

Dado que su madre viuda no tenía fortuna alguna, Gorostiaga fue enviado como pupilo al colegio jesuita en Buenos Aires y tuvo que costear después sus estudios universitarios trabajando en el famoso estudio jurídico del Dr. Baldomero García. Gorostiaga, que fue un alumno destacadísimo tanto en el colegio como en la universidad, se recibió de doctor en leyes en 1846 en la Universidad de Buenos Aires y fue el único de sus hermanos que pudo completar estudios superiores.

Luego de ejercer exitosamente la profesión en sus comienzos, tuvo una actuación pública extensa y destacada a partir de la caída de Rosas. A continuación, enumero solo algunos de los cargos públicos más importantes que ocupó: fue convencional por la provincia de Santiago del Estero en el Congreso General

Constituyente de Santa Fe en 1853, ministro del Interior de la Confederación durante la presidencia de Urquiza, volvió a ser convencional constituyente con ocasión de la reforma de 1860, integró el primer Congreso Nacional después de ser electo como diputado nacional por Santiago del Estero, fue ministro de Hacienda durante la presidencia de Sarmiento, convencional constituyente en la provincia de Buenos Aires en 1873 e integró también dos veces la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la que presidió entre 1877 y 1887.

No solo ejerció la profesión, sino que prestó servicios en nuestras primeras convenciones constituyentes, tanto a nivel nacional como provincial, y también en el Poder Ejecutivo Nacional, en el Congreso y en la Corte Suprema.

A pesar de que hoy está de moda referirse a la Constitución de Alberdi, lo cierto es que José Benjamín Gorostiaga fue el principal redactor de la mayoría de los artículos de la Constitución Nacional que todavía nos rige, incluyendo el Preámbulo que Raúl Alfonsín citara en sus célebres discursos públicos previo a las elecciones de 1983 (Martiré, 1982).

Como expresara su sucesor en la Corte Suprema, el juez Benjamín Victorica, en el discurso que pronunciara durante el entierro de Gorostiaga en octubre de 1891, este abogado santiagueño era considerado en su época, nada más y nada menos, que como “el comentario vivo de la letra de la Constitución Nacional, ese Código fundamental que garantiza todas las libertades y todos los derechos” (Vanossi, 2019, p. 220, n. 329). En esa misma oportunidad, Victorica afirmó ante la tumba de Gorostiaga que el santiagueño había tenido el espíritu de los primeros hombres de la República y destacó que había sido un maestro y un apóstol de la ley y del derecho (Vanossi, 2019, p. 220, n. 329). Tenía razón.

La actuación pública de Gorostiaga es un ejemplo a seguir, es un modelo de servicio por y para el país y un paradigma de compromiso y de profunda vocación por la cosa pública. Pero no despreció el ejercicio de nuestra profesión. Al contrario: fue un abogado destacado cuando le tocó ejercer la abogacía tanto en sus inicios como cuando se alejó temporalmente de la función pública durante la presidencia de Sarmiento.

Sus contemporáneos lo describían como un abogado inteligente, serio, honesto y trabajador, y también como un verdadero patriota, que entregó gran parte de su vida a la causa de la organización y de la unión nacional (Zuviría, 1889, pp. 103-106).

Esas descripciones lo muestran, además, como alguien fundamentalmente decidido y práctico. Así surge, por ejemplo, de las cartas inéditas de unos de sus detractores, el presidente del Congreso General Constituyente de Santa Fe, el

salteño Facundo de Zuviría, que rescaté y publiqué recientemente en la Revista Jurídica Austral.¹

A pesar de no haber hecho publicación alguna en su vida, cualquiera que repase sus discursos en el Congreso y sus sentencias en la Corte Suprema podrá comprobar también que Gorostiaga era un estudioso y un erudito en materia constitucional. Veamos cómo razonaba estas cuestiones.

En un pasaje poco conocido, el 1º de agosto de 1862, en su paso por la Cámara de Diputados de la Nación, Gorostiaga afirmaba lo siguiente:

La Constitución [...] es la forma de Gobierno delineada y escrita por la mano poderosa del pueblo argentino. La Constitución es cierta y fija; contiene la voluntad permanente del pueblo y es la ley suprema del país. Es superior al poder del Congreso, y solo puede ser revocada o cambiada por el poder que la hizo. El Congreso es la creatura de la Constitución; debe su existencia a la Constitución, y deriva todos sus poderes de la Constitución. Todos sus actos tienen que ser conformes con ella, so pena de nulidad.²

En esa misma ocasión, explicó de forma simple y precisa la teoría del poder constituyente y profundizó la importante distinción con los poderes constituidos:

La Constitución es la obra, o la expresión de la voluntad del pueblo mismo en su capacidad ilimitada, originaria y soberana. La ley es la obra o la expresión de la voluntad del Congreso en su capacidad derivativa y subordinada.³

Y aclaró que:

La constitución no es un contrato del que puedan apartarse las partes cuando quieran; es una ley fundamental, que sólo puede ser aprobada legalmente o reformada, por el poder soberano que la hizo, por el pueblo argentino representado en una convención constituyente.⁴

Las influencias intelectuales que moldearon su pensamiento en materia constitucional son todavía motivo de discusión, en especial acerca de las fuentes que tomó para redactar la Constitución de 1853, tarea en la que fue secun-

1 Cfr. García-Mansilla (2023, pp. 9-85).

2 Sesión del 1º de agosto de 1862 (Cámara de Diputados, 1863, p. 335).

3 Ídem.

4 *Ibidem*, p. 336.

dado por su íntimo amigo, Juan María Gutiérrez, el otro gran redactor de la Constitución Nacional.

Como sea, resulta indiscutible que Gorostiaga y Gutiérrez definieron la estructura de la Constitución Nacional, es decir, el esqueleto, incluyendo la columna vertebral de nuestro sistema de gobierno, a partir del mejor modelo constitucional de república federal que existía en el mundo en ese momento: la Constitución Federal de los Estados Unidos, sancionada en Filadelfia en 1787.

Pero Gorostiaga y Gutiérrez no se limitaron a copiar un modelo extranjero. Tomaron lo mejor del sistema constitucional estadounidense, lo adaptaron a nuestra realidad y a esa estructura constitucional que describí le agregaron un cerebro y un corazón argentinos. Esa es una de las razones por las que su obra, con conocidas modificaciones, algunas de ellas ciertamente importantes, todavía se mantiene viva y vigente 170 años después de sancionada.

¿Y cómo era la personalidad de Gorostiaga? En 1863, el entonces periodista y futuro ministro de Justicia de la Nación durante las presidencias de Avellaneda y Pellegrini, me refiero a José María Gutiérrez –al que no hay que confundir con Juan María Gutiérrez, a quien acabo de nombrar–, desde el diario *La Nación Argentina*, precursor del actual diario *La Nación*, le hizo a Gorostiaga una velada amenaza y pretendió cuestionar su actuación e integridad.

La respuesta del santiagueño lo pinta de cuerpo entero:

Si la amenaza que me dirige Ud. en su diario de hoy, bajo frívolos pretextos, es con el objeto de retraerme del cumplimiento de mis deberes de Diputado, respondo a Ud. que no lo conseguirá. Mi posición en la Cámara nada tiene de ambigua. Sostengo los actos y pensamientos del Gobierno cuando me parecen buenos; cuando no, los combato con sinceridad y buena fe. Ni faccioso, ni servil. Si Ud. se refiere a mi vida pública en los años 1852 a 1854, y quiere examinarla, se la entrego toda sin temor alguno. Quizás encuentre Ud. errores en ella, pero yo le aseguro que no ha de hallar acto alguno que me infame. A través de los dolores del poder y de la oposición, el único goce al que he aspirado siempre, es a satisfacer mi propia conciencia, y no tener que avergonzarme, ni que inclinar mi cabeza delante de nadie. (Martiré, 1982, p. 21)

Así hablaba un patriota convencido como Gorostiaga. Ojalá su ejemplo se difunda y sea imitado todos los días no solo por nuestros gobernantes, sino también por todos los que ejercemos esta noble profesión que es la abogacía.

Este recuerdo y homenaje que quiero rendirle al principal redactor de la Constitución Nacional no es solo un acto de justicia, también pretende ser una advertencia contra aquellos intentos de denigrar nuestra historia para que nos

avergoncemos de nuestro pasado y perdamos así perspectiva acerca de lo que somos, de lo que fuimos y de lo que podemos ser, no solo como comunidad política, sino también como comunidad jurídica.

Esas visiones críticas del pasado, aunque muchas veces luzcan tentadoras, esconden una mirada anacrónica, cuestionan la historia con categorías de hoy y lo hacen a partir de una actitud generalmente condescendiente, altanera y sesgada. Así, bajo el ropaje de una pretendida superioridad moral, se suele poner de manifiesto un verdadero desprecio por nuestro pasado histórico, un rechazo por todos aquellos episodios, personas y también por ciertas normas antiguas que aún están vigentes, por el mero hecho de contradecir o ser inconvenientes para la visión maniquea, divisiva o simplemente interesada que se quiere imponer sobre nuestra realidad actual.

Al rememorar el ejemplo público y privado de Gorostiaga no pretendo instalarlo y proponerlo como un único modelo a seguir, sino mostrar la verdadera riqueza que podemos encontrar en nuestro pasado histórico, con todas sus innegables luces y sombras.

Tampoco pretendo dejar de lado la contribución que muchas otras personas hicieron en esa verdadera gesta que fue la organización nacional y a la que le debemos nuestra norma más importante. De hecho, Gorostiaga trabajó en equipo en el Congreso General Constituyente de Santa Fe con muchas otras personas, incluyendo dos de sus coprovincianos: el cura Benjamín Lavaysse y el gobernador Manuel Taboada.

El 16 de junio de 1853, ese mismo gobernador dirigió una proclama a todos los santiagueños en la que los invitaba a jurar públicamente la Constitución Nacional el siguiente 9 de julio, tal como había ordenado Justo José de Urquiza en el decreto de promulgación de nuestra Constitución el 25 de mayo de 1853.

Ese juramento se hizo con mucho entusiasmo popular luego de que el texto constitucional fuera leído en voz alta en plazas públicas en todo el país, menos en la provincia de Buenos Aires. En esa proclama, el gobernador Taboada hizo una advertencia que todavía sigue vigente y con la cual quiero concluir:

Conciudadanos: la Constitución desconoce los partidos y las denominaciones odiosas, inventadas para dividirnos y despedazarnos. Como miembros de una familia, nuestro nombre no es otro que el de Argentinos, nuestros derechos son iguales, y un mismo vínculo debe unirnos a todos. (Ravignani, 1939, p. 849)

Nada más.

Bibliografía

- Cámara de Diputados. (1863). *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados* (Tomo I). Imprenta La Tribuna.
- 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>.
- Martiré, E. (1982). *Gorostiaga y la Constitución Nacional*. Instituto Histórico de la Organización Nacional.
- Ravignani, E. (1939). *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Tomo VI, segunda parte). Peuser.
- Vanossi, J. R. (2019). *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*. Jusbaire.
- Zuviria, J. M. (1889). *Los Constituyentes de 1853*. Lajouane.

A 100 AÑOS DEL FALLECIMIENTO DE JOAQUÍN VÍCTOR GONZÁLEZ. PERFIL BIOGRÁFICO Y APORTES AL DERECHO CONSTITUCIONAL

María Verónica Nolzco

Universidad Austral
vnolzco@austral.edu.ar



Resumen

Este trabajo se refiere a los hitos fundamentales de la vida de Joaquín V. González, a propósito del centésimo aniversario de su muerte. Luego de una breve reseña biográfica, el artículo se focaliza en el aporte que ha hecho este ilustre hombre al derecho constitucional argentino y, en particular, a la jurisprudencia constitucional. Para ello, se analizarán las sentencias en las que, a lo largo de sus 160 años de historia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha citado a Joaquín V. González como faro de sus importantes decisiones.¹

Palabras clave: Joaquín V. González, derecho constitucional, jurisprudencia constitucional, Corte Suprema de Justicia de la Nación.

100 Years after the Death of Joaquín Víctor González: A Biographical profile and Contributions to Constitutional Law

Abstract

This article discusses the fundamental milestones in the life of Joaquín V. González, regarding the hundredth anniversary of his death. After a brief biographical review, the article focuses on the contribution that this notable man has made to Argentine constitutional law, in particular, to constitutional case law. In order to pursue this challenge, this article will analyse different court decisions in which, throughout its 160 years of history, the Supreme Court of Justice has cited Joaquín V. González as a lighthouse over conflict.

Key words: Joaquín V. González, constitutional law, Supreme Court cases, Supreme Court of Justice of the Argentine Nation.

1. Introducción

Hace ya un tiempo, un profesor norteamericano señalaba que en su país “se le conoce mucho mejor a Juan Manuel de Rosas que a Joaquín V. González” y atribuía tal situación a los propios argentinos (Svec, 1963, p. 161). Por eso, en un año plagado de efemérides,² donde se cumplen 100 años del fallecimiento y

1 Agradezco a Manuel José García-Mansilla, Gregorio José Uriburu, Bautista Cañón y Pilar Basile por los valiosos comentarios en la revisión de este artículo. También le agradezco a Alfonso Santiago por su invitación a realizar esta investigación. Por último, quisiera manifestar mi agradecimiento hacia Andrés Arla y Lucila Scibona por el espacio brindado y las correcciones sugeridas.

2 Celebramos, entre otros acontecimientos, los 210 años de la Asamblea del Año XIII, los 200 años del nacimiento de José Benjamín Gorostiaga, los 170 años de la sanción de la Constitución Nacional de 1853, los 170 años del natalicio del juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Antonio Bermejo, los 160 años de historia de la Corte Suprema argentina, los 150 años de la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1873, los 75 años de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de

160 años del natalicio de Joaquín V. González, quisiera recordar a este hombre de Estado, que ha dejado una huella imborrable en la historia y la cultura argentina. Al profundizar sobre su vida y sus logros, es una verdadera osadía dar testimonio, en un solo trabajo, acerca de tan fecunda existencia. Abrazaré el desafío e intentaré, a través de este artículo, rendirle homenaje en agradecimiento por sus logros en la construcción de la patria argentina y, en particular, en una profunda admiración por su aporte al derecho constitucional argentino.

El artículo se estructura en tres partes. En primer lugar, se realiza una breve reseña biográfica, en el intento por recordar algunos de los hitos de su vida y su vasta obra política, filosófica y literaria. En segundo término, se destacarán algunos aspectos fundamentales de su personalidad, los que configuran el perfil humanista e idealista del riojano. Por último, me focalizaré en las contribuciones que ha hecho como jurista a la doctrina y jurisprudencia constitucional.

2. Breve reseña biográfica³

Joaquín V. González nació en Nonogasta, departamento de Chilecito, provincia de La Rioja, el 6 de marzo de 1863 y falleció en Buenos Aires, “con las botas puestas”, siendo senador de la nación argentina el 21 de diciembre de 1923.

Cursó sus estudios primarios en la provincia de La Rioja y el secundario en el Colegio de Montserrat, en la provincia de Córdoba. En 1886, a los 23 años, se graduó de abogado y doctor en Jurisprudencia en la Universidad Nacional de Córdoba. Contrajo matrimonio con Amalia Luna Olmos el 9 de julio de 1889, con quien tuvo diez hijos. Uno de ellos, Julio V. González, tuvo una destacada actuación durante la Reforma Universitaria de 1918 en Córdoba.

Hombre de la generación del '80, es uno de los representantes más consecuentes de la línea reformista que buscó transformar la dirigencia política de tinte aristocrático por una dirigencia política más fiel a la de una república democrática. En este punto, se destaca su labor para introducir en 1902 el sistema de circunscripciones uninominales como modo de mejorar la representación de las minorías y el apoyo a la sanción de Ley Sáenz Peña en 1912, que estableció el voto universal, secreto y obligatorio (Santiago, 2023a). A su vez, cabe reconocerlo por la elaboración del proyecto del Código del Trabajo como

1948, los 30 años Pacto de Olivos de 1993 y los 40 años del retorno al orden constitucional en 1983.

3 Puede leerse la biografía en *Obras Completas de Joaquín V. González* (González, 1935, Tomo I). También puede ahondarse en los estudios sobre su vida a partir de la lectura de Rojo (2005a, 2005b). Le agradezco a Pilar Basilici por acercarme este material.

modo de mejorar sustancialmente las condiciones laborales de los trabajadores, muy deficientes en ese momento (Santiago, 2023a). A pesar de que su proyecto no fue aprobado por el Congreso, sirvió de antecedente para la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo varios años más tarde, en 1957.

En cuanto a su actuación en la vida política, ha ocupado diversos cargos tanto a nivel provincial como nacional. Fue convencional constituyente de La Rioja,⁴ gobernador de esa provincia con tan solo 26 años de edad,⁵ ministro de Justicia e Instrucción Pública,⁶ ministro del Interior e, interinamente, ministro de Relaciones Exteriores.⁷ Asimismo, formó parte de las dos cámaras del Poder Legislativo nacional en varias oportunidades.⁸ En 1914, fue uno de los fundadores del Partido Demócrata Progresista. Por último, cabe mencionar su participación como convencional constituyente por la provincia de Córdoba en la reforma de la Constitución Nacional de 1898, su actuación como miembro de la Real Academia Española desde 1906 y en la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de La Haya.

En el año 1905, mientras ocupaba el cargo de ministro de Justicia e Instrucción Pública de la Nación, impulsó la nacionalización de la Universidad de La Plata (UNLP), la cual había sido creada en el año 1897. Fue rector de esa universidad hasta 1918. Entre otras anécdotas, vale recordar que firmó, junto con Rodolfo Rivarola, el título de la primera abogada argentina: María Angélica Barreda.⁹

En el ámbito de la docencia y la investigación, enseñó Derecho Constitucio-

4 Esta reforma de la constitución de La Rioja se extendió desde los años 1886 a 1909, es decir, veintitrés años. Luego de presentado el anteproyecto, Joaquín V. González debió renunciar a la Convención para ocupar una banca en el Congreso de la Nación. La Convención no logró cumplir su cometido hasta que, en el año 1908, González retoma su labor y logra aprobar una nueva Constitución para La Rioja en 1909. Al respecto, véase Mercado Luna (1998).

5 Fue gobernador de la provincia de La Rioja entre el 24 de junio de 1889 y el 8 de octubre de 1891. Aún hoy conserva el título de haber sido el gobernador más joven de la historia argentina, a pesar de que en el año 2023 se haya querido atribuirle ese título a Ignacio Torres, quien con 35 años de edad fue electo gobernador de Chubut.

6 Ocupó el cargo de ministro de Instrucción Pública entre el 15 de enero de 1902 y el 22 de abril de 1902 durante la presidencia de Julio Argentino Roca, cargo que volvió a ocupar entre el 12 de octubre de 1904 y el 12 de marzo de 1906 durante la presidencia de Manuel Quintana.

7 En esta última condición le correspondió informar en el Senado en 1902 acerca del Tratado de límites con Chile de ese año, logrando la difícil aprobación del Congreso. Vid. Santiago (2023a).

8 Ocupó una banca en el Senado entre el 30 de abril de 1907 y el 21 de diciembre de 1923; y en la Cámara de Diputados, en 1886, 1888, 1896 y 1898.

9 María Angélica Barreda fue la primera graduada de la carrera de abogacía de la UNLP y la primera abogada argentina. El caso fue conocido porque generó resistencia por parte de las autoridades y la academia al momento de solicitar su matriculación, lo que la llevó a judicializar su reclamo. Finalmente, el caso fue resuelto por el Tribunal Superior de la Provincia de Buenos Aires a su favor.

nal Americano, Derecho Institucional Público e Historia de la Diplomacia Argentina en la Universidad de Buenos Aires, donde además inauguró la primera cátedra de Legislación de Minas en 1894. En este campo, se destacan sus libros *Legislación de minas* (1906) y *La propiedad de las minas* (1917), los que aun al día de hoy siguen siendo utilizados para el estudio de la industria. Asimismo, proyectó reformas al Código de Minería que luego fueron convertidas en ley en 1917.

Se inició en el periodismo y en la vida literaria en 1891, con colaboraciones en los diarios *Córdoba* y *El Interior* y en la *Revista de Córdoba*, donde publicó sus primeras composiciones, no llegando aún a los 19 años de edad (González, 1935, Tomo I). También trabajó en la redacción de los diarios *La Prensa* y *La Nación* y fundó el periódico *La Propaganda* en 1885.

En su honor, el Colegio Provincial N° 1 de la provincia de La Rioja lleva su nombre.¹⁰ También llevan su nombre, entre otros, el profesorado público de la Ciudad de Buenos Aires fundado en 1904 y la Escuela de Comercio N° 1, fundada en 1905. Asimismo, en la provincia de Salta, la ciudad cabecera del Departamento Anta lleva su nombre. Y por si fuera aún insuficiente, para agradecer la labor de tan ilustre héroe, se han denominado con su nombre distintas calles en la Ciudad de Buenos Aires, en el municipio de Vicente López (provincia de Buenos Aires), en la ciudad de 9 de Julio (provincia de Buenos Aires), en el municipio de Godoy Cruz (provincia de Mendoza), en el municipio de Mina Clavero (Córdoba) y Chilecito (La Rioja), entre otras. Todo ello muestra el inmenso reconocimiento que se le ha dado a lo largo y ancho del país, a pesar de que algunos lo hayan considerado un prócer olvidado (Svec, 1963, p. 161).

En lo que hoy se consideraría una corta vida -60 años nada más-, puede afirmarse que Joaquín V. González no ha perdido un segundo de su tiempo y ha transitado sus días al modo de un verdadero protagonista. De todos los títulos que pueden atribuírsele, en primer lugar, quisiera recordarlo como un humanista, por su intensa vocación hacia la realización de la justicia humana y su preocupación por la educación y la cuestión social. Un repaso por su legado revela una comprensión moderna de los principales problemas sociales. Gran lector y escritor, se ha interesado por la publicación de obras de historia, sociología y derecho. A los 11 años de su muerte, en 1934, mediante la Ley 11844 el Congreso Nacional ordenó la publicación de sus obras completas en una edición de 25 tomos, con más de 13.000 páginas agrupadas en 55 títulos.¹¹

10 Este Colegio fue creado durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento en 1871.

11 Puede accederse a los 25 tomos de las *Obras Completas de Joaquín V. González* (1935) a través del siguiente link: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/152682>. Entre otros trabajos, se encuen-

Una manifestación clara de su espíritu humanista se advierte en su ensayo “Enseñanza de la Historia Nacional”, el cual goza al día de hoy de inmensa actualidad. Allí afirma:

... la ciencia aplicada a la enseñanza de la historia, adquiere cada día más prestigio, no solamente porque es la que sugiere más y con más hondura todos los problemas de la vida misma, sino porque da preferencia en el desarrollo del estudio a los conceptos más permanentes, a los que se erigen en leyes históricas y ofrecen a la inteligencia del estudiante, del futuro ciudadano activo de la democracia, guías o actuaciones más duraderas para la solución de los conflictos prácticos del futuro. (González, 1935, Tomo XVI, p. 165)

Su libro *La Tradición Nacional*, publicado a los 25 años de edad, interesó vivamente al general Mitre, quien, después de haberlo leído con gran atención, le escribió felicitándolo calurosamente y manifestando que le había impresionado “por la amplitud de sus vistas, su estilo galano sin exageración ni amaneramientos y, sobre todo, por el sentimiento patriótico del que está impregnado”, y terminaba: “es el primer trabajo que en su género se haya hecho entre nosotros, con sinceridad, con amor y con ilustración” (Castiñeiras, 1938, p. 13).

Asimismo, se destaca su espíritu idealista, el que ha quedado de manifiesto en su famosa “Lección de Optimismo”, brindada en el Teatro Argentino de la ciudad de La Plata en 1918, en oportunidad del homenaje público que le hiciera la Federación Universitaria. Allí dijo:

Ya veis que no soy un pesimista ni un desencantado, ni un vencido, ni un amargado por derrota ninguna. A mí no me ha derrotado nadie; y aunque así hubiera sido, la derrota sólo habría conseguido hacerme más fuerte, más optimista, más idealista; porque los únicos derrotados en este mundo son los que no creen en nada, los que no conciben un ideal, los que no ven más camino que el de su casa o su negocio, y se desesperan y reniegan de sí mismos, de su Patria y de su Dios, si lo tienen, cada vez que les sale mal algún cálculo financiero o político

tran: *Armonías silvestres* (1881), *El genio, en la muerte de Andrade* (1882), *El poema de un ángel* (1882), *Oscar* (1883), *La Visión de la Montaña* (1883), *Canto a La Rioja y Catamarca* (1883), *Byroniana* (1883), *Córdoba religiosa* (1883), *Mirando al Cielo* (1884), *Resurrección* (1884), *Estudio sobre la revolución* (1885), *Canto a la libertad de conciencia* (1885), *Rimas* (1885), *Proyecto para la Constitución de la Provincia de La Rioja* (1887), *La Revolución de la Independencia Argentina* (1887), *La Tradición Nacional* (1888), *Mis Montañas* (1893), *La Revolución y el Congreso de Tucumán* (1893), *Manual de la Constitución Argentina* (1897), *Historias* (1900), *Legislación de Minas* (1906), *La propiedad de las minas* (1917), *El juicio del siglo, o cien años de historia argentina* (1910), *La Universidad de Córdoba en la evolución intelectual argentina* (1913), *La expropiación* (1915), *El Senado Federal* (1919), *Patria y Democracia* (1920) y *El Censo Nacional y la Constitución* (1931).

de la matemática de su egoísmo. ¡Trabajo va a tener el Enemigo para desalojarme a mí del campo de batalla! El territorio de mi estrategia es infinito, y puedo fatigar, desconcertar, desarmar y aniquilar al adversario, obligándolo a recorrer distancias inmensurables, a combatir sin comer, ni beber, ni tomar aliento, la vida entera, y cuando se acabe la tierra, a cabalgar por los aires sobre corceles alados, si quiere perseguirme por los campos de la imaginación y del ensueño. Y después, el Enemigo no puede renovar su gente, por la fuerza o por el interés, que no resisten mucho tiempo; y entonces, o se queda solo, o se pasa al amor, y es mi conquista, y se rinde con armas y bagajes a mi ejército invisible e invencible. (González, 1935, T. XVI, p. 365)

Por último, y quizás es el adjetivo que mejor lo caracteriza, González ha sido un gran constitucionalista argentino, quien, a través de sus esfuerzos intelectuales plasmados en sus obras, ensayos y discursos, ha realizado invaluable contribuciones a la disciplina constitucional. Prueba de ello son los aportes realizados a la doctrina y jurisprudencia constitucional, los que serán puestos de relieve en el acápite siguiente.

3. Aportes al derecho constitucional

3.1 Doctrina constitucional

Dentro de los distintos períodos que integran la doctrina constitucional argentina, pueden identificarse al menos tres etapas: una primera de formación, otra de consolidación y una última de reelaboración (Santiago, 2023b, pp. 173-174). En la primera etapa de formación se destacan los trabajos de Juan Bautista Alberdi¹² y de Esteban Echeverría,¹³ los que fueron publicados aun antes del dictado de la Constitución de 1853-1860.

En una segunda etapa de consolidación, se encuentran las obras de Joaquín V. González (*Manual de la Constitución Argentina*, 2001),¹⁴ de Juan A. González Calderón (*Derecho constitucional argentino*, 1917) y de Segundo Linares Quintana (*Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*, 1956).

12 Principalmente, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina* (Alberdi, 2003), publicado en 1852, y *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación argentina. Según su Constitución de 1853*, publicado en 1858 (Alberdi, 1979).

13 En particular, *El Dogma Socialista y otras páginas políticas (1846)* (Echeverría, 1945).

14 Cfr. el prólogo de Vanossi en González (2001), “si bien escribió el libro para destinarlo a los estudiantes secundarios de la asignatura ‘Instrucción Cívica’, la profundidad de su contenido lo convirtió en lectura preferida en las aulas universitarias donde se impartía la enseñanza del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, como así también consulta obligada de magistrados judiciales, legisladores y gobernantes en general” (p. 4).

Por último, puede identificarse una tercera etapa de reelaboración, a partir de la década de 1960, con la doctrina de los juristas Germán Bidart Campos, Julio Oyhanarte, Jorge Vanossi y Humberto Quiroga Lavié y, más recientemente, Néstor Pedro Sagüés, Alberto Bianchi y María Angélica Gelli.

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que la *opera magna* de Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, publicada por primera vez en 1897, ha sido de lectura obligada para los autores mencionados en esta última etapa. Prueba de ello son las citas del riojano, presentes en las obras de estos autores.

... podemos decir que los escritos constitucionales de González son, en el conjunto de la producción clásica argentina, los que más coadyuvan a la solución de problemas constitucionales concretos y de actualidad. Si hoy alguien necesita solucionar un problema concreto y busca el auxilio en los autores de la clásica doctrina constitucional, seguramente será en el “Manual...” de González, en “Los Dictámenes” de González y en los discursos de González, donde encontrará la mayor aproximación al problema concreto y a la actualidad. (Vanossi, 2005, p. 3)

... hablar del aporte de Joaquín V. González a la enseñanza del derecho constitucional, supone hablar del aporte de un hombre de ciencia que, al mismo tiempo fue hombre de lucha, un hombre de militancia, un hombre de observación, que se volcó al enriquecimiento de una de las materias del Derecho, acaso la que entre todas ellas está más directamente comprometida con la evolución de los pueblos, con la organización de los Estados y con el destino de los derechos. (Vanossi, 2005, p. 4)

3.2 Jurisprudencia constitucional

Si bien han pasado cien años desde el fallecimiento de Joaquín V. González, su legado se mantiene vivo y muy presente en la comunidad jurídica argentina. Una búsqueda por nombre completo (frase exacta) en la página de jurisprudencia de la Corte Suprema (desde 1994 hasta 2023), arroja como resultado que es el autor más citado en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación:¹⁵

- Joaquín V. González: 121 menciones.
- Bidart Campos: 70 menciones.
- Juan Bautista Alberdi: 57 menciones.
- Juan A. González Calderón: 41 menciones.

15 Página de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación disponible en: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>. Los resultados corresponden a la consulta efectuada el día 25 de octubre de 2023.

- Segundo Linares Quintana: 27 menciones.
- Julio Oyhanarte: 23 menciones.

En este apartado se destacarán algunas de las citas de Joaquín V. González desde 1916, fecha de la primera cita, hasta la actualidad, ordenados según la temática. Tal como se verá a continuación, Joaquín V. González es citado en fallos que versan sobre distintas materias, no solo constitucional, sino también penal, civil y comercial, administrativo, ambiental y de derechos humanos, entre otros.

Recientemente, la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema publicó un suplemento titulado *Citas de doctrina en los precedentes de la CSJN. Parte I* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2023), donde se destacan los autores citados por ella desde 1863 hasta 1924. A pesar de que este período coincide con la vida de Joaquín V. González, éste fue citado en dos oportunidades, primero en un caso relativo al derecho de defensa en juicio y luego en otro relacionado con la naturaleza del indulto.

3.2.1 Derecho de defensa en juicio

Como se ha observado, al declarar que la defensa en juicio es inviolable, no quiere la Constitución que haya de tener el acusado libertad para alterar a su capricho las reglas comunes de los procesos, sino que su libertad de defensa no sea coartada por las leyes hasta impedirle producir la prueba de su inocencia o de su derecho o ponerlo en condición desigual a los demás (González, Manual, párrafo 186. Estrada. Der. Const. I. 172).¹⁶

3.2.2 Naturaleza del indulto

Examinando Estrada este punto, decía: “Hay que observar que el indulto y la conmutación solo tiene por objetivo perdonar la pena de un caso particular y solo proceden después que se ha pronunciado la sentencia, porque si no hay pena no hay materia de perdón. La facultad que compete al Congreso, por el contrario, no está restringida; puede amnistiar antes, en el momento y en cualquier estado del juicio y después de pronunciada la pena, teniendo ese acto un carácter general como hemos visto ya” (Nociones de Derecho Público y Administrativo, pág. 59. Publicación de los doctores Ayerza y Nejarza).

16 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Don Manuel Núñez contra Doña Manuela Rocca de Omnelli por injurias graves sobre reposición del sellado*, 21/12/1916, Fallos: 125:10.

En el mismo sentido se han expresado Tejedor (Derecho Criminal pág. 115, nota I. ⁹); Montes de Oca (Introducción General al Estudio del Derecho, Tomo II, pág. 309); Obarrio (Curso de Derecho Penal, pág. 322); González (Manual de la Constitución Argentina, números 456 y 551) y todos los tratadistas nacionales que se han ocupado de esta materia.¹⁷

3.2.3 Expropiación

En efecto, tal como señala Joaquín V. González, el derecho de propiedad es por su naturaleza absoluto, perpetuo y exclusivo: cualidades y caracteres que la Constitución califica con la palabra ‘inviolable’ (Manual de la Constitución Argentina, Ed. Ángel Estrada, Buenos Aires, 1897, pág. 130 s.).¹⁸

La facultad del Estado de apoderarse de los bienes particulares cuando la necesidad pública lo exija tiene como barrera el instituto expropiatorio, que establece una triple limitación: el objeto público de progreso y bienestar de la comunidad, la calificación por ley de la utilidad pública, y la previa indemnización (González Joaquín V., Obras Completas, 1935, vol. VIII, pág. 208).¹⁹

Según Joaquín V. González, el artículo 17 de la Constitución Nacional se propuso establecer la línea dentro de la cual se produce el equilibrio entre el interés público y el social, el punto de contacto entre la esfera del poder público y la amplitud natural del derecho particular, en materia de propiedad (Obras Completas, tomo VIII, pág. 213).²⁰

17 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Criminal contra José Ibáñez y Amedeo Sengiale, por hurto; sobre la facultad del Poder Ejecutivo para indultar a un procesado antes de haberse pronunciado sentencia definitiva*, 16/02/1922, Fallos: 136:244. El caso se trató de un hurto de cinco pares de medias efectuado por José Ibáñez y Amadeo Sengiali. En primera instancia, los acusados fueron condenados a dos años y tres meses de prisión, respectivamente. La Cámara en lo Criminal y Correccional entendió que no podía aplicarse el indulto del Ejecutivo en razón de que aún no estaba firme la condena y, por lo tanto, resolvió que el juicio debía quedar abierto. Contra esta decisión, el defensor interpuso recurso extraordinario. Es interesante el caso porque, primero, la Corte confirma la sentencia de la Cámara porque entendió que se había omitido el informe que manda la Constitución como requisito del indulto. Luego, el Ministerio Público fiscal le pidió a la Corte que rectificara la sentencia porque sí se había producido el informe. Finalmente, la Corte Suprema revocó la sentencia de la Cámara y devolvió los autos para su consideración. En la disidencia conjunta de los jueces Palacio y Méndez, en la página 267, se cita el *Manual de la Constitución Argentina* de Joaquín V. González para apoyar la tesis sostenida por Estrada en relación con las diferencias sustanciales entre el indulto y conmutación de penas.

18 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/ Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L.*, 18/12/2007, Fallos: 330:5345.

19 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Servicio Nacional de Parques Nacionales c/Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca “Las Pawas” s/expropiación*, 05/05/1995, Fallos: 318:445.

20 Ídem.

Que por ello esta Corte ha dicho que la indemnización debe ser justa por exigencia constitucional, condición que, en palabras de Joaquín V. González, “no ha sido jamás puesta en duda” (Manual de la Constitución Argentina, n° 127, pág. 142).²¹

Con acierto ha señalado Joaquín V. González en su célebre Manual de la Constitución Argentina “... la verdadera igualdad consiste en aplicar, en los casos ocurientes, la ley según las diferencias que los constituyen y caracterizan. Cualquiera otra inteligencia o acepción de este derecho, es contraria a su propia naturaleza y al interés social” (ver, en este sentido, N° 107).²²

3.2.4 Libertad de prensa

Tanto el valor preeminente de la libertad de expresión en un sistema republicano como la importancia que en una sociedad plural y diversa reviste el debate y la discusión democrática que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social ha sido reiteradamente destacado y protegido por la Corte Suprema, y en ese sentido -con cita de Joaquín V. González- ha afirmado que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin de corregir o evitar errores o desastres (conf. González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, pág. 167, citado en Fallos: 331:1530; 333:1331).²³

3.2.5 Juicio político

Por otro lado, Joaquín V. González citando a Von Holst, señala que: “El propósito del juicio político no es el castigo de la persona del delincuente, sino la protección de los intereses públicos contra el peligro u ofensa por el abuso del poder oficial, descuido del deber o conducta incompatible con la dignidad del cargo”, para continuar sosteniendo que “el poder de acusar y sentenciar en este juicio es discrecional de las Cámaras dentro del calificativo de ‘político’, sin que las palabras ‘delitos’ y ‘crímenes comunes’, signifique darles autoridad para

21 Ídem.

22 Ídem.

23 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/Martínez, José Carlos s/daños y perjuicios*, 29/10/2019, Fallos: 342:1777, considerando 7° del voto concurrente del ministro Rosatti. También citado en Fallos: 331:1530 (2008), Fallos: 332:2559 (2010), Fallos: 333:1331 (2010), Fallos: 342:1665 (2019) y Fallos: 333:2079 (2010).

clasificarlos y designarles la pena. A lo transcripto agrega que “el Senado ejerce funciones judiciales, éstas son por causas de carácter político y no cambia su naturaleza constitucional. No está obligado a seguir las reglas del procedimiento judicial común, y tiene toda la discreción necesaria para cumplir su misión... sólo es juez en cuanto afecta a la calidad pública del empleado, a la integridad o cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes han prescripto para el cargo, y a mantenerlo en condiciones de satisfacer los intereses del pueblo. Por eso la sentencia no recae sino sobre el empleo y la incapacidad temporal o definitiva del acusado para ocupar ese mismo u otros de la República...” (“Manual de la Constitución Argentina”, ed. Ángel Estrada y Cía., 1983, págs. 504, 505, 507 y 509, esta última, con cita de Paschal, “La Constitución Anotada”).²⁴

3.2.6 Operatividad de la ley

Las declaraciones, derechos y garantías no son simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarla en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar con vagas interpretaciones o ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación argentina (Manual de la Constitución Argentina, en Obras Completas, vol. III, Buenos Aires, 1935, núm. 82; conf., además, núms. 89 y 90).²⁵

3.2.7 Autonomía provincial

La necesidad de armonía entre las provincias y el Estado Nacional debe conducir a que las constituciones de Provincia sean, en lo esencial de Gobierno, semejantes a la nacional. Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquella.

24 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Boggiano Antonio c/Estado Nacional- Ministerio de Desarrollo Social s/Proceso Administrativo- Inconst. Varias*, 16/03/2016, Fallos: 339:323. En este caso, la Corte revocó la sentencia de segunda instancia que había confirmado el derecho del ex ministro Boggiano de percibir el beneficio contemplado en los arts. 2º y 3º de la Ley 24018 (asignación mensual vitalicia).

25 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Siri, Ángel s/hábeas corpus*, 27/12/1957, Fallos: 239:459, en oportunidad de crear de manera pretoriana el recurso de amparo contra los actos de la autoridad pública. Entre otros tantos, también se destacan el famoso caso *Halabi* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986*, 24/02/2009, Fallos: 332:111) y la sentencia en la que la Corte Suprema, por unanimidad, declaró la inconstitucionalidad por omisión reglamentaria y ordenó al Poder Ejecutivo a dictar la norma referida en un plazo de 90 días hábiles (Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Etcheverry, Juan Bautista y otros c/EN s/amparo ley 16.986*, 21/10/2021, Fallos: 344:3011).

Porque la Constitución de una Provincia es el código que condensa, ordena y da fuerza imperativa a todo el derecho natural que la comunidad social posee para gobernarse, a toda la suma originaria de soberanía inherente, no cedida para los propósitos más amplios y extensos de fundar la Nación (Manual de la Constitución Argentina, Bs. As., 1959, Ed. Estrada, pp. 648/649).²⁶

Es regla de todo gobierno federativo, que estas cuestiones –los conflictos o disputas sobre derechos o atribuciones que pueden ocurrir entre los poderes internos de una misma provincia– corresponden al fuero local, ya para ser resueltas por el pueblo mismo, ya por el poder o los poderes que las respectivas constituciones hubiesen creado para ejercerlo, pues tal es el objetivo de ellas (...) Tal es el sentido de las palabras de la Constitución relativas a las Provincias: “se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas”; eligen sus funcionarios “sin intervención del gobierno federal”; cada una “dicta su propia Constitución”; y tal fue el sentido de la reforma de 1860, que eliminó de entre las atribuciones del Poder Judicial de la Nación, el decidir en los conflictos entre los diferentes poderes públicos de una misma Provincia (Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Estrada, 1897, págs. 770/771).²⁷

Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos espe-

-
- 26 A partir del estudio de las distintas citas de Joaquín V. González, se advierte que el mismo párrafo relativo a la autonomía provincial es utilizado como argumento en casos de distinta índole: sobre interpretación de la constitución provincial en relación con la reelección indefinida de los gobernadores (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Evolución Liberal y otro c/San Juan, Provincia de s/amparo*, 01/06/2023, Fallos: 346:543), en materia de inmunidad de opinión de legisladores (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Caballero, Adolfo c/Capello, Mario Osvaldo s/daños y perjuicios*, 16/07/2020, Fallos: 343:580), haberes del poder judicial (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Alonso de Martina, Marta Inés y otros s/amparo*, 12/11/2019, Fallos: 342:1938), una condena penal impuesta por un jurado popular (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Canales, Mariano Eduardo y otro s/homicidio agravado - impugnación extraordinaria*, 02/05/2019, Fallos: 342:697), el control de constitucionalidad de una ley de lemas de la provincia de Santa Cruz (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/Estado de la Provincia de Santa Cruz s/amparo*, 11/12/2018, Fallos: 341:1869), la legitimación ciudadana para impugnar un proceso de reforma constitucional (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Colegio de Abogados de Tucumán el Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro*, 14/04/2015, Fallos: 338:249), la educación religiosa en la escuela pública de la provincia de Salta (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Castillo, Carina Viviana y otros el Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*, 12/12/2017, Fallos: 340:1795) y la responsabilidad civil de los magistrados (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Marincovich, José Antonio c/Vargas, Abraham Luis s/responsabilidad civil contra magistrados*, 01/08/2013, Fallos: 336:954).
- 27 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Intendente de la Municipalidad de Castelli c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal)*, 10/02/2022, Fallos: 345:22; *Municipalidad del Departamento Capital de La Rioja c/La Rioja, Provincia de s/amparo*, 06/02//2023, Fallos: 346:944; *Municipalidad de San Luis c/San Luis, Provincia de s/acción declarativa (art. 322 C6d. Procesal)*, 28/09/2015, CSJ 5897/2014.

ciales al tiempo de su incorporación. Como fue especificado en el precedente de Fallos: 337:205 (voto del juez Lorenzetti) «... es necesario acudir a la historia para apreciar el significado de esa reserva (...) refiérase a la reserva estipulada en el convenio del 11 de noviembre de 1859 [...] la Provincia reincorporada se proponía conservar sus anteriores derechos sobre su Banco de Estado (Joaquín V. González, Manual de la Constitución, Ángel Estrada y Cía., décimo tercera edición, p. 673).²⁸

La protección y vigencia de las garantías deben buscarse dentro de los diversos resortes institucionales de la respectiva jurisdicción y por ello los conflictos entre autoridades locales deben hallar solución –jurídica y política– en el ámbito provincial, sin injerencia de la justicia de la Nación (Fallos: 136:147; 264:7; 291:384; Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Estrada, 1897, págs. 770 y 771).²⁹

3.2.8 Atribuciones del Congreso Nacional

Joaquín V. González también destacó que el poder confiado por la Constitución Nacional al Congreso, como asamblea de todas las provincias y del pueblo de la Nación, es de carácter excepcional y lo convierten en árbitro o juez supremo

28 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Boullhensen, Pedro Armando s/otros - ejecutivo s/incidente de apelación (art. 250 C.P.C.C.)*, 08/04/2021, Fallos: 344:421. En el caso se discutía el pago de la tasa de justicia por parte del Banco de la Provincia de Buenos Aires al litigar en el fuero federal. La cámara rechazó la oposición al pago de la tasa de justicia formulada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires, contra lo que éste interpuso recurso extraordinario, que fue concedido. La Corte, por mayoría, declaró procedente el recurso y confirmó la decisión recurrida. Los jueces Maqueda y Rosatti, en sus disidencias, remitieron al mencionado precedente de Fallos: 336:539, en el cual la Corte consideró que el Banco de la Provincia de Buenos Aires, sus bienes, actos, contratos y operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza (art. 4º de la Carta Orgánica, Ley 9434), y estas dispensas, concedidas por la provincia a su Banco, deben ser respetadas por las autoridades nacionales, pues gozan de la misma supremacía que corresponde a las disposiciones de orden constitucional sobre las leyes nacionales y provinciales, sin que corresponda efectuar distinción alguna entre “impuestos” y “tasas” a la luz de la redacción amplia empleada por el legislador local. El juez Rosatti agregó que una interpretación distinta equivaldría en la práctica a declarar inconstitucional una cláusula constitucional –art. 31 de la norma fundamental– que obliga al Poder Judicial como poder constituido.

29 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gobernador de la Provincia de La Pampa, Oscar Mario Jorge c/Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa s/acción declarativa de certeza*, 23/02/2016, Fallos: 339:181. En atención al conflicto suscitado entre el gobernador y la Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa con motivo de la interpretación de las facultades de veto reconocidas a aquel en el art. 70 de la Constitución local, y habiendo fallado el superior tribunal estadual, la Corte consideró que no constituía una cuestión justiciable que justifique su intervención. El mismo párrafo es citado en el caso del *Concejo Deliberante de Mercedes el Departamento Ejecutivo Municipal s/conflicto de poderes*, 16/02/2016, Fallos: 339:92.

en una cuestión de carácter político en la que puede verse en peligro la armonía entre las provincias o su igualdad como entidades políticas.³⁰

Así lo dijo también Joaquín V. González, al considerar que la Constitución creó, en el art. 56 (actual art. 64), “el tribunal de última resolución en las elecciones populares para representantes (...)”, pues “no era posible confiar a otro poder la decisión última de las elecciones del pueblo, porque, careciendo cualquier otro de la soberanía del Congreso y de su representación popular, habría sido poner en peligro su independencia, conservación y funcionamiento; aparte de que importaría dar a un poder extraño superioridad sobre él, destruyendo la armonía y el equilibrio entre los que componen el gobierno.”³¹

Así lo ha enfatizado la doctrina, al señalar que claramente deslinda la Constitución el carácter representativo de cada una de las Cámaras del Congreso. La de diputados representa a la Nación en la totalidad de los individuos que forman el pueblo, sin más relación con la entidad de las Provincias a que pertenecen, que la residencia en ellas, y la necesidad de dividir el territorio a los efectos de la práctica del sufragio. Como todo individuo está sujeto a dos soberanías distintas, la de la Nación y de las Provincias, es posible confundir la línea divisoria entre ambas; pero también es fácil concebir el hecho de que unas personas representen sumas diversas de individuos sometidos a la soberanía nacional, y otras representen a la totalidad de la soberanía de cada Provincia. Es lo que ha establecido la Constitución: 1º. La Cámara de Diputados representa la totalidad del pueblo de la Nación, individualmente sumado el de todas las Provincias reunidas: es la verdadera asamblea del pueblo. 2º El Senado representa a las Provincias y la Capital, en su carácter de Estados, con gobiernos y derechos colectivos, tales como la Constitución los reconoce, y como concurren a dictarla: es la asamblea de todas las Provincias que forman la federación nacional (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Estrada, Buenos Aires, 1983, págs. 350/351).³²

30 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Catamarca, Provincia de c/Salta, Provincia de s/ordinario*, 05/05/2009, Fallos: 332:985.

31 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Morales, Gerardo Rubén –Presidente de la Unión Cívica Radical– s/impugna candidatura a Diputado Nacional*, 02/03/2011, Fallos: 334:144. En este caso, la Corte Suprema declaró abstracta la impugnación efectuada por la parte actora a la candidatura como diputado nacional de Néstor Kirchner por falta del requisito de residencia del art. 48 de la Constitución Nacional, atento a su fallecimiento y porque consideró que el proceso electoral había sido concluido en todas sus etapas. El mismo párrafo es citado en el caso *Bussi* (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Bussi, Antonio Domingo c/Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados*, 13/07/2007, Fallos: 330:3160).

32 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sisti, Pedro Luis y otro c/Estado Nacional y otros s/amparo*, 15/04/2021, Fallos: 344:603. En el presente caso, los actores promovieron acción de amparo con el fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 3º y 4º del Decreto ley 22847

En los debates legislativos para la convocatoria del tercer censo nacional (ley 9108), Joaquín V. González –en su carácter de Senador por La Rioja y al explayarse sobre las implicancias del censo en la economía, cultura pública y vida política del país entre otras cuestiones– anticipaba y advertía que la distribución de bancas que hiciera el Congreso una vez que contara con los resultados demográficos “no habría de llegar a un extremo tal de privar a una provincia del mínimo de representación que actualmente ejerce, que, a su vez, está fundado sobre la que ejerció cuando la Constitución fue formada” (cf. debate legislativo de la ley 9108 en 1913, según “El Censo Nacional y la Constitución” Joaquín V. González, Buenos Aires, Instituto Cultural Joaquín V. González, 1931, pág. 48). Así llamó a preservar la representación de las provincias, a no “retroceder en su entidad política” por el resultado material del recuento de la población ya que existe un “mandato tácito” en las generaciones sucesivas de conservación “integra de las personalidades que realizaron el pacto federativo”, y afirmó que tal representación mínima surge de los pactos preexistentes. Explicó que las provincias no son “sólo aglomeración de población, ni sumas totales de producción, son entidades sociales” (debate legislativo de la ley 9108 en 1913, según “El Censo Nacional y la Constitución” Joaquín V. González, Buenos Aires, Instituto Cultural Joaquín V. González, 1931, pág. 48). Es más, continuó por señalar que “las provincias argentinas que han constituido la unión nacional, no son simples creaciones de la Constitución ni de la ley, sino entidades preexistentes, que han tenido una personalidad política y social muy anteriores al hecho de la Constitución” (debate legislativo de la ley 9108 en 1913, según “El Censo Nacional y la Constitución” Joaquín V. González, Buenos Aires, Instituto Cultural Joaquín V. González, 1931, pág. 46).³³

En general, nuestros autores del siglo XIX no parecen haber hallado obstáculo al principio de separación de poderes en esta habilitación senatorial para imponer la sanción de inhabilitación, pese a que todos coinciden en separar la función política de la jurisdiccional (así, por ejemplo, Joaquín V. González, Manual de

que regulaban los criterios para la asignación de bancas en la Cámara de Diputados de la Nación. Asimismo, solicitaron que se le ordenara al Congreso Nacional a que, en las siguientes elecciones, actualizase la representación de esa cámara con arreglo al último censo realizado en el año 2010, e indicaron que esa falta de actualización configuraba una omisión legislativa del Estado Nacional, en violación de lo dispuesto por el art. 45 de la carta magna. También requirieron la citación como terceros al pleito de las 23 provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, alegando que sus intereses se verían directamente afectados al discutirse en la causa la modificación de la atribución de bancas que a cada una le correspondía en la mencionada cámara legislativa. La Corte, por mayoría, declaró que la causa resultaba ajena a su competencia originaria. El párrafo destacado corresponde al voto concurrente de Rosatti. Es interesante porque, en el mismo fallo, se destaca otro fragmento del riojano, pero para fundar el voto de la disidencia del ministro Maqueda: “Esa representación asimétrica de cada Cámara del Poder Legislativo de la Nación fue presentada como la solución a uno de los conflictos fundacionales de la Nación, eficazmente definido como el ‘viejo problema del antagonismo’ entre las tendencias federales y unitarias” (González, 1930, p. 46).

33 Ídem.

la Constitución Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 366; el mismo Florentino González, -10- pág. 302).³⁴

3.2.9 Carácter federal del comercio interjurisdiccional

La “cláusula de comercio” (artículo 75, inciso 13, de la Constitución Nacional) otorga al Congreso Nacional la facultad de “Regular el comercio”, que resulta aplicable a los servicios telefónicos interprovinciales (Fallos: 330:3098, disidencia citada). La doctrina de los precedentes de esta Corte ha respaldado dicha regla, en el entendimiento de que la que el término “comercio” comprende las comunicaciones telefónicas interjurisdiccionales y que, por esta razón, tales comunicaciones están sujetas a la jurisdicción del Congreso Nacional (entre otros, “Obras Completas de Joaquín V. González, Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina”, volumen V, pág. 36, último párrafo, Universidad Nacional de La Plata, 1935).³⁵

Señala Joaquín V. González, con relación a los derechos de tonelaje, que “... entre nosotros esta prohibición a las provincias es absoluta, por las mismas causas que se refieren al comercio terrestre, exterior e interior; esto es: evitar que por cualquier género de razones pudieran permitirse derechos diferenciales para cada puerto, según lo exigiesen las respectivas necesidades de las respectivas Provincias (González, Joaquín V., “Manual de Derecho Constitucional”. Editorial Estrada. Buenos Aires. 1959, páginas 683 y 684).³⁶

Que, por último, son elocuentes aquí las palabras de Joaquín V. González quien, en oportunidad de responder a una consulta acerca de las facultades jurisdiccionales nacionales y provinciales en materia ferroviaria expresó: “Luego, sería

34 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Maza, Ángel E. s/amparo medida cautelar*, 06/10/2009, Fallos: 332:2208.

35 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/Municipalidad de Gral. Güemes s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*, 02/07/2019, Fallos: 342:1061. En la sentencia, la Corte declaró por mayoría la inconstitucionalidad de la Ordenanza Municipal Nro. 299/2010 del Municipio de Gral. Güemes de la provincia de Salta. Entendió que la norma municipal cuestionada resultaba inconstitucional en tanto invadía un aspecto regulatorio que hace al funcionamiento y organización del servicio, competencias que, según surge de la Constitución Nacional, son propias de la autoridad federal, en tanto fueron delegadas por las provincias a la nación. Consideró que al modificar la red de telefonía celular el municipio se había arrogado una atribución que la ley otorga a la autoridad federal y que las antenas no podían ser trasladadas sin la autorización de la autoridad nacional de aplicación. Señaló que el carácter interjurisdiccional del servicio justifica y determina la competencia regulatoria federal y, por tanto, la imposibilidad de los municipios de adoptar medidas que interfieran u obstaculicen dicha competencia.

36 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Pescargen S.A. y otra c/Chubut, Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad*, 18/09/2012, Fallos: 335:1794.

monstruoso como idea económica y absurdo como régimen de explotación, que una línea que sale de Buenos Aires y recorre cinco provincias, fuese gobernada, inspeccionada, gravada y regida por cada uno de los gobiernos por cuyos territorios atraviesa. Lejos de ser un agente de comercio y prosperidad, lo sería de desorden, de ruina, de pleitos, de divergencias entre provincias, pues cada una procuraría obtener mayores ventajas para su comercio por las tarifas o los servicios diversos (...) La ruina del comercio sería la consecuencia inevitable de un estado de cosas semejante (Fallos: 324:3048, considerando 10).³⁷

3.2.10 Conflictos de límites interprovinciales

Que por su parte, Joaquín V. González expresaba que “además de sus poderes estrictamente legislativos, la Constitución ha confiado al Congreso, como asamblea de todas las Provincias y del pueblo de la Nación, otros de naturaleza excepcional que le convierten en árbitro o juez supremo en las cuestiones de carácter político, en que pudiera verse en peligro la armonía entre las Provincias o su igualdad como entidades políticas (...) Se le ha encomendado especialmente al Congreso arreglar los límites del territorio de la Nación, fijar los de las Provincias, crear otras nuevas...” (González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina 1853-1860”, La Ley 2001, página 668).³⁸

3.2.11 Garantías del Poder Judicial

La inamovilidad de los magistrados, las inmunidades penales, y la intangibilidad de las remuneraciones judiciales constituyen garantías institucionales de la función a fin de proteger los derechos de los justiciables a través del dictado de sentencias justas. En particular, la intangibilidad de los salarios judiciales pretende asegurar la subsistencia de quienes ejercen el Poder Judicial, lo que, en palabras de Joaquín V. González, importa ponerlos “al abrigo de todos los cambios que el poder discrecional del Congreso pudiera introducir al dictar la ley de presupuesto, y conseguir así una sucesión de hombres ilustrados y honestos, exentos de la pasión del lucro y de los poderosos impulsos de la necesidad, que

37 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Línea 22 S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa*, 27/04/2010, Fallos: 333:538.

38 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Catamarca, Provincia de c/Salta, Provincia s/ordinario*, 27/10/2015, Fallos: 338:1060. La provincia de Catamarca promovió demanda contra la provincia de Salta en los términos del artículo 127 de la Constitución Nacional, a fin de obtener que la demandada respete su jurisdicción territorial en la zona limítrofe norte del Estado provincial, cese en los distintos avances y hostilidades que venía efectuando sobre el referido territorio catamarqueño, adecúe su Registro Geográfico Minero a los límites interprovinciales oficiales, cese en el aprovechamiento de los recursos naturales de la zona, en razón de que generaba un verdadero impacto ambiental. En atención a que la facultad de fijar límites es propia del Congreso nacional, la Corte Suprema se declaró incompetente para dirimir la controversia.

los llevaría a buscar ilegítimas ganancias, o a descuidar las funciones públicas por los oficios privados” (Manual de la Constitución Argentina, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, Buenos Aires, La Ley, 2001, pág. 551).³⁹

3.2.12 Rol de la Corte Suprema

Que es deber de toda jurisdicción y sin duda de esta Corte Suprema, cuyas sentencias son “su más sólido fundamento y prestigio, y su efectividad más directa”, en tanto “es el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes que ella contiene” (cfr. Joaquín V. González, Manual de la Constitución Argentina 1853-1860, Estrada Editores, Buenos Aires, 1959, pág. 728), efectuar el recto tratamiento de asuntos –como el planteado en autos– que la custodia de la supremacía constitucional impone (cfr. Fallos: 331:1664; 338:724).⁴⁰

Se ha dicho en relación a la norma en análisis que la Constitución quiso que después de largos años de guerra civil entre las provincias, tuviesen un juez común para sus contiendas de derecho para que no apelasen a las armas y disolviesen el vínculo federativo y, al manifestar que ninguna provincia puede declarar ni hacer la guerra a otra provincia agrega, confirmando los poderes de la Suprema Corte, que sus quejas deben ser sometidas a ella (González, Joaquín V., “Manual

39 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Álvarez, Gladys Stella y otros c/EN - CSJN - Consejo de la Magistratura - art. 110 s/empleo público, 05/11/2019, Fallos: 342:1847. El caso se inicia a partir de un reclamo efectuado el 31 de mayo de 2000 por varios jueces de la nación y un fiscal general. La demanda fue promovida contra el Estado nacional (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Consejo de la Magistratura de la Nación) reclamando el pago de las diferencias entre las remuneraciones que percibieron a partir de octubre de 1991 y las que debieron percibir si se las hubiesen ajustado al comienzo de cada ejercicio presupuestario según el índice de precios al consumidor nivel general en los siguientes cinco o más años. En primera instancia, se hizo lugar a la demanda, pero en segunda instancia, con el voto de la mayoría integrada por los conjuces Jorge A. Sáenz y Alfredo M. Vitolo, fue revocada. Al arribar a la Corte por vía del recurso extraordinario, con el voto de la mayoría de distintos conjuces se confirmó la decisión se segunda instancia rechazando el planteo de los actores.

40 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Espíndola, Juan Gabriel s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 09/04/2019, Fallos: 342:584, considerando 8° del voto de la mayoría. El caso se originó a raíz de un reclamo presentado por un condenado por delitos criminales en el año 2007, se agravó ante la Corte de la duración irrazonable del proceso recursivo de su condena que llevaba más de una década de tramitación. La Corte consideró que el *a quo* omitió ponderar que el tiempo transcurrido en la etapa recursiva, hasta el momento en que debía pronunciarse, no solo había incidido en la vigencia de la acción penal respecto de uno de los delitos comprendidos en la sentencia condenatoria, sino que incluso excedía el monto de la pena de prisión –no firme– impuesta. De este modo, entendió el tribunal, resolver en esos términos importó no solo una clara denegación de justicia que torna en arbitrario el pronunciamiento, sino que, además, desnaturalizó el propio “principio del plazo razonable”. Por ello, la Corte exhortó al superior tribunal de la provincia de Buenos Aires y, por su intermedio, a los órganos que corresponda para que adopte con carácter de urgente medidas conducentes a hacer cesar esta problemática.

de la Constitución Argentina”, ed. 1959, pág. 616; Fallos: 310:2478, considerando 62).⁴¹

Si bien no hay un acuerdo general al respecto, también se ha conectado la decisión legislativa de remitir los pleitos entre provincias a la Corte Suprema sin limitación de materias, con el artículo 127 de la Constitución Nacional [ex 109], que defiende a la Corte Suprema la decisión de todas las quejas de una provincia contra otra, con la finalidad de evitar cualquier tipo de asperezas o conflictos institucionales entre los estados que participan de la federación, que cuentan con autonomía para establecer sus propios poderes judiciales y puedan transformarse en jueces y parte de los conflictos que mantienen con otros miembros de la federación (“El Federalista”, de George Hamilton, citado por Joaquín V. González en Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, 1897 y J. Story “Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica”, capítulo XLII).⁴²

Más allá del debate sobre la recta interpretación del artículo 127 de la Constitución Nacional, la circunstancia señalada en último término fue la que se tuvo en cuenta para mantener en la competencia originaria de la Corte Suprema todas las causas judiciales que se plantearan entre dos o más provincias (Joaquín V. González, en la obra ya citada, parágrafo n° 629, interpretación que fue recogida por esta Corte en Fallos: 310:2478).⁴³

3.2.13 Interpretación de la Constitución

La interpretación de la Norma Fundamental no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental (arg. Fallos: 181:343; 199:483; 240:311; 251:86; 253:133; 255:293; 258:267; 272:99 y 231; 300:596; 301:771 y 312:496, entre muchos otros), recordando que cuando el significado de una cláusula constitucional genera una interpretación controvertida, la solución podrá obtenerse considerando dicha norma en relación con otras disposiciones constitucionales (González, Joaquín V., “Obras Completas”, V. N° 31, sptes).⁴⁴

41 Corte Suprema de Justicia de la Nación, *La Pampa c/Provincia de Mendoza s/uso de aguas*, 01/12/2017, Fallos: 340:1695, considerando 7° del voto de la mayoría.

42 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos*, 17/12/2007, Fallos: 330:5279.

43 Ídem.

44 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa*, 28/03/2017, Fallos: 340:257, considerando 15° del voto concurrente

3.2.14 Supremacía constitucional

En el mismo sentido se expresó Joaquín V. González al sostener que “[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (...) En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes” (Joaquín V. González, Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52).⁴⁵

Con cita de Joaquín V. González se señaló que el artículo en cuestión consagraba la supremacía de los principios constitucionales y que de él provenía la “cláusula constitucional” o “fórmula argentina” expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 y que por ello, un tratado no podía, entre otras limitaciones, restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos (disidencias del juez Fayt en los fallos “Arancibia Clavel” y “Simón”).⁴⁶

del juez Rosatti. Aquí la Corte abandonó la doctrina “Fayt”, dictando una decisión completamente opuesta con respecto a la validez del artículo 99, inciso 4, párrafo 3. De este modo, propuso: “[A] doptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como ultima ratio de la más marcada rigurosidad, descalificarlas. Ello será únicamente así, en caso de apartamiento de las competencias reconocidas por el Congreso de la Nación en ejercicio de su facultad pre-constituyente; o del sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional o en caso que se avasallen derechos humanos fundamentales”.

- 45 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos 14/02/2017, Fallos: 340:47. El párrafo destacado corresponde al considerando 18 del voto de la mayoría y se repite el mismo párrafo en el considerando 5 del voto concurrente del juez Rosatti.
- 46 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. Decasación e inconstitucionalidad*, 13/07/2007, Fallos: 330:3248.

3.2.15 Inviolabilidad de la correspondencia

En la enseñanza de Joaquín V. González, junto con el domicilio, la Constitución “asegura el secreto de la correspondencia y de los papeles privados de cada uno, porque ambos atributos constituyen la esfera inviolable de la vida privada, que da mayor sentido a la libertad personal. Es un sentimiento universal de respeto el que hace de la correspondencia particular un objeto cuya violación constituye una grave falta moral. El derecho de guardar el secreto implica el de comunicarlo a aquellos que inspiran confianza, a quienes beneficia o perjudica, o con quienes se mantienen relaciones de negocios, de afectos, o de algunos de los propósitos comprendidos dentro de la absoluta libertad de la conciencia individual (“Manual de la Constitución Argentina”, Bs. As., 1959, pág. 207).⁴⁷

4. Conclusiones

En estas líneas intenté describir a una gran personalidad de la historia argentina, figura que debe destacarse y no olvidarse jamás. Tal como se ha dicho al inicio, la huella que ha dejado este verdadero hombre de la patria en el corazón del pueblo argentino es, sin dudas, imborrable.

El análisis de las citas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el año 1994 a la fecha, revela la actualidad y trascendencia de su doctrina. Su pluma ha servido para la resolución de casos de diversa índole: el derecho de defensa en juicio, la naturaleza del indulto, el instituto de la expropiación, la libertad de prensa, la naturaleza del juicio político, la operatividad de los derechos consagrados en la Constitución y las leyes, la autonomía provincial, las atribuciones del Congreso, el carácter federal del comercio interjurisdiccional, los conflictos de límites interprovinciales, las garantías del Poder Judicial, el rol de la Corte Suprema, la interpretación de la Constitución, la supremacía constitucional y la inviolabilidad de la correspondencia.

Sirva su ejemplo de inspiración para las generaciones presentes y venideras para que, con espíritu patriótico, puedan defender la Constitución Nacional, sus principios y valores.

47 Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Naredo, Margarita Esther s/sucesión*, 09/05/2006, Fallos: 329:1522.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1979). *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación argentina. Según su Constitución de 1853*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Alberdi, J. B. (2003). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Editorial Losada.
- Castiñeiras, J. (1938). *Algunos aspectos de la obra de Joaquín V. González*. Universidad Nacional de la Plata.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2023). *Citas de doctrina en los precedentes de la CSJN Parte 1 (1863-1924)*. Secretaría de Jurisprudencia. <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/70/documento>.
- Echeverría, E. (1945). *El Dogma Socialista y otras páginas políticas (1846)*. Ediciones Estrada.
- González, J. V. (1906). *Legislación de minas. Obras completas de Joaquín V. González (Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina (Tomo IV))*. Universidad Nacional de La Plata.
- González, J. V. (1917). *La propiedad de las minas. Obras completas de Joaquín V. González (Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina (Tomo IV))*. Universidad Nacional de La Plata.
- González, J. V. (1930). *Estudios Constitucionales (Tomo I)*. Librería y Editorial “La Facultad” Juan Roldán y Cía.
- González, J. V. (1935). *Obras completas de Joaquín V. González. Edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina (Tomos I a XXV)*. Universidad Nacional de La Plata. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/152682>.
- González, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860) (Pról. J. R. Vanossi)*. La Ley.
- González Calderón, J. A. (1917). *Derecho constitucional argentino*. J. Lajouane & Cía. Editores.
- Linares Quintana, S. (1956). *Tratado de la ciencia del Derecho constitucional argentino y comparado*. Alfa.
- Mercado Luna, R. (1998). *Solitarias Historias del Siglo que nos deja*. Canguro.
- Oyhanarte, J. (2001). *Julio Oyhanarte. Recopilación de sus obras*. Editorial La Ley.
- Rojo, R. (2005a). *El divino Joaquín: vida y obra de Joaquín V. González*. Nexa Comunicación.
- Rojo, R. (2005b). Joaquín V. González, entre el talento y la timba, pensamiento de un hombre de la generación del '80. *Todo es Historia*, (460), 6-21.
- Sagüés, N. P. (1981). El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional. *El Derecho - Diario*, 92, 905.
- Santiago, A. (2023a). *Semblanza de Joaquín V. González, al cumplirse el primer centenario de su fallecimiento*. En prensa.
- Santiago, A. (2023b). *Lecciones de Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y Organización del Estado (Tomo I)*. Universidad Austral Ediciones.
- Svec, W. R. (1963). Lo que significa Joaquín V. González para un estudiante norteamericano. *Revista de la Universidad Nacional de La Plata*, (17), 159-163. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/79136>.

Jurisprudencia citada

República Argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Alonso de Martina, Marta Inés y otros *s/amparo*, 12/11/2019, Fallos: 342:1938.
- Álvarez, Gladys Stella y otros *c/EN - CSJN - Consejo de la Magistratura - art. 110 s/empleo público*, 05/11/2019, Fallos: 342:1847.
- Banco de la Provincia de Buenos Aires *c/Boullhensen, Pedro Armando s/otros - ejecutivo s/incidente de apelación (art. 250 C.P.C.C.)*, 08/04/2021, Fallos: 344:421.
- Boggiano Antonio *c/Estado Nacional- Ministerio de Desarrollo Social s/Proceso Administrativo- Inconst. Varias*, 16/03/2016, Fallos: 339:323.
- Bussi, Antonio Domingo *c/Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados*, 13/07/2007, Fallos: 330:3160.
- Caballero, Adolfo *c/Capello, Mario Osvaldo s/daños y perjuicios*, 16/07/2020, Fallos: 343:580.
- Canales, Mariano Eduardo y otro *s/homicidio agravado - impugnación extraordinaria*, 02/05/2019, Fallos: 342:697.
- Castillo, Carina Viviana y otros *el Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*, 12/12/2017, Fallos: 340:1795.
- Catamarca, Provincia de *c/Salta, Provincia de s/ordinario*, 05/05/2009, Fallos: 332:985.
- Catamarca, Provincia de *c/Salta, Provincia s/ordinario*, 27/10/2015, Fallos: 338:1060.
- Colegio de Abogados de Tucumán *el Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro*, 14/04/2015, Fallos: 338:249.
- Consejo Deliberante de Mercedes *el Departamento Ejecutivo Municipal s/conflicto de poderes*, 16/02/2016, Fallos: 339:92.
- Criminal contra José Ibañez y Amedeo Sengiale, *por hurto; sobre la facultad del Poder Ejecutivo para indultar a un procesado antes de haberse pronunciado sentencia definitiva*, 16/02/1922, Fallos: 136:244.
- Don Manuel Núñez contra Doña Manuela Rocca de Ominelli *por injurias graves sobre reposición del sellado*, 21/12/1916, Fallos: 125:10.
- Espíndola, Juan Gabriel *s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley*, 09/04/2019, Fallos: 342:584.
- Etcheverry, Juan Bautista y otros *c/EN s/amparo ley 16.986*, 21/10/2021, Fallos: 344:3011.
- Evolución Liberal y otro *c/San Juan, Provincia de s/amparo*, 01/06/2023, Fallos: 346:543.
- Gobernador de la Provincia de La Pampa, Oscar Mario Jorge *e/ Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa s/acción declarativa de certeza*, 23/02/2016, Fallos: 339:181.
- Gobernador de la Provincia de La Pampa, Oscar Mario Jorge *e/Cámara de Diputados de la Provincia de La Pampa s/acción declarativa de certeza*, 23/02/2016, Fallos: 339:181.
- Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires *c/Tierra del Fuego, Provincia de s/cumplimiento de contrato y cobro de pesos*, 17/12/2007, Fallos: 330:5279.
- Intendente de la Municipalidad de Castelli *c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal)*, 10/02/2022, Fallos: 345:22.
- La Pampa *c/Provincia de Mendoza s/uso de aguas*, 01/12/2017, Fallos: 340:1695, considerando 7° del voto de la mayoría.

- Línea 22 S.A. c/Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa, 27/04/2010, Fallos: 333:538.
- Longobardi, Irene Gwendoline y otros c/Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L., 18/12/2007, Fallos: 330:5345.
- Marincovich, José Antonio c/Vargas, Abraham Luis s/responsabilidad civil contra magistrados, 01/08/2013, Fallos: 336:954.
- Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/Martínez, José Carlos s/daños y perjuicios, 29/10/2019, Fallos: 342:1777.
- Maiza, Ángel E. s/amparo medida cautelar, 06/10/2009, Fallos: 332:2208.
- Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. De casación e inconstitucionalidad, 13/07/2007, Fallos: 330:3248.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/02/2017, Fallos: 340:47.
- Morales, Gerardo Rubén –Presidente de la Unión Cívica Radical– s/impugna candidatura a Diputado Nacional, 02/03/2011, Fallos: 334:144.
- Municipalidad de San Luis c/San Luis, Provincia de s/acción declarativa (art. 322 C6d. Procesal), 28/09/2015, CSJ 5897/2014.
- Municipalidad del Departamento Capital de La Rioja c/La Rioja, Provincia de s/amparo, 06/02//2023, Fallos: 346:944.
- Naredo, Margarita Esther s/sucesión, 09/05/2006, Fallos: 329:1522.
- Pescargen S.A. y otra c/Chubut, Provincia de s/Acción declarativa de inconstitucionalidad, 18/09/2012, Fallos: 335:1794.
- Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa, 28/03/2017.
- Servicio Nacional de Parques Nacionales c/Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca "Las Pavas" s/expropiación, 05/05/1995, Fallos: 318:445.
- Siri, Ángel s/hábeas corpus, 27/12/1957, Fallos: 239:459.
- Sisti, Pedro Luis y otro c/Estado Nacional y otros s/amparo, 15/04/2021, Fallos: 344:603.
- Telefónica Móviles Argentina S.A. - Telefónica Argentina S.A. c/Municipalidad de Gral. Güemes s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad, 02/07/2019, Fallos: 342:1061.
- Unión Cívica Radical de la Provincia de Santa Cruz y otros c/Estado de la Provincia de Santa Cruz s/amparo, 11/12/2018, Fallos: 341:1869.

Legislación citada

- Ley 11844 (1934).
 Ley 16986 (1966).
 Ley 22847 (1983).
 Ley 24018 (1991).

RECENSIONES

AGREEING TO DISAGREE. HOW THE ESTABLISHMENT CLAUSE PROTECTS RELIGIOUS DIVERSITY AND FREEDOM OF CONSCIENCE

Nathan S. Chapman y Michael W. McConnell

Nueva York, Oxford University Press, 2023, 226 páginas.

En su nuevo libro, los profesores Chapman¹ y McConnell² abordan un problema de interpretación constitucional, a saber: cuál es el significado de la cláusula de establecimiento de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica³ y qué consecuencias se derivan de ella para las áreas históricamente más conflictivas en las relaciones entre el Estado y las personas e instituciones religiosas. Además de una perspectiva novedosa sobre la cuestión, que da lugar a un estudio sobre sólidas bases históricas, los lectores argentinos encontrarán en este libro una sistematización de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los conflictos a los que da lugar la aplicación de la cláusula y podrán informarse sobre los importantes cambios jurisprudenciales que han acontecido en el área en los últimos años. Finalmente, el libro también resultará de especial interés para aquellos interesados en reflexionar sobre el papel del Estado en una sociedad diversa. A fin de cuentas, la cláusula de establecimiento, como la entienden los autores, es una garantía para la libertad individual que puede ser extrapolada como modelo a otros ámbitos.

- 1 Pope F. Brock, profesor de Derecho, University of Georgia School of Law. McDonald Distinguished Fellow of Law and Religion, Emory Center for Law and Religion. Exdirector ejecutivo del Constitutional Law Center de la Stanford Law School.
- 2 Richard and Frances Mallery profesor y director del Constitutional Law Center de la Stanford Law School. Senior Fellow, Hoover Institution. Es coeditor de los libros *Religion and the Constitution* y *Christian Perspectives on Legal Thought*. Su libro más reciente es *The President Who Would Not Be King: Executive Power under the Constitution*.
- 3 Tomando la traducción de Bermúdez (2017), la Primera Enmienda reza en la parte pertinente: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma (...)” (p. 105).

El libro está dividido en dos partes. En la primera, titulada “Historia”, los autores presentan y fundamentan su interpretación de la cláusula de establecimiento. Para ello, describen la estructura jurídica y la fundamentación filosófica del establecimiento y del desestablecimiento (*disestablishment*) religioso en los Estados Unidos a nivel federal y estatal. En la segunda parte, titulada “Controversias Actuales”, presentan las consecuencias de su interpretación para la solución de los grupos de casos actualmente más problemáticos. Esta parte está compuesta por seis capítulos, dedicados al *Lemon test* (capítulo 5), a las excepciones religiosas (capítulo 6), al apoyo económico-estatal a escuelas religiosas (capítulo 7), a las prácticas religiosas en instituciones públicas (capítulo 8), a los símbolos religiosos (capítulo 9) y a la autonomía de las iglesias (capítulo 10). Por limitaciones de espacio, sólo presentaré aquí algunas de las ideas centrales del libro, pero confío en que serán suficientes para convencer al lector de la importancia de este nuevo estudio.

De acuerdo con los autores, la cláusula de establecimiento es un acuerdo para poder estar en desacuerdo sobre asuntos de religión, es decir, a través de esta norma, el pueblo estadounidense se comprometió a abstenerse de usar el poder estatal para coaccionar o inducir la uniformidad de creencias religiosas. No se trata, empero, de la consagración del secularismo en la vida pública. La idea central de la cláusula no es la separación entre Estado y religión, sino el que todas las creencias sean libres para florecer con independencia del poder estatal. La vida pública ha de reflejar el tipo y el grado de religiosidad de las personas, sin intromisiones ni coerciones estatales.

Según explican los autores, el significado de la Primera Enmienda era muy claro para los estadounidenses cuando fue escrita, pues ellos estaban mucho más familiarizados con las características de un establecimiento religioso que nuestros contemporáneos. Después de todo, la Iglesia anglicana era la “Iglesia establecida por ley” en Inglaterra, en cinco colonias del sur y en algunos condados de Nueva York. También la mayoría de los estados de Nueva Inglaterra tenía un establecimiento religioso, aunque con características diferentes debido a su impronta puritana. Los establecimientos consistían en una compleja red de leyes dedicadas a la promoción e inculcación de un conjunto común de creencias a través de la autoridad estatal. Si bien sus características concretas eran variables, los autores identifican los siguientes elementos comunes asociados con el concepto de “establecimiento religioso”:

1. Control gubernamental de la doctrina y de los ministros religiosos.
2. Asistencia compulsiva al culto.

3. Sostenimiento económico de la iglesia con recursos públicos (especialmente, a través de impuestos o concesiones de tierras).
4. Prohibición del culto de otras confesiones o denominaciones.
5. Ejercicio de funciones públicas por parte de la Iglesia oficial.
6. Ejercicio de la participación política restringida a los miembros de la Iglesia oficial.

Chapman y McConnell destacan que ni la revolución ni la aprobación de la Primera Enmienda eliminaron los establecimientos religiosos del derecho estadounidense. Antes bien, la cláusula en análisis le prohibió al Gobierno federal el establecimiento de una religión nacional, pero, al mismo tiempo, garantizó su no interferencia con los establecimientos estatales.

Los autores exponen que los establecimientos estatales descansaban sobre una justificación predominantemente política: su propósito era usar la autoridad de la religión para promover la virtud pública, necesaria, según se entendía, para el republicanismo. En cambio, el movimiento de desestablecimiento, que llevó al desmantelamiento de las estructuras jurídicas descritas, fue liderado por grupos religiosos que consideraban a dichos regímenes como innecesarios y dañinos para la religión. Las críticas se basaban en que la imposición de obligaciones religiosas era violatoria de la libertad de conciencia, en que el apoyo económico estatal era contrario a la autonomía de las iglesias y en que el establecimiento contradecía las enseñanzas de la religión cristiana. Concordantemente, los estados fueron aboliendo sus establecimientos religiosos, siendo el último de ellos el de Massachusetts, en 1833.

Este movimiento de desestablecimiento, por cierto, fue muy anterior a la jurisprudencia de la Corte Suprema que aplicó la cláusula de la Primera Enmienda contra los estados.⁴ Los autores, manteniendo su posición asumida en un trabajo anterior (Chapman y McConnell, 2012, p. 1801), son críticos de la interpretación dominante de la Catorceava Enmienda a la Constitución, pero comparten la conclusión de la Corte en cuanto a que, a partir de la sanción de esa norma, la cláusula de establecimiento se aplica no sólo contra el Gobierno federal, sino también contra los estados. Nótese que esta conclusión no es trivial, pues ¿acaso no resulta contraintuitivo que una provisión que originalmente procuró proteger los establecimientos estatales de la intromisión federal sea aplicada contra los estados? La clave para los autores está en el doble objetivo de

4 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

la provisión: primero, reservar a los estados la decisión sobre el establecimiento religioso, segundo, evitar el establecimiento de una religión a nivel nacional. Ese segundo objetivo se logró prohibiéndole al Gobierno federal regular la religión, favorecer una religión sobre otras y obligar a las personas a comprometerse en prácticas religiosas. Mientras que el primer objetivo fue superado por el desestablecimiento en los estados, el segundo puede ser comprendido sin dificultades como una provisión de derechos apta para ser incorporada contra los estados por vía de la Catorceava Enmienda.

En la segunda parte del libro, los autores comienzan por describir el *Lemon test*, utilizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1971⁵ y durante aproximadamente tres décadas para resolver los casos que versaban sobre la cláusula de establecimiento, en general provenientes de jurisdicciones provinciales. Las tres reglas que componían este test indicaban que, para ser constitucional, una ley (1) debía tener un propósito secular; (2) su “efecto principal” no debía promover ni inhibir la religión; y (3) no debía promover una intervención excesiva del Gobierno en la religión.

Los autores presentan tres críticas centrales en contra de dicha doctrina. Primero, el test estaba plagado de ambigüedades conceptuales. Por ejemplo, si una política estatal financiara la compra de computadoras para colegios, incluyendo colegios religiosos, ¿tendría esa política el efecto “principal” de promover la religión? En segundo lugar, el test enfatizaba desproporcionadamente la separación como principio general, elevándola por sobre el valor de la libertad religiosa. Así, por ejemplo, la regla del “propósito secular” acabó por excluir a las voces religiosas del diseño y fundamentación de políticas públicas. Finalmente, el test no coincidía con la comprensión histórica del desestablecimiento que fue cuidadosamente reconstruida por los autores del libro en la primera parte.⁶

Como explican Chapman y McConnell, la Corte fue dejando de lado el *Lemon test* progresivamente en distintas constelaciones de casos, hasta que en

5 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

6 Los autores critican que la interpretación de la cláusula de establecimiento acogida por la Corte Suprema se limitó a una evidencia histórica parcial, vinculada con el debate suscitado en el Estado de Virginia, y que se haya atribuido un peso decisivo a la opinión de Thomas Jefferson en cuanto a que la cláusula de establecimiento constituía un “muro de separación entre la iglesia y el Estado” (Jefferson, 1802). La excesiva importancia atribuida a las palabras de Jefferson sobre este asunto resulta cuestionable para Chapman y McConnell, puesto que la suya fue solo una de las voces en uno de los múltiples debates estatales sobre el desestablecimiento, y la preocupación por la separación fue solo una de las cuestiones tenidas en cuenta al momento de la aprobación de la Primera Enmienda.

2022, en el caso *Kennedy v. Bremerton School District*,⁷ el máximo tribunal estadounidense describió al test como “ambicioso, abstracto y ahistórico” y anunció que “la Corte ha abandonado Lemon hace mucho tiempo”. En su reemplazo, en lugar de comprometerse con un test equivalente, la Corte indicó que la cláusula de establecimiento debe ser interpretada con referencia a las prácticas e interpretaciones históricas, por lo que las soluciones deberán encontrarse separadamente para cada grupo de casos. De allí que, en lo que queda del libro, los autores apliquen su interpretación de la cláusula de establecimiento a un núcleo de cuestiones problemáticas a la vez.

No debería sorprendernos que la primera de las controversias modernas abordadas en el libro sea la relativa a la validez constitucional de las excepciones religiosas. Como explican los autores, en el contexto de la “batalla cultural”, la facilitación de las prácticas religiosas se presenta como una política mucho más controversial que en el pasado. Ello es así, remarcan los autores, especialmente frente a las excepciones que involucran la resistencia a someterse a leyes entendidas como triunfos de un modelo “progresista”, tales como el aborto, el matrimonio homosexual o ciertos derechos de las personas trans. En muchos de estos casos, la cláusula de establecimiento se esgrime como un argumento contra la permisibilidad de estas excepciones, por ejemplo, sobre la base de que éstas imponen un daño sobre terceros, en tanto les trasladan el costo del ejercicio de las creencias religiosas que ellos no poseen.⁸

Pero los autores explican que el sentido de las excepciones es precisamente prevenir que el Gobierno dificulte o imposibilite las prácticas religiosas para alcanzar un beneficio secular para terceros. Por su parte, la cláusula de establecimiento existe para proteger los derechos de los disidentes de mantener y ejercer sus creencias aunque ellas sean contrarias a las de la mayoría, de modo que difícilmente pueda justificarse que esa cláusula impida conceder excepciones que imposibiliten a un tercero gozar de los beneficios que le asegura la política estatal. En tal sentido, los autores recuerdan que, durante la guerra de Vietnam, 170000 jóvenes varones fueron enviados a pelear y, potencialmente, a morir, tomando el lugar de objetores de conciencia.

En ocasiones, las objeciones contra las excepciones religiosas no se vinculan con un daño a terceros, sino que revelan la indignación ante el rechazo de

7 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 U.S. __ (2022).

8 Por ejemplo, ver Case (2014). Pero ver también Laycock (2014). La contraposición de ambos textos brinda un panorama de las discusiones sobre excepciones religiosas en el contexto de la llamada “batalla cultural”.

ciertos grupos a sumarse a la voluntad de la mayoría. En estos casos, los autores nos exhortan a no olvidar el sentido de la cláusula de establecimiento: el compromiso de no usar el poder estatal para alcanzar la uniformidad de creencias.

Otro de los desarrollos más interesantes del libro se presenta en el grupo de casos relativo al apoyo económico a las escuelas religiosas. En este ámbito, los autores lamentan que la aplicación del *Lemon test* haya llevado durante aproximadamente veinte años a resoluciones contrarias al propósito de la Primera Enmienda. Frente a ello, explican que el uso de fondos públicos para el apoyo a la educación, incluso para la educación administrada por congregaciones religiosas, nunca se consideró ampliamente, al menos hasta la segunda posguerra, contrario a la cláusula de establecimiento, pues no implicaba ninguna forma de coerción a las personas. En cambio, era percibido como un uso de los ingresos públicos para perseguir un interés estatal legítimo en la educación.⁹ La línea de casos de *Lemon* llevó a excluir a las instituciones religiosas de planes de apoyo estatal, es decir, lisa y llanamente a discriminar a las instituciones religiosas en función de sus creencias. Esa jurisprudencia fue dejada de lado en una línea jurisprudencial cuyos principales exponentes son *Zelman v. Simmons-Harris*,¹⁰ *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*¹¹ y *Espinoza v. Montana Department of Revenue*.¹² Con estos casos, la Corte Suprema pasó de sostener que los programas de ayuda de alcance general no podían incluir a instituciones religiosas a decir que los estados tenían discreción para decidir si incluirían a instituciones religiosas, para luego resolver que un programa de alcance general que excluya a instituciones religiosas sobre la base de su estatus religioso resulta inconstitucional.¹³ Esta nueva doctrina es, según los autores, más consistente con el significado de la cláusula de establecimiento y con la historia del desestablecimiento en Estados Unidos. Precisamente, la política

9 En obras anteriores, los dos autores han presentado ejemplos de programas de sostenimiento económico estatal a misiones educativas de congregaciones religiosas que se remontan a los albores de la revolución americana (Chapman, 2020; McConnell et. al., 2022, p. 306).

10 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

11 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 U.S. ___ (2017).

12 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 U.S. ___ (2020).

13 Como explican los autores, más recientemente la Corte Suprema aclaró que tampoco puede excluirse a instituciones educativas de proyectos de financiación sobre la base de que la institución haría un “uso religioso” de los fondos recibidos. Chapman y McConnell comparten esa conclusión, pues el estatus de institución religiosa está determinado, según explican, precisamente por las actividades religiosas. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Carson v. Makin*, 596 U.S. ___ (2022).

estatal no debe incitar a la uniformidad de creencias, sino ampliar el rango de elecciones individuales.

Finalmente, resultará de especial interés para los lectores argentinos el desarrollo relativo a los casos que involucran símbolos religiosos. La primera observación de los autores al respecto nos invita a reflexionar sobre el porqué de la reciente proliferación de la litigación sobre estos asuntos en un país en el que los símbolos religiosos exhibidos en público son raros, producto de su tradición protestante. Consideran que se trata de un episodio más de la “batalla cultural”: establecer quién tiene el control sobre el espacio público para demostrar quién tiene el poder en la cultura. El capítulo incluye un elocuente tratamiento de las cuestiones de legitimación vinculadas con la litigación de estos casos. Pero más interesante aún resulta el análisis crítico del *endorsement test*, una variación del *Lemon test* diseñada por la jueza Sandra Day O’Connor especialmente para esta constelación de casos.¹⁴ La premisa de tal razonamiento fue que el propósito central de la cláusula de establecimiento era prevenir que el Gobierno enviara mensajes de aprobación (*endorsement*) o desaprobación de la religión. Un mensaje de aprobación expresaría que los no creyentes son *outsiders* en la vida pública, mientras que un mensaje de desaprobación tendría el sentido opuesto.

Los autores señalan varios problemas en este test. En primer lugar, que parece vincular la aprobación con la preferencia, pero ello no resulta para nada convincente. Por ejemplo, las legislaturas aprueban múltiples resoluciones expresando su interés o aprobación hacia eventos, actividades o productos, sin que ello signifique que otros eventos sean desaprobados. Resulta aún más problemático que el test no se haga cargo de la diferencia entre erigir un nuevo símbolo y preguntarse si uno ya erigido debió estar allí en primer lugar. ¿Acaso el mensaje que se envía al remover un símbolo religioso de un espacio público no es una desaprobación general hacia un grupo de miembros de la comunidad o hacia sus creencias? Los autores explican que la solución de estos casos no puede ignorar que la modificación del *status quo* altera el mensaje, en algunos casos, dramáticamente. Finalmente, el *endorsement test* ignora que el sentido de la cláusula de establecimiento nunca fue secularizar a la sociedad eliminando la religión de la esfera pública.

Por todo ello, los autores aprueban la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en la materia en el caso *American Legion v. American Humanist Asso-*

14 Suprema Corte de los Estados Unidos, *Lynch v. Donnelly*, 463 U.S. 668 (1984).

ciation (2019).¹⁵ A partir de este caso, remarcan los autores, la cuestión central será si los símbolos religiosos ya erigidos se limitan a reconocer el rol que tiene la religión en la vida de las personas en una comunidad determinada o si efectivamente ellos declaran que una religión es superior o que se ve privilegiada respecto a las otras, o bien que una religión minoritaria es falsa o que no es digna de respeto.

Para concluir esta breve reseña, quiero destacar la importancia de estudiar la cláusula de establecimiento en una sociedad fuertemente polarizada. En la interpretación de Chapman y McConnell, se trata de una norma que no favorece ni una visión secular ni una religiosa de la sociedad. Por el contrario, su razón es asegurar que ningún bando utilice el poder político para imponer una visión como ortodoxa y suprimir el desacuerdo a su respecto.

Como adelanté, y como resaltan los autores al final de la obra, el principio de neutralidad coronado en la cláusula de establecimiento puede ser extendido más allá de cuestiones religiosas y servir como modelo para definir cómo debe comportarse el Estado frente a ideologías modernas que, en muchos aspectos, resultan similares a la religión (como lo notan los autores en términos de intensidad, impermeabilidad a la impugnación con pruebas, y en su afán por imponer sus propias nociones de virtud).¹⁶ Las herramientas que utilizaban los estados con un establecimiento religioso continúan disponibles para promover la uniformidad de pensamiento respecto a estas cuestiones no religiosas. La experiencia de la cláusula de establecimiento puede constituir una advertencia contra estos usos abusivos del poder estatal. Tal vez sea hora de adoptar una “cultura del desestablecimiento”, infundida por un espíritu de libertad.

Jeremías Brusau

Universidad de Buenos Aires

jbrusau@hotmail.com

15 Suprema Corte de los Estados Unidos, *American Legion v. American Humanist Association*, 588 U.S. __ (2019).

16 Para una descripción concordante que incluye ejemplos concretos, ver Fazio (2014, pp. 99-157).

Bibliografía

- Bermúdez, H. (2017). *Libertad e igualdad religiosas en el Estado de Derecho*. La Ley.
- Case, M. A. (2014). Why Live-and-Let-Live is not a Viable Solution to the Difficult Problems of Religious Accommodation in the Age of Sexual Civil Rights. *Southern California Law Review*, (88), 463-492.
- Chapman, N. (2020). Forgotten Federal-Missionary Partnerships: New Light on the Establishment Clause. *Notre Dame Law Review*, (96), 677-748.
- Chapman, N. y McConnell, M. (2012). Due Process as Separation of Powers. *Yale Law Journal*, (121), 1672-1807.
- Fazio, M. (2014). *Secularización y cristianismo. Las corrientes culturales contemporáneas*. Logos.
- Jefferson, T. (1802). *Letter to the Danbury Baptists*. Library of Congress. <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>.
- Laycock, D. (2014). Religious Liberty and the Culture Wars. *University of Illinois Law Review*, 2014, 839-880.
- McConnell, M., Berg, T. C. y Lund, C. C. (2022). *Religion and the Constitution*. Aspen Publishing.

PERSONALIDAD Y PODER. FORJADORES Y DESTRUCTORES DE LA EUROPA MODERNA

Ian Kershaw

Barcelona, Crítica-Paidós, 2023, 574 páginas.

En el presente libro, este historiador político, docente de la Universidad de Sheffield y autor de varios y muy difundidos libros biográficos sobre Adolf Hitler, pretende dar una solución ecléctica y no definitiva (en rigor, bastante vaga y poco precisa) a la cuestión que se plantea al pensamiento histórico entre la primacía de la personalidad de los gobernantes o bien de las circunstancias impersonales (geográficas, sociales, económicas, institucionales, militares, etc.) en la determinación del sentido y destino del devenir histórico-político de las naciones, o de los Estados supranacionales.

El autor pone de relieve, en primer lugar, que a partir del comienzo del siglo XIX se difundió, entre quienes estudiaban y meditaban acerca de las causas y el sentido de las mutaciones históricas, la idea de que ellas se debían fundamentalmente a la presencia y la actuación de grandes hombres, “hombres providenciales” o “genios” (o “héroes”) políticos, como Julio César, Carlomagno, Napoleón, Hitler o Churchill. Para estos autores, las circunstancias impersonales de la historia cumplían sólo un rol secundario o accidental, que no alcanzaba para determinar el origen y el destino de los acontecimientos políticos. Entre estos pensadores se encuentran principalmente Thomas Carlyle y Jacob Burckhardt.

Pero luego de exponer sintéticamente las ideas centrales de estos autores, Kershaw sostiene que, a partir principalmente de la obra de 1852 de Karl Marx, *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*, la perspectiva cambió radicalmente y se pasó a considerar que el factor determinante de la moción y dirección de los movimientos histórico-sociales eran primordialmente de carácter impersonal: social, institucional, psicológico-social, económico, etc. Y cita una célebre frase de Marx (aclarando que no es marxista, no lo ha sido nunca ni lo quiere ser) en la que sostiene que “los hombres hacen su propia historia, pero no a su libre albedrío, bajo circunstancias elegidas por ellos mismos, sino en aquellas que les

tocan directamente en suerte y les han sido dadas en herencia”. En definitiva, para el autor de este libro,

este planteamiento viene a corregir la convencional exageración del irrestricto papel del individuo en la materialización del cambio histórico. Al empezar el examen por el extremo “que no es”, valga la expresión, y destacar la relevancia del contexto y las condiciones históricas en lugar de la personalidad del individuo y sus logros personales, esta perspectiva promueve un tipo de análisis que no niega el rol del individuo, pero se fija en primera instancia en el marco en el que dicho papel se vuelve posible. (p. 25)

Y pasando luego a los tiempos presentes, el autor se concentra en las circunstancias que han determinado el surgimiento de los estilos de liderazgo populista, entre las que enumera principalmente el surgimiento de nuevas crisis económicas como producto del incremento de la globalización, pero que en general se concretan en modos de gobernar de tipo caudillista y poco o nada institucional, por lo que terminan llevando a las comunidades políticas a situaciones de deterioro económico, caos institucional y violencia más o menos declarada. Pero el problema central del libro es que su autor –a pesar de algunas afirmaciones sobre la prelación de las dimensiones circunstanciales– no termina de decidirse por la primacía de la personalidad o de las circunstancias, para concluir que “no existe ninguna fórmula matemática que pueda asignar un peso relativo a los factores personales e impersonales a fin de objetivar la valoración del cambio histórico” (p. 33).

Luego intenta demostrar esta tesis ambigua a través de unas muy valiosas biografías políticas de algunos líderes que, en ese ámbito, produjeron con su actuación un cambio significativo en las condiciones sociales, económicas e institucionales, condicionando fuertemente, a través de ese cambio, el futuro de sus respectivas comunidades políticas. De este modo, historia la vida de Lenin, Mussolini, Hitler, Stalin, Churchill, De Gaulle, Konrad Adenauer, Franco, Tito, Thatcher, Gorbachov y Kohl, en general de un modo especialmente interesante y riguroso, quizás con la única excepción de Francisco Franco, a quien no parece haber comprendido adecuadamente, así como al espíritu del pueblo español.

Por otra parte, al final de cada biografía, Kershaw incluye un acápite, con el título de “El legado”, donde sintetiza la aportación de cada biografiado al desarrollo y orientación de la política europea posterior. En estos apartados, especialmente interesantes, pone de relieve el juego de los factores personales

y de circunstancias externas en la actuación de cada uno de los políticos estudiados, aunque resulta notable que, a pesar de explicar en detalle las diversas situaciones en las que tuvo que actuar cada uno, queda generalmente la impresión de que el factor más determinante de los resultados fue el de las aptitudes personales de cada personaje.

En definitiva, lo que se puede concluir de la lectura de este interesante libro es que resulta prácticamente imposible establecer en general, y para todos los casos, la prelación de los elementos personales o de los circunstanciales. Tenía razón entonces Julio Irazusta cuando en su relevante libro *La política, cienicienta del espíritu* sostuvo que la clave del éxito político es siempre doble: es necesario tanto genio y cuanto oportunidad: genio, porque sin él la oportunidad pasará en vano, y oportunidad, porque sin ella el genio quedará infecundo. Cada situación política es irrepetible, así como la inteligencia práctica y el temple de cada político nunca es igual. Dicho en otras palabras: el ámbito de lo político es el de lo contingente, lo que puede ser de un modo u otro, lo que depende de muchas circunstancias y supone en quien se dedica a ello prudencia y coraje; y todo esto no puede racionalizarse de modo preciso, de modo tal que sea posible establecer una teoría general del triunfo en la praxis política.

Más allá de esa pretensión vana, la lectura de las biografías incluidas en este libro produce un placer superlativo y provee una información que es de especial importancia para todos quienes piensan dedicar su vida a esa actividad que los clásicos griegos consideraban la más alta de las que puede encarar el ser humano. Especialmente resulta imprescindible –para todos aquellos que intentan encarar una praxis política en el ámbito de una sociedad democrática– estudiar los capítulos dedicados a la vida pública de Winston Churchill, Konrad Adenauer y Margaret Thatcher, que en este libro están redactadas de un modo magistral.

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza. Universidad Austral

carlos.massini@um.edu.ar

Bibliografía

Irazusta, J. (1977). *La política, cenicienta del espíritu*. Ediciones Dicio.
Marx, K. ([1852] 2003). *El 18 Brumario de Luis Bonaparte*. Alianza.

SOBRE LOS AUTORES

Ignacio Arizu

Abogado por la Universidad Austral y candidato a L.L.M. en Derecho Constitucional por la misma universidad. Diplomado en Derecho Constitucional Profundizado y en Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica. Se desempeña como ayudante de cátedra de Derecho Constitucional II en la Universidad Austral. Ha publicado “Lo que queda de la Constitución: cuidado con las mayorías ocasionales” en la revista *En Disidencia* (Universidad de San Andrés).
Correo electrónico: iarizu@mail.austral.edu.ar

Jeremías Brusau

Abogado (Universidad de Buenos Aires). Master of Laws (LL.M.) (University of Georgia School of Law). Magíster en Derecho Penal (Universidad Torcuato Di Tella).
Correo electrónico: jbrusau@hotmail.com

C. Ignacio de Casas

Abogado (Universidad de Mendoza) con diploma en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Universidad de La Rioja, España, y Collège Universitaire Henry Dunant). Master of Studies in International Human Rights Law (University of Oxford). Doctor en Derecho (Universidad Austral). Profesor adjunto de Derecho Internacional Público y director ejecutivo de la Diplomatura en Derechos Humanos (Universidad Austral). Es socio en Southern Lights Group (Mendoza, Argentina) y fundador y vicepresidente del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos. Es autor de numerosos artículos y capítulos de libros de su especialidad en publicaciones nacionales e internacionales. Es integrante del Instituto de Derecho Internacional Público (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires), miembro del Steering Committee de la Law and Development Research Network (LDRN), del Comité Científico del Osservatorio Internazionale sui Diritti Fondamentali (Bologna, Italia) y de la European Society of International Law. Es coeditor jefe de la Revista Internacional de Derechos Humanos (CLADH y Universidad Austral).
Correo electrónico: idecasas@austral.edu.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9479-773X>

Ignacio M. de la Riva

Abogado (UBA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Doctor en Derecho (Universidad de Valladolid, España). Profesor titular ordinario de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina). Director de la Maestría en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina), donde imparte las materias Dominio Público e Infraestructuras e Intervención Administrativa en la Economía. Profesor invitado en la Universidad de Valladolid (España), en la Universidad de Piura (Perú) y en la Universidad Católica de Valparaíso (Chile) y en numerosas universidades argentinas. Autor de dos libros (Ayudas públicas y Derecho de las infraestructuras) y de más de medio centenar de artículos sobre diversos temas de su especialidad. Ejerce su actividad profesional en el Estudio Cassagne - Abogados como consultor externo.
Correo electrónico: idlr@cassagne.com.ar
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-57298723>

Mariano Gagliardo

Doctor en Ciencias Jurídicas. Miembro titular en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Publicista jurídico. Ejerce su profesión en CABA.
Correo electrónico: estudio@glc-abogados.com.ar

Manuel José García-Mansilla

Abogado (Universidad del Salvador). Master of Laws (LL.M.) en Georgetown University Law Center. Doctor en Derecho (calificación *summa cum laude*, Universidad Austral). 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

María Eugenia Goya

Abogada con especialización en Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires). Maestría en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires). Programa de Gobernabilidad, Gerencia Política y Gestión Pública (Universidad de San Andrés). Becaria del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (2019- 2020). Profesora titular a cargo de Derecho Consular y Diplomático (Licenciatura en Relaciones Internacionales, Universidad Austral, 2022). Actualmente se desempeña en la Dirección General de Consejería Legal, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Correo electrónico: euge.goya@gmail.com

Carlos I. Massini-Correas

Abogado, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y doctor en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza (Argentina), donde dirige el Instituto de Filosofía Práctica. En el nivel de posgrado, es profesor de los doctorados de la Universidad Austral de Buenos Aires, de la Universidad Panamericana de México y de la Universidad de Los Andes de Santiago de Chile. Se desempeñó como investigador principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas (CONICET), como director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe y como secretario académico de la Universidad de Mendoza. Tiene publicados 30 libros y más de 200 artículos en América y en Europa sobre temas de filosofía del derecho, filosofía política, ética y bioética. Entre los últimos libros publicados cabe destacar: Alternativas de la ética contemporánea. Constructivismo y realismo ético (Rialp, 2019); Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico de John Finnis (Marcial Pons, 2019) y Dignidad humana, derechos humanos y derecho a la vida (UNAM, 2020). Ha sido Visiting Scholar en las universidades de Múnster, 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

María Verónica Nolazco

Abogada (diploma de honor, UCA, 2010). Bachiller en Leyes (LL.B., Universidad de Londres, 2013). Máster en Derecho (LL.M., Universidad Austral, 2022). Profesora de Derecho Constitucional e Historia del Derecho (Universidad Austral). Coordinadora académica del Departamento de Derecho Constitucional y de la Maestría en Derecho (LL.M., Universidad Austral). Premio a la Excelencia Académica (Colegio de Abogados de la Capital Federal, 2010). Programa de Liderazgo Parlamentario organizado por la Red de Mujeres por la Democracia (Women’s Democracy Network, 2021).

Correo electrónico: vnolazco@austral.edu.ar

Iván F. Romero Verdún

Abogado y docente de Elementos de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Maestrando en Derecho y Economía (Universidad Torcuato Di Tella).

Correo electrónico: ivan.rvk@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0837-2541>

Ada Inés Sánchez Echevarría

Abogada (Universidad Católica Argentina) con doctorado en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina, tesis en desarrollo) y maestría en Relaciones Internacionales (Universidad de Buenos Aires, tesis en desarrollo). Ha sido docente en el curso de posgrado “Temas y debates actuales del derecho internacional público” (Universidad Católica Argentina) y profesora adscripta de Derecho Internacional Público (Universidad Católica Argentina). Asimismo, se ha formado en la Universidad de Leiden, en la Academia de Derecho Internacional de La Haya y en la Universidad de Genève, entre otras. Es autora de diversas publicaciones de su especialidad.

Correo electrónico: adainessancheze@gmail.com

Alfonso Santiago

Abogado y doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesor titular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Austral). Ha sido vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (1991-1999) y vicerrector de Asuntos Académicos de la misma Universidad (2011-2014). Actualmente es director de la Escuela de Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Austral. Es miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires y director de su Instituto de Derecho Constitucional, miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, de la Academia Paulista de Letras Jurídicas (San Pablo, Brasil), miembro de honor de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (España) y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Extremadura (España). Es miembro correspondiente de la Unión de Juristas de Cuba y de la Mesa Directiva de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas. Es autor de veintitrés libros (Tratado de la delegación legislativa, 2003; Historia de la Corte Suprema argentina, 2014; Historia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (1978-2018), 2018; Derecho constitucional y políticas públicas, 2023, entre otros) y ha publicado más de cien trabajos sobre temas de derecho constitucional en distintas revistas jurídicas nacionales e internacionales. Ha dictado clases y conferencias en universidades de Europa, Estados Unidos y América Latina y ha sido asesor del Congreso de la Nación Argentina, de la Procuración del Tesoro, del Ministerio de Modernización, de la Nación, de la Provincia de San Luis, de la Convención Constituyente de la Provincia de Santiago del Estero de 2005 y de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires. Es conjuuez de la Cámara Contencioso-Administrativa y Tributaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En 2021, fue designado Personalidad Jurídica Destacada en el ámbito del Derecho por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Correo electrónico: asantiago@austral.edu.ar

Leonardo Augusto Schonfeld

Abogado. Doctorando en Derecho. Investigador y profesor adjunto de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho (Facultad Teresa de Ávila, Universidad Católica Argentina). Ha publicado más de una decena de artículos científicos en revistas con referato de alcance internacional y artículos de divulgación en Argentina y Perú.

Correo electrónico: leonardoschonfeld@uca.edu.ar

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2997-2172>

Agustín Ulivarri Rodi

Abogado y especialista en Ciencias Penales (Universidad Católica de Salta). Jefe de despacho -relator- de la Secretaría Penal y de Lesa Humanidad de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta. Exasistente de la Secretaría Legal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Joven Sobresaliente de la provincia de Salta (edición 2018) de la Junior Chamber International (JCI), nominado por el delegado del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Se desempeñó como profesor de Historia Constitucional Argentina y Aproximación al Derecho Público en las carreras de Abogacía y Escribanía (Universidad Católica de Salta).

Correo electrónico: agustinulivarri@hotmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8686-6259>

Alan Vargas Lima

Abogado Especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). Miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional – Sección Nacional (Bolivia), del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica (LATIN IURIS, Bolivia) y de la Asociación Euroamericana de Derechos Fundamentales (ASDEFUN, Bolivia). Miembro Honorario del Consejo Académico de la Sociedad Filosofía y Estado Constitucional (APEX IURIS, Perú). Director adjunto del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS, México) Capítulo Bolivia. Miembro adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC, Argentina). Coordinador del Observatorio de Justicia Constitucional de la Asociación Juristas de Iberoamérica (ASJURIB, España). Secretario académico de la Asociación Boliviana de Derecho Procesal Constitucional.
Correo electrónico: alanvargas4784@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6372-7870>

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).

Recensiones

Se publicarán recensiones de obras bibliográficas publicadas recientemente vinculadas con el campo del derecho. En ellas deberán consignarse los datos bibliográficos del libro que se revise: autor/es, año de publicación, título del libro, ciudad de publicación, editorial y número de páginas total del libro. En caso de que se reseñe un capítulo concreto dentro de un libro, es preciso añadir el título del capítulo y las páginas de inicio y fin de este.

Extensión: hasta 4 páginas (1800 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, N° 154.

Fallos: 329:2316.



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

DERECHO
